

Asuntos Electorales

Sección Quinta

Rendición de Cuentas 2016



Tomo I



Asuntos Electorales

Sección Quinta

Rendición de Cuentas 2016

Tomo I



República de Colombia

Consejo de Estado

Sección Quinta

Rendición de Cuentas 2016

Lucy Jeannette Bermúdez Bermúdez

Presidenta

Rocío Araújo Oñate

Consejera de Estado

Carlos Enrique Moreno Rubio

Consejero de Estado

Alberto Yepes Barreiro

Consejero de Estado

Portada

“Alegoría a la Justicia”

Óleo sobre lienzo

Luis Alejandro Velandia Villa

Diseño e impresión

Imprenta Nacional de Colombia

Bogotá, Colombia

ISSN: 2538-9564

Publicación realizada con el apoyo
del Consejo Superior de la Judicatura.

Contenido

AGRADECIMIENTOS	35
PRESENTACIÓN	39
RENDICIÓN DE CUENTAS 2016	41
ASUNTOS ELECTORALES	51
 Rocío Araújo Oñate	
AUTOS	53
 Radicación número: 05001-23-33-000-2015-02379 01 Actor: Andrés Tamayo Buitrago Demandado: Sergio Osvaldo Molina Pérez Temas: Eficacia y finalidad de la medida cautelar de suspensión provisional en materia electoral. Excepción por disolución de partido a la prohibición de doble militancia política...	
	53
 Radicación número: 25000-23-41-000-2016-00139-01 Actor: Aída Avella Esquivel Demandado: Concejales de Bogotá D.C Temas: Rechazo de demanda electoral por presentación extemporánea de la subsanación. Aclaración de voto de la Consejera Lucy Jeannette Bermúdez. Temas: Condiciones y garantía de participación de la Unión Patriótica. Medidas afirmativas. Aclaración de voto del Consejero Alberto Yepes Barreiro. Temas: Términos judiciales deben ser acatados por la Unión Patriótica. Implicaciones procesales de las condiciones de exterminio de la Unión Patriótica.	
	58
 Radicación número: 63001-23-33-000-2016-00042-02 Actor: Jesús Antonio Obando Roa Demandado: Sandra Milena Gómez Fajardo. Contralora Departamental del Quindío Temas: Participación procesal de la autoridad que expidió el acto electoral. Personería jurídica. Aclaración de voto del Consejero Alberto Yepes Barreiro. Temas: Expedición irregular. Incidencia del vicio en el acto de elección para decretar suspensión provisional.	
	60
 Radicación número: 41001-23-33-000-2016-00059-01 Actor: Hugo Alberto Llanos Pabón y Otros Demandado: José Hildebrán Perdomo. Contralor del Municipio de Neiva Temas: Ejercicio de cargos públicos en el año anterior a la elección en el caso de los contralores Aclaración de voto de Consejera Lucy Jeannette Bermúdez Bermúdez. Temas: Supresión del nivel ejecutivo y alcance de la inhabilidad de contralor.	
	63

Radicación número: 66001-23-33-000-2015-00563-01 Actor: Héctor Fabio Artunduaga Mejía Demandado: Concejales del Municipio De Pereira Temas: Excepción de inepta demanda por falta de agotamiento del requisito de procedibilidad. ...	66
Radicación número: 25000-23-41-000-2016-00129-01 Actor: Freddy Villaquirán Losada Demandado: Ediles Junta Administradora Local de Puente Aranda Bogotá Temas: Resolución de excepciones previas o mixtas en el proceso de nulidad electoral. Ineptitud de la demanda electoral.	71
Radicación número: 05001-23-33-000-2016-01595 02 Actor: Jonnathan Alexander Montes Ceballos Demandado: Acto de Elección de Claudia Janneth Loaiza Henao como Personera de Rionegro (Antioquia) Temas: Carencia actual de objeto de incidente de desacato por revocatoria de la medida de suspensión provisional.	75
FALLOS	77
Radicación número: 81001-23-33-000-2012-00039-04 Actor: Departamento De Arauca Demandado: Acto de Nombramiento de Jhoan Javier Giraldo Ballén como Director del Hospital De San Vicente De Arauca Temas: Control de actos administrativos derogados o revocados Aclaración de voto del Consejero Alberto Yepes Barreiro. Tema: Control de actos administrativos derogados o revocados	77
Radicación número: 66001-23-33-000-2015-00111-01 Actor: Carlos Alfredo Crosthwaite Ferro, Daniel Silva Orrego y Hernando Parra Pucceti Demandado: Beatriz Eugenia Ramírez Restrepo Temas: Requisitos para ejercer el cargo de Director General del Instituto Municipal de tránsito - Salvamento de voto del Consejero Alberto Yepes Barreiro. Temas: Interpretación de los requisitos de formación profesional relacionada	81
Radicación número: 11001-03-28-000-2015-00002-00 Actor: Carlos Julio Martínez Becerra, Gilberto Forero Y Ministerio De Educación Nacional Demandado: Acto de elección de Gustavo Orlando Álvarez Álvarez. Rector de La Universidad Pedagógica y Tecnológica de Colombia, UTPC Temas: Principio de autonomía universitaria, reelección inmediata de rector y competencia del Consejo Superior Universitario Salvamento de voto de la Consejera Lucy Jeannette Bermúdez. Temas: Prohibición de reelección recae en quien haya sido nombrado en propiedad Salvamento de voto del Consejero Carlos Enrique Moreno Rubio. Temas: Reelección de rector.	85
Radicación número: 11001-03-28-000-2015-00002-00 Actor: Carlos Julio Martínez Becerra, Gilberto Forero Y Ministerio de Educación Nacional Demandado: Acto de elección de Gustavo Orlando Álvarez Álvarez. Rector de La Universidad Pedagógica y Tecnológica de Colombia, UTPC Tema: Procedencia y oportunidad de la aclaración y adición de fallo Aclaración de voto de la Consejera Lucy Jeannette Bermúdez Bermúdez Temas: Poder especial para aclarar o adicionar el fallo de oficio	91

Radicación número: 41001-23-33-000-2015-00907-01 Actor: Miguel Antonio Castañeda Casanova Demandado: Leyla Marleny Rincón Trujillo. Concejal del Municipio de Neiva. Tema: Requisitos para que se configure la inhabilidad por intervención en celebración de contratos.	94
Radicación número: 63001-23-33-000-2015-00377-01 Actor: Alejandro Rodríguez Torres Demandado: Néstor Fabián Herrera Fernández. Concejal de Armenia- Tema: Requisitos de la inhabilidad por vínculo matrimonial con quien ejerce autoridad administrativa.	96
Radicación número: 05001-23-33-000-2015-02579-01 Actor: Rodrigo de Jesús Múnera Zapata Demandado: César Augusto Suárez Mira. Alcalde del Municipio de Bello, Antioquia. Tema: Grupo significativo de ciudadanos y Aval de candidato. Mecanismos democráticos de los partidos y movimientos políticos.....	101
Radicación número: 05001-23-33-000-2015-02379-02 Actor: Andrés Tamayo Buitrago Demandado: Sergio Osvaldo Molina Pérez. Concejal del Municipio de Envigado. Tema: Doble militancia política en grupo significativo de ciudadanos, excepción parágrafo del artículo 2 de la Ley 1475 de 2011.....	105
Radicación número: 85001-23-33-000-2016-00042-02 Actor: Marysol Zafra Gerena Demandado: Juan Manuel Nossa Fuentes. Personero del Municipio de Yopal Tema: Expedición irregular de acto electoral. Salvamento de voto de consejera Lucy Jeannette Bermúdez Temas: Derecho a participar y convocatoria al concurso de personero.	107
Radicación número: 44001-23-33-000-2015-00172-01 Actor: Amilkar Hernando Gómez Toro Demandado: Ever David Quintana Rodríguez. Concejal del Municipio De Riohacha. Temas: Reclamación electoral. Requisito de procedibilidad electoral.	109
Radicación número: 13001-23-33-000-2016-00103-01 Actor: Hernando Domingo Trucco Puello Demandado: Acto de elección de Erich Nijinsky Piña Félix. Concejal del Distrito de Cartagena Temas: Aplicación de la inhabilidad consagrada en el artículo 19 de la Ley 53 de 1990. Inhabilidad por parentesco en cuarto grado de consanguinidad con contralor del mismo ente departamental.....	112
Radicación número: 05001-23-33-000-2015-02495-02 Actor: Iván Darío Mejía Molina Demandado: Acto de elección de José Efraín Echeverry Gil. Concejal del Municipio de Envigado Temas: Prohibición de doble militancia en grupos significativo de ciudadanos. Caducidad de la acción electoral. Aclaración de voto de la consejera Lucy Jeannette Bermúdez Temas: Competencia de la Sala definida por el recurso formulado. Caducidad de la acción electoral.	116
Radicación número: 68001-23-33-000-2016-00043-01 Actor: Luis Fernando Castañeda Pradilla Demandado: Acto de elección de José de Jesús Villar Torres. Diputado de la Asamblea Departamental de Santander	

Temas: Requisitos para que se configure doble Militancia por apoyo a candidato de otra colectividad. Renuncia a la candidatura	
Aclaración de voto de los consejeros Lucy Jeannette Bermúdez Bermúdez, Carlos Enrique Moreno Rubio y Alberto Yepes Barreiro	
Tema: Renuncia a la militancia y renuncia a la candidatura.	120
Radicación número: 50001-23-33-000-2015-00666-02	
Actor: Gentil Briceño Sánchez	
Demandado: Acto de elección de Diputados por el Departamento de Vaupés	
Temas: Proceso de escrutinio, etapa post-electoral y facultades de la comisión escrutadora. ...	125
Radicación número: 11001-03-28-000-2016-00023-00	
Actor: Fernando Mauricio Forero Bejarano	
Demandado: Acto de elección de Wilmer Alexander Amaya Urrego y Diego Iván Velandia Prieto.	
Miembros de las Entidades del sector privado al Consejo Directivo de Corpoguvio	
Temas: Expedición irregular y elección de candidato sin el lleno de requisitos legales.	
Salvamento de Voto de la Consejera Lucy Jeannette Bermúdez Bermúdez	
Temas: Procedimiento de elección de los representantes de las Entidades por el sector privado ante los Consejos Directivos de las Corporaciones Autónomas Regionales.....	128
Radicación número: 15001-23-33-000-2015-00865-01	
Actor: Vidal Ortiz Vera	
Demandado: Acto de elección de José Efraín Echeverry Gil. Concejal del Municipio de Envigado ..	
Temas: Prohibición de doble militancia y sus modalidades.	132
Radicación número: 66001-23-33-000-2016-00153-01	
Actor: Juan Carlos Giraldo Grisales	
Demandado: Fernán Alberto Cañas López. Acto de elección como contralor del Municipio de Dosquebradas, Risaralda, período 2016-2019.	
Temas: Convocatoria y reglas aplicables a los Concejos Municipales para elegir contralor.	135
Radicación número: 11001-03-28-000-2015-00061-00	
Actor: José Enrique Pardo García y Otro	
Demandado: Claudia Marcela Amaya García. Gobernadora del Meta.	
Temas: Prohibición de doble militancia y sus modalidades.	
Aclaración de voto de los consejeros Lucy Jeannette Bermúdez, Carlos Enrique Moreno y Alberto Yepes Barreiro	
Temas: Configuración de doble militancia al momento de la inscripción.	139
Radicación número: 05001-23-33-000-2016-00299-01	
Actor: Gabriel Perea Mora	
Demandado: Bernardo de Jesús García Benjumea. Acto de elección como Personero del Municipio de Copacabana, Antioquia, período 2016-2019.	
Temas: Expedición irregular de acto administrativo.	142
Radicación número: 50001-23-33-000-2015-00006-01	
Actor: Consejo Nacional Electoral	
Demandado: Edgar Humberto Silva González – Alcalde de Puerto Gaitán	
Temas: Fallo por importancia jurídica. Pérdida del cargo. Valoración probatoria y estudio sobre el principio de proporcionalidad de la sanción.	
Aclaración de Voto de la consejera Lucy Jeannette Bermúdez	
Tema: Competencia residual del proceso de Pérdida de cargo	
Aclaración de voto del Consejero Carlos Moreno Rubio	
Tema: Estudio de la fase objetiva en procesos de Pérdida de cargo.	
Aclaración de voto del consejero Alberto Yepes Barreiro	
Tema: Legitimación en la causa por activa. Pérdida de cargo y pérdida de investidura	145

Radicación número: 11001-03-28-000-2016-00016-00
 Actor: Miguel Alexander Bermúdez Lemus
 Demandado: Neyfy Consuelo Cortés Guerra, como Miembro de las Entidades del Sector Privado al Consejo Directivo de Cortolima
 Temas: Elección de representantes del sector privado de Corporación Autónoma Regional, procedimiento para la elección, cumplimiento de requisitos legales e irregularidades en la postulación. 150

Radicación número: 11001-03-28-000-2015-00052-00
 Actor: Álvaro Prada Prada y Helkin Claudio Martín Chaparro
 Demandado: Javier Raúl Pérez Landínez, Eugenia Serrano Prada, Mary Andrea Pimentel Mendieta y Heraldo Medina Cárdenas, como Representantes de las Entidades Sin Ánimo de Lucro ante el Consejo Directivo de la Corporación Autónoma Regional para la Defensa de La Meseta de Bucaramanga.
 Temas: Requisitos para la postulación de candidatos de las ONG ante Consejo Directivo de CAR.
 Aclaración de voto de los Consejeros Lucy Bermúdez y Alberto Yepes
 Tema: Objeto social de entidad sin ánimo de lucro.
 Aclaración de voto del Consejero Carlos Moreno Rubio
 Tema: Objeto principal de entidad sin ánimo de lucro es la protección al medio ambiente. 154

Radicación número: 76001-23-33-007-2016-00187-02
 Actor: Gilberto Castrillón Valencia
 Demandado: Patricia Ortega Gálvez. Contralora del Municipio de Tuluá, Valle Del Cauca.
 Temas: Elección de contralor, coincidencia de periodo con alcaldes y gobernadores. 158

Radicación número: 76001-23-33-000-2016-00525-01
 Actor: Gustavo Adolfo Prado Cardona
 Demandado: Carlos Armando Garrido Otoy. Presidente de Metrocali
 Temas: Cumplimiento del requisito de experiencia profesional para el cargo de presidente de Metrocali 162

Radicación número: 47001-23-33-000-2015-00498-01
 Actor: Bladimir Torres Pereira
 Demandado: Edgardo de Jesús Pérez Díaz. Alcalde Municipal de Ciénaga, Magdalena.
 Temas: Requisito de Procedibilidad electoral. 165

Lucy Jeannette Bermúdez Bermúdez

AUTOS 171

Radicación número: 63001-23-33-000-2015-00318-01
 Actor: Érica Fernanda Falla García
 Demandado: Orley Ortégón Gallego. Concejal de Armenia, Quindío.
 Temas: Rechazo de demanda por no agotamiento del requisito de procedibilidad. 171

Radicación número: 11001-03-28-000-2015-00048-00
 Actor: Fredy Antonio Machado Lopez
 Demandado: Miembros Permanentes del Consejo de Gobierno Judicial
 Temas: No se requiere caución en los procesos de nulidad electoral. 172

Radicación número: 11001-03-28-000-2015-00055-00
 Actor: Mónica Naranjo Rivera.
 Demandado: Flower Arboleda Arana. Representante de las Entidades sin ánimo de lucro ante el Consejo Directivo de Cortolima.
 Temas: Niega suspensión provisional por cuanto no se advierte la flagrante contradicción de los hechos expuestos con las normas invocadas..... 173

Radicación número: 11001-03-28-000-2016-00014-00 Actor: Jose Gabriel Flórez Barrera Demandado: Universidad De Córdoba Temas: Sustentación de la solicitud de suspensión provisional.....	174
Radicación número: 25000-23-41-000-2014-01626-03 Actor: Miguel Augusto Medina Ramírez Demandado: Néstor Fabián Castillo Pulido. Director Jurisdicción Coactiva de la Contraloría General de la República Temas: Excepciones de inepta demanda y de falta de integración del petitum	176
Radicación número: 76001-23-33-000-2015-01579-01 Actor: Miguel Alexander Ruiz Murillo y Otros Demandado: Juan Manuel Chicango Castillo. Concejal del Municipio de Santiago de Cali	0
Temas: Requisito de Procedibilidad electoral.	
Radicación número: 76001-23-33-000-2015-01577-01 Actor: Geimi Beltrán Fernández Demandado: Albeiro Echeverry Bustamante Temas: Suspensión Provisional de los efectos del acto electoral.	177
Radicación número: 11001-03-28-000-2016-00037-00 Actor: Claudia Milena Castellanos Avendaño Demandado: Iván Darío Gómez Lee y Martha Lucía Zamora Ávila. Magistrados de la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura. Temas: Medida cautelar de urgencia electoral, nombramiento irregular.....	179
Radicación número: 11001-03-28-000-2016-00038-00 Actor: Tania Ines Jaimes Martinez Demandado: Rafael Alberto García Adarve y otros. Magistrados de la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura. Temas: Prohibición de favorecimiento electoral.	180
Radicación número: 11001-03-28-000-2016-00019-00 Actor: Ricardo Mendoza Carpintero Demandado: Asleth Rafael Ortega Mora. Representante de las Entidades sin ánimo de lucro ante el Consejo Directivo de la Corporación Autónoma Regional del Atlántico Temas: Rechazo de demanda por no subsanar defectos advertidos.	182
Radicación número: 25000-23-41-000-2014-01633-01 Actor: Luis Alfredo Zamora Acosta Demandado: Manuel Rubernoy Ayala Marín y otros. Cargos Nivel Directivo Contraloría General de la República. Temas: Notificación por aviso. Aclaración de voto del Consejero Alberto Yepes Barreiro Temas: Acumulación de pretensiones de la demanda electoral. El término legal para las publicaciones es para acreditarlas.	183
Radicación número: 05001-23-33-000-2016-00189-01 Actor: Rodrigo de Jesús Múnera Zapata Demandado: César Augusto Suárez Mira. Alcalde de Bello, Antioquia. Temas: Revoca rechazo de demanda por haberse subsanado.	185
Radicación número: 05001-23-33-000-2015-02594-01 Actor: Oscar Andrés Pérez Muñoz, Maribel Sánchez y Diego Fernando Díaz Patiño. Demandado: Junta Administradora Local de Bello Temas: Causales objetivas de nulidad electoral.....	187

Radicación número: 73001-23-33-006-2016-00079-01 Actor: Arlid Mauricio Devia Molano Demandado: Julián Andrés Prada Betancourt. Personero de Ibagué Temas: Suspensión provisional de nombramiento.	188
Radicación número: 11001-03-28-000-2016-00038-00 Actor: Tania Inés Jaimes Martínez Demandado: María Rocío Cortés Vargas, Martha Patricia Zea Ramos, Adolfo León Castillo Arbeláez y Rafael Alberto García Adarve. Magistrados de la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura. Temas: Efectos de la renuncia en el estudio de legalidad de los actos de contenido electoral. .	191
Radicación número: 13001-23-33-000-2016-00070-01 Actor: Pedro Gómez Meza Demandado: Concejales de Cartagena Temas: Requisitos de la solicitud de medida cautelar.	193
Radicación número: 11001-03-28-000-2016-00019-00 Actor: Ricardo Mendoza Carpintero Demandado: Asleth Rafael Ortega Mora. Representante de las Entidades sin ánimo de lucro en el Consejo Directivo de la Corporación Autónoma Regional del Atlántico Temas: Falta de sustentación de la solicitud de suspensión provisional y caducidad del medio de control de nulidad electoral.....	195
Radicación número: 11001-03-28-000-2016-00044-00 Actor: Luis Fernando Álvarez Ríos Demandado: Julio César Gómez Salazar. Director General Encargado de CARDER. Temas: Jurisprudencia Anunciada. Ejecutoria, ejecutividad y cumplimiento de la medida cautelar contencioso electoral.	196
Radicación número: 13001-23-33-000-2016-00118-01 Actor: Daniel Antonio Vargas Díaz Demandado: Diputados de Bolívar. Temas: Diferencias entre formularios E14 y E24.....	197
Radicación número: 11001-03-28-000-2016-00038-00 Actor: Tania Inés Jaimes Martínez Demandado: Magistrados Sala Jurisdiccional Disciplinaria Consejo Superior de la Judicatura Temas: Control de legalidad del acto de elección cuando media la renuncia al cargo.	200
Radicación número: 11001-03-28-000-2016-00046-00 Actor: Rodrigo Alfredo Mariño Montoya Demandado: Fidalgo Javier Estupiñán Carvajal. Magistrado Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura. Temas: Sustentación de la solicitud de suspensión provisional.....	201
Radicación número: 85001-23-33-000-2016-00063-01 Actor: Carlos Andrés Sanabria Gómez y Miguel Alfonso Pérez Figueredo Demandado: Antonio José Ortega Santos, Contralor De Casanare Temas: Suspensión provisional de acto de elección.	202
Radicación número: 05001-23-33-000-2016-00189-02 Actor: Rodrigo De Jesús Múnera Zapata Demandado: César Augusto Suárez Mira. Alcalde del Municipio de Bello, Antioquia. Temas: Efecto devolutivo del recurso de apelación contra auto electoral.	204

Radicación número: 63001-23-33-000-2015-00336-01 Actor: Mario Fernando González Ibagón Demandado: Paola Marcela Castellanos Acevedo. Diputada del Quindío Temas: Diferencias entre nulidad procesal y nulidad originada en la sentencia.	205
Radicación número: 05001-23-33-000-2016-00189-02 Actor: Rodrigo De Jesús Múnera Zapata Demandado: César Augusto Suárez Mira. Alcalde de Bello, Antioquia. Temas: Falta de carga argumentativa en la solicitud de suspensión provisional. Aclaración de voto del consejero Carlos Enrique Moreno Rubio Tema: Competencia para resolver solicitudes de nulidades procesales contra sentencias de segunda instancia depende de la ejecutoria de la providencia.	209
Radicación número: 73001-23-33-000-2016-00079-03 Actor: Arlíd Mauricio Devia Molano Demandado: Julián Andrés Prada Betancourt. Personero de Ibagué Temas: Incumplimiento de requisitos de la solicitud de remitir a la Sala Plena un asunto por importancia jurídica. Coadyuvancia en el proceso electoral.	210
Radicación número: 11001-03-28-000-2016-00044-00 Actor: Luis Fernando Álvarez Ríos Demandado: Julio Cesar Gómez Salazar. Director encargado de la Corporación Autónoma Regional De Risaralda Temas: Requisitos de la reforma de la demanda de nulidad electoral.	212
Radicación número: 11001-03-28-000-2016-00024-00 Actor: Miguel Antonio Cuesta Monroy Demandado: Guido Echeverry Piedrahita. Gobernador del Departamento de Caldas Temas: Potestades del tercero interviniente en el proceso de nulidad electoral.	213
Radicación número: 11001-03-28-000-2016-00024-00 Actor: Miguel Antonio Cuesta Monroy Demandado: Guido Echeverry Piedrahita. Gobernador Del Departamento de Caldas Temas: Principio de confianza legítima. Vigencia del periodo institucional de alcaldes y gobernadores.	214
Radicación número: 11001-03-28-000-2016-00059-00 Actor: Marco Fidel Ramírez Antonio Demandado: Decreto 1391 De 2016 Temas: Auto que remite por competencia. El actor cuestiona la legalidad del Decreto 1391 de 2016 por un posible vicio de procedimiento (pregunta para la convocatoria a un plebiscito). ...	215
Radicación número: 68001-23-33-000-2015-01441-01 Actor: Giovanni Reyes Silva Y Otro Demandado: Claudia Cecilia Hernández Villamizar. Concejal del Municipio de Floridablanca, Santander. Temas: Improcedencia de la solicitud probatoria de requerir al representante legal del partido Cambio Radical.	216
Radicación número: 50000-23-41-000-2014-00042-02 Actor: Jairo Antonio Rodríguez Castelblanco y Otra Demandado: Andrea Princess González Huérfano. Secretaria ad hoc del grupo de trabajo de competencia desleal, Superintendencia de Industria y Comercio. Temas: Condiciones de pertenencia, razonabilidad y oportunidad de la nulidad procesal en materia electoral.	217

Radicación número: 11001-03-28-000-2016-00069-00 Actor: Carlos Leonardo Hernández Demandado: Procuradores delegados para la conciliación administrativa Temas: Requisitos del nombramiento en cargo de nivel profesional.	218
Radicación número: 13001-23-33-000-2016-00313-01 Actor: Veeduría Ciudadana Quinta Ventana tu Veeduría Demandado: Nubia Fontalvo Hernández. Contralora Distrital De Cartagena. Temas: Excepción de inepta demanda.	219
Radicación número: 73001-23-33-000-2016-00261-01 Actor: Wilson Leal Echeverry Demandado: Doris Caviedes Rubiano. Secretaría General del Concejo Municipal De Ibagué para el año 2016 Temas: Requisitos de la convocatoria pública.	221
Radicación número: 73001-23-33-000-2016-00261-02 Actor: Wilson Leal Echeverry Demandado: Doris Caviedes Rubiano. Secretaria General del Concejo Municipal De Ibagué para el Año 2016 Temas: Referente de caducidad es publicación del acto de elección y no fecha de sesión plenaria. .	222
Radicación número: 11001-03-28-000-2016-00072-00 Actor: Asociación Sindical De Profesores Universitarios de la Universidad Colegio Mayor de Cundinamarca Demandado: Carlos Alberto Corrales Medina, Rector de la Universidad Colegio Mayor de Cundinamarca Tema: Prohibición del artículo 126 constitucional y suspensión provisional.....	224
Radicación número: 11001-03-28-000-2016-00081-00 Actor: William Efraín Calvachi Obando y David Narváez Gómez Demandado: Consejo Nacional Electoral Temas: Medidas cautelares de urgencia. Fraude al sufragante y violencia contra el elector.	225
FALLOS	230
Radicación número: 11001-03-28-000-2014-00030-00 Actor: Ciro Alberto Vargas Silva Demandado: Carlos Alberto Cuenca Chaux y Edgar Alexander Cipriano Moreno. Representantes a la Cámara por el Departamento del Guainía Temas: Violencia por corrupción al sufragante. Elemento cuantitativo de mutación del resultado electoral	230
Radicación número: 54001-23-31-000-2012-00001-03 Actor: Santiago Liñán Nariño Demandado: Don Amaris Ramírez Paris Lobo. Alcalde de Cúcuta, Norte de Santander, período 2012-2015 Temas: Inhabilidad de alcalde por parentesco con quien ejerció autoridad administrativa.	233
Radicación número: 25000-23-41-000-2015-00443-01 Actor: Enrique Antonio Celis Durán Demandado: Carlos Edgardo Barragán Vega, Ministro Plenipotenciario, ante el Gobierno del Reino de Bélgica y el Gran Caducado de Luxemburgo Temas: Poder excepcional de designar en provisionalidad cuando no exista personal de carrera con el que se pueda ocupar el cargo. Alternancia	240

Radicación número: 11001-03-28-000-2015-00028-00 Actor: Alexy Espitia Martínez Demandado: Abel Domico Domico y Nacor Esteban Tapia Carvajal. Representantes principal y suplente de las Comunidades Indígenas ante el Consejo Directivo de Corpourabá. Temas: Reglamento de la convocatoria para pueblos indígenas.	245
Radicación número: 11001-03-28-000-2015-00055-00 Actor: Mónica Naranjo Rivera Demandado: Flower Arboleda Arana, Representante de las Entidades sin ánimo de lucro ante el Consejo Directivo de Cortolima Temas: Requisitos de formación y experiencia de representantes de las entidades sin ánimo de lucro ante el Consejo Directivo de Corporación Autónoma Regional.	249
Radicación número: 05001-23-33-000-2015-02451-01 Actor: Ramiro Humberto Giraldo Naranjo Demandado: Nelson Acevedo Vargas. Concejal electo del Municipio de Itagüí, período 2016-2019 Temas: Doble militancia en grupo significativo de ciudadanos. Adhesión, fusión y coalición de partidos y movimientos políticos.	251
Radicación número: 54001-23-33-000-2016-00008-01 Actor: Luis Jesús Botello Gómez Demandado: José Luis Enrique Duarte Gómez, Diputado a la Asamblea del Departamento de Norte de Santander período 2016-2019. Temas: Inhabilidad por parentesco con quien ejerció autoridad civil y administrativa.....	255
Radicación número: 11001-03-28-000-2015-00050-00 Actor: Diego Felipe Urrea Vanegas Y Mateo Hoyos Bedoya Demandado: Jhon James Fernández López. Director General Corporación Autónoma Regional del Quindío. Temas: Presidente de la República no es competente para fijar inhabilidades. Excepción de inconstitucionalidad y Reserva Legal.....	261
Radicación número: 50001-23-33-000-2015-00647-01 Actor: Atilano Cuesta Conto Demandado: Héctor Augusto Tejada Rojas. Diputado Asamblea del Guainía. Temas: Inhabilidad de intervención de gestión de negocios del artículo 33 del numeral 4 de la Ley 617 de 2000.....	263
Radicación número: 11001-03-28-000-2016-00037-00 Actor: Claudia Milena Castellanos Avendaño Demandado: Martha Lucía Zamora Ávila, Iván Darío Gómez Lee. Exmagistrados de la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura. Temas: Vacancia definitiva. Nombramientos en provisionalidad.	266
Radicación número: 25000-23-41-000-2014-00042-02 Actor: Jairo Antonio Rodríguez Castelblanco y Otra Demandado: Andrea Princess González Huérfano. Secretaria ad hoc del grupo de trabajo de competencia desleal, Superintendencia de Industria y Comercio. Temas: Sentencia inhibitoria. Delegación de funciones es ejecución de atribución propia del desempeño del cargo.	270
Radicación número: 11001-03-28-000-2016-00018-00 Actor: Miguel Alexander Bermúdez Lemus Demandado: Noel Bravo Cárdenas. Representante suplente de las Entidades del sector privado en el Consejo Directivo de la Corporación Autónoma Regional del Tolima.	

Temas: Requisitos de experiencia y formación de los representantes de entidades del sector privado de Corporación Autónoma Regional	273
Radicación número: 25000-23-41-000-2015-01845-02	
Actor: Rodrigo Arcila Parra Y Aleyda Murillo Granados	
Demandado: César Alveiro Trujillo Solarte. Director Regional Sena del Valle del Cauca.	
Temas: Acreditación de los requisitos de experiencia en cargo nivel directivo debe ser relacionada y estar vinculada con la región respectiva.....	276
Radicación número: 11001-03-28-000-2016-00014-00	
Actor: José Gabriel Flórez Barrera	
Demandado: Jairo Miguel Torres Oviedo. Rector Universidad de Córdoba.	
Temas: La inhabilidad del artículo 10 del Decreto 128 de 1976 sólo aplica para empleados públicos. Principio de autonomía universitaria.	280
Radicación número: 68001-23-33-000-2015-01441-01	
Actor: Giovanni Reyes Silva Y Otro	
Demandado: Claudia Cecilia Hernández Villamizar. Concejal del Municipio de Floridablanca, Santander.	
Temas: Reglas de afiliación y retiro en los estatutos de Cambio Radical. Doble Militancia.	283
Radicación número: 05001-23-33-000-2015-02546-01	
Actor: Óscar Andrés Pérez Patiño y Otro	
Demandado: César Augusto Suárez Mira. Alcalde del Municipio de Bello, Antioquia, período 2016-2019	
Temas: Destrucción de documentos, elementos o material electoral, o cualquier tipo de violencia o sabotaje contra el material electoral o contra el sistema de votación, información, transmisión o consolidación de los resultados de las elecciones	288
Radicación número: 11001-03-28-000-2016-00001-00	
Actor: John Alexander Ramírez Vega, Hidelbrando Ángel Bohórquez Cáredenas, Jesús David Torres Ávila	
Demandado: Carlos Andrés Amaya Rodríguez. Gobernador del Departamento de Boyacá, período 2016-2019.	
Temas: Otorgamiento de Aval e inscripción de candidatura, inhabilidad por intervenir en celebración de contratos y por desempeñar empleo público.....	291
Radicación número: 50001-23-33-000-2016-00077-01	
Actor: Yenny Moreno Henao	
Demandado: Lucy Fernanda Tamayo Fierro. Diputada Departamento del Meta periodo 2016-2019.	
Temas: Doble militancia por brindar apoyo a candidatos pertenecientes a otros partidos distintos al suyo.	295
Radicación número: 11001-03-28-000-2016-00030-00	
Actor: Renzo Efraín Montalvo Jiménez	
Demandado: Eduardo Ignacio Verano de la Rosa. Gobernador del Atlántico periodo 2016-2019	
Temas: Inhabilidad por celebración de contratos	298
Radicación número: 05001-23-33-000-2015-02447-01	
Actor: Jhon Jairo Cardona Gil	
Demandado: Luis Fernando Valencia García. Alcalde del Municipio de Copacabana, período 2016-2019.	
Temas: Inhabilidades consagradas en los numerales 2 y 3 del artículo 43 de la Ley 136 de 1994, modificada por el artículo 40 de la Ley 617 de 2000.	300

Radicación número: 11001-03-28-000-2015-00048-00 Actor: Fredy Antonio Machado López Y Pablo Bustos Sánchez Demandado: Juan Carlos Grillo Posada, Gloria Stella López Jaramillo y Laura Emilse Marulanda Tobón. Miembros Permanentes del Consejo de Gobierno Judicial Temas: Control de legalidad de acto electoral no vigente. Expedición Irregular por infracción en las normas de la convocatoria en que debió basarse fijan las reglas y condiciones de selección, ponderación y elección de los aspirantes. Aclaración de voto de la Consejera Lucy Jeannette Bermúdez Temas: Análisis necesario de todos los cargos de la fijación del litigio debe hacerse por pedagogía y por congruencia. Aclaración de voto del Consejero Alberto Yepes Barreiro Temas: El acto electoral no tiene naturaleza particular. El acto electoral no se puede asemejar a un acto administrativo. Principio pro electoratem.	302
Radicación número: 11001-03-28-000-2015-00016-00 Actor: Municipio de Girardot Demandado: Resolución Número 15189 de 30 de Octubre de 2014 Temas: Falsa motivación de acto electoral. Nulidad simple.	306
Radicación número: 11001-03-28-000-2016-00046-00 Actor: Rodrigo Alfredo Mariño Montoya Demandado: Fidalgo Javier Estupiñán Carvajal. Magistrado de la Sala Disciplinaria del Consejo Superior de La Judicatura Temas: Competencia del Consejo Superior de la Judicatura para designar cargo en provisionalidad. Procedimiento de nombramiento de Magistrado.	308
Radicación número: 63001-23-33-000-2016-00055-01 Actor: Paulo César Rodríguez Franco y Juan Sebastián Arbeláez Quiroga Demandado: James Medina Urrea. Contralor Municipal de Armenia, período 2016 – 2019. Temas: Pautas diferenciales en el proceso eleccionario de contralor. Potestad de valorar objetivamente las capacidades de cada uno de los aspirantes.....	312
Radicación número: 11001-03-28-000-2014-00130-00 Actor: Waldir Cáceres Cuero Y Otros Demandado: Edgardo José Maya Villazón. Contralor General de la República período 2014-2018 Temas: Prohibición “yo te elijo, tú me eliges”, inhabilidad de conjuez, edad de retiro forzoso, expedición irregular del acto de postulación, excepción de inconstitucionalidad y principio de legalidad. Aclaración de voto de la Consejera Lucy Jeannette Bermúdez Tema: Debieron examinarse todos los planteamientos que sostenían el cargo de “Ejercicio de cargo de Contralor General de la República por parte de funcionario próximo a cumplir la edad de retiro forzoso”, para, luego, concluir que el Contralor General de la República no está sometido a una edad de retiro forzoso.....	314
Radicación número: 76001-23-33-000-2015-01395-01 Actor: Flower Enrique Rojas Torres Demandado: Horacio Nelson Carvajal Hernández. Concejal de Cali, período 2016-2019 Temas: Inhabilidad predicable del ejercicio de autoridad por parte de un pariente.	323
Radicación número: 11001-03-28-000-2016-00038-00 Actor: Tania Inés Jaimes Martínez Demandado: María Rocío Cortés Vargas, Martha Patricia Zea Ramos, Adolfo León Castillo Arbeláez y Rafael Alberto García Adarve. Magistrados de la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura. Temas: Nulidad por infracción de los artículos 126 y 209 constitucionales. Salvamento de voto del Consejero Alberto Yepes Barreiro	

Temas: Terminación del proceso por carencia actual de objeto. Prohibición “yo me postulo, yo me elijo” no puede desprenderse del artículo 126 de la Constitución Política. Precisiones sobre la prohibición del “yo me elijo, tú me eliges”.	327
Radicación número: 70001-23-33-000-2016-00044-01	
Actor: Edison Bioscar Ruíz Valencia	
Demandado: Jairo Daniel Barona Taboada. Diputado de Sucre.	
Temas: Otorgamiento de aval a candidato.	
Aclaración de voto de la Consejera Rocío Araújo Oñate	
Temas: Representación legal y facultad para expedir avales. Aplicación del precedente jurisprudencial, identidad fáctica de casos.	334
Radicación número: 70001-23-33-000-2015-00508-01	
Actor: Edison Bioscar Ruíz Valencia	
Demandado: Gabriel Antonio Espinosa Arrieta. Diputado de Sucre.	
Temas: Quien otorgó el aval para la inscripción del candidato estaba facultado por los estatutos del Partido Liberal Colombiano	
Salvamento de voto de la Consejera Rocío Araújo Oñate	
Temas: Reiteración de precedente. Identidad fáctica, probatoria y jurídica con un proceso que fue decidido por la misma Sección Quinta	338
Radicación número: 11001-03-28-000-2016-00043-00	
Actor: Juan Guillermo Beltrán Amortegui	
Demandado: Miembros del Consejo Directivo de la Corporación Autónoma Regional del Tolima	
Temas: Elección de alcalde al Consejo Directivo de Corporación Autónoma Regional.	343
Radicación número: 70001-23-33-000-2016-00047-01	
Actor: Edison Bioscar Ruíz Valencia	
Demandado: Roger Vergara Chadid. Concejal de Sincelejo.	
Temas: Irregularidades en el otorgamiento del aval. Violación del cumplimiento de las calidades del candidato. Formalidades de la inscripción luego de la sentencia de la Sección Tercera del Consejo de Estado que declaró la nulidad de los estatutos del Partido Liberal.	
Salvamento de voto de la Consejera Rocío Araújo Oñate	
Tema: Reiteración de jurisprudencia, un caso similar anterior había sido decidido de otra manera. Delegación de funciones.	347
Radicación número: 54001-23-33-000-2015-00533-01	
Actor: Félix Adolfo Muñoz Luna	
Demandado: Oswaldo Rincón Uscátegui. Concejal de Cúcuta, período 2016-2019	
Temas: Diferencias entre formularios E-14 y E-24. Principio de eficacia del voto.	
Aclaración de voto del Consejero Alberto Yepes Barreiro Tema: Agotamiento del requisito de procedibilidad en materia electoral.	351
Radicación número: 76001-23-33-000-2015-01577-02	
Actor: Geimi Beltrán Fernández	
Demandado: Albeiro Echeverry Bustamante, Concejal de Cali.	
Temas: Aplicación de la inhabilidad del numeral 4 del artículo 43 de la Ley 136 de 1994, modificada por el artículo 40 de la Ley 617 de 2000. Prueba de la posesión en un cargo.	353
Radicación número: 11001-03-28-000-2016-00010-00	
Actor: Álvaro De Jesús Molina Pabón	
Demandado: Eduardo Ignacio Verano de la Rosa, Gobernador del Atlántico.	
Temas: Error Aritmético, Acta de escrutinio de la Comisión Escrutadora Auxiliar.	356

Radicación número: 73001-23-33-000-2016-00079-03 Actor: Arlid Mauricio Devia Molano Demandado: Julian Andrés Prada Betancourt, Personero Municipal de Ibagué, período 2016-2019 Temas: Inhabilidad por celebración de contratos aplica a personeros elegidos por concurso de méritos. Causal de inhabilidad contemplada en los artículos 174 literal g) y 95 numeral 3º de la Ley 136 de 1994 modificado por el art. 37 de la Ley 617 de 2000. Salvamento de voto de la Consejera Rocío Araújo Oñate Tema: Concurso de méritos en elección de personero. La inhabilidad aplicada fue derogada por la Ley 1551 de 2012.	359
Radicación número: 15001-23-33-000-2016-00185-01 Actor: Wilfredo Ramirez Castiblanco, Fabian Camilo Morantes Higuera y Marcela Navarrete Sepúlveda Demandado: Wilmer Jahir Sierra Fagua.-Personero del Municipio de Sogamoso, Boyacá- período 2016-2020 Temas: Elección de personero por concurso de méritos y aplicación de la inhabilidad para los alcaldes establecida en el numeral 2 del artículo 95 de la Ley 136 de 1994, modificado por el artículo 37 de la Ley 617 de 2000	362
Radicación número: 76001-23-33-000-2016-00056-01 Actor: Albenis Zuñiga Curaca y Jaime Andrés Amu Valoy Demandado: Juan Carlos Echeverri Rodríguez. Personero Jamundí, Valle del Cauca, período 2016-2020 Temas: Inaplicación de inhabilidad de alcalde en reelección de personero.....	363
Radicación número: 52001-23-33-000-2016-00016-01 Actor: Gladys Graciela Delgado Palacios y otros. Demandado: María Emilsen Angulo Guevara. Alcaldesa de Tumaco, período 2016-2019 Temas: Inhabilidad contenida en el numeral 4 del artículo 37 de la Ley 617 de 2000, que modificó el artículo 95 de la Ley 136 de 1994.º	364
Radicación número: 11001-03-28-000-2016-00052-00 Actor: Enrique Antonio Celis Durán Demandado: Rafael Enrique Lizarazu Montoya (Recurrente) Temas: Recurso extraordinario de unificación de jurisprudencia. Alcance de la sentencia de unificación.	364
Radicación número: 11001-03-28-000-2016-00044-00 Actor: Luis Fernando Álvarez Ríos Demandado: Julio César Gómez Salazar. Director General encargado de la Corporación Autónoma Regional De Risaralda, CARDER Temas: Sentencia de Unificación en materia de la ejecutoria de auto que decreta la medida cautelar y la obligatoriedad de cumplimiento de esa decisión judicial.	373
Radicación número: 13001-23-33-000-2016-00106-01 Actor: William Herrera Franco Demandado: Ediles de la Junta Administradora Local número 2 del Distrito de Cartagena de Indias. Tema: Actuación de la Comisión Escrutadora Departamental. Diferencia entre formularios E-14 y E-24.	380
Radicación número: 20001-23-33-000-2016-00089-01 Actor: Omar Javier Contreras Socarrás Demandado: Álvaro Luis Castilla Fragozo. Contralor de Valledupar Temas: Concurso y proceso de elección para Contralor Municipal.....	389

Radicación número: 08001-23-33-000-2015-00820-01	
Actor: Alejandro Rafael Barrios De Alba	
Demandado: Rafael Eloy Orozco Torres. Concejal de Malambo, período 2016-2019	
Temas: Inhabilidad por ser beneficiario de pensión de invalidez.....	393

Carlos Enrique Moreno Rubio

AUTOS	397

Radicación número: 11001-03-28-000-2015-00039-00	
Actor: Asociación de Ingenieros agrónomos del Llano	
Demandado: Eduardo Alberto Martínez Baquero. Representante del sector productivo del Departamento del Meta	
Temas: Suspensión provisional de los efectos de acto de elección.....	397

Radicación número: 20001-23-39-001-2015-00593-01	
Actor: Rafael Guillermo Posada	
Demandado: Concejales del Municipio de Valledupar	
Temas: Excepción de falta de agotamiento del requisito de procedibilidad.....	398

Radicación número: 13001-23-33-000-2016-00100-01	
Actor: Jader Julio Arrieta	
Demandado: Concejales de Cartagena, período 2016 - 2019	
Temas: Queja contra auto que rechaza apelación. Rechazo de reforma de la demanda.	
Salvamento de voto de la Consejera Rocío Araújo Oñate	
Temas: No procede recurso alguno contra el auto que resuelve sobre la admisión de la reforma de la demanda dentro del medio de control de nulidad electoral.....	400

Radicación número: 08001-23-33-000-2015-00158-01	
Actor: Juan Barrios Villarreal y Otro	
Demandado: Universidad Del Atlántico	
Temas: Medida cautelar de suspensión del procedimiento de elección de rector.	403

Radicación número: 66001-23-33-000-2016-00310-01	
Actor: Steven Botero Castaño	
Demandado: Oscar Mauricio Toro Valencia. Personero Municipal de Dosquebradas, Risaralda.	
Temas: Excepción de caducidad del medio de control de nulidad electora.....	404

FALLOS	406

Radicación número: 11001-03-28-000-2015-00024-00	
Actor: Rubén Darío Bravo Rondón	
Demandado: Registraduría Nacional del Estado Civil	
Temas: Infracción artículos 2, 40 y 266 de la Constitución Política. Competencias del registrador nacional.	406

Radicación número: 11001-03-28-000-2014-00107-00	
Actor: Eduard Eccehomo Torres Mosquera y Melania Valois Lozano	
Demandado: Representantes a la Cámara por el Departamento de Chocó	
Temas: Falsedad de registros electorales, presunción de legalidad del acto de elección, requisitos de representante de afrodescendientes.....	407

Radicación número: 11001-03-28-000-2015-00059-00 Actor: Héctor Eduardo Barrera Ojeda Demandado: Juan Carlos Galindo Vácha. Registrador Nacional del Estado Civil Temas: Reelección de registrador Nacional del Estado Civil que haya ejercido en propiedad esa dignidad	408
Radicación número. 11001-03-28-000-2015-00029-00 Actor: Gerardo Antonio Arias Molano Demandado: Jorge Eliecer Laverde Vargas. Secretario Comisión Sexta del Senado de la República. Temas: Irregularidades en la expedición de acto de elección. Modulación de los efectos de la sentencia de nulidad electoral.	409
Radicación número: 11001-03-28-000-2016-00015-00 Actor: Miguel Alexander Bermúdez Lemus Demandado: Carlos Ernesto Santana Bonilla y Otros. Representantes del sector privado del Consejo Directivo de Cortolima. Temas: Sistema de elección de representantes del sector privado ante Consejo Directivo de Corporación Autónoma Regional. Aclaración de voto de la consejera Lucy Jeannette Bermúdez Bermúdez Tema: No se encuentra estipulado en el Decreto 1850 un agotamiento o denuncia de irregularidad ante la entidad que realiza la elección.	410
Radicación número: 11001-03-28-000-2014-00099-00 Actor: Heriberto Arrechea Banguera y Otros Demandado: Moisés Orozco Vicuña. Representante a la Cámara por la Circunscripción Especial de Afrodescendientes Temas: Requisitos de candidatos de comunidades negras. Falsa motivación. Normas aplicables a la circunscripción especial afrodescendiente. Efectos ex nunc de la nulidad de sentencia de nulidad electoral. Aclaración de voto de la consejera Lucy Jeannette Bermúdez Temas: Representación de comunidades afrodescendientes. Autoidentificación como criterio para acreditar el requisito de pertenencia a comunidades étnicas y culturalmente diversas	412
Radicación número: 70001-23-33-000-2015-00513-01 Actor: Edison Bioscar Ruiz Valencia Demandado: Jairo Daniel Barona Taboada. Diputado Asamblea de Sucre. Temas: Modificación de la lista en elección de Diputados.	413
Radicación número: 11001-03-28-000-2015-00005-00 Actor: Edgar Humberto Silva González Demandado: Consejo Nacional Electoral Temas: Improcedencia de la acción de nulidad simple. Límites de ingresos y gastos en la campaña	418
Radicación número: 11001-03-28-000-2015-00060-00 Actor: Sabel Reinerio Arévalo Arévalo Demandado: John James Fernández López. Director Corporación Autónoma Regional del Quindío. Temas: Inconstitucionalidad del artículo 2.2.8.4.1.19 del Decreto Único Reglamentario 1076 de 2015. Régimen legal de inhabilidades de director de Corporación Autónoma Regional. Reserva legal.	419

Radicación número: 11001-03-28-000-2015-00054-00 Actor: Miguel Arturo Rodríguez Monroy Demandado: José Ricardo López Dulcey. Director General de la Corporación Regional de Boyacá, CORPOBOYACÁ. Temas: Procedimiento para recusar miembros del Consejo Directivo de Corporación Autónoma Regional.	420
Radicación número: 11001-03-28-000-2016-00041-00 Actor: Diana Elizabeth Giraldo Díaz Demandado: Orlando Gamboa García. Representante suplente ante la Corporación Autónoma Regional para la defensa de la meseta de Bucaramanga. Temas: Procedimiento de elección de representantes del sector privado de Corporación Autónoma	421
Radicación número: 88001-23-33-000-2016-00026-01 Actor: Berta Karina Duque Torrenegra Demandado: Mayla Gayrleen Saams. Contralora Departamental del Archipiélago de San Andrés. Temas: Inhabilidad por haber ejercido cargo de nivel directivo en el año anterior a la elección.	422
Radicación número: 11001-03-28-000-2016-00017-00 Actor: Miguel Alexander Bermúdez Lemus Demandado: Carlos Ernesto Santana Bonilla y Otros. Representantes del sector privado del Consejo Directivo de Cortolima. Temas: Presunción de legalidad del acto de elección.	424
Radicación número: 76001-23-33-004-2016-00193-01 Actor: Gustavo Adolfo Prado Cardona Demandado: Jesús Antonio Copete Goetz. Alcalde encargado de Guadalajara de Buga Temas: Designación de alcalde encargado por falta absoluta. Aclaración de voto del Consejero Alberto Yepes Barreiro. Tema: Actos preparatorios y actos definitivos.	425
Radicación número: 20001-23-39-000-2015-00584-01 Actor: Khennier Rafael Ramírez Quintero Demandado: Yesith Triana Amaya. Concejal de Valledupar. Temas: Doble militancia política.....	427
Radicación número: 50001-23-33-000-2015-00614-01 Actor: Mario Leonardo Delgado Cerón y Juan Alejandro Guzmán Torres Demandado: Alex Alfredo Rincón Hernández. Concejal de Villavicencio. Temas: Inhabilidad por imposición de sanciones disciplinarias.	429
Radicación número: 19001-23-33-000-2015-00611-02 Actor: María Nela Zapata Mera Demandado: Claudia Daneye Hoyos Ruíz. Diputada del Cauca. Temas: Inhabilidades para servidores públicos de elección popular. Límite temporal.	430
Radicación número: 23001-23-33-000-2015-00461-02 Actor: Carlos Mario Isaza Serrano Demandado: Salim Hamed Chagui Flórez. Alcalde del Municipio de Cereté, Córdoba.	

Temas: Efectos ex nunc de la sentencia de nulidad electoral. Inhabilidad por celebración de contratos con entidades públicas Aclaración de voto del consejero Alberto Yepes Barreiro Tema: Alcance del requisito espacial previsto en la inhabilidad por intervención en la celebración de contratos con entidades públicas.	431
Radicación número: 11001-03-28-000-2016-00028-00 Actor: Felix Suárez Reyes y Otro Demandado: Hugo Arley Tobar Otero. Rector de la Universidad del Pacífico Temas: Principio de autonomía universitaria y facultades del Consejo Superior de la Universidad.....	435
Radicación número: 25000-23-41-000-2015-02381-01 Actor: Flor Velcy García Acero Demandado: Santiago Cañas Escobar. Edil de la Localidad sexta de Tunjuelito. Temas: Elección de edil. Requisitos para ser edil. Aclaración de voto de la consejera Lucy Jeannette Bermúdez Tema: Desempeñar actividad profesional en la respectiva localidad. Siempre que se hable de actividades profesionales se hará referencia a aquellas que requieren de la previa obtención de un título académico, pues todas las demás actividades deberán tenerse como el desempeño de oficio.....	437
Radicación número: 05001-23-33-000-2015-02592-01 Actor: Nelson Rendón Estrada Demandado: Nataly Vélez Lopera. Concejal de Medellín. Temas: Límite temporal final de la renuncia, doble militancia política	439
Radicación número: 11001-03-28-000-2016-00003-00 Actor: Carlos Alexander Mosquera Mosquera y Otro Demandado: Édgar Enrique Martínez Romero. Gobernador del Departamento de Sucre. Temas: Improcedencia de la prohibición de doble militancia política.	441
Radicación número: 66001-23-33-000-2016-00065-01 Actor: Daniel Silva Orrego Demandado: Elizabeth Duque Méndez. Secretaria de tránsito y movilidad de Dosquebradas. Temas: Requisitos para ejercer el cargo de secretario de tránsito y movilidad.....	442
Radicación número: 52001-23-33-000-2016-00115-01 Actor: Carlos Federico Ruíz López Demandado: Anjhydalid Viviana Rúales Escobar. Personera de Pasto. Temas: Requisitos de convocatoria y entrevista.....	443
Radicación número: 76001-23-33-000-2016-00192-01 Actor: Gustavo Adolfo Prado Cardona Demandado: Nelson Rincón Laverde. Secretario de tránsito y transporte de Cali. Temas: Cumplimiento de requisitos de experiencia y profesionales.....	444
Radicación número: 66001-23-33-000-2015-00483-01 Actor: Diana Fernández Moreno y Otro Demandado: Julio César Londoño Guevara. Diputado Asamblea de Risaralda. Temas: Carencia actual de objeto por sustracción de materia	446

Radicación número: 73001-23-33-000-2015-00760-02 Actor: Stefany González Guzmán Demandado: Ernesto Ortiz Aguilar. Concejal del Municipio de Ibagué- Temas: Régimen de inhabilidades	447
Radicación número: 70001-23-33-000-2016-00045-01 Actor: Edison Bioscar Ruiz Valencia Demandado: Karime Adrana Cotes Martínez. Diputada de Sucre. Temas: Inscripción de candidatura y elección de diputados	448
Radicación número: 23001-23-33-000-2015-00521-01 Actor: Aroldo Enrique Díaz Ballesteros Demandado: Farid Abraham Saker Pérez. Concejal de Santa Cruz de Lorica. Temas: Ejercicio de autoridad administrativa, inhabilidad por parentesco	452
Radicación número: 23001-23-33-000-2015-00435-01 Actor: Gustavo Tafur Márquez, Moisés Náder Restrepo y Orlando de Jesús Seisa Pastrana Demandado: Francisco Daniel Alean Martínez. Alcalde del Municipio de Montelíbano, Córdoba. Temas: Doble Militancia política.....	453
Radicación número: 20001-23-39-001-2015-00593-03 Actor: Rafael Guillermo Posada Barreto Demandado: Concejales de Valledupar Temas: Diferencias entre los formularios E14 y E24	455
Radicación número: 76001-23-33-002-2015-01625-02 Actor: Gerardo Alfredo Góngora Ibarra Demandado: Sonia Libia Moreno Aguirre. Concejal de Buenaventura Temas: Inhabilidad por parentesco con quien ejerció autoridad civil o administrativa	457
Radicación número: 70001-23-33-000-2016-00049-01 Actor: Edison Bioscar Ruíz Valencia Demandado: Luis Oreste Baracchi Vélez. Concejal de Sincelejo, Sucre. Temas: Inscripción de candidatura.de Concejal.....	459
Radicación número: 63001-23-33-000-2016-00053-02 Actor: Diego Alejandro Arias Sierra Demandado: Ángela Viviana López Bermúdez. Personera de Armenia. Temas: Convocatoria Pública y reglas de la entrevista	463
Radicación número: 25000-23-41-000-2015-02347-01 Actor: Óscar Rodríguez Ortiz Demandado: José Martín Peñuela Beltrán. Concejal de Soacha. Temas: Doble militancia por apoyo a candidato de otra colectividad.....	465
Radicación número: 88001-23-33-000-2016-00052-01 Actor: Rafael Williams Pomare Demandado: Joseph Lionikem Barrera Kelly. Director de la oficina de control de circulación y residencia del Departamento de San Andrés, Providencia y Santa Catalina	

Temas: Derechos políticos y su garantía. Aclaración de voto del consejero Alberto Yepes Barreiro Temas: Reelección indefinida no vulnera o pone en peligro la conformación democrática del poder político, debido a la especial naturaleza de la Oficina de control y a la brevedad del período del director.	467
Radicación número: 76001-23-33-000-2016-00180-01 Actor: Gustavo Alonso Rodríguez Rodríguez Demandado: María Leonor Cruz Rivera. Concejal de Buga. Temas: Doble militancia por pertenencia simultánea a más de un partido.	470
Radicación número: 47001-23-33-000-2015-00492-02 Actor: Dalida Paola Gamarra Quinto Demandado: Mario Alejandro Tausa Ramírez. Concejal de Santa Marta. Temas: Inhabilidades de los concejales, Inhabilidad por parentesco.	472
Radicación número: 19001-23-33-000-2015-00602-01 Actor: Daurbey Ledezma Acosta Demandado: Concejales del Municipio de Popayán, período 2016-2019 Temas: Inscripción de candidato a concejal. Aval a candidato.	473

Alberto Yepes Barreiro

AUTOS	477
Radicación número: 11001-03-28-000-2015-00051-00 Actor: Emiliano Arrieta Monterroza Demandado: Oneida Rayeth Pinto Pérez. Gobernadora de la Guajira Temas: Supuestos de hecho que deben soportar la solicitud de medida cautelar en materia electoral.	477
Radicación número: 11001-03-28-000-2015-00031-00 Actor: Wilman Mora Zorro Demandado: Martín Camilo Carvajal Camaro. Director General de la Corporación Autónoma Regional para la Defensa de la Meseta de Bucaramanga, CDMB. Temas: Expedición irregular.	479
Radicación número: 11001-03-28-000-2015-00056-00 Actor: Mónica Naranjo Rivera Demandado: Pedro Helí Parra Ruíz. Representante suplente de las Entidades sin ánimo de lucro ante el Consejo Directivo de la Corporación Autónoma Regional del Tolima, Cortolima Temas: Incumplimiento de los requisitos de postulación de representante de las entidades sin ánimo de lucro ante el consejo directivo de Corporación Autónoma Regional.	481
Radicación número: 11001-03-28-000-2015-00020-00 Actor: Nación- Ministerio De Educación Nacional Demandado: Carlos Emiliano Oñate Gómez. Rector de la Universidad Popular del Cesar Temas: Terminación del proceso por abandono. - Aclaración de voto de la Consejera Lucy Jeannette Bermúdez Temas: La acreditación de publicaciones incluye realizar las publicaciones y allegar las diligencias dentro del término legal señalado.	484

Radicado número: 11001-03-28-000-2015-00046-00	
Actor: Manuel Yasser Páez Ramírez y Otros	
Demandado: Martha Patricia Zea Ramos. Magistrada de la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura	
Temas: Elección Provisional de Magistrado. Medida Cautelar	484
 Radicación número: 68001-23-33-000-2016-00076-01	
Actor: Carlos Leonardo Hernández	
Demandado: Concejales del Municipio de Barrancabermeja	
Temas: Elección en provisionalidad de Magistrada de Consejo Superior de la Judicatura. Órgano competente.	487
 Radicado número: 11001-03-28-000-2016-00011-00	
Actor: Héctor Alfonso Carvajal Londoño	
Demandado: Consejo Superior de la Judicatura	
Temas: Caducidad de la acción electoral. Causales objetivas de nulidad electoral.	489
 Radicación número: 25000-23-41-000-2015-00101-02	
Actor: Miguel Augusto Medina Ramírez	
Demandado: Sergio Antonio Medina Martínez. Director de investigaciones fiscales de la Contraloría General de la República.	
Temas: Excepción previa de inepta demanda. Falsa motivación.	492
 Radicación número: 11001-03-28-000-2016-00009-00	
Actor: Luis Felipe Aguirre Vásquez	
Demandado: Johnny Alberto Avendaño Estrada. Director de la Corporación Autónoma de Sucre	
Temas: Suspensión provisional de nombramiento de director de Corporación Autónoma Regional. Proceso de elección de Directores de las Corporaciones Autónomas Regionales o de Desarrollo Sostenible	495
 Radicación número: 11001-03-28-000-2015-00019-00	
Actor: William Yesid Lasso	
Demandado: Carlos Emiliano Oñate Gómez. Rector de la Universidad del Cesar	
Temas: Recursos que pueden presentar terceros intervinientes en el proceso de nulidad electoral.	498
 Radicación número: 11001-03-28-000-2016-00027-00	
Actor: Álvaro Luís Castilla Fragozo	
Demandado: Kaleb Villalobos Brochel. Director General de la Corporación Autónoma Regional del Cesar	
Temas: Expedición irregular. Suspensión provisional de la elección.	
Aclaración de voto del Consejero Alberto Yepes Barreiro	
Temas: Estudio de la solicitud de la medida cautelar con fundamento en los cargos contenidos en el concepto de la violación de la demanda.	502
 Radicación número: 05001-23-33-000-2015-02494-01	
Actor: Carlos Mario Uribe Zapata	
Demandado: Concejales del Municipio de Medellín	

Temas: Falta de agotamiento del requisito de procedibilidad en materia electoral. Falsedad de documentos electorales.	506
Radicación número: 11001-03-28-000-2016-00007-00 Actor: Ricardo Mendoza Carpintero Demandado: Representantes de las Entidades sin ánimo de lucro ante el Consejo Directivo de la Corporación Autónoma Regional del Atlántico CRA. Temas: Expedición irregular.	508
Radicación número: 20001-23-39-003-2015-00583-01 Actor: Roberto Carlos Castro Romero Demandado: Víctor Julio Alvarado Bolaños. Concejal de Valledupar Temas: Excepción previa de inepta demanda	513
Radicación número: 11001-03-28-000-2015-00029-00 Actor: Gerardo Antonio Arias Demandado: Jorge Eliecer Laverde Vargas. Secretario de la Comisión Sexta del Senado Temas: Auto de unificación sobre el trámite y sustentación del recurso de súplica en audiencia. Excepción de cosa juzgada.....	515
Radicación número: 50001-23-33-000-2016-00136-01 Actor: Julián David Villa Nieves Demandado: Natalia Rodríguez Oros. Diputada a la Asamblea Departamental del Meta Temas: Caducidad de la acción de nulidad electoral.	519
Radicación número: 11001-03-28-000-2016-00042-00 Actor: Dairis Liliana García Jimenez y Liliana Esther de la Cruz Demandado: Representantes de las Comunidades Afrodescendientes ante el Consejo Directivo de la Corporación Autónoma de la Guajira (Corpoguajira) Temas: Expedición irregular.	522
Radicación número: 11001-03-28-000-2015-00054-00 Actor: Miguel Arturo Rodríguez Monroy Demandado: José Ricardo López Dulcey. Director General de Corpoboyacá Temas: Requisitos para el decreto de pruebas testimoniales en el proceso electoral.	524
Radicación número: 25000-23-24-000-2015-02753-01 Actor: Martín Rainiero Quijano Arias Demandado: Nelson Castro Rodríguez. Concejal de Bogotá para el período 2016-2019 Temas: Inhabilidad por celebración de contratos con entidades públicas. Aclaración de voto de consejera Lucy Jeannette Bermúdez Tema: No era necesario realizar el análisis extensivo de los elementos de una de las inhabilidades establecidas en el numeral 3 del artículo 40 de la Ley 617 de 2000.	528
Radicación número: 70001-23-33-000-2016-00011-01 Actor: Raúl Enrique Vergara Álvarez Demandado: Miguel Arrazola Sáenz. Contralor del Departamento de Sucre para El Período 2016-2019 Temas: Procedimiento de convocatoria pública para elección de contralores.	530

Radicación número: 68001-23-33-000-2016-00131-01	
Actor: Luis José Escamilla Moreno	
Demandado: Robiel Barbosa Otálora. Personero de Floridablanca	
Temas: Excepción previa de indebida acumulación de pretensiones	532
 Radicación número: 73001-23-33-004-2015-00762-01	
Actor: Adriana Milena Romero Galeano	
Demandado: Concejales del Espinal, Tolima.	
Temas: Excepción de falta de agotamiento del requisito de procedibilidad.....	535
 Radicación número: 76001-23-33-004-2016-00074-01	
Actor: Alveiro Murcia Ome Y Samuel Castro González	
Demandado: Norman Maurice Armitage Cadavid. Alcalde del Municipio de Santiago de Cali	
Temas: Formulario E26 en elecciones por voto popular. Acto electoral susceptible de control jurisdiccional.	537
 Radicación número: 170001-23-33-000-2016-00025-01	
Actor: Luis Efrén Leyton Cruz	
Demandado: Tulia Helena Hernández Burbano. Personera Municipal de Manizales, Caldas.	
Temas: Concurso de méritos para proveer el cargo de personero.	
Aclaración de voto de la consejera Rocío Araújo Oñate	
Temas: Si la pretensión del demandante se dirige a obtener, además de la nulidad de acto administrativo que declara la elección, el restablecimiento del derecho vulnerado, el medio de control que corresponde es la nulidad y restablecimiento del derecho y no la nulidad electoral.	540
 Radicación número: 15001-23-33-000-2016-00119-01	
Actor: Pedro Javier Barrera Varela	
Demandado: Ilbar Edilson López Ruíz. Personero de Tunja, período 2016-2019	
Temas: Excepción de falta de legitimación en la causa por pasiva.....	545
 Radicación número: 68001-23-33-000-2016-00070-01	
Actor: Carlos Leonardo Hernández	
Demandado: Concejales del Municipio de Barrancabermeja	
Temas: Excepción de inepta demanda por indebida integración del petitum	550
 Radicación número: 47001-23-33-000-2016-00038-01	
Actor: Lacides José Soto Laborde	
Demandado: Diputados del Departamento de Magdalena	
Temas: Excepción de falta de legitimación en la causa por activa	553
 Radicación número: 68001-23-33-000-2016-00206-01	
Actor: Hugo Alberto Campo Carrillo	
Demandado: Oliva Olivella Guarín. Contralora Municipal de Barrancabermeja	
Temas: Excepción previa de indebida acumulación de pretensiones	559
 Radicación número: 11001-03-28-000-2016-00048-00	
Actor: Nicolás Eduardo Rodríguez	
Demandado: Blanca Clemencia Romero Acevedo. Comisionada Nacional del Servicio Civil.	
Temas: Inhabilidad de ejercicio de potestad nominadora. Término temporal.	561

Radicación número: 25000-23-41-000-2016-00395-01 Actor: Ministerio De Educación Nacional Demandado: Adriano Muñoz Barrera. Rector de la Universidad de Cundinamarca Temas: Impedimento por amistad de Consejera con apoderado del demandado.	564
Radicación número: 11001-03-28-000-2016-00022-00 Actor: Ricardo Mendoza Carpintero Demandado: Amaury Trujillo Burgos. Representante de las Entidades sin ánimo de lucro ante el Consejo Directivo de la CRA Temas: Terminación del proceso de nulidad electoral.	566
Radicación número: 25000-23-41-000-2016-00395-01 Actor: Ministerio De Educación Nacional Demandado: Adriano Muñoz Barrera. Rector de la Universidad de Cundinamarca Temas: Excepción de falta de legitimación en la causa	568
Radicación número: 11001-03-28-000-2016-00048-00 Actor: Nicolás Eduardo Rodríguez Demandado: Blanca Clemencia Romero Acevedo. Comisionada nacional del servicio civil Temas: Inhabilidad de ejercicio de potestad nominadora	571
Radicación número: 47001-23-33-000-2016-00074-01 Actor: Belquin Crespo Oliveros Demandado: Wilfrido Enrique Gutiérrez Ospino. Contralor Distrital de Santa Marta, periodo 2016-2019. Temas: Presentación y sustentación del recurso de apelación contra decisión adoptada en audiencia inicial debe realizarse en la audiencia.	574
Radicación número: 52001-23-33-000-2015-00811-01 Actor: Oscar Germán Ramos Rodríguez Demandado: Mildre Karola López. Docente de tiempo completo de la Facultad de Ciencias Económicas y Administrativas de la Universidad de Nariño Temas: Docente de universidad pública tiene un nivel jerárquico diferente a los de empleos públicos de la rama ejecutiva.	576
Radicación número: 76001-23-33-000-2016-00231-01 Actor: Gustavo Alonso Rodríguez Y Otros Demandado: Concejales de Buga, Valle, período 2016-2019 Temas: Excepciones de caducidad y de inepta demanda. Doble militancia en la modalidad de apoyo.	578
Radicación número: 63001-23-33-000-2016-00006-01 Actor: Jaime Alberto Muriel Lotero Demandado: Freddy Valencia Cardona. Diputado del Quindío Temas: Doble militancia bajo la modalidad de pertenencia simultánea a dos partidos o movimientos políticos	580
Radicación número: 11001-03-28-000-2016-00048-00 Actor: Nicolás Eduardo Rodríguez Demandado: Blanca Clemencia Romero Acevedo. Comisionada Nacional del Servicio Civil. Temas: No vulneración de los derechos fundamentales de la demandada por decisión de suspensión provisional.	582

Radicación número: 15001-23-33-000-2016-00119-01 Actor: Pedro Javier Barrera Varela Demandado: Ilbar Edilson López Ruíz. Personero de Tunja, período 2016-2019 Temas: Nuevos cargos formulados en el escrito de reforma de demanda electoral. Término de caducidad de la acción de nulidad electoral.	583
Radicación número: 63001-23-33-000-2016-00676-01 Actor: Stefanía Piedrahita Orozco. Demandado: Yohan Edward Perdomo Herrera Temas: Impedimento de Magistrados de Tribunal. Sorteo de Conjuceces.....	587
Radicación número: 730001-23-33-000-2015-00806-01 Actor: Carlos Enrique Ramírez Peña Demandado: José Crispín Guerra Córdoba. Diputado del Departamento del Tolima Temas: Sustento debido de la petición de aclaración de sentencia.	588
Radicación número: 05001-23-33-000-2015-02589-01 Actor: Alberto De Jesús Alzate Correa Demandado: César Augusto Suárez Mira. Alcalde del Municipio de Bello, período 2016-2019. Temas: Coalición de partidos o movimientos políticos. Consulta interna de partido político. Adhesiones o apoyos a candidatos de otra colectividad. Cosa Juzgada.	589
Radicación número: 11001-03-28-000-2015-00041-00 Actor: Mónica Naranjo Rivera Demandado: Representantes de las Entidades sin ánimo de lucro ante el Consejo Directivo de la Corporación Autónoma Regional del Tolima. Temas: Solicitudes de adición, corrección y aclaración de la sentencia	592
Radicación número: 11001-03-28-000-2015-00044-00 Actor: José Fredy Arias y Otros Demandado: Juan Manuel Álvarez Villegas Director General de La Corporación Autónoma Regional de Risaralda, Período 2016-2019 Tema: Motivación de la sentencia.....	594
Radicación número: 08001-23-33-000-2015-00863-01 Actor: Carlos Arturo Hernández Carillo y Otro Demandado: Concejales de Barranquilla, Atlántico, período 2016 -2019 Temas: Excepción de inepta demanda por falta de agotamiento del requisito de procedibilidad en materia electoral	596
Radicación número: 730001-23-33-000-2015-00806-01 Actor: Carlos Enrique Ramírez Peña Demandado: José Crispín Guerra Córdoba. Diputado del Departamento del Tolima. Temas: Notificación de auto admisorio de demanda de nulidad electoral.....	598
Radicación número: 70001-23-33-000-2016-00046-01 Actor: Edison Bioscar Ruíz Valencia Demandado: Daniel Felipe Merlano Porras. Concejal de Sincelejo, Sucre. Temas: No procede aclaración de la sentencia cuando se elevan consultas a la Sección Quinta.	

Salvamento de voto de la Consejera Rocío Araújo Oñate
Temas: Este fallo fue adoptado por la Sala luego de que en un caso muy similar
negó por decisión mayoritaria la ponencia que en sentido contrario (declarando
la nulidad de la elección) había presentado la suscrita a su consideración.....601

Radicación número: 52001-23-33-000-2016-00197-01
Actor: Jose Mauricio Chiran Ortiz
Demandado: Jorge Ovidio Perez Villabona. Contralor del Putumayo, periodo 2016-2019
Temas: Solicitud de aclaración y adición de fallo no procede para controvertir la
conclusión de la sentencia. 604

FALLOS 606

Radicación número: 11001-03-28-000-2014-00110-00
Actor: Carlos Nery López Carbone
Demandado: Representantes a la Cámara por el Magdalena.
Temas: Más votos que votantes. Cómputo de votos. Sabotaje electoral. Diferencia de
acto administrativo y acto electoral. Control de legalidad. Falsedad de documentos
electorales. Falsa motivación. Expresión de la voluntad electoral. 606

Radicación número: 11001-03-28-000-2015-00056-00
Actor: Mónica Naranjo Rivera
Demandado: Pedro Helí Parra Ruíz. Representante suplente de las Entidades sin ánimo
de lucro en el Consejo Directivo de la Corporación Autónoma Regional del Tolima,
Cortolima.
Temas: Requisitos profesionales y de experiencia en materia de recursos naturales.
Expedición irregular. Fijación del litigio en el proceso de nulidad electoral. 611

Radicación número: 54001-23-33-000-2015-00530-01
Actor: Maritza Rojas Saavedra
Demandado: Bachir Jussy Mirep Corona. Concejal de Cúcuta
Temas: Inhabilidad del artículo 43 numeral 4 de la Ley 136 de 1994. Elemento de
parentesco o vínculo con funcionario
Aclaración de voto del consejero Alberto Yepes Barreiro
Tema: Interpretación de la inhabilidad por parentesco. “Funcionario” y “servidor”
público son términos análogos. Todos los “empleados públicos” son funcionarios,
pero no todos los funcionarios son empleados públicos. 614

Radicación número: 470001-23-33-002-2015-00434-01
Actor: Chelo Velásquez Becerra
Demandado: Juan Carlos Torregroza Calderón. Concejal de Ciénaga, Magdalena,
periodo 2016-2019.
Temas: Requisitos de configuración de la inhabilidad de ejercicio de autoridad por
parte de pariente. 618

Radicación número: 11001-03-28-000-2015-00051-00
Actor: Emiliano Arrieta Monterroza.
Demandado: Oneida Rayeth Pinto Pérez, Gobernadora de La Guajira.
Temas: Sentencia de unificación de única instancia. Inhabilidad prevista en el numeral
7º del artículo 38 y 39 de la Ley 617 de 2000. No renunció al cargo de alcaldesa den-
tro de los 12 meses anteriores a la inscripción de su candidatura a la gobernación.
Término temporal inicial y final de la inhabilidad por no renunciar a cargo público.

Modulación de los efectos de la sentencia de nulidad electoral. Principio pro electoratem.	620
Radicación número: 11001-03-28-000-2016-00008-00	
Actor: Donys Rodolfo Rivero De Hoyos	
Demandado: Liliana Milena Quiroz Aguas – Directora de CORPOMOJANA	
Temas: Expedición irregular. Recusación contra miembros de Consejo Directivo de Corporación Autónoma.	
	626
Radicación número: 11001-03-28-000-2016-00031-00	
Actor: Diana Elizabeth Giraldo Díaz	
Demandado: Jhon Alexander Bohórquez Camargo. Representante del Sector Privado ante el Consejo Directivo de La Corporación Autónoma Regional para la defensa de la meseta de Bucaramanga, CDMB.	
Temas: Requisito de aportar certificado de existencia y representación legal sólo aplica cuando la postulación la realiza una sociedad comercial.	
	628
Radicación número: 76001-23-33-000-2015-01487-01	
Actor: Mary Julieth Cortés Andrade y Johann Wolfgang Patiño Cárdenas	
Demandado: Mónica María Orozco Vélez. Concejal de Cartago	
Temas: Efecto ex nunc de la sentencia de nulidad electoral. Inhabilidad por vínculo matrimonial o de parentesco con funcionarios que hayan ejercido autoridad administrativa.	
Aclaración de voto de la consejera Lucy Jeannette Bermúdez	
Tema: Efectos de la sentencia de nulidad electoral. Efectos retroactivos no son compatibles con el ordenamiento jurídico.	
	629
Radicación número: 54000-23-23-000-2015-00509-01	
Actor: Jhon Dany García Hernández	
Demandado: José Ignacio Rangel Andrade. Concejal del Municipio de Los Patios, Norte De Santander.	
Temas: Inhabilidad por celebración de contratos dentro de los 12 meses antes a la elección.....	
	635
Radicación número: 11001-03-28-000-2016-00027-00	
Actor: Álvaro Luís Castilla Fragozo	
Demandado: Kaleb Villalobos Brochel. Director General de la Corporación Autónoma Regional del Cesar	
Temas: Expedición irregular.	
	638
Radicación número: 11001-03-28-000-2015-00032-00	
Actor: Alfonso Esguerra Amaya Y Otros	
Demandado: Jorge Enrique Cardoso Rodríguez. Director General de la Corporación Autónoma Regional del Tolima	
Temas: Expedición irregular.	
	643
Radicación número: 11001-03-28-000-2015-00030-00	
Actor: Hoover Deyzon Estrada Londoño	
Demandado: Presidencia de La República	
Temas: No procede nulidad de decreto por no ser necesario someterlo a consideración del público antes de su expedición.....	
	647

Radicación número: 63001-23-33-000-2016-00008-01 Actor: Wilson De Jesús Támara Zanabria Demandado: Stefany Gómez Murillo. Concejal de Armenia Temas: Doble militancia política.	651
Radicación número: 05001-23-31-000-2015-02551-01 Actor: Daniel Echeverri Sánchez Demandado: Ángela María Ríos Castaño. Concejal del Municipio de Itagüí Temas: Aval de candidato.	654
Radicación número: 11001-03-28-000-2016-00009-00 Actor: Luis Felipe Aguirre Vásquez Demandado: Johnny Alberto Avendaño Estrada. Director General de CARSUCRE Temas: Principios de moralidad, imparcialidad, transparencia y publicidad y mérito en la elección	658
Radicación número: 11001-03-28-000-2016-00042-00 Actor: Dairis Liliana García Jiménez y Liliana Esther de la Cruz Demandado: Representantes de las Comunidades Afrodescendientes ante el Consejo Directivo de la Corporación Autónoma de la Guajira Temas: Expedición irregular	663
Radicación número: 50001-23-33-000-2015-00653-01 Actor: Diego Alexander Garay Ruíz Demandado: Fabián Alberto Bobadilla Piedrahita. Concejal de Villavicencio Temas: Expedición irregular.	666
Radicación número: 11001-03-28-000-2016-00007-00 Actor: Ricardo Mendoza Carpintero Demandado: Representantes principal y suplente de las Organizaciones sin ánimo de lucro ante el Consejo Directivo de la Corporación Autónoma Regional del Atlántico - CAR Temas: Expedición irregular.	668
Radicación número: 63001-23-33-000-2016-00006-01 Actor: Jaime Alberto Muriel Lotero Demandado: Freddy Valencia Cardona. Diputado del Quindío Temas: Efectos a futuro o ex nunc de la sentencia de nulidad electoral.	672
Radicación número: 66001-23-33-000-2015-00475-01 Actor: Gerardo Bernal Montenegro y John Harold Gómez Giraldo Demandado: Carolina Giraldo Botero. Concejal de Pereira. Temas: Inhabilidad por celebración de contratos y gestión de negocios dentro de los 12 meses antes a la elección	677
Radicación número: 66001-23-33-000-2016-00092-01 Actor: Daniel Silva Orrego y Carlos Alfredo Croswaithe Ferro Demandado: Mario León Ossa. Director General del Instituto Municipal de Tránsito de Pereira. Temas: Requisitos de experiencia relacionada y nombramiento de director general de Instituto Municipal de Tránsito.	679

Radicación número: 63001-23-33-000-2015-00361-01 Actor: Jhon Alexander Arenas y Jaime Alberto Muriel Demandado: Jorge Ricardo Parra Sepúlveda – Diputado de la Asamblea Departamental del Quindío, periodo 2016-2019 Temas: Definición de conceptos de pertenencia simultánea y concomitante a dos partidos. Doble Militancia política.	682
Radicación número: 11001-03-28-000-2015-00033-00 Actor: Yezid Gaitán Marín Demandado: Martín Camilo Carvajal Camaro. Director General de la Corporación Autónoma Regional para la defensa de la Meseta de Bucaramanga, CDMB. Temas: Expedición Irregular. Experiencia relacionada. Fallo de responsabilidad fiscal en contra no es causal de inhabilidad.	684
Radicación número: 730001-23-33-000-2015-00806-01 Actor: Carlos Enrique Ramírez Peña Demandado: José Crispín Guerra Córdoba. Diputado del Departamento del Tolima. Temas: Prohibición de doble militancia en la modalidad de apoyo y de directivos.	690
Radicación número: 08001-23-33-000-2016-00051-01 Actor: Fernando Antonio Chacón Lebrún Demandado: Jaime Rafael San Juan Pugliese. Personero de Barranquilla. Temas: Inhabilidad del artículo 174 literal a. de la Ley 136 de 1994.	693
Radicación número: 66001-23-33-000-2016-00117-01 Actor: Consejo municipal de Dosquebradas Demandado: Henry Rincón Álzate. Contralor del Municipio de Dosquebradas, Risaralda, período 2016-2019. Temas: Condiciones de la convocatoria pública son inmodificables. Aclaración de voto del Consejero Carlos Enrique Moreno Rubio Temas: El acto demandado nunca produjo efectos y por tanto, no había lugar a hacer un estudio sobre su legalidad sino a terminar el asunto por sustracción de materia.	696
Radicación número: 70001-23-33-000-2016-00011-02 Actor: Raúl Enrique Vergara Álviz Demandado: Miguel Arrázola Sáenz. Contralor de Sucre, período 2016-2019 Temas: Pruebas e instrumentos de selección como criterio de mérito para la conformación de la lista de elegibles.	699
Radicación número: 63001-23-33-000-2015-00375-01 Actor: Fabián Esteban Jaramillo Vásquez Demandado: Luis Fernando Lasprilla Muñoz. Concejal de Armenia, Quindío. Temas: Doble Militancia Política.	702
Radicado: 11001-03-28-000-2016-00053-00 Actor: Carlos José Daza Díaz Demandado: Luis Alberto Baquero Daza. Alcalde de Villanueva Temas: Doble Militancia Política.	707

Radicación número: 11001-03-28-000-2015-00041-00 Actor: Mónica Naranjo Rivera Demandado: Representantes de las Entidades sin ánimo de lucro ante el Consejo Directivo de la Corporación Autónoma Regional del Tolima Temas: Requisitos de participación de entidades dentro de la elección de representantes.	709
Radicación número: 11001-03-28-000-2015-00044-00 Actor: José Fredy Arias y Otros Demandado: Juan Manuel Álvarez Villegas, director general de la Corporación Autónoma Regional de Risaralda, período 2016-2019. Temas: Prohibición de segunda reelección de los directores generales de las Corporaciones Autónomas Regionales Aclaración de voto del Consejero Alberto Yepes Barreiro Temas: Interpretación objetiva de prohibiciones e inhabilidades en materia electoral.	712
Radicación número: 68001-23-33-000-2015-01292-01 Actor: Erika Johana López Estevez Demandado: Héctor Guillermo Mantilla Rueda. Alcalde del Municipio de Floridablanca Temas: Doble Militancia en directivos.	718
Radicación número: 11001-03-28-000-2015-00019-00 Actor: William Yesid Lasso Demandado: Carlos Emiliano Oñate Gómez. Rector de la Universidad Popular del Cesar Temas: Régimen de inhabilidades de rector. Mayoría requerida para elección de rector.	722
Radicación número: 11001-03-28-000-2016-00048-00 Actor: Nicolás Eduardo Rodríguez Demandado: Blanca Clemencia Romero Acevedo. Comisionada Nacional del Servicio Civil Temas: Elemento temporal de la inhabilidad por ejercicio de potestad nominadora. Aclaración de voto de la Consejera Lucy Jeannette Bermudez Temas: Jueces de amparo. Inaplicabilidad de la Ley 909 de 2004 a cargos que no son de carrera.	726
Radicación número: 13001-23-33-000-2016-00114-01 Actor: Hernando Domingo Trucco Puello Demandado: Javier Wadi Curi Osorio. Concejal de Cartagena Temas: Inhabilidad por parentesco con quien ejerció autoridad civil o administrativa.	729
Radicación número: 13001-23-33-000-2016-00078-01 Actor: Alfonso Luis Cortina Barraza Demandado: Zaith Carmelo Adechine Carrillo. Concejal del Distrito de Cartagena, período 2016-2019 Temas: Efectos ex nunc o a futuro de la sentencia de nulidad electoral. Inhabilidad por parentesco con quien ejerció autoridad civil o administrativa.	734
Radicación número: 170001-23-33-000-2016-00025-02 Actor: Luis Efrén Leyton Cruz Demandado: Tulia Elena Hernández Burbano. Personera Municipal de Manizales, Caldas Temas: Concurso de méritos para proveer cargo de personero.	739

Radicación número: 70001-23-33-000-2016-00046-01	
Actor: Edinson Bioscar Ruíz Valencia	
Demandado: Daniel Felipe Merlano Porras. Concejal de Sincelejo	
Temas: Aval de candidato. Requisitos de inscripción de candidato.	742
 Radicación número: 52001-23-33-000-2016-00197-01	
Actor: José Mauricio Chiran Ortíz	
Demandado: Jorge Ovidio Pérez Villabona. Contralor de Putumayo, período 2016-2019	
Temas: Parámetros mínimos de la convocatoria pública. Principio de mérito.	745
 Radicación número: 52001-23-33-000-2015-00841-01	
Actor: Neil Mauricio Bravo Revelo	
Demandado: Miguel Alejandro Huertas Erazo. Concejal de Ipiales, Nariño, periodo 2016-2019	
Temas: Prohibición de doble militancia en la modalidad de apoyo.	750
 Radicación número: 68001-23-33-000-2016-00131-02	
Actor: Luis José Escamilla Moreno	
Demandado: Robiel Barbosa Otálora. Personero de Floridablanca, período 2016 – 2019	
Temas: Expedición irregular. Requisitos objetivos para la entrevista de candidatos.	752
 Radicación número: 47000-23-33-002-2016-00074-02	
Actor: Belquín Crespo Oliveros E Iveth Castaño Duarte	
Demandado: Wilfrido Enrique Gutierrez Ospino. Contralor de Santa Marta, periodo 2016-2019	
Temas: Interpretación sistemática del régimen de inhabilidades. Cargos públicos de nivel ejecutivo. Inhabilidad por haber ocupado cargos públicos durante el año anterior a la elección.	756

AGRADECIMIENTOS

Los satisfactorios resultados aquí presentados, fueron posibles gracias a la labor desarrollada por los servidores que hicieron parte de la Sección Quinta del Consejo de Estado durante 2016, a quienes agradecemos de manera especial su compromiso y dedicación, sin los cuales no lo habríamos logrado.

DESPACHOS

Lucy Jeannette Bermúdez Bermúdez

Magistrados Auxiliares: Carolina Del Pilar Gaitán Martínez, Claudia Patricia Molano Moncada, Héctor Fabián Parra Cabrera*, Alexandra Sandoval Mantilla*

Profesionales Especializados: Fabio Jiménez Bobadilla, José Camilo Ospina Díaz, Jorge Rafael Gómez Ortiz, Edgar Leonardo Bojacá Castro, Lorena Osorio Bermúdez*

Sustanciadores: Carlos Andrés Vásquez Isaza, Hermann Jasond Torres Erazo, Laura Victoria Del Pilar Sterling Sterling

Oficial Mayor: Diego Andrés Chacón Rojas

Auxiliar Judicial: Alexandra Martínez Aldana

Judicante: Daniela Jiménez Carreño

Conductor: Alcibiades Vásquez Leño, Jesús Hermides Plaza Anacona*

Alberto Yepes Barreiro

Magistrados Auxiliares: María Andrea Calero Tafur, Sonia Patricia Téllez Beltrán, Samuel Urueta Rojas

Profesionales Especializados: María Camila García Serrano, Mabel Lorena Montero Barbosa, Astrid Carolina Sánchez Calderón, Paula Del Pilar Cruz Manrique, María Manuela Pérez Garzón*, Zamira Marcela Gómez Carrillo*

Sustanciadores: Marcela Alexandra Useche Aroca, Estefanía Urbano Mora, Sandra Liliana Vanegas Ángel

Oficial Mayor: Nelly Stephany Mancera Gómez.

Auxiliar Judicial: Isabel Mejía Llano.

Auxiliar Judicial Ad Honorem: Mariana Artunduaga Trujillo

Practicantes: Beatriz Helena Falla Cedeño, José Miguel Sanabria, María Alejandra Hernández Muñoz.

Conductor: Javier Ricardo González Burgos.

Rocío Araújo Oñate

Magistrados Auxiliares: Nancy Ángel Müller, Fridole Ballen Duque, Douglas Lorduy Montañez, Lina Marcela Escobar Martínez*, Carlos Andrés Ballesteros Serpa*.

Profesionales Especializados: María Cecilia del Río Baena, Clara Inés Moreno Salazar, Diego Fabián Ramírez Monje, Julián Camilo Bazurto Barragán.

Consejo de Estado Rendición de Cuentas 2015 “Asuntos Electorales”

Lucy Jeannette Bermúdez Bermúdez

Sustanciadores: Ana Isabel Baquero Barriga, Laura Victoria Cruz Ochoa, Leisa Yolima González Díaz.

Oficial Mayor: Diego Nicolás Pardo Motta, *Mauricio Alberto Robayo León**.

Auxiliar Judicial: Lina María Sánchez Cárdenas, *Juan David Aponte González**.

Conductor: Luis Orlando Urrutia Figueredo.

Carlos Enrique Moreno Rubio

Magistrados Auxiliares: Ángela María Arbeláez Cortés, Germán Suárez Castillo, *Luis Fernando Villota Medina**, Diana Lucía Puentes Tobón..

Profesionales Especializados: Juan Carlos Andrews Jiménez, Sonia Milena Vargas Gamboa, Yenifer Andrea Polanco González, *Javier Mauricio Quiñones**.

Sustanciadores: María Alejandra Salazar Rojas, Oderley Núñez Castro, Johalys Matute Fuentes.

Auxiliares Judiciales: Wilson Jair Correa Barragán.

Oficial Mayor: Miguel Alfredo Pinedo Murgas.

Conductor: Armando Benítez Ramírez.

EQUIPO DE APOYO A LA SALA

Grupo de apoyo Asuntos Electorales y Constitucionales

Magistrados Auxiliares: Diana Cristina Rodríguez Vargas, Ángela Natalia Prieto Vargas. **Sustanciadores:** Daniel Alberto Beltrán Romero, Diego Orlando Cediel Salas, Yull Katherine Venegas Roza, Olga Yamile González Forero, **Auxiliares Judiciales:** Luis Albeiro Rátiva Atara, Flor Nirsá Muñoz, *Anyela Alexandra Santacruz Solarte, Lina María Ocampo Suarez, José Miguel Galindez Rojas, Daniela Villalba Revelo, Eliana Moreno Angulo, Daniela Jiménez Carreño, Laura Juliana Fandiño Cubillos, Eduardo Luis Sarmiento Arzuaga.*

Grupo de apoyo Sistema de Gestión de Calidad

Luz Ángela Arteaga Uribe, Leonardo Ernesto Corredor Ramírez, Jenaro Andrés Puerto Valencia, Jairo Nelson Castelblanco Beltrán, Juan Sebastián Gámez Caviedes, *Sebastián Gómez Liévano, Nathalia Garnica Roa, Gustavo Antonio Delgado Cuellar, Yennyfer Myleidi Fiquitiva Russi, Nicolasa De Jesús Garay Polo**

Grupo de apoyo tecnológico

Diego Enrique Segura Alfonso, Carlos Eduardo Alarcón Caballero

SECRETARÍA SECCIÓN QUINTA

Secretaria: Ethel Sariah Mariño Mesa

Oficial Mayor: Marco Fidel Rojas Guarnizo

Auxiliares Judiciales: Efraín Alberto Cortés Gordo, Oscar Felipe Losada Yáñez

Escribientes: José Manuel Vidal Vega, *Néstor Antonio Rodríguez Higuera**

Citador: Blanca Cecilia Sánchez Nieto.

SECRETARIA GENERAL:

Secretario General: Juan Enrique Bedoya Escobar, **Equipo de Trabajo:** Juliana Mosquera Correal, Heidy Yurani Barreto Cruz, Blanca Lilia Vela Suarez, Javier Eduardo Vergara Hernandez, Leonardo Vega Velásquez, Amanda Cristina Cerón Rodríguez, Blanca Isabel Rodríguez Uribe, Diego Mario Gómez Torres, Jeimy Tatiana Casas Mora, María Doris Buitrago Bermudez, Javier Emilio Castellanos Sotelo, Juan Sebastián Gómez Aristizabal, Jesús Hernando Padilla Guerrero, Alexander Guillermo Pineda Vanegas, Mónica Eliana López Madariaga, Miller Andrés Vásquez Rodríguez, Jhon Jairo Rueda Bonilla, Lorena Carmona Villamarín, Jeimmy Carolina Guerrero Baracaldo, María Alejandra Hernandez Mejía, Luisa Fernanda Pardo Salamanca, Cecilia Esperanza Vega Valcárcel, Carolina Guzmán Quiñones, Juliana Andrea De Los Ángeles Sterling Sterling, Diana Marcela Mateus Cobos, Juan Carlos Valenzuela Pedraza, Linda Mairena Mojica Alvarado, Cristian Gerardo Arias Aguilar, Jeimy Liliana Noriega Pedraza, Katherin Andrea Barrera Valencia, Gineth Lorena Rico Ayala, Cindy Paola Mendoza Tique, Myriam Yolanda Jiménez Parra, Anna María Fierro Osejo, Juan Sebastián Cano Rico, Jeyson Andrés Forero Sierra, Oscar Javier Miranda Rueda, Thelmo Julián Bolaños Liscano, Neyl Alejandro Vacca Bermudez.

RELATORÍAS

Relatora Sección Quinta: Diana del Pilar Restrepo Nova

Auxiliar Judicial: Diego Andrés Enríquez Arcos, *Jaqueline Contreras Parra**

Judicante: *Yennyfer Myleidi Fiquitiva Russi**

Relatoras de Asuntos Constitucionales: Carolina Valenzuela Cortés, Ingrid Catherine Viasús Quintero, Blanca Ligia Salazar Galeano.

Profesionales: Darwin Goyeneche Ortiz, Lorenza Cortes Roza, Marcia Aydee Contreras López.

Auxiliares Judiciales, Lucero Valois, Ruth Mariela Romero Carmona, John Milton Fajardo Velásquez.

Escribientes, Jessica Paola Delgado Escobar, Vanessa Millán Páramo, María Camila Vega Torres.

OFICINA DE SISTEMAS

Jefe de Sistemas: Pablo Enrique Moncada Suarez.

Profesionales Universitarios: Zulma Cecilia Moreno Sosa, Henry Montenegro Beltrán.

Operador de Sistemas: Elkin Hernando Torrado Acosta.

Técnico: Jhon Alejandro Zapata Almanza.

Grupo de apoyo: Oscar Enrique Rengifo Cuesta, Julián Alberto Amaya Céspedes.

OFICINA DE PRENSA

Jefe de Prensa: Nancy Lilian Torres Leal.

Profesional Universitario: Giovanni González Lagos, *Maritza Rojas Lagos**

COORDINACIÓN ADMINISTRATIVA

Coordinador Administrativo: Antonio Guillermo Guarín Rojas.

Asistente Administrativo: Alexandra Rodríguez Valencia.

Escribiente Nominado: Rafael Antonio Garzón Verano.

Citador: Carlos Alberto Gaspar Gaviria.

**Servidores que acompañaron parte del año al grupo de trabajo.*

PRESENTACIÓN

El 2016 se convirtió para la Sección Quinta del Consejo de Estado, en el año en que logró alcanzar sus más grandes objetivos: fortalecer el acceso al servicio de administración de justicia, incorporar la rendición de cuentas a nuestra labor cotidiana en atención al principio de transparencia, e ingresar al selecto grupo de las entidades estatales que obtienen la certificación de calidad por todos sus procesos misionales y administrativos, sin la más mínima inconformidad del ente certificador, en este caso Icontec.

Los Consejeros de Estado que conformamos la Sección Quinta: Rocío Araújo Oñate, Carlos Enrique Moreno Rubio, Alberto Yepes Barreiro y, quien la preside, Lucy Jeannette Bermúdez Bermúdez, como jueces pero también como administradores empeñados en el buen gobierno, planeamos al inicio de año la que sería nuestra gestión y gracias al trabajo en equipo logramos todos nuestros objetivos.

Podemos entregar a los ciudadanos, a quienes nos debemos, nuestro informe de gestión con indicadores absolutamente satisfactorios como un índice de evacuación real del 94.8%. Hoy les presento una Sección con cero congestión, transparente, más cercana al ciudadano y empeñada en mantenerse inmersa en el proceso de mejora continua que hoy nos permite todas estas satisfacciones.

Incursionamos también en el ámbito internacional y somos parte de la Red Mundial de Justicia Electoral y del Grupo de Trabajo de Jurisprudencia Electoral Americana, pero además logramos vínculos de cooperación con la Agencia de los Estados Unidos para el Desarrollo Internacional – USAID que nos acompaña en algunos de nuestros más importantes proyectos, como verán más adelante.

Entrego además una Sección Certificada en todos nuestros procesos misionales, estratégicos y de apoyo en los que se incluyen los que transversalmente comprometen a toda la Corporación. Nos convertimos en pioneros en el Consejo de Estado al implementar un Sistema de Gestión de Calidad, que para describirlo basta repetir algunas de las palabras de nuestros auditores externos:¹ *Inigualable, ... muy bueno, tan bueno que vale la pena copiarlos.*

Efectivamente así sucedió, con la reciente adhesión de la Presidencia de la Corporación a este ejercicio en el que estamos empeñados hace tres años y su decisión de adoptar todos nuestros documentos para apuntalar su propia certificación, nuestro Sistema demuestra sus bondades.

Este documento que entregamos como informe de gestión, por segundo año consecutivo, es una actividad más de Rendición de Cuentas, porque podemos decir que los colombianos tienen a disposición semanalmente información sobre absolutamente todas las decisiones de la Sección Quinta del Consejo de Estado, completando un proceso que en concepto de Icontec *“marca la diferencia, es un tema innovador y ejemplo para los demás Despachos y las Altas Cortes”*.

En el marco del Sistema de Gestión de Calidad, construimos nuestra visión para 2020: *Ser reconocidos y valorados como el cuerpo colegiado más eficiente y eficaz, con mayor cumplimiento en el ejercicio oportuno de la función que nos compete, contribuyendo de forma óptima y permanente a la modernización, generando resultados que promuevan la confianza ciudadana en la administración judicial.* Apenas concluimos el año 2016 y como podrán observar a lo largo del presente documento, empezamos a lograrlo cuatro años antes de nuestra meta, y estamos orgullosos de ello.

1 Diego de Jesús Londoño Ayran, Auditor Líder y Coordinador Nacional Calidad de la Rama Judicial



RENDICIÓN DE CUENTAS 2016
SECCIÓN QUINTA DEL CONSEJO DE ESTADO
INFORME DE GESTIÓN

La Sección Quinta del Consejo de Estado rinde cuentas a la sociedad sobre la gestión que adelantó durante el 2016, año de intensa labor que trajo consigo importantes resultados para el país y grandes satisfacciones para el equipo de trabajo de la Sección que me honra presidir.

El compromiso y dedicación de los servidores de los cuatro despachos que conforman la Sección Quinta del Consejo de Estado, de las oficinas y áreas de apoyo de la Corporación, nos permitió alcanzar los objetivos estratégicos que nos fijamos. Así, fortalecimos el servicio de administración de justicia que prestamos con calidad, oportunidad y transparencia, enmarcados en un Sistema de Gestión de Calidad cuyo principio es la mejora continua.

Gracias a ello, puedo decir con absoluta certeza, que la Sección Quinta es una de las pocas en el ámbito judicial que puede informar al país que está prácticamente al día en los procesos misionales electorales y constitucionales que nos competen.

Una mirada global a la gestión realizada revela que nuestro índice general de evacuación ascendió al 94.8%, pues nuestro inventario llegó a ser de 2.528 procesos pero al final del año solo teníamos 131 procesos en trámite.

La Sala Electoral de la Sección, emitió 160 fallos relevantes en demandas de nulidad electoral presentadas por la ciudadanía contra funcionarios de todos los niveles y regiones, de los cuales 84 corresponden a fallos de demandas de nulidad electoral a servidores públicos de elección popular. Mientras tanto las Acciones de Tutela representaron el 80% del número de procesos que ingresaron a la Sección Quinta en 2016

Atendimos 174 peticiones, de las cuales 47 se relacionan con acciones de tutela interpuestas contra la Sección.

Asumimos el reto de incluir en nuestra cotidianidad un ejercicio permanente de rendición de cuentas, entregando a la ciudadanía después de cada Sala, información exacta sobre todas las decisiones adoptadas. Emitimos cada semana informaciones de prensa, que incluyen tableros de resultados y boletines de prensa mediante los cuales, rendimos cuentas detalladas del 100% de las decisiones adoptadas por la Sección.

Así mismo, a través de las Relatorías, se tituló y publicó el 100% de los fallos proferidos en asuntos electorales y las más importantes decisiones adoptadas en lo constitucional, que pueden ser consultadas a través de internet en nuestra página web.

También pusimos a disposición de la ciudadanía el informe de Gestión 2015, que en tres tomos, entregó en detalle absolutamente todos los fallos electorales emitidos, y una muestra significativa de los asuntos constitucionales abordados. Dicho documento fue entregado en físico y/o en medio magnético a representantes de las tres ramas del poder público en todas las regiones del país, a las universidades, bibliotecas, ciudadanos interesados y está a disposición de todos los ciudadanos en la página Web del Consejo de Estado: www.consejodeestado.gov.co.

Otro de los objetivos logrados está relacionado con la incursión en el ámbito internacional. En el mes de octubre ingresamos al Grupo de Trabajo de Jurisprudencia Electoral Americana, del que ahora hacen parte la mayoría de los países de la región interesados en la gestión del conocimiento y el intercambio académico y jurisprudencial.

Así mismo a partir diciembre pasado somos miembros fundadores de la naciente Red Mundial de Justicia Electoral, que mediante la suma de esfuerzos pretende sistematizar, difundir e intercambiar información relevante para la justicia electoral, lo que genera innumerables oportunidades para la Sección.

Avanzamos también, de manera más que satisfactoria, en la ejecución del convenio de cooperación con USAID que a través de su operador MSI, apoya a la Sección Quinta con herramientas que le permitan mejorar sus procesos e ingresar al mundo de las Tecnologías de la Información y las comunicaciones.

Hoy, contamos con un *“Diagnóstico Organizacional y Propuesta de Mejoramiento al Proceso de Nulidad Electoral por Causales Objetivas”* insumo indispensable para contar en el mediano futuro, con una herramienta que permita a los interesados presentar a través de internet, las demandas de nulidad electoral, permitiéndonos reducir los tiempos de respuesta y entregar una pronta y cumplida administración de justicia.

Adicionalmente, diseñamos e imprimimos la cartilla *“¿Cómo ejercer el control electoral? – Guía para el ciudadano”*, que se convierte en una herramienta sencilla y pedagógica que pretende, además de informar a la ciudadanía sobre las competencias que nos atañen, explicarles en qué consiste el medio de control de nulidad electoral, cómo puede acceder a él y de qué manera al hacerlo contribuye al fortalecimiento de la democracia colombiana. Con un primer tiraje de 500 ejemplares, la cartilla se enviará principalmente a organizaciones civiles, veedurías ciudadanas, centros educativos y estará a disposición de la ciudadanía a través de la página web de la corporación.

Estudiamos a profundidad y presentamos una propuesta integrada para iniciar la “fase de preparación e identificación de la oportunidad” frente al Programa de Apoyo para la modernización del Consejo de Estado que se enmarca en el Plan Estratégico País Colombia 2015-2018 del Banco Interamericano de Desarrollo BID, a través de su Estrategia de Buen Gobierno, Seguridad, Justicia y Democracia para la Construcción de Paz con el que propusimos impactar nuestra Corporación a través de tres componentes: Fortalecimiento de la infraestructura física, Fortalecimiento de la infraestructura Tecnológica y Mejoramiento de la Gestión Judicial, con un claro direccionamiento a la satisfacción de la ciudadanía.

También decidimos vincularnos al proyecto de Interoperabilidad de la Dirección de Estándares y Arquitectura de Tecnologías de la Información de Ministerio de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones. En el mes de diciembre, fuimos notificados del cumplimiento del Nivel Uno (1) del uso del estándar de Lenguaje Común de intercambio de Información, con nuestro producto “Tablero de Resultados”, con lo que pretendemos facilitar y mejorar la atención a los ciudadanos y simultáneamente facilitar los procesos de cooperación entre las entidades públicas.

Otro de los grandes logros que detallaré más adelante, es el relacionado con nuestro Sistema de Gestión de Calidad, que tras tres años de trabajo nos permitió convertirnos en pioneros y líderes en la Corporación por crear e implementar con suficiencia un Sistema de Calidad que tras la auditoría realizada por Icontec, generó la recomendación de entregar a la Sección la Certificación en Gestión de Calidad en las normas NTC ISO-9001:2015 y GP-1000:2009 que celebramos y que se convierte en insumo para las otras Secciones del Consejo de Estado que decidan sumarse a este proyecto.

De otra parte, con el fin de preservar la seguridad jurídica, la Sala Electoral mediante la figura de jurisprudencia anunciada ha determinado hacia futuro nuevos criterios, en casos como la prohibición para los Alcaldes de inscribirse a otro cargo de elección popular durante el periodo para el cual se confirió el mandato.

La Sala consideró que en tratándose de la nulidad de los actos de elección popular, por ser estos la expresión de la voluntad de los electores y en los cuales se concreta y materializa la democracia representativa, antes de privilegiar el derecho del elegido se debe proteger el derecho de los electores, pues en estos radica el sustento democrático de nuestras instituciones, por ende el control de legalidad que hace el juez electoral se extiende a la protección de la democracia y la legitimación del poder constituido.

Ahora, paso a presentar los detalles de la gestión realizada y los logros obtenidos por la Sección Quinta del Consejo de Estado, en el último año.

Gestión de medios de control electoral y de los asuntos constitucionales

Los Consejeros de la Sección Quinta del Consejo de Estado, realizamos 61 salas de Sección durante el año 2016, en las que conocimos y proferimos las decisiones en los temas electorales y constitucionales ya relacionados.

Frente a los asuntos de naturaleza electoral y de carácter constitucional, los datos estadísticos de las acciones gestionadas durante el 2016, demuestran el compromiso de la Sección Quinta por garantizar un servicio de administración de justicia de forma eficaz y oportuna.

Asunto	Inventario inicial (fin 2015 – inicio 2016)	Ingreso de procesos (2016)	Inventario final* (fin 2016 – inicio 2017)	Índice General de evacuación
Asuntos de naturaleza electoral	53	297	34	90.2
Acciones de tutela	118	1.910	84	95.8
Acciones de cumplimiento	3	116	5	95.7
Hábeas Corpus	-	17	-	100
Recurso extraordinario de revisión	0	9	7	22.2
Pérdida de investidura	2	3	1	80.0
Total	176	2.352	131	94.8

Fuente: Secretaría Sección Quinta

**Las acciones y/o medios de control que se registran en el inventario final se encuentran en trámite (etapa procesal y ubicación funcional correspondiente -despacho, Secretaría de Sección o Secretaría General-).*

Al iniciar el año 2016, la Sección Quinta contaba en su inventario inicial con 176 procesos judiciales que incluyen medios de control de contenido electoral y acciones constitucionales, en el transcurso de año ingresaron 2.352 procesos más y al cierre del año judicial el 19 de diciembre de 2016, registró un inventario final de 131 procesos, lo que arroja un índice general de evacuación del 94.8%.

Fallamos frente a 160 demandas de nulidad electoral, interpuestas contra servidores públicos de todos los niveles, de las cuales 84 definieron la continuidad de funcionarios elegidos por voto popular, como se detalla a continuación.

Cargo	No. de Sentencias
Presidente	1
Gobernadores	6
Alcaldes	14
Representantes a la Cámara	4
Concejales	40
Diputados	17
Ediles	2
Contralor	10
Registrador	1
Ministros	2

Cargo	No. de Sentencias
Magistrados	4
Personeros	13
Representantes corporaciones	15
Directores corporaciones	11
Normas	6
Rectores	4
Secretarios	4
Comisionada	1
Directores	5
Total	160

Fuente: Secretaría Sección Quinta

Procesos electorales por causales objetivas

En cuanto a los procesos electorales por causales objetivas, se adelantó la recolección, la revisión y el análisis de las más de 50.000 pruebas obrantes en los expedientes, específicamente en las demandas a la elección de Senado de la República en pleno, de la Cámara Chocó, Cámara Bolívar y Cámara Internacional. Cada una de estas demandas reviste una alta complejidad por su gran volumen y características particulares lo que ha obligado la realización de ingentes esfuerzos en busca de proferir los respectivos fallos.

Al cierre del año, la Sección registra en curso tres procesos electorales por causales objetivas:

En el proceso de nulidad electoral de los Senadores de la República, período 2014-2018, se adelantaron las etapas de: audiencia inicial, audiencia de pruebas, inventario de las pruebas allegadas por las partes, recolección, registro y análisis de las pruebas que obran en el proceso (47.000 mesas demandas), y avance de los antecedentes del proceso.

Los avances procesales en relación al proceso de nulidad de los Representantes a la Cámara por la circunscripción internacional fueron significativos, toda vez que durante el presente año se realizó el estudio de los cargos y el análisis de más de 4.000 pruebas allegadas al proceso y la elaboración de antecedentes y consideraciones, hasta llegar a la presentación de la ponencia que a comienzos de 2017 se convirtió en fallo

En relación al proceso de nulidad de los Representantes a la Cámara por el departamento de Bolívar, se culminó la audiencia inicial y se prescindió de la audiencia de pruebas, quedando pendiente avanzar en la etapa de alegaciones y juzgamiento para la terminación del proceso

El avance actual en el trámite de los procesos electorales se estima, en el caso del Senado de la República, en el 65.23% y 70% en Cámara Bolívar, quedando actividades que por su complejidad probatoria no han sido concluidas, pero que cabe enaltecer el esfuerzo y el avance significativo que ha impulsado la Sección para el trámite oportuno y eficaz de los procesos durante el 2016, impuso que este año se ha visto frustrado por la falta de inclusión de los recursos necesarios para contar con el apoyo de los funcionarios temporales.

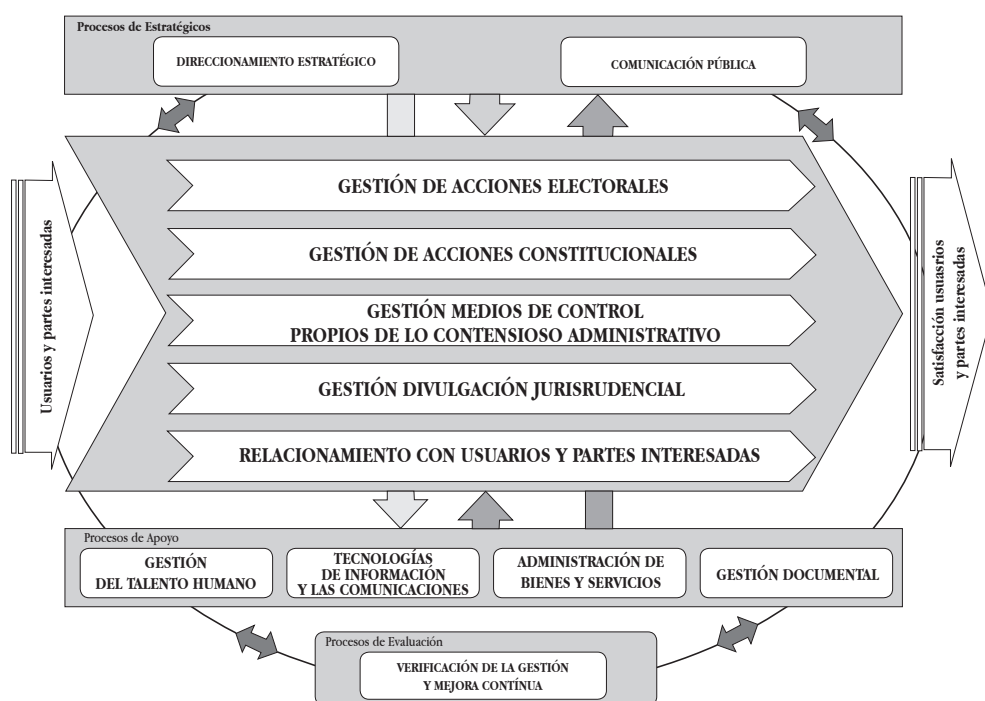
Durante el año se fallaron los procesos que por causales objetivas cursaban contra la Cámara de Representantes del Magdalena y Cámara de Representantes por el Chocó.

Sistema de Gestión de la Calidad (SGC)

El Sistema de Gestión de la Calidad (SGC) es la armonización de los procesos de la Sección Quinta del Consejo de Estado, los cuales de manera interrelacionada garantizan a través de su planeación, ejecución y evaluación, el cumplimiento de todos los requisitos internos y normativos asociados al servicio de administración de justicia de competencia de la Sección, logrando permanentemente el mejoramiento del desempeño institucional, evidenciado en el cumplimiento de los objetivos estratégicos y de calidad y en la generación de confianza con el enfoque permanente de la optimización del servicio de justicia y resultados de la Sección Quinta.

El Sistema de Gestión de la Calidad es el marco de referencia del estilo gerencial de la Sección Quinta, con enfoques claros de excelencia organizacional. Este modelo de gestión evidencia la continua necesidad de mejorar e innovar de forma integral y complementaria los componentes: personas y cultura, procesos, sistemas de información y comunicaciones.

Gráfico 1. Mapa de procesos Sección Quinta



Entre los logros obtenidos en el Sistema de Gestión de Calidad durante el año 2016, es posible enumerar entre otros, los siguientes:

- La Sección Quinta del Consejo de Estado como pionera y líder implementó el Sistema de Gestión de la Calidad (SGC), bajo las normas ISO 9001:2015 y NTCGP 1000:2009, y posteriormente recibió la auditoria de certificación por parte del Instituto Colombiano de Normas Técnicas y Certificación (ICONTEC), que emitió concepto favorable para otorgar la certificación de calidad bajo las normas mencionadas.
- Se definió y se acogió una visión integral de la Sección Quinta, lo que permite contar con propósitos comunes.
- Se mejoró el desempeño interno en todos los ámbitos y competencias.

- Los servidores de la Sección Quinta, se apropiaron del Sistema de Gestión de Calidad y lo reconocen como herramienta de gestión y mejoramiento continuo.
- Mediante un proceso de construcción conjunta, se implementaron planes de desarrollo de competencias para todos los servidores de la Sección.
- Se planificaron las estrategias y metas corporativas que contribuyan al logro de los propósitos encomendados.
- Se logró un aumento de la satisfacción de nuestros usuarios y partes interesadas.
- El trabajo colaborativo permitió que optimizáramos nuestros recursos y esfuerzos.
- Fueron implementadas acciones de gestión del conocimiento para contribuir al fortalecimiento organizacional.

Para el año 2017, nos hemos fijado algunos retos específicos entre los que se destacan:

- Contar con un Sistema Integrado de Gestión de la Sección Quinta, con la armonización y certificación del Sistema de Gestión Ambiental bajo la norma ISO 14001:2015.
- Mantener e intensificar los procesos de gestión, resultados y rendición de cuentas que nos permitan el reconocimiento nacional.
- Iniciar el proceso de planeación con miras a obtener en el mediano futuro la certificación Anticorrupción

Relacionamiento con usuarios y partes interesadas

Tras la adopción del Sistema de Gestión de Calidad, se ratificó el compromiso que tiene la Sección Quinta con sus usuarios y partes interesadas, así las cosas, en el año 2016 se aplicaron varias encuestas de satisfacción frente al servicio de administración de justicia de competencia de la Sección, en procura de fortalecer el acceso y mejorar el servicio de justicia.

Respecto al nivel global de satisfacción de los usuarios frente al servicio de administración de justicia prestado por la Sección Quinta del Consejo de Estado, se identificó que de los 136 usuarios encuestados, 122 afirmaron sentirse “satisfechos” y “muy satisfechos” con el servicio, lo que representó el 89,7% del total de la población encuestada; mientras que solo el 1,4% afirmó estar “insatisfecho”; y el 8,9% restante manifestaron “indiferencia” con la percepción del servicio.

Por otro lado, la Relatoría de la Sección Quinta, aplicó una encuesta de satisfacción frente a los servicios encomendados a esta dependencia en variables como: oportunidad y contenido de las respuestas a las consultas y calidad en la atención por parte de sus servidores, arrojando los siguientes resultados: del total de usuarios encuestados, el 96,33% afirmó encontrarse “satisfecho” o “muy satisfecho”.

Finalmente, la Secretaría de la Sección realizó seguimiento a la satisfacción de usuarios frente a la atención de Peticiones, Quejas, Reclamos y Sugerencias (PQRS), identificando que el nivel de satisfacción de los usuarios se encuentra en el 97%.

PLATAFORMA ESTRATÉGICA DE LA SECCIÓN

En desarrollo del Sistema de Gestión de Calidad, se definieron las que son la Misión, Visión y Política de Calidad, pero además, se adoptó el Plan Estratégico 2016 – 2017 y en este marco, se establecieron como principales objetivos lo siguientes:

1. Fortalecer el acceso al servicio de administración de justicia.
2. Garantizar la transparencia y la rendición de cuentas de la labor de justicia
3. Fortalecer la calidad y oportunidad del servicio de administración de justicia.

4. Mejorar continuamente el Sistema de Gestión de la Sección
5. Fortalecer las competencias del talento humano.

El despliegue estratégico para el año 2016, se compuso de tácticas, metas y medios de seguimiento definidos mediante indicadores de gestión, a través de los cuales se midió el resultado de la gestión de la Sección Quinta.

Cumplimiento de los objetivos estratégicos y de calidad, de acuerdo al despliegue enmarcado en la planificación estratégica de la Sección para la vigencia 2016:

Objetivos estratégicos y de calidad	Cumplimiento
Fortalecer el acceso al servicio de administración de justicia	99%
Garantizar la transparencia y la rendición de cuentas de la labor de justicia	100%
Fortalecer la calidad y oportunidad del servicio de administración de justicia	91%
Mejorar continuamente el Sistema de Gestión de la Sección	89%
Fortalecer las competencias del talento humano	92%

Objetivo 1. Fortalecer el acceso al servicio de administración de justicia

Durante el 2016 la Sección Quinta del Consejo de Estado formuló estrategias para dar cumplimiento al objetivo de fortalecer el acceso al servicio de administración de justicia; algunas de las estrategias más relevantes son:

- Diseño e implementación de un formulario web electoral.

Durante el transcurso del año 2016 se definió el plan de gestión del proyecto para la creación del formulario web electoral, en el marco del convenio de cooperación entre la Sección Quinta y USAID. El reto para el 2017, consiste en el desarrollo del formulario web electoral.

- Diseño e implementación de canales para la atención de peticiones, quejas, reclamos y sugerencias – PQRS.

Para ello se dejó a disposición de los usuarios un buzón en la Secretaría de la Sección Quinta, para que los usuarios y partes interesadas presenten sus requerimientos. Adicionalmente se definieron los lineamientos internos (políticas de operación) necesarios que conllevan al trámite eficaz y oportuno de los requerimientos allegados por los usuarios.

Objetivo 2. Garantizar la transparencia y la rendición de cuentas de la labor de justicia

Para el cumplimiento del objetivo de garantizar la transparencia y la rendición de cuentas de la labor de justicia, se formularon las siguientes estrategias:

- Publicación oportuna de las decisiones proferidas por la Sección Quinta a las partes interesadas.

La materialización de esta estrategia se logró gracias a la definición de lineamientos claros y oportunos por parte de la Presidencia de la Sección y al trabajo integral y sistémico entre Despachos, la Secretaría y Relatoría de la Sección Quinta, la Secretaría General de la Corporación y las oficinas de Sistemas y Prensa; efectuando un seguimiento riguroso a la publicación inmediata de las decisiones proferidas, para conocimiento de la ciudadanía en general, a través de las plataformas web dispuestas para tal fin (Sistema Justicia Siglo XXI y Sistema de Consulta de Jurisprudencia).

- Publicación de informes de gestión de la Sección Quinta, a través de los diferentes medios y canales de comunicación.

La Sección Quinta publicó su informe de rendición de cuentas 2015, a través de tres tomos impresos, los cuales fueron entregados a usuarios y partes interesadas del servicio de administración de justicia encomendado a la Sección. Se repartieron 1.000 juegos de libros, de tres tomos cada uno y 500 memorias USB a nuestros públicos objetivos y está disponible para consulta y descarga en nuestra página web.

- Identificación y tratamiento de los riesgos asociados a los procesos del SGC de la Sección Quinta.

Durante el periodo evaluado, se identificaron diferentes tipos de riesgos asociados a los procesos del SGC de la Sección Quinta, y de esta forma, se llevó a la construcción de planes de tratamiento de los mismos, que permiten que la Sección controle la posible materialización e impactos de situaciones indeseables.

- Creación de alianzas con diferentes actores para promover el entendimiento del quehacer judicial de competencia de la Sección a la ciudadanía y promover el crecimiento judicial.

Los Consejeros de la Sección Quinta del Consejo de Estado generaron diferentes enlaces de cooperación con entidades, la academia y organismos no gubernamentales, con el fin de fortalecer el conocimiento del quehacer misional de la Sección, a través de la investigación, participación en diferentes eventos de tipo académico y proyectos de fortalecimiento y mejora institucional.

Con el objeto de fomentar el quehacer misional y fortalecer el acceso a los usuarios y partes interesadas al servicio de administración de justicia encomendado a la Sección Quinta del Consejo de Estado, los Consejeros que la integran, participaron activamente en encuentros, tales como: videoconferencia internacional de género “participación de la mujer y su importancia en los cargos públicos”.

Objetivo 3. Fortalecer la calidad y oportunidad del servicio de administración de justicia

Para el cumplimiento del objetivo de fortalecer la calidad y oportunidad del servicio de administración de justicia, se formularon las siguientes estrategias:

- Implementar el Sistema de Gestión de la Calidad

La Sección Quinta del Consejo de Estado durante el año 2016 implementó el Sistema de Gestión de la Calidad (SGC), bajo las normas ISO 9001:2015 y NTCGP 1000:2009, y posteriormente recibió la auditoria de certificación por parte del Instituto Colombiano de Normas Técnicas y Certificación (ICONTEC), emitiendo concepto favorable para recibir la certificación de calidad bajo las normas mencionadas.

- Implementar controles internos efectivos para el cumplimiento de términos de los procesos jurídicos adelantados por la Sección Quinta.

La Sección estableció e implementó diferentes lineamientos internos (directivas, procedimientos, tableros de resultados y herramientas informáticas), con el fin de garantizar en oportunidad razonable el cumplimiento de los términos de las diferentes acciones que conoce la Sección.

- Implementar técnica de programación de actividades en labores de la Sección y seguimiento cumplimiento de compromisos.

La Sección estableció cronogramas detallados de trabajo que incluyen actividades, tiempos y responsables frente a los procesos electorales de causales objetivas, con el propósito de organizar las acciones futuras y garantizar su ejecución a través de seguimientos rigurosos y alertas tempranas.

- Proyecto de digitalización de expedientes.

La Secretaría de la Sección Quinta del Consejo de Estado realizó la planificación, el cronograma de actividades, definió el presupuesto que se requiere y proyectó las pruebas piloto necesarias para que este sea ejecutado durante el año 2017.

Objetivo 4. Mejorar continuamente el Sistema de Gestión de la Sección

- Mejoramiento continuo

Durante el 2016 se implementó el Sistema de Gestión de Calidad de la Sección Quinta del Consejo de Estado, y con ello se estructuraron estrategias de mejoramiento continuo (planes, programas, procedimientos, planes de mejora, indicadores, riesgos, entre otros), que le permitirán a la Sección Quinta alcanzar sus propósitos estratégicos y operativos de forma integral y sistémica. La Sección Quinta se encuentra comprometida con el mejoramiento continuo del servicio de administración de justicia encomendado, en pro de satisfacer a sus usuarios y partes interesadas.

- Fortalecimiento tecnología de la información.

Durante el 2016 y en el marco del Sistema de Gestión de Calidad, se definió el proceso de Gestión de Tecnología de la Información cuyos logros y avances son satisfactorios.

A través del procedimiento para la atención y soporte tecnológico y encuesta de satisfacción a usuarios internos, se establecieron lineamientos en los que se definieron las políticas de operación y mecanismos de retroalimentación de los usuarios internos del servicio, conducentes a mejorar la prestación del servicio tecnológico que apoya el propósito misional de la Sección Quinta.

- Fortalecimiento servicio de bienes y servicios.

En el marco del Sistema de Gestión de Calidad de la Sección, se estableció el proceso de Administración de Bienes y Servicios, el cual definió directrices específicas, como el procedimiento para la administración de bienes y elementos devolutivos y encuesta de satisfacción del servicio a usuarios internos, formatos de control para entrega y recibo de elementos de consumo, conducentes a planear y administrar las adquisiciones de bienes devolutivos y elementos de consumo, que permitan el normal funcionamiento del quehacer misional de la Sección.

Objetivo 5. Fortalecer las competencias del talento humano

En procura de promover el crecimiento personal y profesional de los servidores de la Sección Quinta, se desarrolló el Plan de Desarrollo de Competencias 2016 en el marco del Sistema de Gestión de Calidad, orientado a fortalecer conocimientos y habilidades a través de ciclos de capacitaciones. La Sección logró la capacitación de 80 de sus servidores en diferentes temas como: gestión documental y técnicas de archivo, técnicas de redacción y ortografía, auditor interno de calidad bajo la norma NTC ISO 9001:2015, Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo (CPACA), ofimática, sensibilización frente al SGC, argumentación y construcción de casos, entre otros.

De otra parte en representación de la Sección de la Sección Quinta y atendiendo lo estipulado en los artículos 8 y 9 del Acuerdo 58 de 1999, que entrega funciones a los Presidentes de las Salas y Secciones de la Corporación, participé en 61 Salas de Gobierno, en las que se estudiaron situaciones administrativas de la Corporación que posteriormente fueron puestas a consideración de la Sala Plena para lo de su competencia

Los Magistrados de la Sección atendimos además la convocatoria a 43 Salas Plenas y 36 Salas Plenas Contenciosas en las que debatimos importantes asuntos de la jurisdicción Contenciosa Administrativa.

Todos estos esfuerzos coordinados y ejecutados gracias a la voluntad, compromiso y dedicación de todo el grupo de trabajo de la Sección Quinta del Consejo de Estado, la Secretaría General, las oficinas y áreas

de apoyo, me permiten entregar con orgullo en mi calidad de Presidenta de la Sección en el año 2016, este satisfactorio informe de la gestión realizada durante este periodo, tras haber cumplido los objetivos fijados y lograr entregarle a al país una administración de justicia pronta y cumplida.

De esta manera doy por rendido el informe de gestión 2016 de la Sección Quinta del Consejo de Estado.

LUCY JEANNETTE BERMÚDEZ BERMÚDEZ

Presidenta 2015 - 2016

SECCION QUINTA CONSEJO DE ESTADO



Asuntos Electtorales



AUTOS

CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCIÓN QUINTA

Consejera ponente: ROCÍO ARAÚJO OÑATE

Bogotá, D.C., once (11) de febrero de dos mil dieciséis (2016) En

Radicación número: 05001-23-33-000-2015-02379 01

Actor: ANDRÉS TAMAYO BUITRAGO

Demandado: SERGIO OSVALDO MOLINA PÉREZ

Asunto: La Sala resuelve el recurso de apelación interpuesto a través de apoderado por el señor Sergio Osvaldo Molina Pérez, contra el auto del 23 de noviembre de 2015 por medio del cual el Tribunal Administrativo de Antioquia admitió la demanda y resolvió la solicitud de suspensión provisional.

Extracto: *“Cuando en materia contenciosa se procede a decretar una medida preventiva de suspensión provisional, se debe efectuar no sólo el estudio de la solicitud de la medida sino que debe incluir la apreciación de las pruebas aportadas al efecto, por cuanto en el marco de la normatividad establecida en el CPACA, obliga al Juez administrativo a realizar el análisis entre el acto y las normas invocadas como transgredidas y a estudiar las pruebas allegadas con la solicitud.*

*Así, el juez al momento de resolver la medida de cautela debe hacer un primer esfuerzo para concretar el objeto de la litis, sin que ello constituya prejuzgamiento, aspecto sobre el cual la Sala Plena de esta Corporación, en providencia del 17 de marzo de 2015¹, precisó que en el nuevo ordenamiento **las medidas cautelares son eficaces** para lograr lo pretendido con la demanda, porque ya no se requiere que el juez encuentre acreditada la “manifiesta infracción” de la norma superior, sino que basta con que realice un “análisis inicial” de legalidad que busca garantizar el objeto del proceso y la efectividad de la sentencia. Al respecto, en la referida providencia se señaló:*

*“Contrario a lo que ocurría en vigencia del Código Contencioso Administrativo, las medidas cautelares proceden antes de que se notifique el auto admisorio y en cualquier etapa del proceso, y que su fin consiste en **proteger y garantizar, provisionalmente, el objeto del proceso** y la efectividad de la sentencia, a través de un pronunciamiento que no implica prejuzgamiento.*

Conforme al artículo 230 ibídem, las medidas cautelares pueden ser preventivas, conservativas, anticipativas o de suspensión, debiendo tener relación directa y necesaria con las pretensiones de la demanda. Dentro de este último criterio, en el numeral 3°, se estipuló la suspensión provisional de los

1 Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo. Auto de 17 de marzo de 2015. Consejera Ponente: Sandra Lisset Ibarra Vélez.

efectos de los actos administrativos, garantía concordante con lo dispuesto en el artículo 238 de la Constitución Política” (Negrillas fuera de texto)².

En el mismo sentido, en esa providencia, respecto de la filosofía de la suspensión provisional en el actual Código, señaló:

“... centrando el estudio en la suspensión provisional de los efectos del acto administrativo, amplió en pro de una tutela judicial efectiva, el ámbito de competencia que tiene el juez de lo contencioso administrativo a la hora de definir sobre la procedencia de tal medida cautelar; y ese cambio, que se refleja en el tenor literal de la norma consulta la intención del legislador y el entendimiento de la medida cautelar en el marco constitucional...”³.

Corresponde a esta Sala analizar si se encuentra comprobada la irregularidad que alega el accionante, y en caso afirmativo, si desde este momento se advierte que aquella es de tal entidad que imponga al juez electoral el deber de suspender los efectos jurídicos del acto cuya legalidad se estudia, esto es, del acto de declaratoria de elección del señor Sergio Osvaldo Molina Pérez al Concejo de Envigado (Antioquia) por el Partido Conservador Colombiano, para el periodo constitucional 2016-2019, contenido en el acta general de escrutinio de votos para concejales municipales expedida por la Comisión Escrutadora Municipal de Envigado del día 31 de octubre de 2015 que se encuentra en el formulario electoral E-26 CON de dicha fecha.

En otras palabras, compete a la Sala constatar, con fundamento en la sustentación del demandante respecto de la medida, las pruebas aportadas, la confrontación normativa y los argumentos del apelante, si se hace necesario mantener incólume la medida cautelar impuesta o por el contrario se debe proceder a su revocatoria por no encontrarse en esta etapa del proceso certeza de la contravención del artículo 107 de la Constitución Política y 2º de la Ley 1475 de 2011.

De conformidad con lo anterior, se procederá a hacer la comparación normativa con los hechos de la demanda.

i) ***Del Artículo 107 de la Constitución Política:***

Se garantiza a todos los ciudadanos el derecho a fundar, organizar y desarrollar partidos y movimientos políticos, y la libertad de afiliarse a ellos o de retirarse.

*En ningún caso se permitirá a los ciudadanos pertenecer simultáneamente a más de un **partido o movimiento políticos con personería jurídica**. (...)*

*Quien siendo miembro de una corporación pública decida presentarse a la siguiente elección, por un **partido distinto**, deberá renunciar a la curul al menos doce (12) meses antes del primer día de inscripciones.”.*

Esta norma superior consagra una disposición general dirigida a todos los ciudadanos, consistente en dar garantías para i) fundar, ii) organizar y iii) desarrollar partidos y movimientos políticos, así como iv) la libertad para pertenecer o retirarse de ellos.

Pero esta garantía no es absoluta dado que a renglón seguido estipuló una prohibición y es la de pertenecer de manera simultánea a más de un partido o movimiento político con personería jurídica.

Tal como se encuentra planteada la norma constitucional surge un subproblema jurídico, el cual es: ¿Quiénes son los sujetos activos de las normas constitucionales y legales que regulan la figura de la doble militancia?

2 Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo. Auto de 17 de marzo de 2015. Consejera Ponente: Sandra Lisset Ibarra Vélez.

3 Ibidem.

*A primera vista y del tenor literal del artículo 107 ibídem se podría concluir que la prohibición de la doble militancia, sólo cubre a los Partidos y Movimientos Políticos con **personería jurídica** y no a aquellas agrupaciones políticas que carezcan de ella como lo es el grupo significativo de ciudadanos.*

Entonces, en un primer acercamiento se tendría que de la comparación normativa con el hecho objeto de reproche no existe vulneración alguna; sin embargo la Ley Estatutaria 1475 de 2011, estableció un nuevo contenido normativo en materia de doble militancia a saber:

ii) **De la Ley Estatutaria 1475 de 2011:**

Para entender mejor la figura de la doble militancia y los eventos en que ella se presenta, resulta oportuno consultar lo dicho por esta Sección en la materia⁴:

La figura de la doble militancia tiene ahora, no tres, sino cinco modalidades, a saber:

- i) *Los ciudadanos: “En ningún caso se permitirá a los ciudadanos pertenecer simultáneamente a más de un partido o movimiento político.” (Inciso 1º del artículo 2 de la Ley 1475 de 2011).*
- ii) *Quiénes participen en consultas: “Quien participe en las consultas de un partido o movimiento político o en consultas interpartidistas, no podrá inscribirse por otro en el mismo proceso electoral.” (Inciso 5º del artículo 107 de la Constitución Política).*
- iii) *Miembros de una corporación pública: “Quien siendo miembro de una corporación pública decida presentarse a la siguiente elección, por un partido distinto, deberá renunciar a la curul al menos doce (12) meses antes del primer día de inscripciones.”. (Inciso 12 del artículo 107 de la Constitución Política e Inciso 2º del artículo 2º de la Ley 1475 de 2011).*
- iv) *Miembros de organizaciones políticas para apoyar candidatos de otra organización: “Quiénes se desempeñen en cargos de dirección, gobierno, administración o control, dentro de los partidos y movimientos políticos, o hayan sido o aspiren ser elegidos en cargos o corporaciones de elección popular, no podrán apoyar candidatos distintos a los inscritos por el partido o movimiento político al cual se encuentren afiliados. Los candidatos que resulten electos, siempre que fueren inscritos por un partido o movimiento político, deberán pertenecer al que los inscribió mientras ostenten la investidura o cargo, y si deciden presentarse a la siguiente elección por un partido o movimiento político distinto, deberán renunciar a la curul al menos doce (12) meses antes del primer día de inscripciones.” (Inciso 2º del artículo 2º de la Ley 1475 de 2011).*
- v) *Directivos de organizaciones políticas: “Los directivos de los partidos y movimientos políticos que aspiren ser elegidos en cargos o corporaciones de elección popular por otro partido o movimientos políticos o grupo significativo de ciudadanos, o formar parte de los órganos de dirección de estas, deben renunciar al cargo doce (12) meses antes de postularse o aceptar la nueva designación o ser inscritos como candidatos.” (Inciso 3º del artículo 2º de la Ley 1475 de 2011).”*

Nuevamente resulta que el contenido normativo consagrado en el artículo 2º de la Ley 1475 de 2011 limita como sujeto activo de la prohibición de incurrir en doble militancia a los miembros de los partidos y movimientos políticos, ampliando el ámbito de aplicación inclusive a quienes no ostenten personería jurídica, pero, dejando de lado nuevamente a los grupos significativos de ciudadanos, lo que conllevaría a que quedara resulto el sub-problema jurídico planteado.

⁴ Radicación 11001-03-28-000-2014-00023-00, M.P. Dr. Alberto Yepes Barreiro.

Estos preceptos así concebidos parecerían desconocer la realidad actual de la democracia colombiana, pues, sólo reconocerían como sujeto de deberes y de las políticas de fortalecimiento implementadas por la Constitución y la Ley a los Partidos y Movimientos Políticos, lo cual a todas luces resultaría ser discriminatorio.

Ante tal situación, la Corte Constitucional al hacer el examen de constitucionalidad de la Ley 1475 de 2011 estableció que⁵: “... El artículo 2º de la iniciativa extiende la prohibición de la doble militancia. En efecto, el inciso primero de esta disposición indica una prohibición genérica respecto de todo partido o movimiento político. Idéntica formulación es utilizada en el inciso segundo, cuando prevé que la prohibición de apoyar candidatos distintos se aplica a los directivos, candidatos o elegidos de los partidos y movimientos políticos, sin distinguir entre aquellos con personería jurídica o sin ella. Esta interpretación se confirma por el hecho de que el inciso tercero de la misma norma señala una restricción para cambio de partido aplicable a los directivos de partidos, movimientos y grupos significativos de ciudadanos.

(...)

Según lo expuesto, la Corte advierte que los destinatarios de la prohibición de la doble militancia son los ciudadanos que pertenezcan a (i) los partidos, movimientos políticos o grupos significativos de ciudadanos que han adquirido personería jurídica, en los términos y condiciones previstos en el inciso primero del artículo 108 C.P., esto es, que hayan obtenido una votación no inferior al tres por ciento (3%) de los votos emitidos válidamente en el territorio nacional en elecciones de Cámara o Senado, exceptuándose el régimen particular previsto en la ley para las circunscripciones de minorías étnicas o políticas, caso en el que bastará acreditar representación parlamentaria; y (ii) las mismas agrupaciones políticas, sin personería jurídica.”

De cara a lo anterior, forzoso se torna en concluir que la figura de doble militancia cubre a todas las agrupaciones políticas sin importar que de ellas se predique que poseen o no personería jurídica.

*Sin embargo esta afirmación no es absoluta, dado que el artículo 2º de la Ley 1475 de 2011 contempla en su parágrafo una excepción en materia de doble militancia que es aplicable a cualquiera de los eventos en que ésta pueda presentarse, al respecto encontramos: “Las restricciones previstas en esta disposición **no se aplicarán a los miembros de los partidos y movimientos políticos que sean disueltos por decisión de sus miembros o pierdan la personería jurídica** por causas distintas a las sanciones previstas en esta ley, casos en los cuales podrán inscribirse en uno distinto con personería jurídica sin incurrir en doble militancia.” Negrilla propia.*

*Frente a esta figura la Corte Constitucional señaló⁶: “..., la jurisprudencia constitucional ha indicado que es un instrumento indispensable de garantía de la representatividad democrática de los elegidos, **a partir de la vocación de permanencia con determinada colectividad política** y, por ende, con un programa de acción política también definido. La prohibición de doble militancia, a su vez, está estrechamente vinculada con la instauración del régimen de bancadas, también previsto por el Acto Legislativo en comento. De acuerdo con ese sistema, los integrantes de un partido o movimiento que obtienen escaños en corporaciones públicas están sometidos a las decisiones que adopte su bancada, a través de mecanismos democráticos y participativos. Esto lleva a que se refuerce la vigencia del programa de acción antes citado, como también a racionalizar la actividad legislativa, al hacerse definidas y estables las diferentes opciones ideológicas presentes en la deliberación. Este régimen es complementado, a su vez, con la determinación de los asuntos de conciencia exceptuados de la disciplina de bancada y la fijación, en los estatutos de partidos y movimientos, de las sanciones aplicables a quienes se apartan injustificadamente de esa disciplina.”*

De esta excepción que hace parte integral del artículo 2º de la Ley 1475 de 2011, no se encuentra confrontación por parte del fallador de instancia con los hechos y pruebas que fueran aportadas por el

5 Sentencia C-490 de 2011.

6 Sentencia C-490 de 2011.

demandante y el demandado a instancia de la presente acción electoral, toda vez que en el auto que decretó la medida de suspensión provisional frente a éste no se hizo mención alguna.

Resulta relevante traer a colación el escrito de fecha 6 de abril de 2015, en el que los señores Rodrigo Orozco López⁷ y Fernando Sepúlveda García, en condición de “Directivos” del grupo significativo de ciudadanos señalan: “...En efecto, como es lógico nuestro movimiento actualmente se encuentra vigente y lo estará hasta el día 31 de diciembre del presente año, fecha en la cual termina el período para el cual fue elegido el señor Sergio Molina Pérez...”

Por manera que, al contrastar el parágrafo del artículo 2º de la ley 1475 de 2011 con el hecho que el grupo significativo de ciudadanos se encuentre vigente hasta el 31 de diciembre de 2015, denota la falta de vocación de permanencia⁸ del mismo dado que su razón de ser desaparecerá con el vencimiento del período del señor Molina Pérez.

Esta excepción no contempla límite temporal, razón por la cual no puede alegarse la existencia del grupo significativo de ciudadanos al momento de la inscripción de la candidatura del señor Molina Pérez por un partido político con personería jurídica dado que, al momento en que esta ocurrió ya obraba manifestación de quien integró el comité promotor de estar vigentes hasta el 31 de diciembre de 2015.

Lo discurrido por la Sala permite inferir que no es posible acceder a la suspensión provisional del acto, toda vez que del acervo probatorio allegado a la fecha no resulta suficiente para tal fin, pues como se advirtió en precedencia, no pudo demostrarse en esta etapa del proceso y con las pruebas hasta ahora recaudadas la posible vulneración a la que alude el accionante”

Decisión: REVOCAR la medida de suspensión provisional decretada por el Tribunal Administrativo de Antioquia mediante auto del 23 de noviembre de 2015, conforme lo señala la parte motiva de este proveído.

COMUNICAR al Presidente del Concejo Municipal de Envigado lo resuelto en esta providencia para lo de su cargo

DEVOLVER el expediente al Tribunal de origen para lo de su competencia.

ADVERTIR a los sujetos procesales que contra lo resuelto no procede recurso alguno.

LUCY JEANNETTE BERMÚDEZ BERMÚDEZ
Presidenta

ROCÍO ARAÚJO OÑATE
Consejera de Estado
CARLOS ENRIQUE MORENO RUBIO
Consejero de Estado
ALBERTO YEPES BARREIRO
Consejero de Estado

7 El Señor Rodrigo Orozco López aparece en el formulario E-6 CON elecciones 2012-2015, como Miembro del Comité Inscriptor del Grupo Significativo de Ciudadanos Alianza Cívica por Envigado, lo que no ocurre con el señor Fernando Sepúlveda García.

8 Si bien puede pensarse que el contenido de la decisión del Consejo de Estado CP Ruth Stella Correa Palacio el 17 de enero de 2012, con radicado: 110010315000201100708-00, podría tenerse como una decisión indicativa para entrar a resolver el asunto sub judice, éste no se aplica al caso en concreto debido a que sus supuestos fácticos y jurídicos están dirigidos a regular un ámbito de participación de orden nacional, al paso que la situación objeto de debate corresponde al ámbito local.

CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCIÓN QUINTA

Consejera ponente: ROCÍO ARAÚJO OÑATE

Bogotá D.C., cinco (5) de mayo de dos mil dieciséis (2016)

Radicación número: 25000-23-41-000-2016-00139-01

Actor: AÍDA AVELLA ESQUIVEL

Demandado: CONCEJALES DE BOGOTÁ D.C

Asunto: Procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto a través de apoderado judicial por la señora Aída Avella Esquivel, contra la decisión adoptada en auto del 10 de febrero de 2016 por medio de la cual el Tribunal Administrativo de Cundinamarca rechazó la demanda.

Extracto: “Le corresponde a la Sala determinar si la decisión de primera instancia de rechazar la presente demanda, al considerar que el escrito de subsanación fue presentado de manera extemporánea, se adecuó a los parámetros establecidos en la Ley 1437 de 2011.

Alegó el recurrente que la decisión de instancia por medio de la cual se rechazó la demanda por no haberse subsanado en tiempo, (i) supera lo formal ante lo sustancial. Aunado a lo anterior, en cuanto a la exigencia del fallador de instancia de demandar los actos por medio de los cuales la autoridad electoral se pronunció respecto de las reclamaciones previstas en el artículo 192 del Código Electoral y del agotamiento del requisito de procedibilidad, alegó (ii) la falta de necesidad de corregir la demanda, debido a que las diferentes comisiones escrutadoras y el Consejo Nacional Electoral no tuvieron en cuenta las reclamaciones presentadas por la Unión Patriótica, conforme lo relató en los numerales 7 y 8 de los hechos de la demanda.

En el presente caso, la Sala encuentra que: i) La señora Aída Avella Esquivel, el 20 de enero de 2016, presentó a través de apoderado judicial demanda contra la elección de los Concejales de Bogotá D.C.¹; ii) mediante auto del 26 de enero del año en curso, la Magistrada Ponente del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, inadmitió la demanda y otorgó a la accionante el plazo de tres días para que fuera subsanada²; iii) el auto que inadmitió la demanda se notificó por estado el 27 de enero de 2016³; iv) conforme el artículo 276 de la Ley 1437 de 2011, el plazo para subsanar era de tres días, esto es, hasta el 1º de febrero de 2016, v) el escrito por medio del cual se pretendía subsanar la demanda fue radicado el 2 de febrero de 2016⁴; vi) mediante auto del 10 de febrero de 2016 la Sección Primera del Tribunal Administrativo de Cundinamarca rechazó la demanda por no haber sido subsanada en término⁵.

De cara a lo anterior, esta Sala no observa por parte del A-quo en su proceder, rigorismo alguno que permita predicar la prevalencia de lo formal sobre lo sustancial en su actuar, contrario sensu, se advierte que profirió una decisión que se ajusta al mandato legal arriba transcrito.

En cuanto a la falta de necesidad de corregir la demanda, respecto de las reclamaciones previstas en el artículo 192 del Código Electoral y del agotamiento del requisito de procedibilidad, forzoso se torna concluir que esta instancia no es competente para decidir acerca de la inconformidad del recurrente frente al auto del 26 de enero de 2016 que inadmitió la demanda. Lo anterior, al tenor de lo preceptuado en el inciso 3 del artículo 276 ídem, que establece que si la demanda no reúne los requisitos formales, el auto que así lo señale no es susceptible de recurso.”

1 Folios 1 a 34.

2 Folios 65 a 68.

3 Folio 68 anverso.

4 Folio 70 a 71.

5 Folio 76 a 79.

Decisión: CONFIRMAR la decisión adoptada mediante auto del 10 de febrero de 2016, por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca mediante la cual rechazó la presente demanda por no haber sido corregida en término, conforme la parte motiva de este proveído.

DEVOLVER el expediente al Tribunal de origen para lo de su competencia.

ADVERTIR a los sujetos procesales que contra lo resuelto no procede recurso alguno.

LUCY JEANNETTE BERMÚDEZ BERMÚDEZ
Presidenta
Aclara Voto

ROCÍO ARAÚJO OÑATE
Consejera de Estado
CARLOS ENRIQUE MORENO RUBIO
Consejero de Estado
ALBERTO YEPES BARREIRO
Consejero de Estado
Aclara Voto

Aclaración de voto de la consejera Lucy Jeannette Bermúdez

Extracto: “(...) Manifiesto las razones por las cuales aclaro mi voto en lo relacionado con la importancia de brindar medidas de protección a favor de los partidos políticos que no cuentan con algunas garantías para el ejercicio de sus derechos.

(...) A pesar de los tres días que se otorgaron para efectuar la corrección de los defectos de la demanda, el apoderado de la demandante radicó el memorial de manera tardía lo que llevó a la aplicación del artículo 276 del CPACA que determina, sin excepción, que el incumplimiento del término tiene como efecto el rechazo de la demanda.

Este aspecto se encuentra claramente explicado en el Auto y no hace otra cosa que acatar la normativa básica aplicable al asunto, es decir, la que establece las reglas claras para el ejercicio de la acción y, por tanto, para equilibrar los derechos de los demandantes con las prerrogativas y las expectativas de los ciudadanos que son elegidos (...).

No obstante, dentro de ese contexto es valioso referir las condiciones especiales que ostenta la Unión Patriótica para reafirmar que a pesar de la decisión que se toma en esta providencia, todo el Estado mantiene la obligación de adoptar medidas afirmativas y razonables tendientes a restablecer las condiciones y garantías de participación de ese grupo, que fueron materialmente minadas a partir de los actos de exterminio sistemático de muchos de sus integrantes.

En síntesis, la notable negligencia que existió sobre el cumplimiento de las pautas más elementales para el ejercicio de la acción de nulidad electoral y el craso desconocimiento de los términos para intervenir en el proceso, imputables únicamente al apoderado de la demandante, constituyeron yerros de tal gravedad que impidieron el acceso efectivo a la administración de justicia por parte del partido político UP.

Esos errores protuberantes, que también fueron detectados por el a quo, conllevaban -en mi criterio- a compulsar las copias para que se investigara la posible responsabilidad disciplinaria del profesional del derecho. Sin embargo, respeto la decisión de la Sala que decidió abstenerse de hacerlo”.

Aclaración de voto del consejero Alberto Yepes Barreiro

Extracto: “considero pertinente recordar que mediante sentencia del 4 de julio de 2013 proferida dentro del radicado 11001-23-28-000-2010-00027-00 MP. Susana Buitrago Valencia, la Sala Electoral del

Consejo de Estado declaró la nulidad de las Resoluciones N° 5659 del 30 de septiembre de 2002 y N° 7477 del 20 de noviembre de 2002 expedidas por el Consejo Nacional Electoral a través de las cuales se suprimió la personería jurídica de la UP y se resolvió el recurso de reposición contra la Resolución N° 5659, respectivamente.

Desde el punto de vista de este Consejero de Estado, en esa oportunidad la Sección Quinta del Consejo de Estado determinó que dichos actos estaban viciados de nulidad por una verdadera desviación de poder debido a que el genocidio político al que fue sometida dicha colectividad, impedía que el Estado le exigiera satisfacer con la mayor rigurosidad las normas sobre umbral y conservación de la personería jurídica.

(...) hay eventos en los que, por especialísimas circunstancias, la exigencia del cumplimiento de determinada norma a un caso en concreto, puede ser tan extrema o injusta que la autoridad respectiva debe abstenerse de aplicarla, so pena de materializar una desviación de poder, más aún cuando el supuesto fáctico que imponía su inaplicación era imposible de prever por el legislador. Ahora bien, nada ni remotamente parecido ocurrió en el caso que recientemente ocupó la atención de la Sala. Es evidente que no existió explicación válida que justificara que los términos judiciales de la corrección de la demanda electoral, previstos en el inciso tercero del artículo 276 del CPACA, se incumplieran por parte del movimiento o sus candidatos¹.

Esto es así, porque las condiciones de exterminio que rodearon a la UP, a sus militantes y candidatos en el marco de las cuales se profirió la sentencia del año 2013, no pueden erigirse como excusa para eludir el cumplimiento de las cargas procesales que la ley impone a aquellos que hagan uso del medio de control de nulidad electoral, máxime cuando la colectividad se encontraba representada a través de un profesional del derecho, que evidentemente debía cumplir los términos procesales rigurosamente, como se exige a todo ciudadano que acude a la rama jurisdiccional.

En consecuencia, no puede válidamente relevarse al movimiento de cumplir con la carga procesal de presentar los escritos ante el juez dentro de los términos previstos en la norma.”

* * *

**CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCIÓN QUINTA**

Consejera ponente: ROCÍO ARAÚJO OÑATE

Bogotá, D.C., veintiséis (26) de mayo de dos mil dieciséis (2016)

Radicación número: 63001-23-33-000-2016-00042-02

Actor: JESÚS ANTONIO OBANDO ROA

Demandado: SANDRA MILENA GÓMEZ FAJARDO CONTRALORA DEPARTAMENTAL DE QUINDÍO

Asunto: Procede la Sala a resolver el recurso de queja interpuesto por el señor Luis Alberto Rincón Quintero en su calidad de Presidente de la Asamblea Departamental de Quindío, contra la decisión adoptada en auto del 31 de marzo de 2016 por medio de la cual el Tribunal Administrativo de Quindío no dio trámite al recurso de apelación presentado.

Extracto: *El problema jurídico a ser definido por la Sala consiste en determinar si la negativa de primera instancia de no dar trámite al recurso de apelación presentado por el Presidente de la Asamblea*

¹ “ARTÍCULO 276. TRÁMITE DE LA DEMANDA

(...)

Si la demanda no reúne los requisitos formales mediante auto no susceptible de recurso se concederá al demandante tres (3) días para que los subsane. En caso de no hacerlo se rechazará.”

Departamental de Quindío, al considerar que éste no tiene capacidad y, por ende, no puede comparecer directamente al proceso de nulidad electoral, se ajusta a los preceptos legales que rigen este medio de control.

Entratándose del medio de control de nulidad electoral, encontramos que el artículo 277 numeral 2 de la Ley 1437 de 2011 establece:

“Contenido del auto admisorio de la demanda y formas de practicar su notificación. Si la demanda reúne los requisitos legales se admitirá mediante auto, en el que se dispondrá:

(...)

*2. Que se notifique personalmente a la **autoridad que expidió el acto** y a la que intervino en su adopción, según el caso, mediante mensaje dirigido al buzón electrónico para notificaciones judiciales, en los términos previstos en este Código.” Negrillas propias.*

En el caso sub examine, ha de precisarse que la norma arriba trascrita habilita la participación procesal de la autoridad que intervino o expidió el acto sin importar que cuente con personería jurídica, lo cual se traduce en este caso en concreto, que la Asamblea Departamental del Quindío, teniendo en cuenta la especial naturaleza del proceso electoral, al haber sido la autoridad que expidió el acto demandado tiene un posible interés en la decisión que resulte del proceso y por ende es un sujeto procesal de obligatoria vinculación.

*Conforme con lo señalado: “La finalidad de esta norma es permitir, como se venía haciendo vía jurisprudencial desde antes de la vigencia del C.P.A.C.A., que la autoridad pública que produjo el acto administrativo demandado o la que participó en su conformación, pese a no ser parte demandada en el proceso electoral, **pueda si lo considera necesario intervenir en el proceso.**”². Negrillas fuera de texto.*

Como conclusión tenemos que, para el caso en concreto, si bien es cierto la Asamblea Departamental del Quindío no cuenta con personería jurídica, sí se encuentra facultada por mandato legal especial para intervenir directamente en el presente medio de control de nulidad electoral, dada la capacidad de ser sujeto procesal que expresamente le otorgó el numeral 2º del artículo 277 de la Ley 1437 de 2011.

Dada la titularidad que ostenta la Asamblea Departamental del Quindío en la presente relación jurídica, no se hace necesaria su comparecencia a través del Gobernador del Departamento, pues como ya se advirtió es la mencionada Corporación la llamada a comparecer al proceso por la expedición del acto hoy cuestionado.

Habiendo claridad sobre la capacidad de ser sujeto procesal de la Asamblea Departamental de Quindío en el presente asunto, requisito sine qua non para poder intervenir de manera directa en las diferentes etapas del proceso, no encuentra la Sala razones para que el Tribunal Administrativo de instancia no le diera trámite al recurso de apelación presentado, pues como ya se mencionó, la Duma Departamental no requiere hacerlo a través del ente territorial correspondiente por ostentar capacidad para hacerlo por sí misma, esto es a través de su Presidente, quien es la figura que la representa.

Teniendo en cuenta lo anterior, esta Sala estima mal denegado el recurso de apelación presentado por el señor Luis Alberto Rincón Quintero, en su condición de Presidente de la Asamblea Departamental de Quindío, por lo que prospera el recurso de queja y en consecuencia se concede el de apelación.”

2 Consejo de Estado. Sección Quinta de lo Contencioso Administrativo. C.P. Alberto Yepes Barreiro. 07 de mayo de 2015. Radicado No. 11001-03-28-000-2014-00095-00.

Decisión: ESTÍMASE mal denegado el recurso y en consecuencia CONCEDER en efecto devolutivo la apelación interpuesta por el Presidente de la Asamblea Departamental de Quindío contra el auto proferido por el Tribunal Administrativo el 31 de marzo de 2016, conforme la parte motiva de este proveído.

SOLICITAR el expediente al Tribunal de origen, para resolver el recurso de apelación.

ADVERTIR a los sujetos procesales que contra lo resuelto no procede recurso alguno.

LUCY JEANNETTE BERMÚDEZ BERMÚDEZ
Presidenta

ROCÍO ARAÚJO OÑATE
Consejera de Estado
CARLOS ENRIQUE MORENO RUBIO
Consejero de Estado
ALBERTO YEPES BARREIRO
Consejero de Estado
Aclara Voto

Aclaración de voto del consejero Alberto Yepes Barreiro

Extracto: “las irregularidades que se presenten en el proceso de formación de un acto se estudian a través de lo que la doctrina ha denominado la causal de expedición irregular, la cual se materializa cuando se vulnera el debido proceso en la formación y expedición de un acto administrativo, es decir, cuando la actuación administrativa se realiza con anomalías sustanciales. Por su supuesto, para que se configure la causal de expedición irregular el vicio en la formación del acto debe ser de tal magnitud que afecte su esencia misma, pues no todas las irregularidades tienen la potencialidad de desvirtuar la presunción de legalidad, en otras palabras la anomalía que se presente debe ser sustancial, trascendental y con incidencia directa en la formación del acto administrativo.

Solo aquellos vicios que afecten la transparencia electoral o que hubiesen podido conducir a un resultado distinto al que finalmente se arribó, podrán ser tenidos en cuenta como configurativos del vicio de expedición irregular.

(...)

En efecto, la incidencia del vicio en el acto de elección está relacionada con la capacidad de modificar la decisión final y este aspecto de torna del todo relevante porque es justo lo que se echa de menos en la argumentación de la medida cautelar como presupuesto para su decreto ya que para la Sala, es incierto, en tratándose de un vicio de expedición irregular, que la supuesta irregularidad puesta de presente por la parte actora, de haberse evitado, hubiese producido un evento distinto, máxime cuando la publicación de la lista de elegibles se dio en la página del concurso, atendiendo a lo dispuesto en las propias reglas de la convocatoria.

En el anterior contexto, a juicio de este Consejero era necesario evidenciar, por qué, el hecho de no haber practicado la entrevista a los 5 candidatos habilitados, sino sólo a tres de ellos, materializaba una irregularidad capaz de comprometer el resultado definitivo del acto acusado.”

CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCIÓN QUINTA

Consejera ponente: ROCÍO ARAÚJO OÑATE

Bogotá D.C., dieciséis (16) de junio de dos mil dieciséis (2016)

Radicación número: 41001-23-33-000-2016-00059-01

Actor: HUGO ALBERTO LLANOS PABON Y OTROS

Demandado: JOSÉ HILDEBRÁN PERDOMO CONTRALOR DEL MUNICIPIO DE NEIVA

Asunto: La Sala resuelve el recurso de apelación interpuesto por los demandantes contra la decisión adoptada el 5 de abril de 2016, por medio de la cual el Tribunal Administrativo del Huila admitió la demanda y negó la solicitud de suspensión provisional.

Extracto: “El problema jurídico a ser definido por la Sala consiste en determinar si el señor José Hildebrán Perdomo en el cargo de Jefe de la Oficina Jurídica de la Universidad Surcolombiana, ejerció autoridad administrativa como empleado público, dentro de los doce meses anteriores a su elección como Contralor del Municipio de Neiva, incurriendo de este modo en la inhabilidad establecida en el numeral segundo del artículo 95 de la Ley 136 de 1994 y, de presentarse tal situación, verificar la procedencia de la medida cautelar de suspensión provisional. Por razones de orden metodológico, para desarrollar el problema jurídico planteado, se estudia: (i) la inhabilidad aplicable en el proceso, (ii) la postura expuesta por la Sección respecto de la aplicación de esta inhabilidad en particular al caso de los contralores y, por último, (iii) Se analizan los argumentos del recurso de apelación presentado.

Existe un antecedente de esta Sección, referido a la aplicación de la inhabilidad consagrada en el numeral 2º del artículo 95 de la Ley 136 de 1994 en el caso de los contralores. En aquella oportunidad, esta Sección consideró que la inhabilidad aplicable en cuanto al ejercicio de cargos públicos en el año anterior a su elección, en el caso de los contralores, no correspondía a la consagrada en el numeral 2º del artículo 95 de la Ley 136 de 1994 en virtud de la remisión del literal c del artículo 163 ejusdem, teniendo en cuenta que la que resultaba aplicable era la establecida en el inciso 7 del artículo 272 constitucional (...). Se debe tener en cuenta que el nuevo texto del artículo 272 constitucional estableció un supuesto diferente al que venía rigiendo hasta el momento. En efecto, en el nuevo escenario la inhabilidad se circunscribe a los cargos desempeñados en el nivel ejecutivo del orden departamental, distrital o municipal, según sea el caso, excluyendo de esta manera el nivel directivo. Por lo anterior, y sin pretender determinar en la presente providencia el alcance de la inhabilidad consagrada en la reforma constitucional, la Sala encuentra que el fundamento jurídico en el cual se sustentó esta Sección en la sentencia citada, es diferente, por lo que no resulta entonces aplicable al presente caso. Esta posición en el caso subjudice, resulta acorde con la protección de los principios de imparcialidad, transparencia y moralidad de la función pública, invocados, precisamente, como fundamento en el antecedente analizado.

Para el proceso de nulidad electoral en materia de suspensión provisional, el legislador estableció reglas en relación con la oportunidad de presentación de la solicitud de medida cautelar, con el momento procesal para decidir la solicitud, así como la competencia para resolverla, ya sea por el juez, sala o sección, según corresponda. Sin embargo, esta norma no estableció una regla sobre la obligatoriedad de correr trasladado de dicha solicitud, lo cual tampoco es óbice para que el funcionario judicial, si a bien lo tiene, proceda a realizarlo, por lo que no se incurre en ningún tipo de violación si dicho traslado no es concedido por el juez o magistrado conductor del proceso. Recientemente, la Sala sobre este asunto señaló lo siguiente: “...En relación con este punto debe tenerse en cuenta que si bien en el Título V del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo se establecen las normas relacionadas con la demanda y el proceso contencioso administrativo y en el Capítulo XI se consagran las disposiciones referentes a las medidas cautelares, lo cierto es que el trámite y decisión de las pretensiones de contenido electoral están regidas por el Título VIII del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso

Administrativo, normas que tienen carácter especial y por tanto son de aplicación preferente, tal como lo establece el artículo 5 de la ley 57 de 1887. Así las cosas en el artículo 277 ibídem, se establece que en caso en que se haya pedido la suspensión provisional del acto acusado, la que debe solicitarse en la demanda, se resolverá en el mismo auto admisorio, norma que no establece que se deba correr traslado de la solicitud de medida cautelar. Entonces, en el proceso electoral las solicitudes de medidas cautelares se resuelven en el auto admisorio de la demanda, sin que se tenga que correr traslado de manera previa. Con todo, si bien algunos magistrados en aras de garantizar el derecho de defensa y contradicción aplican el artículo 233 del código, para garantizar el derecho de defensa y contradicción y corren traslado, lo cierto es que no es obligatorio hacerlo...” De igual manera, la Sala considera necesario señalar que, tal y como se indicó en la providencia impugnada, la apreciación jurídica que se hace al decidir sobre la medida cautelar, que por supuesto es provisional, no constituye prejuzgamiento ni impide que al fallar el caso, el operador judicial asuma una posición distinta, dado que con el transcurrir de la actuación procesal es factible que el arribo de nuevas pruebas o la presentación de nuevos argumentos, persuadan al juez de resolver en sentido contrario al que ab initio se adoptó.

Encuentra la Sala que el comité del cual hizo parte el demandado, como Jefe de la Oficina Asesora Jurídica, ejerce funciones de asesoría que no implican autonomía decisoria, por lo que respecto a este argumento esbozado en la impugnación tampoco procede la revocatoria de la decisión de primera instancia (...) la competencia para celebrar contratos se encuentra radicada en cabeza del Rector o de sus delegados respectivos, la cual indudablemente implica el ejercicio de autoridad administrativa. Finalmente, en relación con el ejercicio de la autoridad administrativa, los impugnantes consideran, contrario lo señalado por a quo, que la asunción de las funciones como Director Administrativo de Control Interno Disciplinario por parte del entonces Jefe de la Oficina Asesora Jurídica de la Universidad Surcolombiana, así fuese ocasionalmente, materializa la inhabilidad objeto de la presente demanda (...) Examinando el presente caso a partir de las pruebas allegadas en esta etapa inicial, se tiene entonces que, a través del auto del 24 de febrero de 2015, el Rector de la Universidad Surcolombiana delegó la competencia para adelantar el trámite de la indagación preliminar N° 972 de 2014 al titular de la Oficina Asesora Jurídica, es decir, al señor señor José Hildebrán Perdomo Fernández. Así mismo, en virtud de dicha competencia delegada, el demandado continuó el trámite de la misma, verbigracia, convocando a los señores Germán Alfonso López Daza y Katherin Torres Posada, a la respectiva ampliación de la queja, tal y como dan cuenta los antecedentes mencionados. Finalmente, mediante auto del 08 de mayo de 2015, el demandado calificó esta indagación preliminar y resolvió ordenar la terminación de la actuación y, en consecuencia, dispuso su archivo. En este orden de ideas, esta Sala, apartándose de las consideraciones del a quo, estima que el ejercicio de esta facultad disciplinaria, así hubiese sido de manera ocasional, constituyó ejercicio de autoridad administrativa, lo cual entonces hace imperativo estudiar los demás presupuestos de la inhabilidad para determinar si procede o no la solicitud de medida cautelar deprecada por los demandantes. Tal y como quedó señalado en renglones superiores, es necesario verificar, en primer lugar, si dicha autoridad administrativa se ejerció en calidad de empleado público. La Sala encuentra acreditado este presupuesto, teniendo en cuenta que en el expediente obra copia de la Resolución N° P1448 del 1° de octubre de 20014 por medio del cual el Rector de la Universidad Surcolombiana nombró en el cargo de Jefe de la Oficina Asesora Jurídica, al señor José Hildebrán Perdomo Fernández, así mismo, obra copia del Acta de Posesión No. 136 del 1ª de octubre de 2014. De igual manera, la Sala advierte que el ejercicio de autoridad administrativa se realizó durante los doce meses anteriores a la elección, la cual se efectuó el 9 de enero de 2016, pues aquél se configuró a partir de la delegación de funciones de investigación disciplinaria, realizada a través del pluricitado auto del 24 de febrero de 2015 (...) lo discurrido por la Sala permite colegir que procede la suspensión provisional del acto demandado, toda vez que del acervo probatorio allegado y de los argumentos expuestos por los impugnantes para tal fin, se demostró mérito para ello, advirtiendo entonces la verosimilitud de los cargos presentados por el demandante”.

Decisión: REVOCAR la medida de suspensión provisional decretada por el Tribunal Administrativo de Antioquia mediante auto del 23 de noviembre de 2015, conforme lo señala la parte motiva de este proveído.

COMUNICAR al Presidente del Concejo Municipal de Envigado lo resuelto en esta providencia para lo de su cargo

DEVOLVER el expediente al Tribunal de origen para lo de su competencia.

ADVERTIR a los sujetos procesales que contra lo resuelto no procede recurso alguno.

LUCY JEANNETTE BERMÚDEZ BERMÚDEZ

Presidenta

Aclara Voto

ROCÍO ARAÚJO OÑATE

Consejera de Estado

CARLOS ENRIQUE MORENO RUBIO

Consejero de Estado

ALBERTO YEPES BARREIRO

Consejero de Estado

Aclaración de voto de consejera Lucy Jeannette Bermúdez Bermúdez

Extracto: “A mi juicio, escindir dos inhabilidades por el mismo hecho resulta inadecuado, porque si la norma Constitucional que es de aplicación prevalente determinó el espectro del supuesto jurídico, dejando sólo el nivel ejecutivo, la Ley que está sometida a la Constitución Política, no puede ampliar el panorama, porque ello devendría en inconstitucional.

No obstante, lo cierto es que ha de recordarse que el nivel ejecutivo dentro de la nomenclatura territorial desapareció, al haber sido suprimido por el Decreto Ley 785 de 2005 para las entidades territoriales y con el Decreto 770 de 2005 para los nacionales. El primero declarado exequible por la Corte Constitucional en la C-1174 de 2005, frente a la demanda que se sustentó en la supuesta extralimitación de funciones del Presidente de la República al haber eliminado el nivel ejecutivo del régimen de los cargos en la función pública.

Así que la aplicación de la norma constitucional como consideración del juez de la suspensión debió ser explicada en forma más profunda, por cuanto ni el solicitante cautelar la indicó ni el Tribunal a quo la aplicó, pero se trata de norma constitucional”.

Ahora bien, observadas las Gacetas del Congreso que documentan los debates previos a la expedición del Acto Legislativo 2 de 2015, éstas no contienen motivación alguna del por qué el Constituyente derivado limitó la inhabilidad del artículo 272 Constitucional al nivel ejecutivo, siendo un nivel legalmente inexistente dentro de la nomenclatura de los empleos públicos territoriales y nacionales, a partir de los decretos referidos.

Por eso más allá de la aplicación del antecedente de la Sección Quinta que como bien se analizó no contuvo la modificación que introdujo al artículo 272 de la Carta el Acto Legislativo 02 de 2015, por haber antecedido en el tiempo, el análisis debió hacerse respecto a la norma constitucional y a la norma legal y cuál debía aplicarse, porque con dicha reforma, los alcances de ambas normas, la constitucional y la legal, han dado un giro diametral.

Por eso sugerí definir la aplicación normativa (constitucional o legal, o concurrente), de cara al tema atinente a la supresión del nivel ejecutivo y qué alcance dar a la previsión del Acto Legislativo 2 de 2015.

En todo caso, la decisión de suspender los efectos del acto fue la adecuada porque, a mi juicio, en esta etapa del proceso, conforme lo analizó la providencia de cara a las pruebas hasta ahora recaudadas, el elegido desplegó función que lo inhabilitó. Razón por la cual, estará en la carga argumentativa y probatoria que se exponga e integre al proceso por parte de los sujetos procesales, que esta situación vuelva a ser revaluada en la decisión de fondo propia de la sentencia”.

CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCIÓN QUINTA

Consejera ponente: ROCÍO ARAÚJO OÑATE

Bogotá D.C., veinticinco (25) de agosto de dos mil dieciséis (2016)

Radicación número: 66001-23-33-000-2015-00563-01

Actor: HÉCTOR FABIO ARTUNDUAGA MEJÍA

Demandado: CONCEJALES DEL MUNICIPIO DE PEREIRA

Asunto: Auto que confirma la decisión apelada de declarar probada la excepción de inepta demanda por la falta de agotamiento del requisito de procedibilidad.

Extracto: *Del requisito de procedibilidad en el medio de control de nulidad electoral. El artículo 8 del Acto Legislativo 01 de 2009 modificatorio del artículo 237 Superior, impuso como obligación para ejercer el medio de control de nulidad electoral, en tratándose de elecciones por voto popular, que en los casos en que éste se funde en irregularidades en el proceso de votación y en el escrutinio, de manera previa a la declaratoria de la elección y ante las autoridades administrativas electorales, se haya puesto de presente las irregularidades que puedan constituir nulidad de la misma.*

Tal requisito quedó supeditado conforme el numeral 6 del artículo 161 de la Ley 1437 de 2011, a las causales de nulidad electoral consagradas en los numerales 3º y 4º del artículo 275 de la Ley 1437 de 2011, a su turno dicho precepto normativo fijó la regla relativa a la legitimación en la causa por activa para su agotamiento, estableciendo que, cualquier persona puede promoverlo.

Significa lo anterior que todo ciudadano ante la presencia de irregularidades que puedan conllevar la nulidad del acto de elección por voto popular, se encuentra legitimado para acudir ante la autoridad electoral correspondiente, con el propósito que las examine y, si hubiere lugar a ello, las corrija con el fin último de lograr mantener la voluntad popular. No se requiere que la correspondiente autoridad electoral las decida, con el sólo hecho de haberlas sometido a su examen de manera oportuna, se acredita el cumplimiento de agotamiento del requisito de procedibilidad.

De cara a lo anterior, el agotamiento del requisito de procedibilidad se constituye en un presupuesto procesal del medio de control de nulidad electoral, en los eventos consagrados en los numerales 3º y 4º del artículo 275 de la Ley 1437 de 2011; razón por la cual corresponde al Juez al momento de admitir la demanda verificar su cumplimiento.

4.3 De la ineptitud de la demanda por falta de agotamiento del requisito de procedibilidad.

Teniendo en cuenta que el demandante presentó varios argumentos de impugnación al momento de sustentar el recurso de apelación, contra la decisión de instancia de declarar probada la excepción previa de inepta demanda por falta de agotamiento del requisito de procedibilidad, se procederá a verificar conforme los criterios establecidos por esta Sala si se encuentra agotado en debida forma el presupuesto procesal.

A continuación se detallan los argumentos de impugnación:

4.3.1 En video quedó la constancia de la reclamación hecha ante los jurados de votación en la mesa 22 zona 6 del puesto Sena y de la cual los escrutadores de la mesa no quisieron recibir.

Manifiesta el recurrente que en la audiencia inicial, los jurados de votación de la zona 6 del puesto Sena mesa 22 del municipio de Pereira no recibieron las reclamaciones presentadas por éste referidas a la alcaldía municipal, lo cual obra en video¹.

1 Audiencia inicial minutos 51:19 a 52:06 ver folio 497.

Al respecto se debe señalar que la pretensión del actor en el marco del presente medio de control, consiste en que se declare la nulidad del acto de elección de los Concejales del Municipio de Pereira para el periodo 2016-2019; de ello da cuenta no solo su escrito de demanda, corrección y reforma, también el auto del 18 de febrero de 2016, por medio del cual la Magistrada del Tribunal de instancia admitió la presente acción y ordenó la notificación a los demandados, esto es a los ciudadanos que resultaron elegidos Concejales del Municipio de Pereira para el período 2016-2019.

*Razón por la cual, al referirse la reclamación del impugnante a un asunto relacionado con el proceso de escrutinio de la **alcaldía**, se torna completamente improcedente el análisis por parte de este Juez Electoral del argumento de impugnación, dado que, la sustentación del recurso en cuanto a este argumento no guarda relación alguna con el objeto del presente debate procesal, ni tiene incidencia en el acto de elección demandado, razón por la cual esta Sala se abstendrá de hacer pronunciamiento alguno.*

4.3.2 El requisito de procedibilidad se agotó con el escrito radicado ante el Consejo Nacional Electoral en el cual se le adjuntaron todas las irregularidades ocurridas en el proceso de elección de los Concejales de Pereira.

Manifestó el apoderado judicial del demandante, que con el derecho de petición presentado ante el Consejo Nacional Electoral² el 30 de noviembre de 2015, en el cual su puso de presente ante dicha autoridad las irregularidades presentadas a lo largo del proceso de escrutinio de Concejo Municipal de Pereira, se debe dar por agotado el requisito de procedibilidad, debido a que en virtud de las facultades que por Constitución se le otorgó a dicha Corporación –artículo 265.4 de la Constitución Política- este podía de oficio o a solicitud de parte revisar los escrutinios y demás documentos electorales concernientes a cualquiera de las etapas del proceso.

Con el fin de poder establecer si en el presente caso se encuentra agotado en debida forma el requisito de procedibilidad del presente medio de control, esta Sala analizará las características que se deben tener para ello, a saber³:

- 1. Legitimación:** No se observa objeción alguna debido a que conforme al numeral 6 del artículo 161 de la Ley 1437 de 2011 cualquier persona puede agotar el requisito de procedibilidad.
- 2. Oportunidad:** Hace referencia a que el requisito de procedibilidad sea ejercido **antes** de la declaratoria de la elección.

En el presente caso, conforme con el E-26⁴ la elección de los Concejales del Municipio de Pereira, fue declarada el 30 de octubre de 2015 a la 1:32 p.m y, el documento contentivo del derecho de petición, fue radicado ante el Consejo Nacional Electoral el 30 de noviembre de 2015, esto es, un mes después de la declaratoria de la elección.

Resulta oportuno señalar, que la característica referida a la oportunidad del requisito de procedibilidad, no solo hace referencia a que se presente antes de la declaratoria de la elección, este requisito lleva la condición que tal enjuiciamiento tenga lugar ante la autoridad electoral que en últimas va a declararla, dado que, al ser el proceso de escrutinio un proceso jerarquizado, quien se encuentra conforme con la actuación de alguna comisión escrutadora puede, ante ésta o si es del caso en la siguiente instancia, poner en conocimiento las irregularidades presentadas para que sea la autoridad electoral correspondiente, la que tome las acciones oportunas que protejan la voluntad popular (Objeto).

2 Folios 70 a 84 del cuaderno No. 1.

3 Consejo de Estado. Sección Quinta. Radicado No. 2015-00318 auto del 28 de enero de 2016. C.P. Lucy Jeannette Bermúdez Bermúdez. Posición reiterada en el auto del 5 de mayo de 2016, radicado No. 2015-0666 C.P. ROCÍO ARAÚJO OÑATE.

4 Folios 85 a 96 del cuaderno No. 1.

Para este caso en concreto, se tiene que esta exigencia no fue satisfecha por quien pretendió agotar el requisito de procedibilidad, lo anterior teniendo en cuenta que su escrito no fue radicado en tiempo así como tampoco ante la autoridad electoral correspondiente, esto es, la Comisión Escrutadora Municipal de Pereira encargada de declarar la elección.

En cuanto al argumento esbozado por el impugnante, referente a las facultades constitucionales otorgadas al Consejo Nacional Electoral por el artículo 265.4 Superior de revisar los escrutinios y documentos electorales de oficio o a petición de parte, concernientes a cualquiera de las etapas del proceso de elección con el objeto que se garantice la verdad de los resultados, esta Sección al estudiar la legalidad de la Resolución 754 del 9 de abril de 2010 por medio de la cual dicho cuerpo colegiado reguló la mencionada facultad, decidió⁵:

“Así, a juicio de esta Sala, el contenido de la regulación acusada desborda el alcance ordinario de la facultad regulatoria en cabeza del CNE que se refiere, únicamente, a aspectos administrativos subordinados y de mero detalle. En efecto, el acto demandado establece de forma clara un procedimiento que tiene incidencia en los escrutinios, asunto que tiene reserva de ley estatutaria, hecho que impedía al CNE su regulación.

De esta forma, el CNE no podrá hacer uso de la facultad del numeral 4 del artículo 265 constitucional, de oficio ni a petición de cualquier persona, hasta tanto, en ejercicio de las funciones que le son inherentes, el Congreso de la República expida la ley estatutaria que consagre el alcance de la revisión y defina su procedimiento, asunto que, sin duda, debe ser entendido como la regulación de función electoral.

3.1.8. En la sentencia C-490 de 201130 -previamente mencionada- mediante la cual, la Corte Constitucional revisó el Proyecto de Ley Estatutaria “por el cual se adoptan reglas de organización y funcionamiento de los partidos y movimientos políticos, de los procesos electorales y se dictan otras disposiciones”, puso de presente que:

“La jurisprudencia de esta Corte ha precisado que las materias que constituyen regulación de los procesos electorales están sometidas a reserva de ley estatutaria, no sólo en lo que tiene que ver con aspectos de contenido sustancial, sino también en lo relacionado con todos aquellos parámetros o presupuestos permanentes para el ejercicio adecuado del derecho de participación por parte de los ciudadanos. Ello incluye asuntos que podrían en apariencia ser considerados potestades menores o aspectos técnicos, pero que tienen efectos determinantes en la dinámica electoral, ‘como la fijación de las fechas de elecciones, el establecimiento de los términos de cierre de las inscripciones de candidatos o del registro de votantes, el diseño de las tarjetas electorales o los procedimientos de escrutinio’. Y ha indicado que forma parte de la potestad de configuración del legislador estatutario, el señalar mecanismos y plazos relacionados con las distintas etapas del proceso electoral, pues este requiere un mínimo de orden que asegure la posibilidad de organizar oportunamente todos los elementos materiales requeridos para la realización de los comicios electorales”.

De conformidad con lo expuesto en los acápites anteriores, la Sala declarará la nulidad de la regulación acusada, por cuanto considera que el CNE extralimitó sus funciones sobre todo cuando se tiene que en el ordenamiento jurídico de cualquier estado de derecho no existen competencias implícitas, por analogía o por extensión...” (Negrillas fuera de texto).

Adicional a lo anteriormente expuesto, no es posible entender agotado el requisito de procedibilidad con la presentación ante el Consejo Nacional Electoral para que en uso de las facultades consagradas

⁵ Consejo de Estado. Sección Quinta. Sentencia del 18 de octubre de 2012, Radicación No. 11001-03-28-000-2010-00014-00. C.P. Alberto Yepes Barreiro.

en el artículo 265.4 de la Constitución Política revisara el escrito de 30 de noviembre de 2015, contenitivo de las presuntas irregularidades ocurridas en el proceso de escrutinio del Concejo Municipal de Pereira, dado que conforme con el aparte de la sentencia arriba trascrita, tal facultad no puede ser ejercida toda vez que a la fecha no existe una ley que la reglamente.

4.3.3 De las irregularidades ocurridas en el proceso de escrutinio del Concejo Municipal de Pereira.

Recurrió la decisión de declarar probada la excepción de inepta demanda por falta de agotamiento del requisito de procedibilidad toda vez que, en sus escritos de demanda, corrección y reforma de la misma, así como también en lo presentado al momento de sustentar su recurso de apelación, puso en conocimiento del Tribunal de instancia, las irregularidades que con ocasión del proceso de elección de los Concejales de Pereira tuvieron lugar.

De las irregularidades que presenta el actor y que son sustento de la presente acción de nulidad electoral se tiene la presunta existencia de diferencias entre los formularios electorales E-14CON y E-24CON, tachaduras y enmendaduras en los diferentes E-14 CON.

Se ha de precisar que en lo referente al cargo de la demanda consistente en la diferencia que existe entre los formularios electorales E-14 y E-24, el accionante debió agotar el requisito de procedibilidad toda vez que, de conformidad con el artículo 161.6 de la Ley 1475 de 2011, cuando se invoquen como causales del acto de elección por voto popular aquellas contenidas en los numerales 3º y 4º del artículo 275⁶ ídem, se debe agotar el requisito de procedibilidad.

Del análisis de los documentos que soportan la demanda, no se encuentra en el expediente documento alguno que demuestre el agotamiento del requisito de procedibilidad en cuanto a este cargo, por lo cual al no existir prueba de haber censurado ante la autoridad electoral las diferencias detalladas en la demanda en cuanto a los formularios electorales señalados, se debe concluir la inexistencia de agotamiento del ya mencionado requisito.

Ahora bien, en lo concerniente a las causales de recuento de votos por tachaduras y enmendaduras estos se constituyen en causales de reclamación, lo anterior de conformidad con lo preceptuado en los artículos 122, 163 y 192 del Código electoral, las cuales no requieren del agotamiento previo del requisito de procedibilidad para que el Juez Electoral pueda proceder a su estudio, no obstante tales reclamaciones debieron ser puestas en conocimiento de la autoridad electoral correspondiente, tal como lo establece el artículo 139 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo a saber:

“Cualquier persona podrá pedir la nulidad de los actos de elección por voto popular o por cuerpos electorales, así como de los actos de nombramiento que expidan las entidades y autoridades públicas de todo orden. Igualmente podrá pedir la nulidad de los actos de llamamiento para proveer vacantes en las corporaciones públicas.

En elecciones por voto popular, las decisiones adoptadas por las autoridades electorales que resuelvan sobre reclamaciones o irregularidades respecto de la votación o de los escrutinios, deberán demandarse junto con el acto que declara la elección. El

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

(...)

3. Los documentos electorales contengan datos contrarios a la verdad o hayan sido alterados con el propósito de modificar los resultados electorales.

4. Los votos emitidos en la respectiva elección se computen con violación del sistema constitucional o legalmente establecido para la distribución de curules o cargos por proveer.

demandante deberá precisar en qué etapas o registros electorales se presentan las irregularidades o vicios que inciden en el acto de elección...” Negrillas Propias.

Es así como, en el presente no se encuentra en debida forma integrado el petitum por cuanto el accionante no relacionó junto con la demanda las decisiones adoptadas por las diferentes autoridades electorales que resolvieron las reclamaciones presentadas. De la misma manera, el accionante en el concepto de violación sólo hizo referencia al artículo 275.3 de la ley 1437 de 2011, como causal de nulidad de la elección, esto sustentado en múltiples cargos de falsedad, sin que incluyera en éste lo referente al tema objeto de reclamación.

Por las consideraciones ya mencionadas, se impone confirmar la decisión recurrida al no encontrar agotado el requisito de procedibilidad ni integrado en debida forma el petitum.

El Agente del Ministerio Público en primera instancia si bien solicitó se confirme la decisión impugnada pidió que se aclare por parte de esta Corporación el trámite que debe darse a la ineptitud de la demanda por falta de agotamiento del requisito de procedibilidad al no ser una excepción previa o mixta ni un requisito de la demanda.

*Al respecto cabe reiterar conforme lo ya señalado en acápites anteriores, que el artículo 161 de la Ley 1437 de 2011, establece los requisitos **previos** para demandar, para el caso en concreto y en cuanto al medio de control de nulidad electoral, estableció en su numeral 6 el agotamiento del requisito de procedibilidad, razón por la cual se constituye en un **presupuesto procesal de la demanda**.*

En lo referente al cuestionamiento de la vista fiscal del trámite que debe darse a la falta de agotamiento del requisito de procedibilidad, se tiene que, corresponde al Juez de la causa una vez se presenta la demanda analizar y corroborar el agotamiento de éste en debida forma, para proceder a admitir la demanda, de lo contrario se impone su inadmisión para que quien demanda lo acredite y, de no hacerlo la consecuencia es el rechazo de la demanda.

*Sin embargo, en el caso en concreto, el Juez de instancia admitió la demanda, razón por la cual los demás sujetos procesales propusieron como excepción la ineptitud de la demanda, con el fin que quien administra justicia no profiera una **sentencia inhibitoria** por cuanto con ellas, si bien es cierto se pone fin al proceso, el operador judicial se abstiene de resolver de fondo el problema jurídico planteado, dejando de adoptar una decisión de mérito, lo que se constituye en una resolución formal de la litis manteniéndose la indefinición sustantiva del asunto”.*

Decisión: CONFIRMAR la decisión adoptada dentro de la audiencia inicial del 21 de junio de 2016 por medio de la cual el Tribunal Administrativo de Risaralda, conforme la parte motiva de este proveído.

DEVOLVER el expediente al Tribunal de origen para lo de su competencia.

ADVERTIR a los sujetos procesales que contra lo resuelto no procede recurso alguno.

LUCY JEANNETTE BERMÚDEZ BERMÚDEZ
Presidenta

ROCÍO ARAÚJO OÑATE
Consejera de Estado
CARLOS ENRIQUE MORENO RUBIO
Consejero de Estado
ALBERTO YEPES BARREIRO
Consejero de Estado

CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCIÓN QUINTA

Consejera ponente: ROCÍO ARAÚJO OÑATE

Bogotá D.C., primero (1) de noviembre de dos mil dieciséis (2016)

Radicación número: 25000-23-41-000-2016-00129-01

Actor: FREDDY VILLAQUIRÁN LOSADA

Demandado: EDILES JUNTA ADMINISTRADORA LOCAL DE PUENTE ARANDA BOGOTÁ

Asunto: Auto que resuelve el recurso de apelación interpuesto por el señor Freddy Villaquirán Losada, contra la decisión adoptada en la audiencia inicial, el 18 de octubre de 2016 por medio del cual el Tribunal Administrativo de Cundinamarca declaró probada la excepción previa de ineptitud sustantiva de la demanda y por ende dio por terminado el proceso.

Extracto: *“Antes de resolver lo concerniente al recurso de apelación presentado por el señor Freddy Villaquirán Losada en su condición de demandante, corresponde a esta Sala, con el fin de evitar futuras nulidades, precisar lo correspondiente a la competencia funcional de las Salas de decisión de los Tribunales para resolver la terminación anticipada del proceso por encontrarse probada una excepción de carácter previo o mixto.*

Para el caso en concreto, se tiene que la Magistrada Ponente decidió en el curso de la audiencia inicial, de manera unitaria y no a través de la Sala de decisión a la cual pertenece, dar por terminado el proceso como consecuencia de encontrar probada la excepción previa propuesta de oficio.

Al respecto, se debe recordar que la Sala Plena del Consejo de Estado¹, en auto de unificación, estableció lo siguiente: “... Así las cosas, no acertó el Tribunal en la decisión de no conceder el recurso de apelación contra la decisión que no declaró probada una excepción previa, toda vez que en los términos del artículo 180 del CPACA –norma especial– esa decisión es pasible o susceptible del recurso de apelación. Y, para efectos de competencia funcional, habrá que recurrir a lo dispuesto en el artículo 125 ibídem, es decir, que si la excepción que se declara probada da por terminado el proceso –por tratarse de una de aquellas decisiones a que se refieren los numerales 1 a 4 del artículo 243 de la misma codificación– tendrá que ser proferida por la respectiva sala de decisión del Tribunal Administrativo en primera instancia; a contrario sensu, si la providencia no declara probada la excepción y, por lo tanto, no se desprende la finalización del plenario, entonces será competencia exclusiva del ponente, y en ambos casos será procedente el recurso de apelación, ...”.

En virtud de lo anterior, la Magistrada Conductora debió, al momento de decidir lo correspondiente a la terminación del proceso, convocar a los demás Magistrados que componen la Sala de decisión a la cual pertenece, en acatamiento de lo establecido en los artículos 125² y 243³ de la Ley 1437 de 2011, en concordancia con el auto de unificación arriba señalado, que así lo ordenan.

1 Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, auto de unificación del 25 de junio de 2014, C.P. Enrique Gil Botero, Radicado No. 25000-23-36-000-2012-00395-01 (49299)

2 Artículo 125. De la expedición de providencias. Será competencia del juez o Magistrado Ponente dictar los autos interlocutorios y de trámite; sin embargo, en el caso de los jueces colegiados, las decisiones a que se refieren los numerales 1, 2, 3 y 4 del artículo 243 de este Código serán de la sala, excepto en los procesos de única instancia(...). Negrilla fuera de texto.

3 Artículo 243. Apelación. Son apelables las sentencias de primera instancia de los Tribunales y de los Jueces. También serán apelables los siguientes autos proferidos en la misma instancia por los jueces administrativos:

1. El que rechace la demanda.

2. El que decrete una medida cautelar y el que resuelva los incidentes de responsabilidad y desacato en ese mismo trámite.

3. El que ponga fin al proceso.

4. El que apruebe conciliaciones extrajudiciales o judiciales, recurso que solo podrá ser interpuesto por el Ministerio Público. (...). Negrilla fuera de texto.

No obstante la irregularidad surgida en el trámite de la decisión de terminación del proceso, los sujetos procesales al momento en que se corrió traslado de la misma, guardaron silencio, razón suficiente para declararlo saneado. A pesar de lo anterior, se le exhorta a la Magistrada Ponente del Tribunal de Cundinamarca para que en lo sucesivo decida lo referente a la terminación anticipada del medio de control de nulidad electoral por encontrarse probada una excepción de carácter mixto o previo, conforme las reglas referidas en precedencia.

Excepciones previas, compatibilidad con el medio de control de nulidad electoral y, etapa procesal en que deben ser decididas⁴.

El título VIII de la Parte Segunda de la Ley 1437 de 2011 contempla las disposiciones especiales para el trámite y decisión de las pretensiones de contenido electoral⁵. Dentro de esta regulación no se previó de manera expresa la resolución de excepciones, motivo por el cual son aplicables las disposiciones del proceso ordinario o común.

Ello es así, por cuanto el artículo 296 de la Ley 1437 de 2011 señala que pueden ser aplicables las disposiciones del proceso ordinario cuando éstas resulten compatibles con la naturaleza del proceso electoral. Además, de acuerdo con el artículo 180.6 ídem, en la audiencia inicial el Juez o Magistrado, según sea el caso, resolverá de oficio o a petición de parte las excepciones previas o mixtas que se hubieran propuesto, excepciones que también se pueden proponer en el proceso de nulidad electoral.

El trámite especial del proceso de nulidad electoral no contempló de manera expresa la resolución de excepciones previas o mixtas, en el marco de la audiencia inicial (artículo 283 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo); sin embargo, el Juez Electoral en aplicación del principio de integración normativa antes señalado, debe pronunciarse en la audiencia inicial sobre éstas, en razón de la compatibilidad del trámite de las excepciones propuestas en el proceso de nulidad electoral con las normas que prevén esta institución para el proceso ordinario; además porque con la resolución de las excepciones previas o mixtas puede terminar anticipadamente el proceso electoral.

Con fundamento en lo anterior, tenemos que la figura jurídica de las excepciones previas en nada se contraponen con el procedimiento especial de nulidad electoral, por el contrario materializan sus principios esenciales de eficiencia y agilidad, dado que con la resolución de éstas en la etapa inicial del proceso, se busca determinar si tienen la vocación de acabarlo anticipadamente evitando con ello sentencias inhibitorias.

Teniendo en cuenta que las excepciones previas o mixtas son compatibles con el medio de control de nulidad electoral y que las mismas deben ser estudiadas en el transcurso de la audiencia inicial consagrada en el artículo 283 de la Ley 1437 de 2011, se procederá a estudiar la decisión de instancia y los argumentos de impugnación presentados.

5.2 Ineptitud de la demanda por falta de los requisitos formales

En el caso en concreto, la Magistrada Conductora del proceso en el curso de la audiencia inicial llevada a cabo el 18 de octubre de 2016, decidió de oficio declarar probada la excepción previa de ineptitud sustantiva de la demanda por falta de cumplimiento de los requisitos formales, al considerar que el accionante no acató lo consagrado en el artículo 139 de la Ley 1437 de 2011, en el entendido que éste no demandó el acto que declaró la elección de los ediles de la localidad de Puente Aranda, sino el auto de trámite No. 003 de 2015 por medio del cual la comisión escrutadora distrital rechazó algunas reclamaciones, en razón de ello, decidió dar por terminado el proceso.

⁴ Consejo de Estado, Sección Quinta, auto de 5 de mayo de 2016, C.P. Rocío Aratújo Oñate, Radicado No. 50001-23-33-000-2015-00666-01, Consejo de Estado, Sección Quinta, auto del 25 de agosto de 2016, C.P. Rocío Aratújo Oñate, Radicado No. 66001-23-33-000-2015-00563-01.

⁵ Artículos 275 a 296 de la Ley 1437 de 2011.

Sea lo primero señalar, que es función del Juez electoral, al momento de decidir sobre la admisión de la demanda, verificar que la misma reúna las exigencias previstas en los artículos 162, 163, 164 y 166 de la Ley 1437 de 2011, esto es, que el escrito contenga: i) la designación clara de las partes, ii) las pretensiones, iii) los fundamentos de derecho, iv) el señalamiento de las normas violadas y el concepto de violación, v) la indicación de los hechos y omisiones, vi) las pruebas, vii) la dirección de notificación de las partes, viii) copia del acto acusado con la constancia de publicación, de tenerlo, se debe indicar la oficina donde está el original, ix) acreditar el cumplimiento del numeral 6º del artículo 161 ídem, cuando sea del caso y, ix) que el medio de control se presente en la oportunidad prevista en el literal a) del numeral 2º del artículo 164 de la misma codificación.

Este análisis debe hacerlo en cumplimiento del artículo 276 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, que preceptúa:

“... El auto admisorio de la demanda no es susceptible de recursos y quedará en firme al día siguiente al de la notificación por estado al demandante.

Si la demanda no reúne los requisitos formales se concederá al demandante tres (3) días para que los subsane. En caso de no hacerlo se rechazará”

Quiere decir lo anterior, que corresponde al juez de la causa, una vez constata que el escrito de demanda cumple con los requisitos formales, de procedibilidad -según sea el caso-, así como con el de presentación dentro del término de caducidad, proceder a su admisión y posterior notificación.

Contrario sensu, de encontrar que falta la acreditación de alguno de los requisitos enunciados en precedencia, debe el Juez como conductor del proceso, a través de auto, instruir al demandante acerca de las razones por las cuales su petitum no puede ser admitido, concediéndole el término de tres días para que acople su demanda a las exigencias legales. Surtido el plazo legal, corresponderá al ponente admitir la demanda por haber sido subsanada en los términos del auto inadmisorio o rechazarla por su no subsanación.

En este caso en concreto, el demandante presentó el medio de control de nulidad electoral el 11 de noviembre de 2015, pretendiendo entre otras cosas⁶: “... Se declare la nulidad por falsedad del formulario E-24 que corresponde a mi candidatura a Edil en la elección del N° 91 del partido POLO Democrático Alternativo a la JAL de la localidad 16 de Puente Aranda, precisamente porque en tal formulario E-24 solo aparece el número cero (0), es decir, que no consigna la verdad de los nueve (9) votos que contiene el formulario E-14, o sea que la diferencia existente en semejante falsedad, perjudique mi derecho a ser elegido como edil de la localidad de Puente Aranda...”

En el acápite de la demanda concerniente al fundamento legal⁷, el demandante enunció los siguientes artículos de la Ley 1437 de 2011: i) artículo 139 concerniente a la nulidad electoral, ii) artículo 275.3 referente a las causales de anulación de los actos de elección o de nombramiento y, iii) artículo 277 que establece la notificación del auto admisorio de la demanda.

En lo concerniente a las pruebas, el demandante solicitó se diera aplicación del artículo 285 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo y por ende se solicitara a la Registraduría Nacional y al Consejo Nacional Electoral los antecedentes del acto de elección. De la misma manera anexó como pruebas copia de los formularios E-14 y E-24 de la mesa 01, puesto 19, localidad de Puente Aranda entre otros documentos, sin que se mencione el acto de elección.

En los términos anteriormente plasmados, la Sección Primera Subsección A del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, admitió la demanda contra el auto de trámite No. 003 del 6 de noviembre de 2015 y, ordenó

⁶ Ver folio 4 del cuaderno No. 1.

⁷ Ver folio 5 del cuaderno No. 1.

las notificaciones de rigor, entre las cuales se encuentra la de los candidatos elegidos como ediles de la Junta Administradora Local de Puente Aranda conforme lo prevé el numeral 1º literal d) del artículo 277 ídem.

En escrito del 4 de febrero de 2016, el demandante presentó reforma a la demanda, en el cual precisó su pretensión consistente en que se ordene judicialmente el recuento de la mesa No. 1, del puesto 19, de la localidad de Puente Aranda, por la presunta diferencia injustificada existente entre los formularios E-14 y E-24 auxiliar de dicha mesa. Reforma que fuera admitida mediante auto del 7 de junio de 2016.

De lo anteriormente expuesto, encuentra la Sala que existen serias inconsistencias en el señalamiento del acto que sustenta la demanda del proceso, dado que, de forma inequívoca el accionante pretende la nulidad de un acto de trámite como lo es el auto No. 003 del 6 de noviembre de 2015, proferido por la comisión escrutadora distrital.

En este caso en concreto, no se está en presencia de un simple incumplimiento de los requisitos formales que pueda ser corregido por el Juez Electoral, en uso de su facultad de interpretar la demanda en procura de garantizar el acceso a la administración de justicia, lo anterior, debido a que el a-quo admitió la demanda contra un acto de trámite conforme con las pretensiones del accionante, lo cual a todas luces contraría las normas procedimentales que rigen el medio de control de nulidad electoral.

Vale la pena señalar, que el artículo 139 de la Ley 1437 de 2011 preceptuó lo siguiente:

“Cualquier persona podrá pedir la nulidad de los actos de elección por voto popular o por cuerpos electorales, así como de los actos de nombramiento que expidan las entidades y autoridades públicas de todo orden. Igualmente podrá pedir la nulidad de los actos de llamamiento para proveer vacantes en las corporaciones públicas.

***En elecciones por voto popular, las decisiones adoptadas por las autoridades electorales que resuelvan sobre reclamaciones o irregularidades respecto de la votación o de los escrutinios, deberán demandarse junto con el acto que declara la elección. El demandante deberá precisar en qué etapas o registros electorales se presentan las irregularidades o vicios que inciden en el acto de elección.”** Resaltados fuera de texto.*

*Establece el precepto normativo arriba transcrito, que el acto pasible de ser controlado a través de la nulidad electoral, es para este caso en concreto, el acto de elección, no obstante ello, el operador judicial electoral, ostenta la competencia para determinar la legalidad de los actos expedidos por las autoridades electorales, en el marco del proceso de votación o escrutinio, dado que, para ello, el inciso 2º del artículo 139 ídem, estableció que **junto** con el acto de elección, se deberán demandar las decisiones proferidas por las autoridades electorales que las resolvieron, esto con el fin que los mismos no escapen al control judicial y sean analizados a la luz de la ley, con el fin de determinar si en ellos se cometió alguna irregularidad que vicie de nulidad el acto de elección.*

Por manera que, el a-quo debió inadmitir el presente medio de control y solicitar al accionante el cumplimiento de los requisitos legales para la admisibilidad de la demanda y no admitir un medio de control cuya pretensión es la nulidad de un acto de trámite, lo anterior, debido que indefectiblemente terminará en una sentencia inhibitoria, decisión que si bien pone fin al proceso, el operador judicial se abstiene de resolver de fondo el problema jurídico planteado, dejando de adoptar una decisión de mérito, lo que se constituye en una resolución formal de la litis manteniéndose la indefinición sustantiva del asunto.

Lo anterior, teniendo en cuenta que los actos trámite o preparatorios no son pasibles de control judicial, puesto que desde la perspectiva de la nulidad electoral solo lo son aquellos a través de los cuales se declara la elección, el nombramiento o el llamamiento a proveer vacantes, respectivamente⁸.

8 Consejo de Estado, Sección Quinta, auto del 18 de febrero de 2016, C.P: Alberto Yepes Barreiro, radicado No. 25000-23-41-000-2015-00101-02.

En virtud de lo expuesto en precedencia, corresponderá a esta instancia confirmar la decisión proferida por la Magistrada Conductora del proceso, no sin antes exhortar a la Sección Primera Subsección A del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, para que en adelante previo a la admisión de una demanda electoral, analice y corrobore el cumplimiento de los requisitos de admisibilidad de este especial medio de control”.

Decisión: CONFIRMAR la decisión proferida por la Magistrada Ponente del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, mediante la cual terminó el proceso al encontrar probada la excepción de ineptitud sustantiva de la demanda, conforme lo señala la parte motiva de este proveído.

EXHORTAR a la Magistrada Ponente del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, para que en lo sucesivo decida lo referente a las excepciones previas conforme los criterios establecidos en la parte motiva de este proveído.

EXHORTAR a la Sección Primera Subsección A del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, para que en adelante corrobore el cumplimiento de los requisitos de admisibilidad en el medio de control de nulidad electoral, conforme la parte motiva de este proveído.

DEVOLVER el expediente al Tribunal de origen para lo de su competencia.

ADVERTIR a los sujetos procesales que contra lo resuelto no procede recurso alguno.

LUCY JEANNETTE BERMÚDEZ BERMÚDEZ
Presidenta

ROCÍO ARAÚJO OÑATE
Consejera de Estado
CARLOS ENRIQUE MORENO RUBIO
Consejero de Estado
ALBERTO YEPES BARREIRO
Consejero de Estado

* * *

CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCIÓN QUINTA

Consejera ponente: ROCÍO ARAÚJO OÑATE

Bogotá D.C., siete (7) de diciembre de dos mil dieciséis (2016)

Radicación número: 05001-23-33-000-2016-01595-02

Actor: JONNATHAN ALEXANDER MONTES CEBALLOS

Demandado: ACTO DE ELECCIÓN DE CLAUDIA JANNETH LOAIZA HENAO COMO PERSONERA DE RIONEGRO (ANTIOQUIA)

Asunto: Auto de segunda instancia. Incidente de desacato.- Resuelve apelación de auto que negó sanción por desacato de medida suspensión provisional-. Carencia actual de objeto.

Extracto: “El problema jurídico que correspondería resolver consistiría en determinar si es procedente imponer sanción por desacato de la medida de suspensión provisional del acto demandado por medio del cual el Concejo Municipal de Rionegro designó en provisionalidad a Claudia Janneth Loaiza Henao como personera Municipal. Sin embargo, al día de hoy dicha medida provisional ha perdido vigencia porque fue revocada por esta Sala Electoral mediante auto del 13 de octubre de 2016.

Rocio Aratújo Oñate

Por lo tanto, es forzoso concluir que ha desaparecido el objeto del presente incidente de desacato por sustracción de materia, puesto que si la específica razón de ser del incidente es constituirse en mecanismo coercitivo del cumplimiento de una orden, en este caso, de la medida de suspensión provisional dictada, revocada tal medida no hay lugar a declarar desacato alguno, mucho menos a imponer sanciones.

Al respecto, cabe traer a colación lo que ha venido sosteniendo de tiempo atrás la Corte Constitucional en torno al incidente de desacato en tutela y el fenómeno de la carencia actual de objeto por desaparición de la situación que motivó tal incidente, puesto que si bien se refiere a una acción distinta, las consideraciones vienen al caso en la medida en que el objeto del incidente de desacato en ambas ocasiones es exactamente el mismo: forzar al cumplimiento de una orden judicial.

En efecto, ha dicho al respecto la Corte¹:

“Bien desarrollada está la noción de que la carencia actual de objeto consiste en un hecho jurídico configurado a partir de la ocurrencia del fenómeno del hecho superado o del daño consumado. El primero de ellos obedece a los eventos en que la situación que motivó la presentación de la acción desapareció o ha sido superada”.

En estas condiciones, carece por completo de objeto determinar si pudo haber o no alguna falla en la forma en que el Concejo Municipal de Rionegro cumplió la orden de suspensión provisional, porque dicha orden fue revocada y, además, con toda precisión la Sala allí mismo dispuso que “la doctora Claudia Janneth Loaiza Henao puede seguir ocupando en provisionalidad el cargo hasta tanto el mismo se provea en propiedad o por decisión judicial se disponga otra cosa”.

De manera que mal haría la Sala en volver a revisar el mismo asunto, siendo que no existe hecho nuevo alguno que lo hiciera procedente y será objeto de decisión definitiva dentro del proceso de nulidad electoral en curso; por tanto, le corresponde al demandante estarse a lo allí resuelto.

Por lo mismo, la Sala confirmará el auto apelado proferido por el Tribunal Superior de Antioquia el 12 de septiembre de 2016, que se abstuvo de imponer sanción por desacato al Concejo Municipal de Rionegro, por carencia actual de objeto, de acuerdo con las razones expuestas atrás”.

Decisión: CONFIRMAR el auto apelado del 12 de septiembre de 2016 del Tribunal Administrativo de Antioquia, por las razones expuestas en la parte considerativa del presente proveído.

DEVOLVER el expediente al Tribunal de origen, para lo de su competencia.

ADVERTIR a los sujetos procesales que contra lo resuelto no procede recurso alguno.

LUCY JEANNETTE BERMÚDEZ BERMÚDEZ
Presidenta

ROCÍO ARAÚJO OÑATE
Consejera de Estado
CARLOS ENRIQUE MORENO RUBIO
Consejero de Estado
ALBERTO YEPES BARREIRO
Consejero de Estado

1 Corte Constitucional, sentencia T-425 del 7 de junio de 2012, MP. Nilson Pinilla Pinilla

FALLOS

**CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCIÓN QUINTA**

Consejera ponente: ROCÍO ARAÚJO OÑATE

Bogotá D.C., dieciocho (18) de febrero de dos mil dieciséis (2016)

Radicación número: 81001-23-33-000-2012-00039-04

Actor: DEPARTAMENTO DE ARAUCA

Demandado: ACTO DE NOMBRAMIENTO DE JHOAN JAVIER GIRALDO BALLÉN COMO DIRECTOR DEL HOSPITAL DE SAN VICENTE DE ARAUCA.

Asunto: Resuelve el recurso de apelación interpuesto por el demandante contra la sentencia del 22 de octubre de 2015, proferida por el Tribunal Administrativo de Arauca, mediante la cual se negaron las pretensiones de la demanda de nulidad electoral en el proceso de la referencia.

Extracto: “4.4.3 Análisis de las razones de inconformidad del impugnante

Teniendo en cuenta lo basta aquí expuesto, la Sala abordará el estudio de las razones de inconformidad señaladas en la impugnación.

En relación con la razón de inconformidad por la supuesta configuración de la sustracción de materia, la Sala considera, en primer lugar, que el nombramiento del señor Jhoan Javier Giraldo Ballén como Director del Hospital San Vicente de Arauca realizado a través del Decreto 155 del 20 de abril de 2012, tuvo plenos efectos jurídicos durante cerca de tres años. En efecto, al tratarse de un acto-condición cuya eficacia dependía del acaecimiento de la posesión tal y como quedó establecido en el numeral uno del acápite razones jurídicas de esta decisión, del acervo probatorio se colige que transcurrieron dos años, diez meses y catorce días entre la fecha de la posesión (23 de abril de 2012) y la fecha de expedición del Decreto 084 de 2015 (10 de marzo de 2015) que revocó dicho nombramiento.

Siguiendo el pronunciamiento jurisprudencial de esta Corporación citado en el segundo punto del acápite que desarrolla las razones jurídicas de la presente decisión, esta circunstancia sería suficiente para desestimar la primera inconformidad señalada por el impugnante. En este sentido, los actos administrativos de carácter general o particular son susceptibles de ser controlados por la jurisdicción contencioso administrativa en la medida en que hayan producido efectos en el tiempo y en el espacio, aun cuando sean derogados o revocados con posterioridad.

Dichos efectos jurídicos tuvieron como fundamento la presunción de legalidad del acto administrativo revocado, sobre lo cual se requiere el pronunciamiento del juez contencioso administrativo para determinar si el acto fue expedido conforme con el ordenamiento jurídico y de este modo, llegado el caso, declarar su nulidad y restablecer la legalidad en abstracto.

Esta consideración resulta ser más contundente, cuando además se tiene en cuenta la connotación especial del medio de control nulidad electoral, a través del cual se procura el restablecimiento del ordenamiento jurídico conculcado, con ocasión de la expedición de un acto de elección o nombramiento incurso en las causales de nulidad previstas en los artículos 137 y 275 de la Ley 1437 de 2011, tal y como lo ha manifestado esta Sección con anterioridad y, expresamente, lo señaló el a quo en la audiencia de alegatos y juzgamiento al resolver el incidente de nulidad promovido por el apoderado del Departamento de Arauca .

Por lo anterior, tampoco le asiste razón al impugnante cuando señala que el acto revocatorio es el que debe ser objeto de control judicial porque sólo con su declaratoria de nulidad se podrían restablecer

los derechos afectados. Independientemente del restablecimiento de los derechos conculcados, lo cierto es que el juez contencioso administrativo debe buscar el mantenimiento de la legalidad en abstracto que puede resultar comprometida por el acto administrativo revocado en el evento en que éste haya producido efectos en el mundo jurídico.

Por esta razón, tampoco le asiste razón al impugnante cuando señala que no pueden coexistir dos demandas sobre actos distintos pero referidos a la misma materia, pues debe tenerse en cuenta que sus efectos son completamente disímiles. Frente al Decreto 155 de 2012 el afectado sería la propia administración departamental y respecto al Decreto 084 de 2015 el afectado sería el señor Jhoan Javier Giraldo Ballén.

En segundo lugar, la Sala considera necesario pronunciarse sobre algunos argumentos señalados por el impugnante en relación con la competencia que detentaba la administración departamental para revocar el Decreto 155 del 20 de abril de 2012, cuando había demandado previamente este acto ante la jurisdicción contencioso administrativa. Ello en cuanto constituye la razón fundamental para colegir la presunta configuración de la sustracción de materia.

Al respecto, llama la atención de la Sala que inicialmente la administración departamental el 4 de octubre de 2012 demandó el Decreto 155 del 20 de abril de 2012, aplicando el último inciso del artículo 97 de la Ley 1437 de 2011, es decir, reconociendo que al considerar que el acto administrativo había sido obtenido por medios ilegales y fraudulentos lo que procedía, según las nuevas disposiciones introducidas por este compendio normativo, era la demanda contra su propio acto y no la revocatoria directa del mismo, toda vez que al no existir la otrora llamada excepción a esta regla, consagrada en el Código Contencioso Administrativo, ésta constituía la regla expresa aplicable para estos casos.

En el libelo demandatorio, el ahora impugnante, señaló que al tratarse de un acto de contenido particular y concreto lo procedente era demandarlo sin agotar el requisito de la conciliación y, adicionalmente, solicitando la medida cautelar de suspensión provisional, tal y como efectivamente lo hizo. En una palabra, la administración departamental de Arauca reconoció su incompetencia para revocar directamente el Decreto 155 del 20 de abril de 2012, desde el 4 de octubre de 2012 que fue la fecha en que el Departamento de Arauca demandó su propio acto y en la cual también perdió dicha competencia.

Sin embargo, la administración departamental por medio del Decreto 084 del 10 de marzo de 2015 revocó el Decreto 155 del 20 de abril de 2012, arguyendo que el mencionado artículo 95 de la Ley 1437 de 2011 le otorgaba tal competencia porque a la fecha no se había notificado el auto admisorio de la demanda en el proceso de nulidad electoral, empero, el entendimiento de la regla establecida en el mencionado artículo 95 ejusdem en cuanto a la oportunidad para revocar un acto administrativo, tal y como se señaló en el numeral tercero del acápite razones jurídicas de esta decisión, supone que el acto administrativo haya sido sometido al control de la jurisdicción contencioso administrativa y, adicionalmente, que la administración no sea quien lo haya demandado pues la regla se encuentra establecida es para los casos en que la administración ignore tal situación .

De ahí que la competencia ratio temporis para revocar los actos administrativos se extienda hasta la notificación del auto admisorio de la demanda, es decir, hasta que la administración tenga conocimiento de tal situación, ergo, en estricto sentido si fue la administración quien demandó su propio acto no podría pretender aplicar esta regla, presentándose una evidente circunstancia de incompetencia.

Erróneamente, a partir de esta norma el impugnante advierte una incompetencia en cabeza del juez contencioso administrativo, como si la regla establecida por el artículo 95 de la Ley 1437 de 2011, indicara que una vez revocado el acto administrativo por parte de la administración el juez contencioso administrativo perdiera su competencia para controlarlo. Se reitera, esta norma establece una competencia temporal para la administración y no una regla de competencia en cabeza de los jueces contencioso administrativos.

Otorgarle validez al argumento sostenido por el impugnante soslayaría abiertamente los pilares de un Estado Constitucional de Derecho, sobre los cuales se sustenta el sometimiento de todas las autoridades estatales al ordenamiento jurídico como principal garantía de las libertades individuales.

Dentro del nuevo paradigma de constitucionalización del Derecho Administrativo incorporado por la Ley 1437 de 2011, ya no sólo los jueces administrativos o constitucionales se instituyen como los garantes de los derechos y libertades de las personas sino que también comprende a la propia administración, tal y como lo consagra expresamente el artículo 1º de dicho compendio normativo.

En este orden de ideas, resulta evidente que el Decreto 084 del 10 de marzo de 2015 mediante el cual se revocó el Decreto 155 del 20 de abril de 2012 se expidió desconociendo las reglas establecidas para la revocatoria directa de los actos administrativos en especial, aquéllas consagradas en los artículos 95 y 97 de la Ley 1437 de 2011, de acuerdo con las consideraciones arriba señaladas.

Resulta palmario que el Decreto 084 del 10 de marzo de 2015 se profirió en abierta contravención con normas superiores en las que debía regirse, por lo cual la Sala, encuentra que el Gobernador de Arauca expidió la revocatoria del Decreto 155 del 20 de abril de 2012 sin el consentimiento previo, expreso y escrito del respectivo titular, tal y como lo exige el artículo 97 de la Ley 1437 de 2011, a sabiendas, inclusive, que obraba sin competencia dado que el propio Departamento de Arauca había demandado dicho acto el 4 de octubre de 2012.

En cuanto a la razón de inconformidad sobre una presunta vulneración del debido proceso, la Sala reitera, en primer lugar, que artículo 95 de la Ley 1437 de 2011 establece una competencia temporal en cabeza de la administración y no una regla de competencia en cabeza de los jueces contencioso administrativos. Se insiste, en la procura del mantenimiento del ordenamiento jurídico en abstracto, el Tribunal Administrativo de Arauca podría continuar con el estudio de legalidad del Decreto 155 de 2012.

De igual manera, resalta que en los procesos de nulidad electoral por tratarse de un medio de control de carácter público no procede el desistimiento, de acuerdo con lo establecido en el artículo 280 de la Ley 1437 de 2011.

Adicionalmente, cabe resaltar que, contrario a la conclusión del impugnante, el Tribunal Administrativo de Arauca no invadió la órbita competencial de la administración departamental, por la potísima razón que corresponden a dos ámbitos perfectamente separables, en uno se establece la competencia para revocar actos administrativos de conformidad con las reglas establecidas en el Capítulo IX del Título III de la Parte Primera del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo y, el otro, corresponde a la razón de ser de la jurisdicción contencioso administrativa .

Finalmente, tampoco le asiste razón al impugnante cuando señala que al operar la revocatoria por razones de inconstitucionalidad e ilegalidad, los efectos jurídicos producidos por el Decreto 155 del 20 de abril de 2012 también desaparecieron, pues tal y como lo ha sostenido esta Corporación, la revocatoria directa tiene efectos hacia el futuro”.

Decisión: CONFIRMAR en todas sus partes la sentencia proferida el 22 de octubre de 2015 por el Tribunal Administrativo de Arauca.

DEVUÉLVASE el expediente al Tribunal de origen.

LUCY JEANNETTE BERMÚDEZ BERMÚDEZ
Presidenta

ROCÍO ARAÚJO OÑATE
Consejera de Estado
CARLOS ENRIQUE MORENO RUBIO
Consejero de Estado
ALBERTO YEPES BARREIRO
Consejero de Estado
Aclara Voto

Aclaración de voto del consejero Alberto Yepes Barreiro

Extracto: “Con el acostumbrado respeto por las decisiones de esta Sección, me permito exponer las razones por las cuales aclaro el voto respecto de la parte motiva de la providencia de segunda instancia proferida en el proceso de la referencia, en la cual se decidió confirmar en todas sus partes la sentencia que negó las pretensiones de la demanda de nulidad electoral interpuesta contra el Decreto 155 de 20 de abril de 2015, por medio del cual el Gobernador de Arauca realizó el nombramiento de Jhoan Javier Giraldo Ballén como Director del Hospital de San Vicente de Arauca.

Al decidir el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia de primera instancia, como se definió en la formulación del problema jurídico realizada a folios 25 y 26 de la providencia, la Sala debía ocuparse de “(...) determinar si se configuró la sustracción de materia y la violación del debido proceso alegada por el apoderado del Departamento de Arauca en su escrito de impugnación, teniendo en cuenta que el acto acusado en el presente proceso electoral -Decreto 155 del 20 de abril de 2012-, fue revocado por medio del Decreto 084 del 10 de marzo de 2015. Lo anterior para establecer si hay lugar a revocar dicha providencia y en su lugar dictar sentencia inhibitoria.”

Este problema jurídico fue formulado con ocasión del recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra el fallo de primera instancia debido a que el acto enjuiciado fue revocado por el Gobernador de Arauca, es decir la misma autoridad que lo expidió, antes de que se proferiera el auto admisorio de la demanda. Como consecuencia de esta revocatoria, en el recurso de apelación se sostuvo que la jurisdicción de lo contencioso administrativo había perdido competencia para pronunciarse sobre la legalidad del acto demandado.

Si bien comparto en su mayoría las consideraciones expuestas en la parte motiva de la providencia objeto de esta aclaración, de acuerdo con las cuales se concluyó que la jurisdicción de lo contencioso administrativo conserva la competencia para pronunciarse sobre la legalidad de actos administrativos revocados por la Administración, debo manifestar mi desacuerdo respecto de las siguientes afirmaciones contenidas en las páginas 40 y 41 del fallo:

“En este orden de ideas, resulta evidente que el Decreto 084 del 10 de marzo de 2015 mediante el cual se revocó el Decreto 155 del 20 de abril de 2012 se expidió desconociendo las reglas establecidas para la revocatoria directa de los actos administrativos en especial, aquéllas consagradas en los artículos 95 y 97 de la Ley 1437 de 2011, de acuerdo con las consideraciones arriba señaladas.

Resulta palmario que el Decreto 084 del 10 de marzo de 2015 se profirió en abierta contravención con normas superiores en las que debía regirse, por lo cual la Sala, encuentra que el Gobernador de Arauca expidió la revocatoria del Decreto 155 del 20 de abril de 2012 sin el consentimiento previo, expreso y escrito del respectivo titular; tal y como lo exige el artículo 97 de la Ley 1437 de 2011, a sabiendas, inclusive, que obraba sin competencia dado que el propio Departamento de Arauca había demandado dicho acto el 4 de octubre de 2012.”

Los motivos por los cuales considero que estas afirmaciones son impertinentes son las siguientes:

En primer lugar, el juicio de legalidad del Decreto 084 de 10 de marzo de 2015, por medio del cual el Gobernador de Arauca revocó el acto demandado en el presente proceso de nulidad electoral, escapa del objeto de la presente litis.

En efecto, la Sala se debió circunscribir a estudiar la legalidad del acto de nombramiento demandado sin que fuera necesario emitir juicio alguno sobre la legalidad del acto que lo revocó, máxime si se tiene en cuenta que el Decreto 084 de 10 de marzo de 2015 ya fue demandado ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo. Por lo tanto, cualquier pronunciamiento sobre su legalidad debe ser realizado por su juez natural y no en el marco del presente proceso de nulidad electoral.

En segundo lugar, con sumo respeto, destaco que la Sala carecía de cualquier elemento de juicio para concluir que “el Decreto 084 del 10 de marzo de 2015 se profirió en abierta contravención con normas

superiores en las que debía regirse, por lo cual la Sala, encuentra que el Gobernador de Arauca expidió la revocatoria del Decreto 155 del 20 de abril de 2012 sin el consentimiento previo, expreso y escrito del respectivo titular; tal y como lo exige el artículo 97 de la Ley 1437 de 2011, a sabiendas, inclusive, que obraba sin competencia dado que el propio Departamento de Arauca había demandado dicho acto el 4 de octubre de 2012”.

En el presente proceso se desconoce si el acto de nombramiento enjuiciado fue revocado sin el consentimiento previo, expreso y escrito del respectivo titular del derecho, o si éste fue revocado sin dicho consentimiento bajo alguna excepción establecida en la ley, razón por la cual la Sala no podía concluir que el Decreto 084 de 10 de marzo de 2015 es ilegal.

Finalmente, debo destacar que las anteriores consideraciones sobre la aparente ilegalidad del Decreto 084 de 10 de marzo de 2015 no dejan de ser obiter dicta, dado que éstas resultaban superfluas para efectos de que la Sala pudiera confirmar la sentencia apelada de primera instancia y escapen del problema jurídico planteado en el fallo objeto de esta aclaración. (...)”

* * *

**CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCIÓN QUINTA**

Consejera ponente: ROCÍO ARAÚJO OÑATE

Bogotá D.C., dieciocho (18) de febrero de dos mil dieciséis (2016)

Radicación número: 66001-23-33-000-2015-00111-01

Actor: CARLOS ALFREDO CROSTHWAITE FERRO, DANIEL SILVA ORREGO Y HERNANDO PARRA PUCCETI

Demandado: BEATRIZ EUGENIA RAMÍREZ RESTREPO

Asunto: Resuelve el recurso de apelación interpuesto por el Procurador 37 Judicial II en asuntos administrativos de Pereira y los señores Carlos Alfredo Crosthwaite y Daniel Silva Orrego, contra la sentencia de 21 de septiembre de 2015 por medio de la cual el Tribunal Administrativo de Risaralda negó las pretensiones de la demanda.

Extracto: “2.1. Requisitos para ejercer el cargo de Director General del Instituto Municipal de Tránsito

(...)Se dice que son dos los requisitos toda vez que entre ellos lo que encontramos es la conjunción “y”, la cual como lo enseña el Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española es copulativa, esto es, coordinante, que forma conjuntos cuyos elementos se suman.

Teniendo claridad sobre lo anterior, se entrará a revisar cada uno de ellos conforme los argumentos esgrimidos en los escritos de apelación.

2.1.1 Experiencia relacionada con el ramo y su homologación.

Si bien es cierto frente a este requisito los impugnantes no encontraron objeción alguna debido a que se halló plenamente probado en el expediente el cumplimiento del mismo por parte de la demandada, surge como necesario reiterar que éste debe cumplirse de manera autónoma e independiente dado que es una exigencia diferente al de la formación profesional relacionada no siendo posible que exista homologación entre ellos.

Teniendo claro lo anterior, se entrará a revisar si la demandada cumple con el requisito académico.

2.1.2 Formación profesional relacionada

Como ya se señaló, para desempeñar el cargo de Director Técnico de Tránsito y Transporte se requiere obligatoriamente formación profesional en áreas del conocimiento relacionadas con las funciones del cargo sin que pueda ser homologable.

Teniendo en cuenta que la Sección Quinta mediante fallo con radicado No. 85001-23-33-000-2013-00198-01 de 21 de septiembre de 2014, estableció una metodología de análisis para los casos en los cuales la ley exigió que la profesión de quien pretenda ejercer un cargo sea relacionada con éste, la Sala revisará conforme lo anterior, si el plan de estudios de la carrera de “Arquitectura” guarda relación con lo establecido en el Manual de Funciones del cargo de Director del Instituto Municipal de Tránsito de Pereira, esto con el fin de absolver el cargo que frente a la falta de cumplimiento del mismo hacen los apelantes.

(...)

c. Del cargo consistente en la falta de cumplimiento del requisito de formación profesional relacionada.

Los demandantes en su escrito de apelación señalaron que el Tribunal Administrativo de Risaralda desconoció el artículo 8 de la Ley 1310 de 2009, al momento en que profirieron el fallo de 21 de septiembre de 2015, dado que el título profesional de la arquitecta Ramírez Restrepo no guarda relación con el cargo para el cual fue nombrada.

Igualmente manifestaron que: “... En la página 12 de la sentencia se relacionan unas asignaturas del pregrado de arquitectura, tales como: teoría e historia I, teoría e historia II, teoría e historia III, proyectiva I, proyectiva II, diseño urbano y paisajístico, etc. Después de la relación, concluye forzosamente el Honorable Tribunal “que indudablemente tiene relación con las funciones”. Lo anterior, sin expresar el porqué de la citada relación, pues allegó a dicha conclusión sin análisis hermenéutico alguno, sino de manera mecánica”.

Es de resaltar que, una vez comparadas las asignaturas que fueron sustento del fallo proferido por el Tribunal Administrativo de Risaralda con las que concernían al pensum académico de la demandada, se encontró que éstas no correspondían, lo anterior debido a que el A-quo tuvo en cuenta el fujograma –Plan de estudios de arquitectura- 1997 y no el que regía para la época en que cursó materias la señora Beatriz Eugenia, pues, si su diploma de grado es de fecha 29 de abril de 1994, es materialmente imposible que su pensum recaiga en el de 1997.

Para este caso el fallador de instancia incurrió en un error valorativo manifiesto de la prueba, por lo cual corresponde a este Juez analizar el pensum académico cursado por la demandada, con el fin de determinar si su formación profesional se relaciona con el cargo de Director General del Instituto Municipal de Tránsito y Transporte de Pereira.

(...)

Con el fin de comprender mejor el perfil profesional del arquitecto y el pensum académico, se debe analizar la Ley 435 de 1998, que si bien es cierto es posterior a la fecha de grado de la demandada, no menos cierto es que la carrera de arquitectura siempre ha buscado un mismo fin.

Para efectos de esta última normatividad -artículo 2º, se entiende por ejercicio de la profesión de arquitectura, la actividad desarrollada por los Arquitectos en materia de:

“a) Diseño arquitectónico y urbanístico, estudios preliminares, maquetas, dibujos, documentación técnica y especificación, elaboración de planos de esquemas básicos, anteproyectos y proyectos arquitectónicos y urbanísticos;

b) Realización de presupuesto de construcción, control de costos, administración de contratos y gestión de proyectos;

c) Construcción, ampliación, restauración y preservación de obras de arquitectura y urbanismo, que comprenden entre otras la ejecución de programas y el control de las mismas, cualesquiera sea la modalidad contractual utilizada, siempre y cuando se circunscriban dentro de su campo de acción;

d) Interventoría de proyectos y construcciones;

e) Gerencia de obras de arquitectura y urbanismo;

f) Estudios, asesorías y consultas sobre planes de desarrollo urbano, regional y ordenamiento territorial;

g) Estudios, trámites y expedición de licencias de urbanismo y construcción;

h) Elaboración de avalúos y peritajes en materias de arquitectura a edificaciones;

i) Docencia de la arquitectura;

j) Las demás que se ejerzan dentro del campo de la profesión de la arquitectura." Negrillas propias.

Teniendo claro lo anterior, es decir, la actividad que desarrolla un arquitecto y para lo cual es formado, se puede concluir que frente al cargo endilgado, éste tiene formación profesional para realizar presupuestos, control de gastos y administración de contratos, elemento propio del cargo de Director de Tránsito.

De la misma manera un profesional en arquitectura está en capacidad de dar asesorías y consultas sobre planes de desarrollo urbano, regional u ordenamiento territorial, siendo este último de vital importancia para el desarrollo de un municipio pues es en éste en el cual reposan las medidas de planificación y orden; medidas que, están relacionadas con el desarrollo del sistema de vial y tránsito que garantizan el transporte masivo de ciudadanos y su circulación.

Armonizando lo anterior se puede concluir que las materias que componen la carrera de arquitectura cursada por la demandada, las que mayor énfasis a lo largo de la misma tienen son entre otras, estructura, construcción y urbanismo, asignaturas que se relacionan con las funciones de Director de Tránsito y Transporte conforme a los argumentos anteriormente planteados.

Ahora bien, en cuanto a la sentencia de la Sección, debe tenerse en cuenta que lo que se propone en ella es una metodología para analizar que las entidades al momento de nombrar a sus funcionarios, cuando sea del caso, cumplan con el artículo 8º de la Ley 1310 de 2009, razón por la cual corresponde al Juez al momento de fallar analizar la hipótesis normativa –premisa mayor-, las pruebas y hechos que sustentan las pretensiones o las excepciones y que se dirigen a demostrar el cumplimiento o vulneración de la norma –premisa menor- y, como conclusión el fallo, que se basa en las premisas antes mencionadas.

En este caso en concreto, podemos ver que los hechos y pruebas aportadas por los demandantes no logran desvirtuar la presunción de legalidad propia del acto administrativo de nombramiento de la Señora Beatriz Eugenia Ramírez Restrepo.

Por lo anterior, la Sala concluye que de las pruebas obrantes en el expediente no se encontró alguna con la entidad suficiente para demostrar el vicio de nulidad del Decreto No. 135 de 13 de febrero de 2015, por medio del cual se nombró a la señora Beatriz Eugenia Ramírez Restrepo como Directora General del Instituto Municipal de Tránsito de Pereira, razón por la cual, se procederá a confirmar el fallo de 21 de septiembre de 2015 proferido por el Tribunal Administrativo de Risaralda que negó las pretensiones de la demanda".

Decisión: CONFIRMAR la sentencia de 23 de septiembre de 2015, proferida por el Tribunal Administrativo de Risaralda que negó las pretensiones de la demanda.

DEVOLVER el expediente al Tribunal de origen.

DECLARAR que contra esta providencia no procede recurso alguno.

LUCY JEANNETTE BERMÚDEZ BERMÚDEZ
Presidenta

ROCÍO ARAÚJO OÑATE
Consejera de Estado
CARLOS ENRIQUE MORENO RUBIO
Consejero de Estado
ALBERTO YEPES BARREIRO
Consejero de Estado
Salva Voto

Salvamento de voto del consejero Alberto Yepes Barreiro

Extracto: “(...) Pues bien, en mi concepto la decisión de la Sala debió ser la de acceder a las pretensiones de la demanda y, en consecuencia, declarar la nulidad del Decreto Municipal 135 de 13 de febrero de 2015 por el cual el Alcalde de Pereira nombró a Beatriz Eugenia Ramírez Restrepo como Directora General del Instituto Municipal de Tránsito de ese municipio. En mi opinión, el título en arquitectura que obtuvo la señora Ramírez Restrepo no está relacionado con las funciones del cargo para el cual fue designada. En este punto debo señalar, contrario a lo dicho en la providencia de la cual me aparto, que en la sentencia de 21 de agosto de 2014, Radicación 85001-23-33-000-2013-00198-01, la Sección no solo estableció una metodología para el análisis de los casos en los cuales la ley exige que la profesión de quien pretenda ejercer un cargo sea relacionada con éste, sino que se determinó que “para desempeñar el cargo de Director Técnico de Tránsito y Transporte se requiere formación profesional en áreas del conocimiento relacionadas con las funciones del cargo. Lo anterior, si se tiene en cuenta que el otro de los requisitos exigidos por la norma refiere a la: “formación profesional relacionada”. ” (Negrillas del texto original) (...)”

En la sentencia de la cual discrepo, se afirmó que un arquitecto “tiene formación profesional para realizar presupuestos, control de gastos y administración de contratos, elemento propio del cargo de Director de Tránsito”, sin embargo, y leídas en contexto las actividades que puede realizar dicho profesional, señaladas en el artículo 2º de la Ley 435 de 1998, dicha actividad en particular se refiere al ámbito propio de la profesión, luego no se explica por qué ello es “propio del cargo de Director de Tránsito”. Téngase en cuenta además, que según la definición que trae la referida ley, la arquitectura es el “arte de diseñar y crear espacios, de construir obras materiales para el uso y comodidad de los seres humanos... es la actividad desarrollada por los arquitectos en materia de diseño, construcción, ampliación, conservación, alteración o restauración de un edificio o de un grupo de edificios. Este ejercicio profesional incluye la planificación estratégica y del uso de la tierra, el urbanismo y el diseño urbano.” Es a partir de dicho marco, que deben leerse las actividades que la ley señala como aquellas que implican el ejercicio de la profesión de arquitectura. En ese orden, no puede afirmarse que guardan relación con las funciones propias de un director de tránsito y transporte. Según la sentencia de la cual me aparto, “un profesional en arquitectura está en capacidad de dar asesorías y consultas sobre planes de desarrollo urbano, regional u ordenamiento territorial, siendo este último de vital importancia para el desarrollo de un municipio pues es en éste en el cual reposan las medidas de planificación y orden; medidas que, están relacionadas con el desarrollo del sistema de vial y tránsito que garantizan el transporte masivo de ciudadanos y su circulación.”

**CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCIÓN QUINTA**

Consejera ponente: ROCÍO ARAÚJO OÑATE

Bogotá D.C, tres (3) de marzo de dos mil dieciséis (2016)

Radicación número: 11001-03-28-000-2015-00002-00

Actor: CARLOS JULIO MARTÍNEZ BECERRA, GILBERTO FORERO Y MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL

Demandado: ACTO DE ELECCIÓN DE GUSTAVO ORLANDO ÁLVAREZ ÁLVAREZ COMO RECTOR DE LA UNIVERSIDAD PEDAGÓGICA Y TECNOLÓGICA DE COLOMBIA – UPTC

Asunto: Profiere la Sala sentencia de única instancia dentro de los procesos electorales acumulados interpuestos por los señores Carlos Julio Martínez Becerra (2015 00001), Gilberto Forero (2015-00002) y el Ministerio de Educación Nacional (2015-00004), cuyo trámite se cumplió en su totalidad.

Extracto: *Se tiene como tal el Acuerdo No. 042 del 26 de noviembre de 2014, por medio del cual se eligió al señor Gustavo Orlando Álvarez Álvarez como Rector de la UPTC para el periodo 2015-2018.*

El artículo 69 Constitucional consagra el principio de la autonomía universitaria, el cual se traduce en la facultad que tienen las universidades para autodeterminarse y auto-gobernarse sin la intromisión de poderes externos¹.

De conformidad con la Corte Constitucional, es principio consiste “... de un lado, en la facultad de los centros educativos de determinar su dirección ideológica y, de otro, en la potestad de los entes de educación superior, de dotarse de su propia organización interna”². De esta definición resultan los siguientes elementos esenciales: (i) La autodeterminación, (ii) El autogobierno, y (iii) La autorregulación.

Es así como las universidades públicas, por virtud de este principio pueden definirse como aquellas instituciones que por razón de la conjunción de estos tres elementos pueden ejercer “... la capacidad de autodeterminación otorgada a las instituciones de educación superior para cumplir con la misión y objetivos que les son propios”³, es decir, como “... una garantía que permite a los entes de educación superior darse su propia normatividad, estructura y concepción ideológica, con el fin de lograr un desarrollo autónomo e independiente de la comunidad educativa, sin la injerencia del poder político.”⁴

En lo que resulta de especial interés para el objeto de este proceso, se tiene que la autorregulación consiste en la potestad para dotarse de su propia organización interna, lo cual se concreta en las normas de funcionamiento y de gestión administrativa, como la competencia para otorgar su propio reglamento.

1 Este artículo se encuentra reglamentado en la Ley 30 de 1992 dispone: “Artículo 28. La autonomía universitaria consagrada en la Constitución Política de Colombia y de conformidad con la presente ley, reconoce a las Universidades el derecho a darse y modificar unos estatutos, designar sus autoridades académicas y administrativas, crear, organizar y desarrollar sus programas académicos, definir y organizar sus labores formativas, académicas docentes, científicas y culturales, otorgar los títulos correspondientes, seleccionar a sus profesores, admitir a sus alumnos y adoptar sus correspondientes regímenes y establecer, arbitrar y aplicar sus recursos para el cumplimiento de su misión social y de su función institucional”.

2 Corte Constitucional, Sentencia T-180A/10

3 Corte Constitucional, Sentencia C-589 de 1997.

4 Corte Constitucional, Sentencia T- 310 de 1999

Resulta igualmente necesario destacar que en virtud de lo dispuesto por el artículo 2º de la Ley 1437 de 2011⁵, que establece el carácter supletorio de este ordenamiento, las normas de la parte primera del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo únicamente resultan aplicable en evento de no existir procedimientos regulados en normas especiales.

De conformidad con el artículo 1º del Acuerdo No. 066 de 2005 “Por el cual se expide el Estatuto General de la Universidad Pedagógica y Tecnológica de Colombia”, éste es un ente universitario autónomo, de carácter nacional, estatal y público, democrático de régimen especial, vinculado al Ministerio de Educación Nacional en lo referente a las políticas y la planeación del sector Educativo.

En uso de la autonomía universitaria desarrollado en precedencia, la UPTC estableció igualmente el Reglamento Interno del Consejo Académico está establecido mediante la Resolución No. 07 del 14 de marzo de 2006, órgano que tiene a su cargo, entre otras funciones, la de designar y remover al rector de conformidad con sus propios estatutos⁶.

En consecuencia, estimar como admisible que quien ocupa el cargo de rector en el mismo período en que se realizó la reforma del reglamento, participe en el proceso de elección, implicaría otorgarle un privilegio, en tanto contaría con un mayor poder al interior de la universidad, en detrimento de los demás candidatos que no tendrían igual acceso a los medios, quebrantando con ello los principios analizados.

En virtud de lo expuesto y en consideración a todos los criterios de hermenéutica utilizados conducen a una conclusión unívoca, no le queda duda a la Sala que la única interpretación posible del párrafo del artículo 16 de los Estatutos Generales de la UPTC es aquella que avala la reelección no inmediata e imposibilita que quien estaba desempeñando el cargo para la fecha de la reforma se presente como candidato en la nueva contienda.

Lo anterior recobra mayor relevancia si se tiene en cuenta la ausencia total de un marco jurídico para regular las garantías electorales al interior de la universidad, ausencia que demuestra sin lugar a equívocos que la voluntad del Consejo Superior Universitario era que quien al momento de la reforma fungía como rector no fuera a su vez candidato a la elección inmediata.

Con fundamento en el marco teórico expuesto, resulta evidente para la Sala que si el Acuerdo N° 008 de 2014 hubiese querido consagrar la reelección inmediata, así lo habría señalado de forma expresa en su articulado y, por el contrario, no solo la forma en la que está redactado dicho acuerdo, sino la ausencia de disposiciones especiales para garantizar el derecho a la igualdad y la imparcialidad del debate electoral en el caso de un candidato-rector, permiten colegir que el citado acuerdo sólo avaló la reelección no inmediata de la primera autoridad administrativa de la UPTC.

*Una vez determinado con toda claridad cuál fue el alcance de la modificación introducida por el Acuerdo N° 0008 de 2014, es necesario poner de presente que **los precisos términos** en los que la referida norma universitaria autorizó la reelección del rector de la UPTC, son de obligatorio cumplimiento tanto para la persona que desee postularse para ocupar nuevamente dicho cargo, como para el órgano que realiza la designación.*

Esto es así, porque las condiciones establecidas en el Acuerdo N° 008 de 2014 para la reelección del rector de la UPTC tienen de un lado, el efecto de una “inhabilidad” para quien se postula y, de otro, el de una prohibición para el órgano elector, pues aquel no podrá designar, nuevamente, a alguien que no satisfaga la condición establecida en dicho acuerdo.

5 El artículo citado se consagró el principio de residualidad en los siguientes términos: “Las autoridades sujetarán sus actuaciones a los procedimientos que se establecen en este Código, sin perjuicio de los procedimientos regulados en leyes especiales. En lo no previsto en los mismos se aplicarán las disposiciones de este Código”.

6 Artículo 13 Literal e) del Estatuto General de la Universidad.

*Se trata, entonces, de un límite tanto para la persona que aspira a ser nuevamente elegida, como para la autoridad que realiza la elección que **ve restringida su competencia electoral**, comoquiera que solo podrá reelegir a aquel que “baya sido rector en propiedad”.*

Lo anterior aplicado al caso concreto, implica concluir que el Acuerdo N° 042 de 26 de noviembre de 2014 a través del cual se eligió al demandado como rector para el periodo 2015-2018 se expidió viciado de nulidad, toda vez que, el señor Álvarez Álvarez, al momento de la elección se encontraba desempeñando el cargo de rector de la UPTC, es decir, aquel no había satisfecho la condición establecida en el Acuerdo N° 008 de 2014 para proceder a su reelección.

*En efecto, en el expediente está plenamente acreditado que al momento de la elección acusada el señor **Gustavo Orlando Álvarez Álvarez** se desempeñaba como rector de la UPTC, pues es un hecho aceptado por el demandado que aquel fue elegido para ocupar dicha dignidad en el periodo 2010-2014.*

Nótese entonces, como pese a que la disposición universitaria autorizó una reelección no inmediata, en el caso concreto, en contravención con el Acuerdo N° 008 de 2014, se presentó una reelección inmediata, pues el señor Álvarez pese a estar ocupando el cargo de rector, se postuló como aspirante y resultó electo para continuar desempeñando dicha dignidad por un periodo constitutivo más.

Así las cosas, para la Sala es claro que el vicio alegado se encuentra plenamente demostrado, comoquiera que el Consejo Superior de la UPTC no podía reelegir de forma inmediata al señor Álvarez Álvarez, pues aquel solo estaba facultado para designar a quien hubiese sido rector en propiedad, siendo claro, como se explicó, que el demandado en sentido estricto no acreditaba dicha condición.

Se trata, entonces, si se quiere, de un desbordamiento de las competencias asignadas al Consejo Superior Universitario, pues pese a que los Estatutos de la Universidad autorizaron a partir del año 2014 la reelección de los rectores, aquella se permitió en unos precisos términos que fueron desconocidos por el órgano elector al designar un rector en ejercicio.

Así pues, si se considera que la competencia es una facultad, expresa que no admite interpretaciones analógicas, ni extensivas, sobre la base de considerar que según el artículo 121 Superior los servidores públicos solo pueden hacer aquello que tienen expresamente permitido, se puede colegir, sin ninguna duda, que el Consejo Superior de la UPTC actuó por fuera de las competencias que la normativa universitaria le asignó al reelegir al demandado.

*En conclusión, atendiendo a que la normativa universitaria autorizó la reelección no inmediata del rector de la UPTC, y comoquiera que el Consejo Superior Universitario desbordó sus competencias al reelegir de forma inmediata al señor **Gustavo Orlando Álvarez Álvarez**, la Sala, de conformidad con lo expuesto y en la parte resolutive de esta providencia, declarará la nulidad del Acuerdo N° 042 de 2014.*

Finalmente, es de anotar que la Sección se releva de estudiar los demás reproches endilgados, pues con el examen realizado en precedencia basta para declarar la nulidad del acto acusado, siendo inane entrar a determinar si los demás vicios se acreditaron o no”

Decisión: DECRETAR la nulidad del Acuerdo N° 042 de 26 de noviembre de 2014 a través del cual se eligió a Gustavo Orlando Álvarez Álvarez como Rector de la UPTC para el periodo 2015-2018.

ADVERTIR a los sujetos procesales que contra lo resuelto no procede ningún recurso.

ACEPTAR la renuncia presentada por el señor Félix Hoyos Lemus al poder que le fuera conferido por el señor Carlos Martínez Becerra e informarle al poderdante para que si lo tiene a bien constituya nuevo apoderado.

RECONOCER personería adjetiva a la abogada María Isabel Hernández Pabón, en su calidad de apoderada de la Nación – Ministerio de Educación Nacional.

LUCY JEANNETTE BERMÚDEZ BERMÚDEZ
Presidenta
Salva Voto

ROCÍO ARAÚJO OÑATE
Consejera de Estado
CARLOS ENRIQUE MORENO RUBIO
Consejero de Estado
Salva Voto
ALBERTO YEPES BARREIRO
Consejero de Estado

Salvamento de voto de la Consejera Lucy Jeannette Bermúdez

Asunto: Salvamento de voto al fallo que declaró la nulidad de la elección del señor GUSTAVO ORLANDO ÁLVAREZ ÁLVAREZ, Rector de la Universidad Tecnológica de Colombia, en el entendido de que la prohibición de reelección, conforme a la clara literalidad de las normas aplicables (Art. 19 del Acuerdo N° 008 de 2014 -Estatutos Generales de la UPTC, en armonía con el art. 40 CP y 27 CC- recae en quien haya sido nombrado en propiedad, no en provisionalidad o encargo. Aunado a que sí está permitida la reelección por una sola vez, sin que la norma aluda a si se trata o no de reelección inmediata.

Extracto: “(...) las restricciones, para acceder a los cargos públicos, señaladas en las normas como una limitación al ejercicio del derecho de todos los ciudadanos a participar en la conformación del poder público, consagrado en el artículo 40 de nuestra Carta Política como fundamental, son de interpretación restrictiva y así ha sido señalado por esta Sección⁷, por el Consejo de Estado y por la Corte Constitucional en innumerables ocasiones.

Así mismo, en materia de interpretación, también es menester indicar que el artículo 27 del Código Civil señala que: “Cuando el sentido de la ley sea claro, no se desatenderá su tenor literal a pretexto de consultar su espíritu”⁸. Pero bien se puede, para interpretar una expresión oscura de la ley, recurrir a su intención o espíritu, claramente manifestados en ella misma o en la historia fidedigna de su establecimiento”.

(...) la causal alegada y por la cual se declara la nulidad de la elección al demandado como Rector de la Universidad Pedagógica y Tecnológica de Colombia en el fallo del cual me aparto, es la contenida en el artículo 16 del Acuerdo N° 008 de 2014 –Estatutos Generales de la UPTC-disposición que respecto a las calidades que debe reunir el aspirante a rector (que derogó el literal e) del artículo 19⁹), introdujo

7 Consejo de Estado. Rad. 2011-03011-01. M.P. Mauricio Torres Cuervo. Sentencia de 11 de noviembre de 2012. “La jurisprudencia de la Corte Constitucional y del Consejo de Estado ha establecido que las normas que establecen derechos y libertades constitucionales deben interpretarse siempre de la manera que garantice su más amplio ejercicio, en tanto que aquellas normas que los limiten mediante el señalamiento de inhabilidades, incompatibilidades y calidades para el desempeño de cargos públicos, deben estar consagradas expresamente en Constitución o en la ley y no pueden interpretarse en forma extensiva sino siempre, con la finalidad enunciada, en forma restrictiva. Es el principio pro libertatis”.

8 Declarado EXEQUIBLE por la Corte Constitucional mediante Sentencia C-054 de 2016.

9 En efecto, el artículo 5° del Acuerdo N° 008 de marzo de 2014 contempla: “ DEROGAR el literal e) del artículo 19 del Acuerdo N° 066 del 25 de octubre de 2005”

Artículo 19: Para ser designado rector se requiere:

- a) Ser ciudadano colombiano en ejercicio
- b) Poseer título universitario y de postgrado a nivel de maestría o doctorado, o su equivalencia.
- c) Haber desarrollado actividades de docencia universitaria, de tiempo completo o su equivalente, por un período no inferior a 5 años
- d) Tener una experiencia administrativa, por lo menos de dos años, de tiempo completo o su equivalente, en actividades de dirección administrativa o académica.
- e) No haber desempeñado, en la universidad, el cargo de rector en propiedad.

un párrafo nuevo -en relación a la norma que modificó¹⁰- y en su literalidad señala: “Párrafo: El aspirante que haya sido Rector en Propiedad podrá ser elegido, nuevamente, hasta por una sola vez, por el periodo establecido en el presente artículo.” (resaltado fuera de texto)

Para la interpretación y aplicación de la norma en cuestión, y por ende, para concluir si el demandado incurrió o no en la prohibición señalada, se deben tener en cuenta los principios inicialmente indicados, es decir que las normas que restringen el derecho fundamental a ser elegido son de interpretación restrictiva y que cuando las normas son claras se debe atender su tenor literal y no hay lugar a consultar su espíritu.

*De la regla señalada como causal, y sus antecedentes (antes en el artículo 19 de los Estatutos Generales de la Universidad existía prohibición expresa en los requisitos para acceder al cargo: “no haber desempeñado, en la universidad, el cargo de rector en propiedad” se tiene que: (i) se permite **elegir** a quien haya sido **rector en propiedad**, (ii) por **una sola vez**, es decir, en principio no es una norma que restrinja sino que posibilita a quien haya sido rector en propiedad su reelección.*

De la literalidad de la norma se puede concluir además que la prohibición solo recae frente a quién haya sido nombrado en propiedad, puesto que no indica otros tipos de nombramiento como por ejemplo en provisionalidad o encargo.

*Igualmente, al establecer que está permitida la reelección **por una sola vez**, implica que no puede haber reelección por segunda, ni tercera, ni más veces. Pero no es dable concluir, como se hace en el fallo frente al cual aclaro mi voto, que puede ser reelegido quién ocupó el cargo, pero no quien lo ocupa al momento de la segunda elección, es decir, que está prohibida la reelección inmediata, porque la regla no lo establece así, y no se puede llegar a tal conclusión simplemente por el tiempo verbal en que está redactada la norma.*

En nuestra legislación, las reelecciones están prohibidas en la Constitución¹¹ para Presidente de la República, Contralor General de la República, Procurador General de la Nación, Registrador Nacional del Estado Civil, Magistrados, Gobernadores y Alcaldes. Y en cada caso se señala de manera explícita la prohibición, como en el caso de Presidente de la República, el Acto legislativo 02 de 2015 (...), es decir no distingue ni en qué tiempo, ni cómo se haya dado el desempeño en el cargo.

Para el caso de los Magistrados de la Corte Constitucional, de la Corte Suprema de Justicia, del Consejo de Estado, de la Comisión Nacional de Disciplina Judicial, Miembros de la Comisión de Aforados, Miembros del Consejo Nacional Electoral, Fiscal General de la Nación, Procurador General de la Nación, Defensor del Pueblo, Contralor General de la República y Registrador Nacional del Estado Civil, el mismo Acto legislativo indica que no podrán ser reelegidos, y al igual que en el ejemplo anterior, la norma no distingue en qué tiempo.

*Cuando se trata de prohibición de reelección inmediata, la misma norma lo indica, como en el caso, de los Gobernadores y Alcaldes, que los artículos 303 y 314 en su literalidad establecen: “**y no podrán ser reelegidos para el periodo siguiente**”. Por lo que, en estos casos no hay lugar a dudas que la prohibición se refiere al periodo inmediatamente siguiente.*

f) Inscribir su nombre y registrar su programa de gobierno en la Secretaría General de la universidad, el cual deberá ser concordante con el plan estratégico de desarrollo.” (negritas fuera de texto).

10 “Artículo 16: El Rector es el representante legal y la primera autoridad administrativa de la Universidad; será designado por el Consejo Superior para un período de 4 años, contados a partir del 1º de enero siguiente a la fecha en que se realice la designación. Tal designación será de carácter personal”.

11 En el artículo 1º del Acto Legislativo 02 de 2015, que modificó el artículo 126 Constitucional: Magistrado de la Corte Constitucional, de la Corte Suprema de Justicia, del Consejo de Estado, de la Comisión Nacional de Disciplina Judicial, Miembro de la Comisión de Aforados, Miembro del Consejo Nacional Electoral, Fiscal General de la Nación, Procurador General de la Nación, Defensor del Pueblo, Contralor General de la República y Registrador Nacional del Estado Civil.

En el caso que nos ocupa, el Estatuto General de la UPTC, vigente y aplicable al caso concreto permite la elección del rector por una sola vez, y no indica o distingue el momento, es decir el rector puede ser reelegido inmediatamente o en otro tiempo porque la condición se refiere únicamente a que podrá ser reelegido una sola vez. Y tal como lo señala el principio de interpretación “donde no distingue el legislador, no puede distinguir el intérprete”.

Por lo anterior considero que no es dable darle esa interpretación a la norma, que solo puede ser reelegido quien ocupó el cargo con anterioridad y no quién lo ocupa, simplemente por el tiempo verbal en que fue redactada, máxime cuando la prohibición de reelección señalada en los Estatutos anteriores de la misma Universidad, que refiere el fallo frente al cual aclaro mi voto como antecedente de la norma en las que se fundamenta la causal de nulidad electoral, siguiendo esta misma línea interpretativa permitiría la reelección de quién siendo rector se presentara como candidato para el periodo siguiente. Pues el anterior artículo 19 estaba redactado de la misma manera (en pasado pluscuamperfecto) y establecía como requisito para ser rector: “No haber desempeñado, en la universidad, el cargo de rector en propiedad”.

Así las cosas siguiendo el criterio aplicado, “haber desempeñado” refiere únicamente a quien ocupó el cargo y no a quién lo ocupa al momento de la nueva elección, por lo tanto con las normas anteriores aplicables estaría permitido al rector en ejercicio ser reelegido y en la providencia no se llega a esa conclusión en ese caso, (...).

Por lo anterior, considero que dicha interpretación fundamentada únicamente en una lectura inexacta de la norma no conduce a concluir que la reelección permitida es únicamente para quien haya ocupado el cargo en otro tiempo y no para quien lo ocupa al momento de la nueva elección. Es decir, la norma no establece que la reelección inmediata no está permitida como lo dice el fallo del cual me aparto, en atención a lo inicialmente indicado en este escrito relacionado con la interpretación restrictiva de las normas que establecen prohibiciones e inhabilidades y el sentido claro y concreto de la norma que no da lugar a interpretaciones diferentes a lo que allí se establece. Por lo tanto considero no procedía la declaratoria de nulidad de la elección.”.

Salvamento de voto del consejero Carlos Enrique Moreno Rubio

Extracto: “Con el respeto acostumbrado por las providencias de la Corporación me permito manifestar que no comparto la decisión adoptada por la Sección Quinta dentro del expediente de la referencia el pasado tres (3) de marzo de dos mil dieciséis (2016) de declarar la nulidad del acuerdo número 046 de noviembre veintiséis (26) de dos mil catorce (2014) a través del cual se eligió al señor Gustavo Orlando Álvarez Álvarez como rector de la Universidad Pedagógica y Tecnológica de Colombia.

Las razones por las cuales me aparto de la referida decisión pueden resumirse así.

(...) el fundamento de la providencia fue la interpretación de la reforma introducida por el acuerdo número 008 del doce (12) de marzo de dos mil catorce (2014) a los Estatutos Generales de la UPTC, según la cual:

“El aspirante que haya sido rector en propiedad podrá ser elegido, nuevamente, hasta por una sola vez, por el periodo establecido en el presente artículo”.

En concepto de la mayoría de la Sala la expresión “haya sido” implica que “i) se haya efectuado un acto de elección a través del cual se le elija como rector de la universidad, ii) que dicha designación se haya realizado en propiedad y no en encargo y iii) que se haya consolidado la situación con la cesación en el ejercicio de sus funciones como rector”.

Además, en su entender, la norma no autoriza la reelección inmediata por cuanto para haber sido se requiere haber culminado el periodo para el cual se eligió a una determinada persona.

De igual forma se advierte en la providencia que de permitirse la reelección inmediata en el caso específico se afectaría el derecho a la igualdad respecto de los demás aspirantes al cargo.

Finalmente, se sostiene que si la intención hubiese sido autorizar la reelección inmediata, así se habría señalado expresamente.

No obstante lo anterior, en mi criterio, la expresión “baya sido” debe ser interpretada en forma más amplia, por cuanto dentro de la misma, debe incluirse también al que en la actualidad es.

Es decir, el hecho de que en la norma bajo estudio se haya establecido que los aspirantes que hubiesen desempeñado el cargo de rector en propiedad pueden ser reelegidos implica que todos aquellos que hayan ocupado dicha dignidad –independientemente de si han o no culminado su período- están habilitados para volver a aspirar y volver a ser elegidos.

En este aspecto, se debe tener en cuenta que la norma no incluyó ninguna limitación en lo que respecta a una posible reelección inmediata y contrario a lo afirmado en la providencia, si esa hubiera sido la intención, así habría quedado plasmado en el texto del párrafo bajo estudio.

(...) Sin embargo, en el caso concreto en los términos en que quedó redactada la norma para poder ser reelegido en el cargo de rector sólo se exigen dos requisitos -y no tres como se expresa en la sentencia de la cual me aparto-: haber sido rector y haber desempeñado ese cargo en propiedad.

Conforme a lo expuesto, no resulta admisible que se incluya vía judicial, como requisito adicional que se haya terminado el período para el cual se fue elegido en propiedad con anterioridad.

Además, es claro que en el precepto normativo no se hizo ninguna salvedad o exclusión respecto de la reelección inmediata, por lo que, en mi concepto no es posible, incluir dicha excepción vía interpretación, en aplicación del aforismo según el cual “donde el legislador no distingue, no le es dable distinguir al intérprete”.

(...) En consecuencia, no estoy de acuerdo con la decisión basada en ese punto, por cuanto en mi opinión el cargo referido a ese aspecto no prospera y por ende, para definir si había lugar o no a declarar la nulidad de la elección en el caso concreto se debieron estudiar los demás cargos formulados en la demanda.

En estos términos dejo expuesto mi salvamento de voto.”

* * *

CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCIÓN QUINTA

Consejera ponente: ROCÍO ARAÚJO OÑATE

Bogotá, D.C., siete (7) de abril de dos mil dieciséis (2016).

Radicación número: 11001-03-28-000-2015-00002-00

Acumulados 2015-00001; 2000-00002 y 2015-00004

Actor: CARLOS JULIO MARTÍNEZ BECERRA, GILBERTO FORERO Y MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL

Demandado: ACTO DE ELECCIÓN DE GUSTAVO ORLANDO ÁLVAREZ ÁLVAREZ COMO RECTOR DE LA UNIVERSIDAD PEDAGÓGICA Y TECNOLÓGICA DE COLOMBIA - UPTC

Asunto: La Sala resuelve solicitud de aclaración y adición del fallo

Extracto: *El fallo cuya aclaración y adición se solicita fue notificado personalmente¹ al señor Gustavo Orlando Álvarez Álvarez y a su apoderado mediante mensaje dirigido al buzón electrónico para no-*

1 En los términos del último inciso del artículo 197 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo y del 203 del mismo estatuto. En efecto se observa que la notificación personal de la sentencia se efectuó

tificaciones judiciales el 7 de marzo de 2016, lo que implica que las partes tenían hasta el 9 de marzo para solicitar su aclaración. Las peticiones en ese sentido se presentaron el 8 y 9 del mismo mes y año, esto es, dentro del término legal.

5. Procedencia de la solicitud de aclaración

5.1. Alegación referida a la causal de nulidad del acto administrativo

El primer argumento expuesto por el peticionario consiste en que la Sala no expresó bajo qué causal se declaraba la nulidad del Acuerdo No. 042 del 26 de noviembre de 2014, para de allí poder derivar las consecuencias y efectos de la misma, sin que indicara de forma concreta cómo tal circunstancia incide en el sentido de la decisión.

Lo anterior implica que esta alegación no da lugar a que la Sala analice de fondo la solicitud de aclaración, no obstante lo cual, contrario a lo afirmado por el memorialista, desde la fijación del litigio en la audiencia inicial se determinó como problema jurídico a resolver el siguiente:

“Si el acto que designó como Rector de la UPTC al señor Gustavo Álvarez Álvarez, esto es el Acuerdo No. 042 del 26 de noviembre de 2014, se expidió con infracción de las normas en que debía fundarse, por expedición irregular, por falsa motivación y por haberse elegido un candidato que no reúne las calidades y requisitos de elegibilidad, en los términos del numeral 5 del artículo 275 del CPACA., por:

- Vulneración del Parágrafo del artículo 1º del Acuerdo No. 008 del 12 de marzo de 2014 del CSU de la UPTC, por cuanto esta norma no prevé que el rector de la Universidad sea a su vez candidato a dicho cargo, como sucedió con el demandado. Además, por cuanto la norma violada no dispone que la reelección está permitida para quien “sea rector” sino “quien haya sido rector” y el demandado nunca dejó de serlo”.

Guardando absoluta concordancia con la fijación del litigio, en la sentencia cuya aclaración se solicita se analizó la legalidad del acto de elección de cara a las normas jurídicas en que debía fundarse, en el caso concreto, los Estatutos Generales de la UPTC y el ordenamiento superior.

No sobra recordar que la disposición contenida en el artículo 275 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo al consagrar las causales de nulidad electoral, integra también los eventos contemplados en el artículo 137 del mismo Estatuto, cuyos efectos, de prosperar las pretensiones, se establecen de manera general y erga omnes en los artículos 137 y 189 ejusdem, excluyendo pronunciamientos particulares y de restablecimiento del derecho, como ha venido considerando esta Sección².

5.2. Alegación sobre aplicación del principio pro homine

Para la Sala resulta evidente que este argumento se encuentra encaminado a reabrir el debate del proceso y controvertir la decisión adoptada en la sentencia, pretendiendo utilizar la figura jurídica de la aclaración a manera de recurso contra el fallo, lo cual resulta contrario a su finalidad.

5.3. Competencia del Consejo de Estado

Con respecto a la alegación sobre falta de competencia del Consejo de Estado por la autonomía del ente universitario, la Sala recuerda que este cuestionamiento no fue planteado en las contestaciones

mediante correo electrónico como se evidencia a folios 1048 a 1050.

2 Ver, entre otros, el auto de 16 de julio de 2014, C.P. Lucy Jeannette Bermúdez Bermúdez. Rad. No. 11001-03-28000-2013-00024-00.

a la demanda presentadas ni tampoco fue objeto de debate en la audiencia inicial donde se fijó el litigio y se sanearon las posibles irregularidades en que se pudiera haber incurrido.

En virtud de lo expuesto y en consideración a que no concurren en el caso concreto los presupuestos exigidos para la procedencia de la aclaración del fallo de única instancia del 3 de marzo de 2016, por cuanto el mismo no contiene frases que ofrezcan verdadero motivo de duda, contenidas en la parte resolutive de la decisión o con clara influencia en la misma, se negará la solicitud.

Se advierte que, por el contrario, el solicitante utiliza la institución procesal de la aclaración de la sentencia, como si ésta fuera un recurso de instancia adicional a los consagrados en la ley para adoptar la decisión de fondo, por lo que se concluye, estaría ejerciendo de forma abusiva dicho mecanismo.

6. Procedencia de la adición de la sentencia

En relación con la fijación de los efectos del fallo derivado de haberse declarado únicamente la nulidad del acto de elección, la Sala pone de presente que, en virtud de lo dispuesto en los artículos 139 y 163 de la Ley 1437 de 2011, en materia electoral el acto que debe atacarse en nulidad es el que declara la elección y sobre el cual el juez contencioso debe resolver acerca de su legalidad, lo cual conllevó a que en la parte resolutive de la sentencia del 3 de marzo del año en curso la Sala únicamente se pronunciara respecto del acto demandado, esto es el Acuerdo No. 42 del 26 de noviembre de 2014, y no sobre los actos preparatorios proferidos en el trámite de la elección.

Si bien resulta viable en sede de nulidad electoral que se revisen actos intermedios que puedan viciar el acto final de elección, tal circunstancia no se presentó en el caso concreto en el cual los Acuerdos Nos. 039, 040 y 041 no se examinaron, toda vez que la ilegalidad del acto final de elección surgió de la calidad de rector-candidato del elegido y no del procedimiento adelantado.

Tal situación jurídica hace imperativo que la Sala se pronuncie en el caso concreto sobre los efectos de la nulidad, por lo que adicionará el fallo en el sentido de indicar que la declaratoria de nulidad implica la realización de una nueva citación para llevar a cabo la sesión en la que el Consejo Superior Universitario habrá de elegir al Rector de la UPTC, de la lista definitiva de candidatos admitidos³.

Decisión: NEGAR la solicitud de aclaración del fallo del 3 de marzo de 2016, presentada por el apoderado judicial del demandado.

ADICIONAR el fallo del 3 de marzo de 2016 en los términos indicados en la parte motiva de esta decisión.

RECONOCER personería adjetiva al abogado Iván Mauricio Álvarez para actuar en representación del demandado Gustavo Orlando Álvarez Álvarez, en el trámite de las solicitudes de aclaración y adición del fallo del 3 de marzo de 2016, sin que se entienda revocado el poder anterior, por las consideraciones expuestas en la parte motiva.

RECONOCER personería adjetiva al abogado Luis Gabriel Arbeláez Marín para actuar en representación del Ministerio de Educación, en los términos y para los efectos del memorial visible a folio 1151 del cuaderno principal del expediente.

3 Sobre la procedencia de la adición en casos como el que ocupa la atención de la Sala, con el objeto de indicar los efectos de la declaratoria de nulidad, se dio en el proceso de nulidad electoral adelantado contra Jhon James Fernández López – Director General de la Corporación Autónoma Regional del Quindío, Auto del 22 de octubre de 2015. Consejero Ponente: Alberto Yepes Barreiro. Exp. No. 2014-00132.

LUCY JEANNETTE BERMÚDEZ BERMÚDEZ
Presidenta
Aclara Voto

ROCÍO ARAÚJO OÑATE
Consejera de Estado
CARLOS ENRIQUE MORENO RUBIO
Consejero de Estado
ALBERTO YEPES BARREIRO
Consejero de Estado

Aclaración de voto de la consejera Lucy Jeannette Bermúdez Bermúdez

Asunto: Aclaración de voto respecto de la decisión de la Sala, adiada el 7 de abril de 2016, por medio de la cual se negó el pedimento de aclaración y se adicionó la sentencia que declaró la nulidad de la elección del demandado, como Rector de la Universidad Pedagógica y Tecnológica de Colombia – UPTC.

En lo que concierne a la adición, la aclaración se centró en manifestar que tanto en la parte considerativa de la providencia como en la resolutive, debió indicarse si ésta respondía a una solicitud de parte o imperaba el carácter oficioso del operador jurídico, pues no existía claridad respecto a ello, a pesar de que en el expediente obraba escrito petitorio en este sentido, suscrito por el apoderado del demandado.

Por otra parte, se explicó que aunque el demandado había conferido poder a un profesional del derecho para iniciar, tramitar y llevar hasta su terminación la solicitud de aclaración y adición de la sentencia, dicho acto procesal no podía entenderse como una sustitución del mandato conferido al abogado que había defendido sus intereses a lo largo del trámite jurisdiccional. De ahí que la solicitud de aclaración de este último debió haberse estudiado.

Extracto: *“Frente a la adición del fallo sugerí que en el auto se determinara, si la decisión se adoptaba de oficio o a petición de apoderado, porque observado el expediente, lo cierto es que la materia adicionada tuvo su causa en la formulación que realizara el apoderado designado para llevar el proceso nulidad electoral, así las cosas, como quedó la providencia, la decisión parece derivarse de una competencia oficiosa de la Sala Electoral y no se precisó si se accedía a la solicitud de la parte.” II “(...) así que al no ser evidente que el poder especial para la aclaración y adición fuera una sustitución parcial de las facultades otorgadas en el mandato para atender todo el proceso de nulidad electoral, a mi juicio, debió darse curso a la solicitud del abogado Fandiño Aristizábal, mandatario designado para todo el proceso.”*

* * *

**CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCIÓN QUINTA**

Consejera ponente: ROCÍO ARAÚJO OÑATE

Bogotá D.C., doce (12) de mayo de dos mil dieciséis (2016)

Radicación número: 41001-23-33-000-2015-00907-01

Actor: MIGUEL ANTONIO CASTAÑEDA CASANOVA

Demandado: LEYLA MARLENY RINCÓN TRUJILLO –CONCEJAL DEL MUNICIPIO DE NEIVA-

Asunto: Resuelve el recurso de apelación interpuesto por el señor Miguel Antonio Castañeda Casanova, contra la sentencia proferida el 23 de febrero de 2016, por medio de la cual el Tribunal Administrativo del Huila negó las pretensiones de la demanda..

Extracto: “3.2.1 De la inhabilidad en que se encuentra la demandada según lo señalado por el actor en libelo demandatorio

De conformidad con el inciso segundo del numeral 3º del artículo 40 de la Ley 617 de 2000, no podrá ser inscrito como candidato ni elegido concejal: “...Quien dentro del año anterior a la elección haya intervenido (...) en la celebración de contratos con entidades públicas de cualquier nivel en interés propio o de terceros, siempre que los contratos deban ejecutarse o cumplirse en el respectivo municipio o distrito...”

Al respecto, la Sala ha precisado el alcance de esta inhabilidad en los siguientes términos:

“... La palabra “intervenir”, de acuerdo con el diccionario de la Real Academia de la Lengua, significa tomar parte en un asunto, interceder o mediar, involucrarse, participar.

Sobre el particular esta Sección ha dicho:

“...la intervención en la contratación estatal, (...) tiene lugar a través de gestiones o actuaciones que impliquen una participación personal y activa, directa o indirecta, en los actos encaminados a su perfeccionamiento, en interés propio o de terceros, y que ello haya tenido ocurrencia dentro de los doce (12) meses a su elección, sin importar el momento de su ejecución” . (Resalta la Sala)

“Esta Sala ha entendido por intervención en la celebración de contratos aquellas gestiones o actuaciones que indiquen una participación personal y activa en los actos conducentes a la celebración del mismo y permitan develar un claro interés sobre el particular”. (Negrilla y subraya de la Sala).

Así, no solo es sujeto pasivo de la prohibición quien celebra el contrato estatal, sino también, aquel que participa en las diligencias precontractuales interesándose en lograr la consolidación del contrato o convenio...”

Así mismo, a partir de lo reiterado recientemente por esta Sala, se pueden concluir los siguientes elementos que integran esta inhabilidad en específico:

i) Un elemento temporal limitado al año anterior a la fecha de la elección, es decir, se toma como punto de referencia el día de la elección y se cuenta un año hacía atrás.

ii) Un elemento material u objetivo consistente en intervenir en la celebración de contratos con entidades públicas de cualquier nivel,

(iii) Un elemento subjetivo relacionado con que dicha intervención se realice en interés propio o de terceros y;

(iv) Un elemento territorial que implica que el contrato se deba ejecutar o cumplir en el municipio o distrito para el cual resultó electo

Con miras a analizar la configuración de esta inhabilidad, en todo caso se debe examinar entonces que los elementos anteriormente señalados se presenten de manera concurrente.

(...)

El impugnante no demostró la configuración de los elementos que integran la inhabilidad de que trata el inciso segundo del numeral 3º del artículo 40 de la Ley 617 de 2000, no podrá ser inscrito como candidato ni elegido concejal: “...Quien dentro del año anterior a la elección haya intervenido (...) en la celebración de contratos con entidades públicas de cualquier nivel en interés propio o de terceros, siempre que los contratos deban ejecutarse o cumplirse en el respectivo municipio o distrito...”, pues, de entrada, no logró acreditar la intervención en la celebración de un contrato con entidad pública,

Rocio Araújo Oñate

es decir, el elemento objetivo o material, por lo que la Sala se releva de estudiar los demás, al exigirse estos elementos de manera concurrente.

Contrario sensu, lo que se desprende del acervo probatorio fue la expedición de actos administrativos a través de los cuales la Universidad Surcolombiana vinculó a docentes de hora cátedra, entre quienes se encontraba la demandada, por lo que la señora Leyla Marleny Rincón Trujillo no incurrió en la mencionada inhabilidad.

Decisión: CONFIRMAR la sentencia proferida el 23 de febrero de 2016, por medio de la cual el Tribunal Administrativo del Huila negó las pretensiones de la demanda.

EXHORTAR al Tribunal Administrativo del Huila para que, en adelante, al momento de pronunciarse de fondo sobre las solicitudes de medidas cautelares de suspensión provisional, se dé cabal cumplimiento al artículo 277 de la Ley 1437 de 2011, en cuanto a que esta decisión le corresponde resolver a la Sala y no al Magistrado conductor del proceso.

DEVOLVER el expediente al Tribunal de origen para lo de su competencia.

ADVERTIR a los sujetos procesales que contra lo resuelto no procede recurso alguno.

LUCY JEANNETTE BERMÚDEZ BERMÚDEZ
Presidenta

ROCÍO ARAÚJO OÑATE
Consejera de Estado
CARLOS ENRIQUE MORENO RUBIO
Consejero de Estado
ALBERTO YEPES BARREIRO
Consejero de Estado

* * *

CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCIÓN QUINTA

Consejera ponente: ROCÍO ARAÚJO OÑATE

Bogotá D.C., Veintiocho (28) de julio de dos mil dieciséis (2016)

Radicación número: 63001-23-33-000-2015-00377-01

Actor: ALEJANDRO RODRÍGUEZ TORRES

Demandado: NÉSTOR FABIÁN HERRERA FERNÁNDEZ CONCEJAL DE ARMENIA

Asunto: Resuelve el recurso de apelación presentado por el señor Alejandro Rodríguez Torres, contra la sentencia proferida el 3 de junio de 2016, por medio de la cual el Tribunal Administrativo del Quindío negó las pretensiones de la demanda.

Extracto: *Teniendo en cuenta que los argumentos del recurso de apelación, el estudio de la Sala estará circunscrito únicamente a analizar si la esposa del Concejal Néstor Fabián Herrera Fernández, ejerció autoridad administrativa en su condición de Contralora Provincial del Departamento del Quindío.*

3.2.1 Del ejercicio de autoridad administrativa.

Como fundamento de su recurso, señaló el señor Rodríguez Torres que la Contraloría General de la República mediante resolución No. 0216 del 11 de marzo de 2013, estableció el manual específico de funciones, requisitos y de competencias laborales de los empleos de planta de la entidad, en el que

es ostensible las competencias de autoridad administrativa que ejerce la esposa del concejal Herrera Fernández en el municipio de Armenia.

En este caso se controvierte el segundo de los requisitos, puesto que para el recurrente, la señora Katherine Pulecio Gómez ejerce funciones de autoridad administrativa al ser Contralora Provincial del Municipio de Armenia.

Con el fin de establecer qué se entiende por autoridad administrativa, es necesario remitirse al artículo 190 de la ley 136 de 1994, que establece:

“Artículo 190.- Dirección administrativa. Esta facultad además del alcalde, la ejercen los secretarios de la alcaldía, los jefes de departamento administrativo y los gerentes o jefes de las entidades descentralizadas, y los jefes de las unidades administrativas especiales, como superiores de los correspondientes servicios municipales.

También comprende a los empleados oficiales autorizados para celebrar contratos o convenios; ordenar gastos con cargo a fondos municipales; conferir comisiones, licencias no remuneradas, decretar vacaciones y suspenderlas, para trasladar horizontal o verticalmente los funcionarios subordinados reconocer horas extras, vincular personal supernumerario o fijarle nueva sede al personal de planta; a los funcionarios que hagan parte de las unidades de control interno y quienes legal o reglamentariamente tengan facultades para investigar las faltas disciplinarias.”

Esta sección ha determinado con fundamento en el artículo 190 arriba transcrito que el concepto de autoridad administrativa comprende dos criterios:

- 1. Criterio orgánico: Es el ejercicio de algunos de los cargos señalados en el precepto normativo, o el ejercicio de los máximos niveles decisorios de la respectiva dependencia o entidad.*
- 2. Criterio funcional: Corresponde a la capacidad decisoria referente a los aspectos relativos a: (i) manejo del personal vinculado con la institución, (ii) ordenación del gasto, (iii) facultad para investigar faltas disciplinarias, entre otras funciones.*

Teniendo en cuenta lo anterior, se debe establecer si los Contralores Provinciales ejercen autoridad administrativa en los términos de artículo 190 de la ley 136 de 1994, para lo cual debe analizarse lo preceptuado en el manual de funciones de la Contraloría General de la República y las resoluciones orgánicas expedidas en la materia.

Al respecto la resolución No. 0216 del 11 de marzo de 2013 (manual específico de funciones y de competencias laborales de los empleos públicos de la planta global de la Contraloría General de la República), identifica el cargo de Contralor Provincial como del nivel directivo, cuyo objeto principal es: “... Dirigir el ejercicio del control fiscal micro, la recepción y trámite de quejas y denuncias, la indagación preliminar fiscal; los procesos, de responsabilidad fiscal, jurisdicción coactiva y sancionatorio fiscal, de conformidad con las normas legales vigentes, políticas y procedimientos adoptados por la Contraloría General de la República”.

A renglón seguido se encuentran las funciones esenciales del cargo, a saber:

“...3. Configurar y trasladar los ballazgos fiscales para iniciar el proceso de responsabilidad fiscal o indagación preliminar.

4. Responder por el desarrollo de las indagaciones preliminares que deban adelantarse como resultado del proceso micro, para coadyuvar a la apertura del proceso de responsabilidad fiscal.

5. Resolver las controversias derivadas del ejercicio del proceso auditor, para contribuir a los resultados de la gestión fiscal.

6. Dirigir la ejecución de la etapa de investigación, la consolidación de los resultados y la presentación de informes de los grupos de trabajo asignados por el Contralor General de la República, para fortalecer el proceso de investigaciones.

7. Determinar la procedencia de la iniciación de los procesos de responsabilidad fiscal y del decreto de medidas cautelares, para garantizar el pago del detrimento que llegare a configurar en un posible fallo con responsabilidad fiscal.

(...)

17. Las demás funciones que le sean asignadas de acuerdo con la naturaleza del cargo.”

Así mismo señala las contribuciones individuales como criterio de desempeño.

“... 3. Los hallazgos fiscales son establecidos y trasladados de conformidad con la normatividad legal vigente para iniciar el proceso de responsabilidad fiscal o indagación preliminar.

4. Las indagaciones preliminares que deban adelantarse como resultado del proceso micro, son atendidas de conformidad con la normatividad legal vigente para determinar la procedencia del proceso de responsabilidad fiscal.

5. Las controversias derivadas del ejercicio del proceso auditor se resuelven conforme a la normatividad legal vigente, para contribuir a los resultados de la gestión fiscal.

6. La ejecución de la etapa de investigación, la consolidación de los resultados y la presentación de informes a los grupos de trabajo, son dirigidos conforme a la normatividad legal vigente, para fortalecer el proceso de investigaciones.

7. La procedencia de la iniciación de los procesos de responsabilidad fiscal y del decreto de medidas cautelares, son determinadas de conformidad con la normatividad legal vigente, para garantizar el pago del detrimento que llegare a configurar en un posible fallo con responsabilidad fiscal.

(...)

13. Los grupos de auditores y las actividades del jefe auditor en su respectiva circunscripción territorial, son supervisados de conformidad con la normatividad legal vigente para garantizar el cumplimiento de los resultados del proceso de control fiscal micro.

(...).”

De acuerdo con lo anterior, para esta Sección es claro que de las funciones que se establecen en la resolución No. 216 de 2013, se tiene que el Contralor Provincial ejerce funciones de autoridad administrativa puesto que i) dirige la ejecución de la etapa de investigación, ii) determina la procedencia de la iniciación de los procesos de responsabilidad fiscal y del decreto de medidas cautelares, para garantizar el pago del detrimento que llegare a configurar en un posible fallo con responsabilidad fiscal, iii) Configurar y trasladar los hallazgos fiscales para iniciar el proceso de responsabilidad fiscal o indagación preliminar; entre otros.

De la misma manera, la Resolución Orgánica No. 6541 del 18 de abril de 2012, proferida por la Contralora General de la República, establece las funciones de los contralores provisionales, a saber:

“Artículo 3°. La Gerencia Departamental Colegiada conocerá de los asuntos que sometan a su consideración cada uno de los Directivos Colegiados en el trámite del control fiscal micro; la recepción y trámite de quejas y denuncias ciudadanas; la ejecución del control fiscal posterior excepcional; la indagación preliminar fiscal; el proceso de responsabilidad fiscal, del proceso de jurisdicción coactiva y el Proceso Administrativo Sancionatorio Fiscal.

Parágrafo. Todos los Directivos Colegiados tendrán la obligación de realizar el estudio correspondiente de cada uno de los asuntos sometidos a su conocimiento y de los casos respecto de los cuales actúa como ponente. Para tal efecto se tomarán decisiones colegiadas y en otros casos unitarias de conformidad con las reglas subsiguientes.” Negrilla fuera de texto.

La mencionada Resolución Orgánica, en su artículo 2º señala que los Contralores Provinciales hacen parte de los directivos colegiados de cada Gerencia Departamental, según distribución realizada por el Contralor General de la República.

Siendo así las cosas se tiene que, los contralores provinciales pueden tomar decisiones de manera colegiada y en otros casos unitaria. Para poder establecer en qué casos éstos funcionarios deciden de manera individual, se tiene por ejemplo lo preceptuado en el artículo 16 de la Resolución Orgánica No. 6541 del 18 de abril de 2012:

“Trámite de Decisiones en Procesos de Jurisdicción Coactiva. Los Procesos de Jurisdicción Coactiva serán sustanciados por los profesionales del Grupo de Investigaciones, Juicios Fiscales y Jurisdicción Coactiva.

Las decisiones en materia de Jurisdicción Coactiva serán suscritas por los Directivos Colegiados en forma individual, para lo cual se hará un reparto equitativo de los mencionados procesos entre aquellos Directivos.” Negrilla fuera de texto.

De la misma manera el artículo 19 ídem establece:

“Decisiones Unitarias en Ejercicio de Control Fiscal Micro. Corresponde al Directivo de la Gerencia Departamental Colegiada ejercer las siguientes funciones en materia de control fiscal micro a través del proceso auditor que le corresponda adelantar según el respectivo reparto:

- 1. Individualizar los bienes de los presuntos responsables.*
- 2. Comunicar e instalar los grupos de auditoría en las entidades correspondientes.*
- 3. Suscribir la carta de salvaguarda cuando el ente o asunto auditado tenga su sede principal en su jurisdicción.*
- 4. Decidir el proceso administrativo sancionatorio fiscal derivado del trámite del control fiscal micro.*
- 5. Las decisiones que se derivan del ejercicio de las demás facultades atribuidas por el artículo 114 de la Ley 1474 de 2011, exceptuando lo dispuesto en el literal a) de la citada disposición.” Negrilla fuera de texto.*

Conforme al criterio funcional derivado del artículo 190 de la Ley 136 de 1994 el cargo de Contralora Provincial en concordancia con las funciones arriba trascritas, se puede concluir que si bien las actividades propias del cargo no se ciñen a la ordenación del gasto o al adelantamiento de procesos disciplinarios, lo cierto es que el decidir el proceso administrativo sancionatorio fiscal derivado del trámite del control fiscal micro, se configura propiamente como ejercicio de autoridad administrativa.

Lo anterior, teniendo en cuenta que si bien la norma no estableció de manera específica el proceso sancionatorio fiscal, lo cierto es que su teleología va dirigida a: “... evitar que el candidato se valga de las prerrogativas de su pariente so pena de comprometer la igualdad en la contienda electoral frente a sus contendores...”, igualdad que se puede ver comprometida debido a que es indudable que el ejercicio del poder sancionador del Estado, ya sea en materia disciplinaria ora bien derivado del control fiscal, se constituye en ejercicio de autoridad administrativa.

Por manera que y de conformidad con los criterios establecidos en el artículo 190 de la Ley 136 de 1994, la señora Katherine Pulecio Gómez en su calidad de Contralora Provincial del Departamento del

Quindío, ejerce funciones de autoridad administrativa, quedando demostrado la configuración en el presente caso del segundo requisito establecido en el artículo 43.4 de la Ley 136 de 1994 modificado por el artículo 40 de la Ley 617 de 2000.

Para finalizar, en lo concerniente al impedimento manifestado por la señora Pulecio Gómez en cuanto al informe de auditoría vigencia 2014, que comprende al municipio de Armenia, se debe tener en cuenta lo preceptuado por esta Sección en la materia: “...la interpretación de la expresión “bayan ejercido” a que se refiere la causal de inhabilidad objeto de estudio, no implica ni conlleva la realización de actuaciones específicas y concretas que evidencien, por parte del funcionario pariente, el ejercicio material de las funciones a él atribuidas.

En suma, para la Sala Electoral, la autoridad se tiene como ejercida con el solo requisito de demostrar que las funciones atribuidas al cargo la implican, de forma que, la misma, se ejerce por el solo hecho de detentarla”.

Por manera que, la manifestación de impedimento para adelantar las funciones propias del cargo, en ningún caso conlleva a que no se configure este elemento, dado que conforme la extensa jurisprudencia existente, “(...) la causal de inhabilidad se basa en el ejercicio de autoridad civil, política, administrativa o militar en el respectivo departamento, lo que bien puede darse por establecido con la mera titularidad de las funciones inherentes al cargo respectivo, pues como lo ha sostenido la jurisprudencia de esta Sección, no es menester demostrar el ejercicio de tales competencias, sino que la persona las tuvo”.

4. Conclusión.

Teniendo en cuenta que en el presente caso el objeto de impugnación solamente se refirió al componente de autoridad administrativa y, que en el plenario se encuentra plena prueba de la ocurrencia de los demás requisitos establecidos para que se materialice la inhabilidad consagrada en el artículo 43.4 de la Ley 136 de 1994 modificado por el artículo 40 de la Ley 617 de 2000, esta Sala de decisión procederá a revocar la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo de Quindío, conforme a la parte motiva de este proveído”.

Decisión: CONFIRMAR la sentencia proferida el 23 de febrero de 2016, por medio de la cual el Tribunal Administrativo del Huila negó las pretensiones de la demanda.

EXHORTAR al Tribunal Administrativo del Huila para que, en adelante, al momento de pronunciarse de fondo sobre las solicitudes de medidas cautelares de suspensión provisional, se dé cabal cumplimiento al artículo 277 de la Ley 1437 de 2011, en cuanto a que esta decisión le corresponde resolver a la Sala y no al Magistrado conductor del proceso.

DEVOLVER el expediente al Tribunal de origen para lo de su competencia.

ADVERTIR a los sujetos procesales que contra lo resuelto no procede recurso alguno.

LUCY JEANNETTE BERMÚDEZ BERMÚDEZ
Presidenta

ROCÍO ARAÚJO OÑATE
Consejera de Estado
CARLOS ENRIQUE MORENO RUBIO
Consejero de Estado
ALBERTO YEPES BARREIRO
Consejero de Estado

CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCIÓN QUINTA

Consejera ponente: ROCÍO ARAÚJO OÑATE

Bogotá D.C., veinticinco (25) de agosto de dos mil dieciséis (2016)

Radicación número: 05001-23-33-000-2015-02579-01

Actor: RODRIGO DE JESÚS MÚNERA ZAPATA

Demandado: CÉSAR AUGUSTO SUÁREZ MIRA – ALCALDE DEL MUNICIPIO DE BELLO (ANTIOQUIA)

Asunto: Resuelve el recurso de apelación interpuesto de manera conjunta por los señores Rodrigo de Jesús Múnera Zapata y Alberto de Jesús Alzate Correa, contra la sentencia proferida el 26 de abril de 2016, por medio de la cual el Tribunal Administrativo de Antioquia negó las pretensiones de la demanda.

Extracto: “3.1 Los grupos significativos de ciudadanos Bello Unido y Bello Positivo no podían estar acompañando la campaña debido a que no habían sido aprobados por el Consejo Nacional Electoral.

Sustenta su dicho en que según las respuestas dadas por la Registraduría Nacional del Estado Civil allegadas al proceso en los días 7 y 8 de marzo de 2016, se muestra que los movimientos políticos Bello Unido y Bello Positivo, no estaban reconocidos por parte del Consejo Nacional Electoral para actuar en favor de la campaña a la Alcaldía de Bello.

Hacen referencia los impugnantes, al oficio mediante el cual la Registraduría Especial de Bello, de conformidad con los soportes entregados por el Consejo Nacional Electoral, indica la relación de partidos y movimientos políticos con personería jurídica vigente y sus representantes legales, con el fin que los funcionarios electorales al momento de la inscripción verificaran que los avales otorgados provinieran de quien tenía capacidad para hacerlo.

No pueden colegir los impugnantes que del oficio que reposa en el expediente, se tenga la imposibilidad de los grupos significativos de ciudadanos Bello Unido y Bello Positivo de adherir a una candidatura por no encontrarse reconocidos ante el Consejo Nacional Electoral, pues, como es claro el respectivo documento, este sólo contiene una relación de partidos y movimientos políticos con personería jurídica, atributo que por su naturaleza carecen los grupos significativos de ciudadanos.

Ha de precisarse que la normativa vigente distinguió entre agrupaciones políticas con o sin personería jurídica para efectos del proceso de inscripción de candidaturas, siendo que las primeras sólo requieren el aval otorgado por el respectivo representante legal o su delegado y, en caso de candidaturas a gobernaciones y alcaldías el programa de gobierno. (Artículos 108.3 y 259 de la Constitución Política). En cuanto a las segundas, esto es las agrupaciones políticas sin personería jurídica, además del respaldo popular que deben acreditar mediante la recolección de firmas de apoyo a la candidatura o lista, es preciso seguir un procedimiento consistente en que: (i) la inscripción debe efectuarse por un comité conformado por tres ciudadanos, el cual debe registrarse ante la autoridad electoral correspondiente; (ii) este registro debe efectuarse cuando menos con un mes de antelación a la fecha prevista para el cierre de la inscripción respectiva, y en todo caso, antes del proceso de recolección de firmas; y (iii) los formularios de recolección de firmas deben contener tanto las fotos de los integrantes del comité, como las de los candidatos a inscribir.

Conforme a lo anterior, se tiene que la valoración hecha por los impugnantes al documento allegado por la Registraduría Especial de Bello, no corresponde a los postulados normativos que rigen la figura de representación de las agrupaciones políticas sin personería jurídica, lo anterior debido a que conforme el artículo 28 de la Ley 1475 del 2011, el comité inscriptor sólo requiere su registro ante la autoridad electoral correspondiente, esto es el registrador del estado civil, para iniciar el proceso de inscripción de la candidatura.

Por manera que, la prueba a la que aluden los impugnadores no debe entenderse como una exclusión de los grupos significativos por no haber sido reconocidos por el Consejo Nacional Electoral, por cuanto, la mencionada lista a lo que hace referencia es a que se observe por parte de los funcionarios electorales cuáles agrupaciones cuentan con personería jurídica para así poder verificar que quienes las representan ya sea directamente o por delegación sean los que efectivamente avalan las candidaturas en cumplimiento del artículo 108 Superior.

Por todas las consideraciones expuestas, se tiene que no prospera el presente cargo.

3.2 El partido Conservador no otorgó en debida forma el aval por cuanto la persona que lo suscribió no estaba facultada para ello.

Concretamente se refieren los impugnantes, a que el aval en el que consta el acuerdo de coalición, fue suscrito por el representante legal de la colectividad y no por el director regional del partido conservador en el municipio de Bello, quien por estatutos tenía la potestad para hacerlo.

En lo referente a este cargo se ha de precisar que de conformidad con el artículo 108 de la Constitución Política: “...Los Partidos y Movimientos Políticos con Personería Jurídica reconocida podrán inscribir candidatos a elecciones. Dicha inscripción deberá ser avalada para los mismos efectos por el respectivo representante legal del partido o movimiento o por quien él delegue...”.

En este mismo sentido el artículo 9 de la Ley 130 de 1994 establece: “Los partidos y movimientos políticos, con personería jurídica reconocida podrán postular candidatos a cualquier cargo de elección popular sin requisito adicional alguno.

La inscripción deberá ser avalada para los mismos efectos por el respectivo representante legal del partido o movimiento o por quien él delegue...”.

Del tenor literal de las normas arriba transcritas se concluye que la inscripción de los candidatos provenientes de partidos o movimientos políticos con personería jurídica, debe estar avalada por el correspondiente representante legal o en la persona a quien éste delegue tal función; aval que debe ser presentado ante la autoridad electoral correspondiente quien debe dejar constancia del mismo en el formulario de inscripción.

En el caso en concreto se tiene que a la fecha de inscripción de la candidatura del señor Suárez Mira a la Alcaldía de Bello –Antioquia–, esto es el 25 de julio de 2015, el representante legal del Partido Conservador Colombiano era el señor Juan Carlos Wills Ospina. Una vez revisadas las pruebas obrantes en el expediente se tiene que el aval y el acuerdo de coalición fueron suscritos por el Representante Legal del Partido Conservador.

Si bien es cierto, por expreso mandato constitucional el representante legal de una colectividad política con personería jurídica puede delegar la función de otorgar avales en un tercero, no menos cierto es que tal función es propia de su cargo, con lo cual, puede ser retomada en cualquier momento sin necesidad que medie acto que así lo establezca.

Ahora bien, resulta del caso analizar lo contemplado en los estatutos de la colectividad para establecer la potestad de los directores territoriales en cuento al acuerdo de coalición.

Al respecto el artículo 56 estatutario establece:

“10. Autorizar, por mayoría calificada de dos terceras partes, coaliciones o alianzas programáticas y políticas con candidatos a cargos uninominales de elección popular de carácter regional o local, propuestos por otros Partidos o movimientos políticos o grupos significativos de ciudadanos, cuando la conveniencia política así lo indique...”

Contrario a lo sostenido por el actor, la competencia de avalar acuerdos de coalición en cabeza de los directorios territoriales se encuentra limitada al supuesto que sea el Partido Conservador el que quiera coaligarse a otra agrupación política, no como ocurre en el presente caso, que son otras las agrupaciones las que se coaligaron al candidato del Partido Conservador.

Por lo anterior, el hecho que el directivo local no fuera la persona que suscribió el acuerdo de coalición en nada invalida tal procedimiento, por cuanto fue el mismo representante legal del Partido Conservador, quien habilitado por la Constitución y la ley, el que avaló al señor Cesar Augusto Suárez Mira como candidato a la Alcaldía del municipio de Bello, razón suficiente para despachar negativamente el presente cargo propuesto en la impugnación.

3.3 La inscripción del demandado fue irregular al no haberse realizado consultas internas en los Partidos Políticos para respaldar la candidatura del señor Cesar Augusto Suárez Mira, producto de la coalición.

De conformidad con el artículo 29 de la Ley 1475 de 2011, normativa que regula la inscripción de candidaturas en coalición, se tiene que los partidos y movimientos políticos con o sin personería jurídica, así como los grupos significativos de ciudadanos que pretendan inscribir candidatos en coalición deben tener en cuenta los siguientes requisitos:

- 1. Que se trate de un cargo uninominal, esto es Presidente, Gobernador o Alcalde.*
- 2. Como requisito previo a la inscripción la coalición debe haber determinado los siguientes aspectos; (i) mecanismo mediante el cual se efectúa la designación del candidato, (ii) el programa que va a presentar el candidato a gobernador o alcalde, (iii) el mecanismo mediante el cual se financiará la campaña y cómo se distribuirá entre los distintos partidos y movimientos que conforman la coalición la reposición estatal de los gastos, (iv) los sistemas de publicidad y auditoría interna, (v) deberán determinar el mecanismo mediante el cual formarán la terna en los casos en que hubiere lugar a reemplazar al elegido.*
- 3. Al momento de la inscripción, en el formulario de inscripción (E-6), se debe dejar claro las agrupaciones políticas que integran la coalición y la filiación política del candidato.*
- 4. La suscripción del acuerdo de coalición tiene carácter vinculante y por tanto, los partidos y movimientos políticos y sus directivos, y los promotores de los grupos significativos de ciudadanos no podrán inscribir, ni apoyar candidato distinto al que fue designado por la coalición. La inobservancia de este precepto, será causal de nulidad o revocatoria de la inscripción del candidato que se apoye, diferente al designado en la coalición.*

De los requisitos señalados en precedencia se tiene que al momento de realizar el acuerdo de coalición, quienes pretendan suscribirlo debe detallar el mecanismo mediante el cual se efectúa la designación del candidato.

Al respecto, en el acuerdo de coalición por el cual se le otorgó el aval al señor César Augusto Suárez Mira, por parte de los Partidos Conservador, Liberal, de la “U” y Cambio Radical, en su cláusula tercera se señaló que: “La escogencia del candidato de Coalición es producto de una deliberación democrática, al interior de cada uno de los partidos coaligados y en cumplimiento de sus Estatutos, la Constitución y la Ley”.

Señalaron los impugnantes que la deliberación democrática que debió darse al interior de las agrupaciones políticas coaligadas debía provenir de la celebración de consultas ya fueran internas o populares, en las cuales los militantes, directivos, demás miembros de cada colectividad y ciudadanos en general, decidieran si se encontraban de acuerdo o no con la presente candidatura, su adhesión o coalición a ésta.

(...)

Las consultas pueden ser internas o populares. Se denominarán internas cuando en ellas sólo puedan participar los miembros de la organización política que se encuentren en el registro de afiliados. Se denominarán populares cuando puedan hacerlo todos los ciudadanos inscritos en el censo electoral. Las consultas internas se regularán por las disposiciones previstas en los estatutos de los partidos y movimientos políticos.

Las consultas convocadas por una coalición de partidos y/o movimientos políticos con personería jurídica, pueden ser internas o populares y se denominarán interpartidistas. Podrán ser convocadas con el objeto de seleccionar candidatos de coalición a cargos uninominales, previo acuerdo suscrito por sus directivos nacionales o departamentales según sea el caso. . .”

De cara a lo anterior se tiene que las consultas en cualquiera de sus modalidades, se erigieron como un mecanismo de participación democrática a través de los cuales los partidos y movimientos políticos con personería jurídica, y/o grupos significativos de ciudadanos pueden adoptar decisiones internas o escoger sus candidatos, propios o de coalición, a cargos o corporaciones de elección popular.

De la lectura de la norma tenemos que no es un imperativo legal para las colectividades políticas la celebración previa de una consulta para la selección de sus candidatos propios o por coalición, por el contrario, este mecanismo emerge como una de varias formas democráticas para la escogencia de éstos; es así como el artículo 107 Superior le permite a los partidos, movimientos y demás agrupaciones políticas auto regularse y definir de manera clara otros medios de participación en la adopción de sus decisiones.

En el presente caso no se observa vulneración alguna a las normas que reglamentan el proceso de inscripción de candidaturas, debido a que las colectividades políticas pueden sin que medie proceso de consultas, dentro del régimen de su autonomía decidir si apoyan candidatos propios o si optan por la figura de la coalición.

En cuanto a la reglamentación consagrada en los estatutos del Partido Conservador, de cara al procedimiento de coalición de candidaturas, encontramos que el artículo 126 estableció:

“Candidatos de coalición. El Partido Conservador podrá coaligarse con otros partidos o movimientos políticos con personería jurídica o con grupos significativos de ciudadanos, para inscribir candidatos de coalición, o adherir a otro candidato, para cargos uninominales. . .”

De la lectura del mencionado artículo se encuentra que la coalición se encuentra permitida y para ello no existe condicionamiento alguno previo para que otros partidos, movimientos políticos o grupos significativos de ciudadanos se coaliguen al candidato del Partido Conservador.

Por las anteriores razones este cargo tampoco tiene vocación de prosperidad.

3.4 Se declare que las agrupaciones políticas que participaron en la coalición y/o adhesión a la presente candidatura se encuentran inmersos en doble militancia.

En lo referente a este cargo, se ha de tener en cuenta, que si bien fue propuesto en el escrito inicial de la demanda, presentado el 11 de diciembre de 2015, el mismo quedó por fuera de la fijación del litigio realizado en audiencia celebrada el 4 de marzo de 2016, razón por la cual no fue tenido en cuenta al momento de ser fallado.

Advierte la Sala que al ser un cargo ajeno a la fijación del litigio y por ende no fue objeto de análisis y decisión por parte del Tribunal Administrativo de Antioquia, no hará pronunciamiento sobre el particular”.

Decisión: .DENEGAR las pretensiones de nulidad del acto de elección del señor Teófilo Cuesta Borja como Director General de la Corporación Autónoma Regional para el Desarrollo Sostenible del Chocó

–CODECHOCÓ–, para el período institucional 2016-2019, conformidad con la parte motiva de este proveído.

ADVERTIR a los sujetos procesales que contra lo resuelto no procede recurso alguno.

LUCY JEANNETTE BERMÚDEZ BERMÚDEZ
Presidente

ROCÍO ARAÚJO OÑATE
Consejera de Estado
CARLOS ENRIQUE MORENO RUBIO
Consejero de Estado
ALBERTO YEPES BARREIRO
Consejero de Estado

* * *

CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCIÓN QUINTA

Consejera ponente: ROCÍO ARAÚJO OÑATE

Bogotá D.C., primero (1) de septiembre de dos mil dieciséis (2016).

Radicación número: 05001-23-33-000-2015-02379-02

Actor: ANDRÉS TAMAYO BUITRAGO

Demandado: SERGIO OSVALDO MOLINA PÉREZ –CONCEJAL DEL MUNICIPIO DE ENVIGADO

Asunto: Confirma sentencia apelada –Doble militancia política en grupo significativo de ciudadanos, excepción parágrafo del artículo 2 de la Ley 1475 de 2011.

Extracto: “La normativa vigente distinguió entre agrupaciones políticas con o sin personería jurídica para efectos del proceso de inscripción de candidaturas, siendo que las primeras sólo requieren el aval otorgado por el respectivo representante legal o su delegado y, en caso de candidaturas a gobernaciones y alcaldías el programa de gobierno. (Artículos 108.3 y 259 de la Constitución Política). En cuanto a las segundas, esto es las agrupaciones políticas sin personería jurídica, además del respaldo popular que deben acreditar mediante la recolección de firmas de apoyo a la candidatura o lista, es preciso seguir un procedimiento consistente en que: (i) la inscripción debe efectuarse por un comité conformado por tres ciudadanos, el cual debe registrarse ante la autoridad electoral correspondiente; (ii) este registro debe efectuarse cuando menos con un mes de antelación a la fecha prevista para el cierre de la inscripción respectiva, y en todo caso, antes del proceso de recolección de firmas; y (iii) los formularios de recolección de firmas deben contener tanto las fotos de los integrantes del comité, como las de los candidatos a inscribir. Conforme a lo anterior, se tiene que la valoración hecha por los impugnantes al documento allegado por la Registraduría Especial de Bello, no corresponde a los postulados normativos que rigen la figura de representación de las agrupaciones políticas sin personería jurídica, lo anterior debido a que conforme el artículo 28 de la Ley 1475 del 2011, el comité inscriptor sólo requiere su registro ante la autoridad electoral correspondiente, esto es el registrador del estado civil, para iniciar el proceso de inscripción de la candidatura.

De conformidad con el artículo 108 de la Constitución Política: Los Partidos y Movimientos Políticos con Personería Jurídica reconocida podrán inscribir candidatos a elecciones. Dicha inscripción deberá ser avalada para los mismos efectos por el respectivo representante legal del partido o movimiento o por quien él delegue. En este mismo sentido el artículo 9 de la Ley 130 de 1994 establece: “Los partidos y movimientos políticos, con personería jurídica reconocida podrán postular candidatos a cualquier cargo de elección popular sin requisito adicional alguno. La inscripción deberá ser avalada para los mismos efectos por el respectivo representante legal del partido o movimiento o por quien él delegue. Del tenor literal

de las normas arriba transcritas se concluye que la inscripción de los candidatos provenientes de partidos o movimientos políticos con personería jurídica, debe estar avalada por el correspondiente representante legal o en la persona a quien éste delegue tal función; aval que debe ser presentado ante la autoridad electoral correspondiente quien debe dejar constancia del mismo en el formulario de inscripción (...) el hecho que el directivo local no fuera la persona que suscribió el acuerdo de coalición en nada invalida tal procedimiento, por cuanto fue el mismo representante legal del Partido Conservador, quien habilitado por la Constitución y la ley, el que avaló al señor Cesar Augusto Suárez Mira como candidato a la Alcaldía del municipio de Bello, razón suficiente para despachar negativamente el presente cargo propuesto en la impugnación.

Se tiene que los partidos y movimientos políticos con o sin personería jurídica, así como los grupos significativos de ciudadanos que pretendan inscribir candidatos en coalición deben tener en cuenta los siguientes requisitos: 1. Que se trate de un cargo uninominal, esto es Presidente, Gobernador o Alcalde, 2. Como requisito previo a la inscripción la coalición debe haber determinado los siguientes aspectos; (i) mecanismo mediante el cual se efectúa la designación del candidato, (ii) el programa que va a presentar el candidato a gobernador o alcalde, (iii) el mecanismo mediante el cual se financiará la campaña y cómo se distribuirá entre los distintos partidos y movimientos que conforman la coalición la reposición estatal de los gastos, (iv) los sistemas de publicidad y auditoría interna, (v) deberán determinar el mecanismo mediante el cual formarán la terna en los casos en que hubiere lugar a reemplazar al elegido, 3. Al momento de la inscripción, en el formulario de inscripción (E-6), se debe dejar claro las agrupaciones políticas que integran la coalición y la filiación política del candidato, 4. La suscripción del acuerdo de coalición tiene carácter vinculante y por tanto, los partidos y movimientos políticos y sus directivos, y los promotores de los grupos significativos de ciudadanos no podrán inscribir, ni apoyar candidato distinto al que fue designado por la coalición. La inobservancia de este precepto, será causal de nulidad o revocatoria de la inscripción del candidato que se apoye, diferente al designado en la coalición. De los requisitos señalados en precedencia se tiene que al momento de realizar el acuerdo de coalición, quienes pretendan suscribirlo debe detallar el mecanismo mediante el cual se efectúa la designación del candidato (...) las consultas en cualquiera de sus modalidades, se erigieron como un mecanismo de participación democrática a través de los cuales los partidos y movimientos políticos con personería jurídica, y/o grupos significativos de ciudadanos pueden adoptar decisiones internas o escoger sus candidatos, propios o de coalición, a cargos o corporaciones de elección popular. De la lectura de la norma tenemos que no es un imperativo legal para las colectividades políticas la celebración previa de una consulta para la selección de sus candidatos propios o por coalición, por el contrario, este mecanismo emerge como una de varias formas democráticas para la escogencia de éstos; es así como el artículo 107 Superior le permite a los partidos, movimientos y demás agrupaciones políticas auto regularse y definir de manera clara otros medios de participación en la adopción de sus decisiones. En el presente caso no se observa vulneración alguna a las normas que reglamentan el proceso de inscripción de candidaturas, debido a que las colectividades políticas pueden sin que medie proceso de consultas, dentro del régimen de su autonomía decidir si apoyan candidatos propios o si optan por la figura de la coalición”.

Decisión: CONFIRMAR la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo de Antioquia el 17 de mayo de 2016, conforme lo señala la parte motiva de este proveído.

DEVOLVER el expediente al Tribunal de origen para lo de su competencia.

ADVERTIR a los sujetos procesales que contra lo resuelto no procede recurso alguno.

LUCY JEANNETTE BERMÚDEZ BERMÚDEZ
Presidenta

ROCÍO ARAÚJO OÑATE
Consejera de Estado
CARLOS ENRIQUE MORENO RUBIO
Consejero de Estado
ALBERTO YEPES BARREIRO
Consejero de Estado

**CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCIÓN QUINTA**

Consejera ponente: ROCÍO ARAÚJO OÑATE

Bogotá D.C., diecinueve (19) de septiembre de dos mil dieciséis (2016)

Radicación número: 85001-23-33-000-2016-00042-02

Actor: MARYSOL ZAFRA GERENA

Demandado: JUAN MANUEL NOSSA FUENTES - PERSONERO DEL MUNICIPIO DE YOPAL

Asunto: Resuelve los recursos de apelación interpuestos por el Concejo Municipal de Yopal y Juan Manuel Nossa Fuentes, en contra de la sentencia de 16 de mayo de 2016, por la cual se accedió a las pretensiones de la demanda presentada por la señora Marysol Zafra Gerena contra la elección del señor Juan Manuel Nossa Fuentes, en su condición de Personero del Municipio de Yopal, para el período 2016-2020.

Extracto: *“Los impugnantes no demostraron que la decisión asumida por el fallador de primera instancia hubiese sido consecuencia de una errada valoración probatoria, pues de las pruebas allegadas legal y oportunamente se acreditó que el acto demandado fue proferido con violación de las normas invocadas en el concepto de violación previsto en el libelo introductorio. Por esta razón se confirmará la sentencia impugnada bajo el entendido que el acto cuya nulidad se declara es el Acta 08 de 10 de enero de 2016 y no el Acta 004 de 8 de enero de 2016, prevista en la parte resolutive de la providencia apelada.*

Por último, cabe precisar que respecto de la decisión de nulidad que mediante el presente pronunciamiento se confirma es necesario reiterar los efectos específicos que conlleva, por haberse originado la causal de expedición irregular. Es así como esta Sala Jurisdiccional en sentencia de unificación de 6 de mayo de 2016, explicó:

“En estos casos, en donde se establecen claramente los efectos, deben cumplirse en los términos dados en la sentencia debidamente ejecutoriada, tal como lo establece el inciso 6º del artículo 189 del CPACA2, aplicable por remisión del artículo 296 Ibíd.

2. En otros casos en la sentencia solo se ha declarado la nulidad del acto electoral -por irregularidades en el trámite de su expedición-, pero no se hace modulación de los efectos. Al no darse una orden en concreto, se genera incertidumbre sobre los posibles efectos de dicha declaratoria, y por tanto la Sección ha establecido posturas diferentes al respecto:

a) En sentencia de 29 de mayo de 2009, Radicación número 11001-03-28-000- 2007-00036-00, M.P. Filemón Jiménez Ochoa, esta Corporación, ante tal vacío consideró que se debía adelantar una nueva convocatoria. Al efecto sostuvo:

“(…) Si la nulidad de un acto administrativo declarada por vía jurisdiccional, tuvo como razón el procedimiento irregular para su emisión, su declaratoria cobija todo el trámite por ser elemento de la validez del acto, por ende, no es procedente, que sobre un aspecto que fue la causa de la declaración de nulidad, se cimente otro acto administrativo. Si así ocurriere, se incurriría en la misma causal de nulidad en el nuevo acto.” (…)

En esa ocasión, esta Sección fue tajante en establecer que cuando se declare la nulidad de un acto de elección por irregularidades en el trámite, es necesario llevar a cabo un nuevo procedimiento con una nueva elección.” (Negrillas fuera el texto primigenio)

Conforme con lo expuesto y visto que en el presente caso la expedición irregular se configuró a partir del acto de convocatoria resultando claro para esta Sala de Decisión que con la nulidad del acto de nombramiento, le corresponde al Concejo Municipal proceder a realizar el concurso público de méritos

de conformidad con lo previsto en la Ley 1551 de 2012 y el Decreto No. 2485 del 2 de diciembre de 2014.”.

Decisión: CONFIRMAR la sentencia proferida el 16 de mayo de 2016, por medio de la cual el Tribunal Administrativo del Casanare accedió a las pretensiones de la demanda, en el entendido que el acto cuya nulidad se declara es el Acta 08 de 10 de enero de 2016 y no el Acta 004 de 8 de enero de 2016.

DEVOLVER el expediente al Tribunal de origen para lo de su competencia.

ADVERTIR a los sujetos procesales que contra lo resuelto no procede recurso alguno.

LUCY JEANNETTE BERMÚDEZ BERMÚDEZ

Presidenta

Salva Voto

ROCÍO ARAÚJO OÑATE

Consejera de Estado

CARLOS ENRIQUE MORENO RUBIO

Consejero de Estado

ALBERTO YEPES BARREIRO

Consejero de Estado

Salvamento de voto de consejera Lucy Jeannette Bermudez

Extracto: *“Con el acostumbrado respeto, manifiesto las razones por las cuales salvo mi voto en la providencia de la Sala con la cual se decidió confirmar la sentencia de 16 de mayo de 2016, donde el Tribunal Administrativo del Casanare declaró la nulidad del Acta 008 de 10 de enero de 2016, ‘... por medio del cual el Concejo de Yopal declaró la elección del señor Juan Manuel Nossa Fuentes, como Personero Municipal para el periodo 2016-2020...’.”.*

(...) estimo que la simple confrontación entre el artículo 35 de la Ley 1551 de 2012 con la Resolución No. 126 de 2015, que es la convocatoria al concurso de Personero, si bien se agregó un requisito que no estaba previsto en la ley, como se afirmó en la demanda, no implicó una limitación al acceso del concurso, que ameritara declarar la nulidad.

En sí, mi objeción frente a la decisión de la Sala radica en que los cargos alegados con la demanda se cimentaron en la afectación del derecho a participar de los aspirantes, pues, en la medida en que mejores candidatos no pudieron continuar en el concurso, entonces el demandado resultó vencedor como consecuencia de adelantar la convocatoria.

Y resulta que objetivamente ocurrieron ambas circunstancias, es decir, se impuso una limitante en la convocatoria que no estaba en la ley y se alteró el desarrollo del concurso mediante una modificación; pero lo cierto es que ningún análisis se realizó en la sentencia frente a la afectación de alguno de los aspirantes o para establecer si tales cambios en situaciones se presentaron de manera que beneficiara al demandado.

Conforme a lo anterior, no comparto el que se haga un examen en abstracto de las normas, pues estimo que no es acertado afirmar que cualquier diferencia de trato constituye una vulneración al derecho a la igualdad. A lo que se suma que, en concreto, no se acreditó una diferencia de trato en el presente caso, que implicara el rechazo de alguno de los candidatos o el favorecimiento del accionado, de manera que el acto de elección, a mi juicio, no debía ser declarado nulo hasta tanto no se determinara la incidencia de las alegadas irregularidades en el trámite de la convocatoria.

CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCIÓN QUINTA

Consejera ponente: ROCÍO ARAÚJO OÑATE

Bogotá D.C., diecinueve (19) de septiembre de dos mil dieciséis (2016)

Radicación número: 44001-23-33-000-2015-00172-01

Actor: AMILKAR HERNANDO GÓMEZ TORO

Demandado: EVER DAVID QUINTANA RODRÍGUEZ CONCEJAL DEL MUNICIPIO DE RIOHACHA

Asunto: Apelación de sentencia –Accede a las pretensiones de la demanda- Agotamiento del requisito de procedibilidad.

Extracto: *“Siendo así las cosas y teniendo claro que las irregularidades puestas en conocimiento hacen referencia a falsedades en los formularios electorales, corresponde analizar si conforme con los criterios establecidos por esta Sala, se puede entender que lo alegado por el actor ante las autoridades electorales se constituye como el agotamiento del presupuesto procesal del requisito de procedibilidad. A continuación las características que se deben tener en cuenta para ello:*

1. Legitimación: No se observa objeción alguna debido a que conforme al numeral 6 del artículo 161 de la Ley 1437 de 2011 cualquier persona puede agotar el requisito de procedibilidad. En este caso quien presentó los requerimientos fue quien apodera hoy día judicialmente al demandante.

2. Oportunidad: Hace referencia a que el requisito de procedibilidad sea ejercido antes de la declaratoria de la elección.

Conforme con el Acta General de Escrutinio, se tiene que la elección fue declarada el 6 de noviembre de 2015 a las 5:32 p.m y, el documento en el que el demandante pone de presente las irregularidades presentadas en el escrutinio fue radicado según lo señala la Resolución No. 001 de 2015, el 31 de octubre de 2015, esto es, antes de la declaratoria de la elección, sin embargo de ésta no obra copia en el expediente por ende no será tenido en cuenta, más aún cuando no se tiene certeza de lo allí solicitado.

No obstante, mediante derecho de petición radicado ante la Comisión Escrutadora Departamental de La Guajira, antes de la declaratoria de la elección, esto es, el 3 de noviembre de 2015, el apoderado judicial del demandante detalló mesa a mesa de la zona 2 y zona 1 las irregularidades allí ocurridas, para que ésta las subsanara.

De ello da cuenta la misma Comisión Escrutadora Departamental el 4 de noviembre de 2015, al expedir la Resolución No. 008, con la cual resolvió confirmar la decisión adoptada mediante la Resolución No. 001 de 2015. Al respecto señaló: “...Al momento de entrar a resolver el recurso, ingresa, el 3 de noviembre a las 4:35 de la tarde, luego de leído el escrutinio del municipio de Riobacha sin haberse presentado reclamaciones en esta instancia Departamental, un derecho de petición, presentado por el mismo profesional del derecho, el cual parece más bien un alegato argumentativo reforzando el recurso interpuesto en la instancia del escrutinio municipal, dado que refiere sobre los mismos hechos de la inconformidad, para rematar pidiendo se haga revisión de actas E-14 y E-24 de los puestos de votación...”

Siendo así las cosas, se tiene claro que el escrito en el cual se ponen de presente las irregularidades del escrutinio zonal, fueron radicadas en tiempo, esto es, antes de la declaratoria de la elección y ante la autoridad electoral competente.

3. Objeto: Su finalidad es someter a examen de la autoridad electoral correspondiente la presunta irregularidad, para así obtener de ésta la toma de acciones oportunas que protejan la voluntad popular.

4. Consecuencia jurídica: La solicitud permite que frente a las mismas censuras planteadas ante la autoridad electoral se pueda concurrir a ejercitar la acción de nulidad electoral, con independencia de si fueron decididas o no.

Hasta lo aquí resuelto, la Sala encuentra que los escritos presentados por el hoy apoderado judicial del demandante cumplen con los criterios para dar por agotado el requisito de procedibilidad. Sin embargo, se analizará a renglón seguido la apreciación hecha por el accionante, en la cual manifiesta que en el expediente no obra copia de la “reclamación”.

4.2.2 Adicionó su argumento de impugnación con el hecho que el demandante no aportó con la demanda los documentos con los que supuestamente hizo las reclamaciones ante las comisiones escrutadoras, haciendo con ello nula la posibilidad de conocimiento por parte del demandado de las razones por las que considera aquel se le violentaron sus derechos.

Al respecto se ha de señalar que si bien es cierto, no obra en el expediente el escrito presentado por el apoderado judicial del demandante del 31 de octubre de 2015, al que hace referencia la Resolución No. 001 de 2015, proferida por la Comisión Escrutadora Municipal, no menos cierto es que si reposa el derecho de petición de fecha 3 de noviembre de 2016, radicado ante la Comisión Escrutadora Departamental de La Guajira, en el cual se puede extraer con plena claridad la zona-puesto-mesa en que señaló el actor se presentaron las diferencias entre el E-14 y el E-24.

De la misma manera, reposa en el plenario copia de la Resolución No. 008 de 2015, con la cual, la Comisión Escrutadora Departamental (General) resolvió un recurso de apelación y señaló en detalle y con claridad en su texto, las motivaciones que tuvo el actor para solicitar la revisión del escrutinio. En el mismo se lee: “... para rematar pidiendo se haga revisión de actas E-14 y E-24 de los puestos de votación que se refieren a continuación:

Zona 2 mesa No. 7 puesto Denzil Escolar

Zona 2 mesa No. 8 puesto Denzil Escolar

Zona 2 mesa No. 9 puesto Denzil Escolar

Zona 2 mesa No. 14 puesto Denzil Escolar

Zona 1 mesa No. 9 puesto Liceo Padilla...”

Confrontado lo anterior con los hechos y las pretensiones de la demanda se tiene que son coincidentes, salvo en lo que tiene que ver con la Zona 2 mesa No. 14 puesto Denzil Escolar, que no fue objeto demanda.

No puede el demandado válidamente señalar que no existe documento en el presente proceso que demuestre el agotamiento del requisito de procedibilidad y, menos que a lo largo del proceso no supo con exactitud de que defenderse por no conocer la “reclamación” hecha por el demandante en sede administrativa, esto es, ante las Comisiones Escrutadoras de La Guajira, dado que conforme lo señalado en precedencia, de las pruebas que legal y oportunamente fueron allegadas al proceso se tiene con claridad cuál fue el objeto y la razón de ser del presente medio de control.

Teniendo en cuenta que se encuentra plenamente demostrado el agotamiento del requisito de procedibilidad, se procederá a confirmar la decisión proferida por el a-quo, salvo en lo que tiene que ver en el resultado del escrutinio realizado, por cuanto en él se sumaron los votos de la zona 1 mesa No. 9 puesto Liceo Padilla, como a continuación se explicará:

ZONA- PUESTO-MESA	CANDIDATO	E-14	E-24 Auxiliar	Acta de Escrutinio
Z 001-P 003-M 009	Amilkar Hernando Gómez Toro	5 votos	0 votos	No se encuentra en el expediente copia del acta.

Siendo que en el expediente no obra copia del acta de escrutinio de la Comisión Auxiliar que tenía a cargo la Zona No. 1 del Municipio de La Guajira, conlleva a que no se pueda constatar por parte del Juez Electoral si tal diferencia obedeció a una falsedad o a una justa causa como lo sería la existencia de alguna reclamación, razón por la cual, esta votación no podrá tenerse en cuenta al momento de realizar el nuevo escrutinio.

Abora bien, previa verificación de la votación obtenida por los señores Amilkar Hernando Gómez Toro y Ever David Quintana Rodríguez, resulta del caso aclarar que en el presente no se utilizará el método de afectación porcentual o proporcional que la Sala Electoral ha implementado en su jurisprudencia desde años atrás, con el único propósito de reflejar en forma más fidedigna la realidad en los escrutinios, toda vez que si bien en tratándose corporaciones de elección popular con más de dos cargos a proveer, por regla general, es éste el método empleado para determinar la incidencia de las irregularidades comprobadas en el escrutinio respectivo, lo anterior, debido a que el a-quo señaló con claridad, como en efecto lo corroboró la Sección Quinta, que las presentes irregularidades se dan entre dos candidatos dentro del mismo Partido (Partido de la “U”), cuya votación no logra alterar el resultado electoral plasmado en el formulario E-26CON respecto de los demás Partidos que participaron en la contienda, siendo viable hacer el análisis comparativo a partir de la votación irregular comprobada entre los dos candidatos en disputa.

Así las cosas y, para el caso en concreto se tiene que el demandado tal y como aparece en el formulario E-26 resultó electo con 777 votos, pero, conforme lo probado, en realidad obtuvo 7 votos menos según consta en el cuadro que se anexa:

ZONA- PUESTO-MESA	CANDIDATO	E-14 ¹	E-24 ² Auxiliar	Acta de Escrutinio ³
Z 002-P 008-M 007	Ever David Quintana Rodríguez	0 votos	5 votos	Sin justificación
Z 002-P 008-M 008	Ever David Quintana Rodríguez	0 votos	1 voto	Sin justificación
Z 002-P 008-M 009	Ever David Quintana Rodríguez	0 votos	1 voto	Sin justificación

La Sala después de comparar estos resultados con los que se plasmaron en el acto demandado (formulario E-26), concluye que la falsedad en los registros electorales, si modifica el resultado de la elección, dado que el señor Ever David Quintana quedará con 770 votos, mientras que el señor Amilkar Hernando Gómez Toro quedará con 776 votos y no con 781 votos como lo afirmó el Tribunal Administrativo de La Guajira, por las razones expuestas en precedencia.

5. Conclusión.

De las pruebas obrantes en el proceso y que fueron incorporadas de manera legal y oportunamente, se tiene que el demandante agotó en debida forma el requisito de procedibilidad, conforme lo señalado en la parte motiva de este proveído. En consecuencia, la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo de La Guajira será confirmada”.

Decisión: CONFIRMAR la sentencia proferida el 15 de junio de 2016, por medio de la cual el Tribunal Administrativo de La Guajira accedió a las pretensiones de la demanda, modificando la votación del señor Amilkar Hernando Gómez Toro, conforme la parte motiva de este proveído.

EXHORTAR a la Secretaría del Tribunal Administrativo de La Guajira, para que en lo sucesivo notifique los autos admisorios de las demandas de nulidad electoral conforme las reglas establecidas en el artículo 277 de la Ley 1437 de 2011.

EXHORTAR a los Magistrados del Tribunal Administrativo de La Guajira, para que en lo sucesivo resuelva las excepciones previas o mixtas en el transcurso de la audiencia inicial, lo anterior en cumplimiento de lo consagrado en los artículos 283 y 180.6 de la Ley 1437 de 2011.

Rocío Araújo Oñate

DEVOLVER el expediente al Tribunal de origen para lo de su competencia.

ADVERTIR a los sujetos procesales que contra lo resuelto no procede recurso alguno.

LUCY JEANNETTE BERMÚDEZ BERMÚDEZ
Presidenta

ROCÍO ARAÚJO OÑATE
Consejera de Estado
CARLOS ENRIQUE MORENO RUBIO
Consejero de Estado
ALBERTO YEPES BARREIRO
Consejero de Estado

* * *

CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCIÓN QUINTA

Consejera ponente: ROCÍO ARAÚJO OÑATE

Bogotá D.C., veintinueve (29) de septiembre de dos mil dieciséis (2016).

Radicación número: 13001-23-33-000-2016-00103-01

Actor: HERNANDO DOMINGO TRUCCO PUELLO

Demandado: ACTO DE ELECCIÓN DE ERICH NIJINSKY PIÑA FÉLIX –CONCEJAL DEL DISTRITO DE CARTAGENA–

Asunto: Sentencia por medio de la cual se confirma la decisión apelada –Aplicación de la inhabilidad consagrada en el artículo 19 de la Ley 53 de 1990–.

Extracto: “Según la demanda, el señor Erich Nijinsky Piña Félix al momento de su elección como Concejal del Distrito de Cartagena de Indias para el período 2016-2019 se encontraba incurso en la causal de inhabilidad prevista en el artículo 19 de la ley 53 de 1990, por cuanto existía parentesco en cuarto grado de consanguinidad con Mario Andrés Félix Monsalve, quien para el mismo momento en que ocurrió la elección del concejal ocupaba el cargo de Contralor de ese ente territorial.

La norma presuntamente vulnerada dispone:

“Artículo 19 de la Ley 53 de 1990: Los Concejales principales y suplentes, no podrán ser nombrados empleados oficiales del respectivo municipio, a menos que fuese en los cargos de Alcalde, por designación o nombramiento. En tal caso se producirá pérdida automática de su investidura, a partir de la fecha de su posesión.

El cónyuge, compañero o compañera permanente, ni los parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad, segundo de afinidad o primero civil del Alcalde, de los Concejales principales o suplentes, del Contralor, del Personero, del Secretario del Concejo, de los Auditores o Revisores, no podrán ser nombrados ni elegidos para cargo alguno en ninguna dependencia del respectivo municipio, ni contratar con el mismo, dentro del período para el cual fueron elegidos. No se dará posesión a quien fuere nombrado o elegido violando este artículo, previa comprobación”. (Subrayas y negrillas fuera del texto)

Para que se configure la causal arriba transcrita se requiere que se den de manera concurrente los siguientes elementos:

(i) La existencia del vínculo por matrimonio, unión permanente o de parentesco en cuarto grado de consanguinidad, segundo de afinidad o primero civil, entre el concejal elegido y el Contralor.

(ii) Que el nombramiento o la elección se produzcan dentro del mismo período.

(iii) Que la persona vinculada por el mencionado grado de parentesco con el Contralor sea nombrada o resulte elegida para algún cargo en una dependencia del respectivo municipio.

Teniendo claros los elementos que integran la causal de inhabilidad a estudiar, el presente caso se analizará conforme con el material probatorio legal y oportunamente allegado al expediente para determinar si dicha causal se configura o si, por el contrario, se debe mantener incólume la decisión de primera instancia.

4.1 De la existencia del vínculo de consanguinidad

En el presente proceso se encuentra plena prueba de la existencia de parentesco en cuarto grado de consanguinidad entre el Contralor Distrital de Cartagena, señor Mario Andrés Félix Monsalve y el señor Erich Nijinsky Piña Félix.

Lo anterior por cuanto obra prueba legal y oportunamente allegada al proceso de tal parentesco, al respecto se encuentran los registros civiles de nacimiento de los señores Mario Andrés Félix Monsalve y Erich Nijinsky Piña Félix, en los que constan que provienen de un mismo tronco común.

Al respecto se tiene que: i) los padres del señor Erich Nijinsky Piña Félix son los señores Gloria Félix Pérez y Jorge Tulio Piña Leal, ii) mientras que los padres de Mario Andrés Félix Monsalve son los señores Luz Dary Monsalve Escobar y Enrique Félix Pérez; iii) a su turno de los registros civiles que obran a folios 34 y 35 del cuaderno principal No. 1 se tiene que tanto el demandado como quien fungió como Contralor Distrital de Cartagena, provienen de un mismo tronco común, dado que los señores Carlos Félix y Nicolasa Pérez son los padres de los señores Gloria Félix Pérez (madre del concejal Piña Félix) y Enrique Félix Pérez (padre del Contralor Distrital), es decir, son primos.

Con lo anterior queda plenamente probada la existencia del parentesco en cuarto grado de consanguinidad entre los señores Erich Nijinsky Piña Félix y Mario Andrés Félix Monsalve.

4.2 Que el nombramiento o la elección se produzcan dentro del mismo período

En cuanto a la concurrencia en el tiempo del nombramiento del Contralor Distrital y la elección del Concejal de Cartagena, se tiene que:

De la elección del Contralor Distrital de Cartagena: el señor Mario Andrés Félix Monsalve se posesionó en el cargo el 16 de enero de 2012 para el período comprendido entre enero de 2012 a 31 de diciembre de 2015.

De la elección del concejal del Distrito de Cartagena: el señor Erich Nijinsky Piña Félix resultó electo como Concejal del Municipio de Cartagena para el período 2016-2019 el 25 de octubre de 2015, conforme lo señala el formulario E26 CON.

En el caso concreto se debe hacer énfasis en que el acto de elección del Concejal del Distrito de Cartagena ocurrió el 25 de octubre de 2015, es decir, cuando aún se encontraba en ejercicio el Contralor Distrital, dado que su período, conforme obra en el proceso, fue hasta el 31 de diciembre de ese mismo año.

Con ello, se tiene el cumplimiento del segundo requisito contemplado en la norma presuntamente trasgredida.

Para finalizar, se estudiará el tercer elemento constitutivo de la inhabilidad consagrada en el artículo 19 de la Ley 53 de 1990, con el fin de determinar su ocurrencia en función de definir si es procedente o no a declarar la nulidad del acto de elección demandado.

4.3 Que la persona vinculada por el mencionado grado de parentesco con el Contralor sea nombrada o resulte elegida para algún cargo en una dependencia del respectivo municipio

En este caso, se reprocha que el señor Nijinsky Piña resultara elegido como Concejal Distrital de Cartagena de Indias para el periodo 2016-2019, por cuanto su primo (pariente en cuarto grado de consanguinidad) ejercía el cargo de Contralor Distrital para la fecha en que resultó elegido. Para dilucidar esta situación es necesario considerar:

4.3.1 Naturaleza de las Contralorías Municipales y Distritales

El artículo 272 de la Constitución Política dispone:

“La vigilancia de la gestión fiscal de los departamentos, distritos y municipios donde haya contralorías, corresponde a éstas y se ejercerá en forma posterior y selectiva.

La de los municipios incumbe a las contralorías departamentales, salvo lo que la ley determine respecto de contralorías municipales.

Corresponde a las asambleas y a los concejos distritales y municipales organizar las respectivas contralorías como entidades técnicas dotadas de autonomía administrativa y presupuestal. (...)”

De lo anterior se concluye que le correspondía al Concejo Distrital o Municipal la creación y organización de la Contraloría territorial, sin que ello implique una subordinación respecto de esta corporación, puesto que el ordenamiento constitucional, a partir de la estructura fundamental del Estado prevista en el artículo 113, establece que las contralorías son órganos autónomos e independientes y, por lo mismo, no guardan relación de jerarquía y subordinación respecto de ninguna rama u órgano del Estado.

Así las cosas, en virtud de su carácter autónomo e independiente, en manera alguna se podría sostener que este órgano de control territorial constituye una dependencia del respectivo municipio.

4.3.2 Naturaleza del Concejo Municipal

Dentro del Título XI Capítulo 3 de la Constitución Política se encuentra lo concerniente al régimen municipal. En su artículo 311 se establecieron las obligaciones a cargo de la entidad territorial, a saber: “Al municipio como entidad fundamental de la división político-administrativa del Estado le corresponde prestar los servicios públicos que determine la ley, construir las obras que demande el progreso local, ordenar el desarrollo de su territorio, promover la participación comunitaria, el mejoramiento social y cultural de sus habitantes y cumplir las demás funciones que le asignen la Constitución y las leyes.

A renglón seguido, el artículo 312 preceptúa: “En cada municipio habrá una corporación político-administrativa elegida popularmente para periodos de cuatro (4) años que se denominará concejo municipal, integrado por no menos de 7, ni más de 21 miembros según lo determine la ley de acuerdo con la población respectiva. Esta corporación podrá ejercer control político sobre la administración municipal.

La ley determinará las calidades, inhabilidades, e incompatibilidades de los concejales y la época de sesiones ordinarias de los concejos. Los concejales no tendrán la calidad de empleados públicos.

La ley podrá determinar los casos en que tengan derecho a honorarios por su asistencia a sesiones.

Su aceptación de cualquier empleo público constituye falta absoluta”.

Del contenido de las normas constitucionales transcritas se desprende que, en estricto sentido, de ninguna manera el Concejo Municipal puede ser considerado una dependencia del respectivo. Para inequi-

voca corroboración de esta lectura de las normas constitucionales bajo estudio, es pertinente traer a colación lo expuesto al respecto por la Corte Constitucional en los siguientes términos:

“...Sin duda los concejos municipales son corporaciones públicas del nivel territorial municipal, pero ni constitucional ni legalmente se las ha definido como pertenecientes a la administración central o descentralizada municipal. En esa medida existe una laguna normativa en la materia que no puede ser colmado interpretativamente, al menos en materia sancionatoria, con una postura que amplíe una disposición legal que establece una inhabilidad, la cual a su vez sirve como fundamento para configurar una falta disciplinaria porque acoge una interpretación extensiva la cual como se ha sostenido de manera reiterada, resulta constitucionalmente prohibida en estos casos...”

Así las cosas, al no poder ser considerado el Concejo Municipal como una dependencia del respectivo municipio, encuentra esta Sala que no se cumple el tercer y último requisito del artículo 19 de la Ley 53 de 1990.

Finalmente, cabe agregar que si bien en el presente asunto no se ha configurado la inhabilidad alegada por el demandante, porque la norma en que la fundamentó está, como se vio, restringida a evitar que personas ligadas con autoridades del orden municipal sea nombradas y elegidas en cargos en dependencias del respectivo municipio, esta ineludible conclusión en manera alguna implica una flexibilización del principio de transparencia que tiene la finalidad de hacer prevalecer el interés general y, por esa vía, evitar el nepotismo en la administración territorial, proscribir el intercambio de favores entre autoridades públicas e impedir la desarticulación del sistema de controles de la función pública dentro del municipio o distrito.

Lo anterior porque el régimen de inhabilidades e incompatibilidades para quienes ejercen autoridad civil, política y administrativa dentro de los entes territoriales no se limita a lo establecido en el artículo 19 de la Ley 53 de 1990, sino que se complementa con una serie significativa de disposiciones que, en conjunto, componen un sistema idóneo de protección de ese principio rector de la función administrativa que es el de transparencia, en los términos de lo dispuesto en el artículo 209 de la Constitución.

Como consecuencia de lo visto, la Sala en forma correspondiente con la fijación del litigio aceptado por las partes del proceso concluye que el caso en estudio no se subsume dentro de los supuestos de hecho de la disposición invocada, puesto que su ámbito de protección recae en la inhabilidad para vinculados y parientes de las autoridades locales de ser nombrados o elegidos en cargos en dependencias del municipio. Como se vio, la Contraloría Distrital no es una dependencia del ente territorial, así como tampoco lo es el Concejo.

En razón de lo anterior y al no resultar configurado uno a de los elementos constitutivos de la inhabilidad consagrada en el artículo 19 de la Ley 53 de 1990, esta Sala no declarará la nulidad del acto de elección demandado.

Decisión: CONFIRMAR la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo de Bolívar el 8 de septiembre de 2016, pero por las razones expuestas en la parte considerativa de este proveído.

DEVOLVER el expediente al Tribunal de origen para lo de su competencia.

ADVERTIR a los sujetos procesales que contra lo resuelto no procede recurso alguno.

LUCY JEANNETTE BERMÚDEZ BERMÚDEZ
Presidenta

ROCÍO ARAÚJO OÑATE
Consejera de Estado
CARLOS ENRIQUE MORENO RUBIO
Consejero de Estado
ALBERTO YEPES BARREIRO
Consejero de Estado

CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCIÓN QUINTA

Consejera ponente: ROCÍO ARAÚJO OÑATE

Bogotá D.C., veintinueve (29) de septiembre de dos mil dieciséis (2016)

Radicación número: 05001-23-33-000-2015-02495-02

Actor: IVÁN DARÍO MEJÍA MOLINA

Demandado: ACTO DE ELECCIÓN DE JOSÉ EFRAÍN ECHEVERRY GIL COMO CONCEJAL DEL MUNICIPIO DE ENVIGADO

Asunto: **Apelación de sentencia** –Niega las pretensiones de la demanda- reitera posición doble militancia en grupos significativo de ciudadanos.

Extracto: “El apoderado judicial del demandante sustentó sus pretensiones en el hecho de que el señor José Efraín Echeverry Gil se encuentra incurso en la prohibición de doble militancia, por haber sido elegido como concejal del municipio de Envigado para el periodo 2012-2015, por el grupo significativo de ciudadanos por ti Envigado y no obstante lo cual se inscribió como candidato al mismo Concejo municipal para las elecciones del 25 de octubre de 2015 por el Partido Liberal Colombiano, sin que mediara renuncia a dicho grupo significativo de ciudadanos con doce (12) meses de anticipación o a la corporación pública en la cual resultó nuevamente electo.

Teniendo en cuenta lo precedente corresponde a la Sala analizar cada uno de los argumentos de apelación presentados por el demandante, a saber: i) la presunta contradicción del fallo proferido por el a-quo con las sentencias T-469 de 1992 y C-490 de 2011, ii) diferencias entre partidos, movimientos políticos y grupos significativos de ciudadanos y iii) la vigencia del grupo significativo de ciudadanos (disolución y liquidación).

3.1 De la interpretación errónea hecha por el a-quo en cuanto a la definición de grupo significativo de ciudadanos

Siendo que uno de los argumentos de impugnación consiste en que el a quo malinterpretó en su fallo lo que es un grupo significativo de ciudadanos, contraviniendo con ello las sentencias de la Corte Constitucional T-469 de 1992 y C-490 de 2011, se hace necesario, en primer lugar, realizar un estudio de las providencias en mención para luego determinar su aplicación al caso en concreto. Luego de ello, conforme con la ley y la jurisprudencia constitucional, corresponde determinar qué es un grupo significativo de ciudadanos y su diferencia con las demás agrupaciones políticas.

(...)

3.2.1 De la doble militancia en el caso concreto

Señaló el accionante que el señor Echeverry Gil ejerció para el periodo 2012-2015 como concejal de Envigado en representación del grupo significativo de ciudadanos por ti Envigado, tal y como consta en la certificación que para ello expidió la Secretaria General de dicho grupo, sin que mediara renuncia a su cargo con al menos 12 meses de antelación a su inscripción por otra colectividad.

Desde la contestación de la demanda se encuentra como argumento de defensa que, de conformidad con la excepción consagrada en el parágrafo del artículo 2 de la Ley 1475 de 2011, tal prohibición no es imputable al concejal Echeverry Gil por cuanto el grupo significativo de ciudadanos por ti Envigado fue disuelto a través del acta No. 001 del 17 de junio de 2015.

Por tanto, corresponde analizar la norma invocada por el demandado para determinar si se encuentra cobijado por esa única excepción que existe en materia de doble militancia, a saber:

(...)

Como se puede ver, este párrafo constituye una verdadera excepción al régimen de la doble militancia al prever que, en los casos en que la agrupación política sea disuelta o pierda la personería jurídica, se deja en libertad a los ciudadanos que hayan pertenecido a ella y quieran hacer parte de otra, sin incurrir en doble militancia.

Debe aclararse que si bien esta excepción se refiere específicamente a partidos y movimientos políticos, ha de entenderse que también se aplica a los grupos significativos de ciudadanos de conformidad con la interpretación extensiva que la Corte Constitucional acogió en aquella sentencia C-490 de 2011, cuando señaló: “ante la inexistencia del partido o movimiento político de origen, configuraría una carga desproporcionada impedir que sus miembros pudieran optar por pertenecer a otra agrupación política, pues ello restaría toda eficacia al derecho político previsto en el artículo 40-3 C.P. Además, la excepción planteada no afecta la estabilidad ni la disciplina del sistema de partidos, puesto que en sentido estricto no puede concluirse la existencia de doble militancia cuando una de las agrupaciones políticas ha perdido vigencia y, por ende, su programa de acción política no puede ser jurídicamente representado”. (Negrillas fuera de texto)

Denota lo anterior que para que se estructure la excepción del párrafo del artículo 2 de la Ley 1437 de 2011 ha de tenerse en cuenta la pérdida de vigencia de la agrupación política, porque en esas condiciones no es viable la representación de su programa de acción, rompiéndose con ello la vocación de permanencia.

En el caso concreto, el señor José Efraín Echeverry Gil, en escrito del 1º de diciembre de 2015, remitió al a quo copia auténtica el acta No. 001 expedida el 17 de junio de 2015, por medio de la cual quienes inscribieron el Comité Promotor del grupo significativo de ciudadanos por ti Envigado y quienes resultaron electos en representación de dicha colectividad decidieron su disolución.

Del análisis del material probatorio se tiene entonces que el grupo significativo de ciudadanos perdió así su vigencia por la voluntad de quienes hacían parte de esa agrupación política, como se demostró con el acta disolutoria, que nos permite deducir con toda claridad que quienes lo constituyeron no tienen el deseo de continuar, determinación que confirma su carencia de vocación de permanencia.

No se puede entender, como lo plantea el demandante en su impugnación, que la disolución era una maniobra del señor Echeverry Gil para eludir la prohibición de doble militancia sobre la base supuesta de que la figura de la disolución es exclusiva de los partidos y movimientos políticos con personería jurídica, puesto que, como se dejó explicado con fundamento en la decisión de constitucionalidad analizada, cabe extender la figura a los grupos significativos de ciudadanos que, como en este caso ocurrió, hicieron una manifestación inequívoca de disolución que tiene validez para la aplicación de la excepción estudiada.

Extender en este caso en concreto la existencia del grupo significativo de ciudadanos hasta la fecha precisa de su “disolución” entendiendo esta figura en sentido estricto, sería condenar a quienes hicieron parte de él a una carga desproporcionada que vaciaría de contenido el artículo 40.3 de la Constitución Política al restarle eficacia al derecho político allí previsto, más aún –se itera– cuando quienes integran el comité promotor manifestaron su intención de disolver el grupo significativo.

Lo discurrido por la Sala permite inferir que el señor Echeverry Gil no se encontraba en la obligación de renunciar a la curul de concejal del municipio de Envigado para el periodo 2012-2015, debido a que estaba cobijado por la excepción prevista en el párrafo del artículo 2 de la Ley 1437 de 2011.

Al respecto, en un primer acercamiento a la figura de doble militancia y la aplicación de su excepción, la Sala sentó las siguientes bases teóricas:

“... forzoso se torna en concluir que la figura de doble militancia cobija a todas las agrupaciones políticas sin importar que de ellas se predique que poseen o no personería jurídica.

Sin embargo esta afirmación no es absoluta, dado que el artículo 2° de la Ley 1475 de 2011 contempla en su parágrafo una excepción en materia de doble militancia que es aplicable a cualquiera de los eventos en que ésta pueda presentarse, al respecto encontramos: “ Las restricciones previstas en esta disposición no se aplicarán a los miembros de los partidos y movimientos políticos que sean disueltos por decisión de sus miembros o pierdan la personería jurídica por causas distintas a las sanciones previstas en esta ley, casos en los cuales podrán inscribirse en uno distinto con personería jurídica sin incurrir en doble militancia.” Negrilla propia.

(...)

Esta excepción no contempla límite temporal, razón por la cual no puede alegarse la existencia del grupo significativo de ciudadanos al momento de la inscripción de la candidatura del señor Molina Pérez por un partido político con personería jurídica dado que, al momento en que esta ocurrió ya obraba manifestación de quien integró el comité promotor de estar vigentes hasta el 31 de diciembre de 2015”.

Con posterioridad, en el mismo sentido y citando expresamente la decisión anterior, la Sala señaló:

“De otro lado, se aportó al expediente el oficio de 12 de junio de 2015 de la Registraduría Nacional, mediante el cual se dejó constancia de que el grupo significativo de ciudadanos “UNIDOS HACEMOS MÁS POR ITAGÜT” no presentó candidaturas para las elecciones de 2015.

De manera que era claro que el grupo significativo fue creado por un lapso de tiempo específico, lo cual concuerda con la naturaleza de estos grupos.

Entonces, al tener una vocación temporal se entiende que el grupo significativo de personas se disolvía y el demandado quedaba autorizado para inscribirse en otro partido o movimiento político.

En el sub judice, teniendo en cuenta la falta de vocación de permanencia, que además de la naturaleza de la figura del “Grupo Significativo de Ciudadanos” se reafirma con el hecho de que no presentó candidatos para las elecciones realizadas en octubre de 2015 y algunos de sus miembros optaron por inscribirse en otros partidos, los hechos se enmarcan dentro de la excepción consagrada en el parágrafo del artículo 2° de la ley 1475 de 2011, así definido en anterior ocasión por esta Sala de Decisión así:

“Por manera que, al contrastar el parágrafo del artículo 2° de la ley 1475 de 2011 con el hecho que el grupo significativo de ciudadanos se encuentre vigente hasta el 31 de diciembre de 2015, denota la falta de vocación de permanencia del mismo dado que su razón de ser desaparecerá con el vencimiento del período del señor Molina Pérez”.

Por lo anterior, la Sala concluye que no considera que el demandado haya incurrido en doble militancia, pues el grupo significativo al que pertenecía se disolvió.”

Luego, en igual sentido reiteró esta Sección:

“... No se demostró que “Ciudadanos por Villavicencio” tuviera vocación de permanencia más allá del periodo 2012-2015, pues ninguna de las pruebas aportadas hace referencia a su duración ni se allegó el documento de conformación de manera que se pudiera establecer dicho aspecto.

Al no haberse probado que el grupo significativo de ciudadanos se extendería al periodo siguiente para el cual fue conformado, es decir, que se prolongaría al periodo 2016-2019, y teniendo en cuenta que la naturaleza de dicha organización le imprime un carácter coyuntural, se impone concluir que su carácter fue temporal, circunscrito al periodo 2012-2015.

Lo anterior implica que, a partir de lo dispuesto en el parágrafo del artículo 2° de la Ley 1475 de 2011, la vigencia de “Ciudadanos por Villavicencio” se extendió hasta el 31 de diciembre de 2015, lo que evidencia su falta de vocación de permanencia dado que su razón de ser desapareció con la culminación del periodo del señor Bobadilla Piedrabita.

Ahora bien, como la excepción contemplada en dicha norma no fija un límite temporal, no puede alegarse la existencia del grupo significativo de ciudadanos al momento en el que el señor Bobadilla Piedrabita se inscribió por el Partido Alianza Verde –partido con personería jurídica-, puesto que aquél se extinguiría el 31 de diciembre de 2015.”

Ahora bien, cabe agregar que a la fecha no obra prueba de que el grupo significativo de ciudadanos por ti Envigado hubiera postulado candidatos con miras al proceso electoral de 2015 y al existir acta disolutoria No. 001 del 17 de junio de 2015 puede decirse que no existió vocación de permanencia del grupo significativo de ciudadanos, razón por la cual al momento de la inscripción de la candidatura del señor José Efraín Echeverry Gil con el aval de una agrupación política distinta, éste se encontraba relevado de la obligación de dimitir de su cargo de concejal con 12 meses de antelación por estar amparado por la excepción consagrada en el parágrafo del artículo 2 de la Ley 1475 de 2011”.

Decisión: CONFIRMAR la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo de Bolívar el 8 de septiembre de 2016, pero por las razones expuestas en la parte considerativa de este proveído.

DEVOLVER el expediente al Tribunal de origen para lo de su competencia.

ADVERTIR a los sujetos procesales que contra lo resuelto no procede recurso alguno.

LUCY JEANNETTE BERMÚDEZ BERMÚDEZ
Presidenta
Aclara Voto

ROCÍO ARAÚJO OÑATE
Consejera de Estado
CARLOS ENRIQUE MORENO RUBIO
Consejero de Estado
ALBERTO YEPES BARREIRO
Consejero de Estado

Aclaración de voto de la consejera Lucy Jeannette Bermúdez

Extracto: “Con el acostumbrado respeto manifiesto las razones por las cuales aclaro mi voto en la decisión de la Sala con la cual se resolvió en segunda instancia el recurso de apelación formulado contra la decisión dictada en audiencia inicial que negó la excepción de caducidad de la acción electoral.

El argumento del apelante para controvertir tal negativa radica en que la causal de nulidad del acto de elección por doble militancia contenida en el artículo 275.8 del CPACA, fue modificada por la Corte Constitucional con sentencia C-334-14, al declarar la inexequibilidad de la expresión “al momento de la elección”. Así las cosas, como la doble militancia se configura desde la inscripción de la candidatura, entonces, para el apelante, es a partir de ese momento que debe contabilizarse la caducidad de la acción electoral.

Al respecto, debo indicar que comparto el sentido de la decisión. No obstante, mi reparo con el auto se refiere a la parte considerativa donde la Sala elabora un ‘...análisis sistemático de la normatividad existente en la materia (...) con el fin de establecer las razones por las cuales el término de caducidad del medio de control de nulidad electoral no fue modificado por la sentencia de constitucionalidad C-334 de 2014...’ (...).

Pues bien, debo indicar que no obstante la ponencia es ilustrativa, lo cierto es que considero que sobrepasa la competencia de la Sala definida por el recurso de apelación formulado contra la decisión de negar la excepción de caducidad. (...).

Lo anterior, porque encuentro que el debate gira en torno a la caducidad de la acción electoral, es decir sobre un presupuesto de la acción (art. 164.2), que supuestamente fue modificado porque, a su

vez, fue variada por la Corte Constitucional una norma de carácter sustancial referida a la causal de anulación del acto de elección (art. 275.8).

Así las cosas, en mi criterio la estructura argumentativa del auto se debió limitar a resolver el reproche de naturaleza procesal formulado con la apelación, sin tener que acudir a argumentos sobre el fondo de la controversia en materia de doble militancia.”

* * *

CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCIÓN QUINTA

Consejera ponente: ROCÍO ARAÚJO OÑATE

Bogotá D.C., veintisiete (27) de octubre de dos mil dieciséis (2016)

Radicación número: 68001-23-33-000-2016-00043-01

Actor: LUIS FERNANDO CASTAÑEDA PRADILLA

Demandado: ACTO DE ELECCIÓN DE JOSÉ DE JESÚS VILLAR TORRES COMO DIPUTADO DE LA ASAMBLEA DEPARTAMENTAL DE SANTANDER

Asunto: Resuelve el recurso de apelación interpuesto por el señor Luis Fernando Castañeda Pradilla, por intermedio de apoderado judicial, contra la sentencia del 19 de julio de 2016, por medio del cual el Tribunal Administrativo de Santander negó las pretensiones de la demanda.

Extracto: *“El problema jurídico a ser definido por la Sala consiste en determinar si de acuerdo con lo expuesto en el recurso de apelación, hay lugar a confirmar, modificar o revocar la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo de Santander por medio de la cual denegó las pretensiones de la demanda dirigidas a declarar la nulidad del acto de elección del señor Luis Fernando Castañeda Pradilla, en su condición de Diputado a la Asamblea del Departamento de Santander, por haber presuntamente incurrido en la prohibición de doble militancia al haber apoyado a un candidato a la alcaldía municipal de San Gil avalado por otro partido.*

Para analizar este argumento se debe considerar lo dispuesto en la Ley Estatutaria 1475 de 2011, Por la cual se adoptan reglas de organización y funcionamiento de los partidos y movimientos políticos, de los procesos electorales y se dictan otras disposiciones, en cuyo artículo 31 dispone la posibilidad de modificar la inscripción de candidatos a cargos y corporación de elección popular por las causales de falta de aceptación de la candidatura o por la renuncia a la misma, dentro del término de los cinco (5) días hábiles siguientes a la fecha de cierre de las inscripciones. Este mismo precepto en su inciso final prevé que: “La renuncia a la candidatura deberá presentarla el renunciante directamente o por conducto de los inscriptores, ante el funcionario electoral correspondiente”.

Sobre esta disposición el Consejo Nacional Electoral ha fijado los efectos de la renuncia cuando esta es presentada dentro del término previsto en el artículo 31 de la Ley 1475 de 2011 y cuando se tramita extemporáneamente, en los siguientes términos:

*“No existe un término específico señalado por la ley que determine un límite para la presentación de la renuncia de la candidatura, no obstante, los efectos de la misma al tenor de lo dispuesto en el artículo 31 de la Ley 1475 de 2011, difieren acorde con el momento de su presentación. Por consiguiente, si la renuncia es presentada en debida forma antes de culminar el periodo de modificación de las inscripciones, las agrupaciones políticas antes del vencimiento de dicho plazo, como en el caso de la falta de aceptación de la candidatura antes expuesto, podrán reemplazar al renunciante o de lo contrario se entenderá que la lista definitiva se conforma con los candidatos restantes. Por su parte, **si la renuncia se presenta con posterioridad al vencimiento del término de la modificación de las inscripciones, ello no supone que la misma no sea válida** o extemporánea, lo que sucede contrario sensu, es que el candidato*

que presentó la respectiva renuncia no podrá ser reemplazado por la agrupación política que lo postuló¹ (Se destaca)

Posteriormente, este mismo órgano colegiado expuso:

“Así como le asiste el derecho al ciudadano de participar en la conformación del poder político en los términos del artículo 40 de la Constitución Política, también podrá declinar del ejercicio de este derecho. Por ende, no se podrá retener a un ciudadano la facultad de renunciar y la autoridad electoral deberá actuar en consecuencia.

En este orden de ideas, por ser la renuncia un acto que depende exclusivamente de la voluntad del candidato, resulta imposible que el partido, movimiento político o grupos significativo de ciudadano pueda estudiar y decidir su procedencia, pues el carácter autónomo de la misma impide intervención alguna.

Por lo mismo, la Corporación entiende que el plazo de 5 días siguientes al cierre de inscripciones previsto en el inciso primero del artículo 31 de la Ley 1475 de 2011 está previsto no para limitar ese término a la posibilidad de renunciar o no aceptar la candidatura, sino para reemplazar al candidato que renunció o que no aceptó en esa oportunidad.” (Negrillas fuera del texto primigenio)

Fluye de lo anterior que no le es dable ni a la Registraduría Nacional del Estado Civil, ni a los partidos, movimientos políticos, grupo significativo de ciudadanos o cualquier otro estamento, imponer requisitos adicionales a la decisión del candidato de renunciar a su postulación, pues cualquier plazo, formalidad o convalidación implicaría coartar la voluntad del candidato a disponer de su derecho de participar o no en la conformación del poder político.

Por otra parte, los estatutos del partido Centro Democrático registrados ante el Consejo Nacional Electoral mediante Resolución 3035 de 23 de julio de 2014, contiene en su Capítulo 2 las disposiciones relativas a la afiliación y renuncia al mismo, en cuyo artículo 11 prevé: “RENUNCIA A LA CONDICIÓN DE MILITANTE. Para retirarse del Partido por medio de renuncia formal, el afiliado tendrá que manifestar su voluntad por medio escrito ante algún órgano de dirección o administración del Partido. Este retiro debe quedar registrado en el sistema único de identificación y registro de afiliados”. Igualmente, el capítulo 4 de este mismo compendio normativo contiene las prohibiciones y condiciones de pérdida de la calidad de miembro del partido plasmando en su artículo 15 que: “PERDIDA DE LA CALIDAD DE MIEMBRO DEL PARTIDO. La calidad de Miembro se extingue automáticamente por fallecimiento o por renuncia formal. La calidad de Miembro también se perderá cuando el militante viole las prohibiciones, y por las causales que establezca el Código de Ética”.

Respecto de las diversas formas en que los partidos pueden aunar esfuerzos para participar en la contienda electoral o realizar proyectos políticos, esta Sala Jurisdiccional ha considerado:

“La definición que comúnmente se emplea para la coalición es la “Unión transitoria de personas, grupos políticos o países con un interés determinado”², y la expresión con la que de ordinario se le equipara –alianza–, se concibe como “Acción de aliarse dos o más naciones, gobiernos o personas. Pacto o convención”³. En uno u otro terreno lo que subyace es la suma de esfuerzos, la repartición de tareas y la existencia de un propósito común, que puede llegar a ser pre-electoral y post-electoral.

En la doctrina especializada se suelen distinguir esas actividades, que ubica cada una en un momento distinto de la actividad política, pues concibe la alianza como la unión temporal

1 Consejo Nacional Electoral. Concepto 037 de 14 de enero de 2014. M.P. Nora Tapia Montoya. Radicación No. 0037-14.

2 Diccionario de la Real Academia Española.

3 Diccionario de la Real Academia Española.

para asistir a la contienda electoral, en tanto que le otorga vocación de mayor permanencia a la coalición, con origen posterior a las elecciones para fines de gobierno.”⁴

*Sobre este tema la ley 1475 de 2011, Por la cual se adoptan reglas de organización y funcionamiento de los partidos y movimientos políticos, de los procesos electorales y se dictan otras disposiciones, en su artículo 29 previó “Los partidos y movimientos políticos con personería jurídica coaligados entre sí y/o con grupos significativos de ciudadanos, podrán inscribir candidatos de coalición para cargos uninominales. El candidato de coalición será el candidato único de los partidos, movimientos y grupos significativos de ciudadanos que participen en ella. **Igualmente será el candidato único de los partidos y movimientos con personería jurídica que aunque no participen en la coalición decidan adherir o apoyar al candidato de la coalición.**” (Se resalta).*

Sobre este contenido normativo, esta Corporación recientemente expuso:

*“Tal como fue explicado en el acápite anterior, **las coaliciones (adbestones o apoyos) son acuerdos entre organizaciones políticas que tienen como finalidad presentar conjuntamente candidatos a cargos de elección uninominal, que aunque es una posibilidad para los grupos significativos de ciudadanos, no implica de ninguna manera que estos grupos, movimientos o partidos coaligados se conviertan en una sola entidad, como lo pretende hacer ver el actor.**”⁵ (Negritas fuera del texto original).*

De lo anterior se puede concluir que es posible que legalmente los partidos, movimientos políticos y/o grupos significativos de ciudadanos puedan unir esfuerzos mediante las figuras de la coalición, adbestión o alianza. Sin embargo, para esta Sala la norma estatutaria limita la utilización de estas diversas formas de acuerdo a dos condiciones: i) que la finalidad sea presentar conjuntamente candidatos a cargos uninominales ii) el apoyo debe ir dirigido a un candidato único de los partidos, movimientos o grupos significativos de ciudadanos coaligados o que, aunque no participen en la coalición, decidan adherir o apoyarlo.

Para entender mejor la figura de la doble militancia y los eventos en que ella se presenta, resulta oportuno consultar lo dicho por esta Sección en la materia⁶:

“La figura de la doble militancia tiene ahora, no tres, sino cinco modalidades, a saber:

- i) *Los ciudadanos: “En ningún caso se permitirá a los ciudadanos pertenecer simultáneamente a más de un partido o movimiento político.” (Inciso 1º del artículo 2 de la Ley 1475 de 2011).*
- ii) *Quienes participen en consultas: “Quien participe en las consultas de un partido o movimiento político o en consultas interpartidistas, no podrá inscribirse por otro en el mismo proceso electoral.” (Inciso 5º del artículo 107 de la Constitución Política).*
- iii) *Miembros de una corporación pública: “Quien siendo miembro de una corporación pública decida presentarse a la siguiente elección, por un partido distinto, deberá renunciar a la curul al menos doce (12) meses antes del primer día de inscripciones.”. (Inciso 12 del artículo 107 de la Constitución Política e Inciso 2º del artículo 2º de la Ley 1475 de 2011).*

⁴ Consejo de Estado. Sección Quinta. Sentencia 4 de agosto de 2011 C.P. Susana Buitrago Valencia. Radicación No. 11001-03-28-000-2010-00033-00.

⁵ Consejo de Estado. Sección Quinta. Sentencia 21 de julio de 2016. C.P. Lucy Jeannette Bermúdez Bermúdez. Radicación número: 05001-23-33-000-2015-02451-01.

⁶ Consejo de Estado. Sección Quinta. Sentencia de 7 de septiembre de 2015. C.P. Dr. Alberto Yepes Barreiro. Radicación 11001-03-28-000-2014-00023-00

- iv) *Miembros de organizaciones políticas para apoyar candidatos de otra organización: “Quienes se desempeñen en cargos de dirección, gobierno, administración o control, dentro de los partidos y movimientos políticos, o hayan sido o aspiren ser elegidos en cargos o corporaciones de elección popular, no podrán apoyar candidatos distintos a los inscritos por el partido o movimiento político al cual se encuentren afiliados. Los candidatos que resulten electos, siempre que fueren inscritos por un partido o movimiento político, deberán pertenecer al que los inscribió mientras ostenten la investidura o cargo, y si deciden presentarse a la siguiente elección por un partido o movimiento político distinto, deberán renunciar a la curul al menos doce (12) meses antes del primer día de inscripciones.” (Inciso 2º del artículo 2º de la Ley 1475 de 2011).*
- v) *Directivos de organizaciones políticas: “Los directivos de los partidos y movimientos políticos que aspiren ser elegidos en cargos o corporaciones de elección popular por otro partido o movimientos políticos o grupo significativo de ciudadanos, o formar parte de los órganos de dirección de estas, deben renunciar al cargo doce (12) meses antes de postularse o aceptar la nueva designación o ser inscritos como candidatos.” (Inciso 3º del artículo 2º de la Ley 1475 de 2011).”*

Así las cosas la controversia gira en determinar si el candidato Armando Villar Ruiz presentó renuncia a la aspiración a desempeñar la Alcaldía de San Gil y si esta requería de algún trámite adicional para surtir efectos. Para dilucidar lo anterior se debe atender que a folios 129 y 369 obra renuncia presentada por el citado excandidato, con fecha de recibido 3 de octubre de 2015, circunstancia que fue certificada por el Director Nacional del partido a folio 132 y por la Secretaría General del mismo a folio 364.

Conforme a lo expuesto, no existe en el plenario prueba que conlleve a que esta Sala Jurisdiccional pueda concluir que la decisión asumida por el Tribunal Administrativo de Santander no se encuentra ajustada a derecho y por tanto procede emitir un decisión confirmatoria.”

Decisión: CONFIRMAR la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo de Santander el 19 de julio de 2016, conforme lo señala la parte motiva de este proveído.

DEVOLVER el expediente al Tribunal de origen para lo de su competencia.

ADVERTIR a los sujetos procesales que contra lo resuelto no procede recurso alguno.

LUCY JEANNETTE BERMÚDEZ BERMÚDEZ
Presidenta
Aclara Voto

ROCÍO ARAÚJO OÑATE
Consejera de Estado
CARLOS ENRIQUE MORENO RUBIO
Consejero de Estado
Aclara Voto
ALBERTO YEPES BARREIRO
Consejero de Estado
Aclara Voto

Aclaración de voto de los consejeros Lucy Jeannette Bermúdez Bermúdez, Carlos Enrique Moreno Rubio y Alberto Yepes Barreiro

Extracto: “Con el acostumbrado respeto por las providencias de esta Sección, nos permitimos señalar que aunque compartimos plenamente el sentido de la decisión adoptada en la providencia de la referencia, esto es, la de confirmar la sentencia del 19 de julio de 2016 a través del cual el Tribunal Administrativo de Santander negó las pretensiones de la demanda, consideramos oportuno explicar

las razones por las cuales, a nuestro juicio, la sentencia confunde la renuncia a la candidatura con la renuncia a la militancia. Debe recordarse que en el caso concreto el demandante consideraba que el acto acusado se encontraba viciado de nulidad, toda vez que el señor José de Jesús Villar había incurrido en la prohibición de doble militancia debido a que apoyó a un candidato a la alcaldía de San Gil (Santander) distinto al inscrito por su partido Político. En contraposición, el demandado sostenía que no estaba incurso en la prohibición alegada, ya que el candidato que su colectividad inscribió para la alcaldía del citado ente territorial renunció a su aspiración. Por lo anterior, la sentencia objeto de aclaración, específicamente en su acápite 3.2, consideró necesario analizar lo relacionado con la renuncia a la candidatura. Para el efecto, aludió no solo a lo dispuesto en el artículo 31 de la Ley 1475 de 2011, sino también a lo conceptuado por el Consejo Nacional Electoral respecto a dicha posibilidad que tienen los candidatos.

Del análisis de los elementos en cita, la sentencia concluyó que: “no le es dable ni a la Registraduría Nacional del Estado Civil, ni a los partidos, movimientos políticos, grupo significativo de ciudadanos o cualquier otro estamento, imponer requisitos adicionales a la decisión del candidato de renunciar a su postulación, pues cualquier plazo, formalidad o convalidación implicaría coartar la voluntad del candidato a disponer de su derecho de participar o no en la conformación del poder político.”

Con lo hasta acá considerado por la ponente, los suscritos consejeros, estamos plenamente de acuerdo, sin embargo, para reforzar lo anterior, la providencia objeto de aclaración transcribió, a nuestro juicio innecesariamente, algunos apartes de los Estatutos del Partido Centro Democrático, en el que militaba el candidato que renunció a su aspiración, relacionados con la renuncia a la militancia ante dicho partido. En efecto, a folios 18 y 19 de la sentencia se lee:

Por otra parte, los estatutos del partido Centro Democrático registrados ante el Consejo Nacional Electoral mediante Resolución 3035 de 23 de julio de 2014, contiene en su Capítulo 2 las disposiciones relativas a la afiliación y renuncia al mismo, en cuyo artículo 11 prevé: “RENUNCIA A LA CONDICIÓN DE MILITANTE. Para retirarse del Partido por medio de renuncia formal, el afiliado tendrá que manifestar su voluntad por medio escrito ante algún órgano de dirección o administración del Partido. Este retiro debe quedar registrado en el sistema único de identificación y registro de afiliados”. Igualmente, el capítulo 4 de este mismo compendio normativo contiene las prohibiciones y condiciones de pérdida de la calidad de miembro del partido plasmando en su artículo 15 que: “PERDIDA DE LA CALIDAD DE MIEMBRO DEL PARTIDO. La calidad de Miembro se extingue automáticamente por fallecimiento o por renuncia formal. La calidad de Miembro también se perderá cuando el militante viole las prohibiciones, y por las causales que establezca el Código de Ética

(...)

De lo expuesto en las normas reglamentarias del partido Centro Democrático se concluye que éstas no disponen requisitos, trámites o limitaciones a la renuncia que pudiera hacer un candidato a su aspiración de representar políticamente al partido, salvo la manifestación voluntaria de su decisión; circunstancia que se encuentra conforme con la interpretación que hace el Consejo Nacional Electoral del artículo 31 de la Ley 1475 de 2011, pues un actuar diferente coartaría su derecho de participar o no en la conformación del poder político.”

Como puede observarse, la cita a los Estatutos del Partido Centro Democrático está relacionada con la renuncia a la militancia, pero no con la renuncia a la candidatura, siendo estas figuras disimiles, y que, por ende, no pueden confundirse ni muchos equipararse como lo sugiere la providencia objeto de aclaración.

En efecto, una cosa es dimitir a la candidatura y otra muy distinta renunciar a la militancia de un partido o movimiento político, pues la renuncia a la candidatura no deriva, per se, en la renuncia a la militancia. Esto es así, porque mientras la renuncia a la candidatura implica desligarse del derecho a participar en la contienda electoral a nombre de una determinada colectividad política; la dimisión a la militancia conlleva de suyo abandonar la pertenencia a cierto grupo político.

Esta diferencia es de suma importancia, ya que permite que un candidato renuncie a su candidatura, pero pueda seguir militando, si así es su deseo, en el partido o movimiento político que lo avaló.

Es por lo anterior que, a nuestro juicio, la referencia hecha en la providencia a las normas que sobre renuncia a la militancia prevén los Estatutos del Partido Centro Democrático no es pertinente, ni útil para analizar si el candidato a la alcaldía de San Gil – Santander, avalado por esa colectividad, podía o no, y hasta qué momento, renunciar, válidamente, a su aspiración. (...)”

* * *

CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCIÓN QUINTA

Consejera ponente: ROCÍO ARAÚJO OÑATE

Bogotá D.C., tres (3) de noviembre de dos mil dieciséis (2016)

Radicación número: 50001-23-33-000-2015-00666-02

Actor: GENTIL BRICEÑO SÁNCHEZ

Demandado: ACTO DE ELECCIÓN DE DIPUTADOS POR EL DEPARTAMENTO DE VAUPÉS

Asunto: Resuelve el recurso de apelación interpuesto por el señor Gentil Briceño Sánchez, a través de apoderado judicial, contra la sentencia proferida el 19 de julio de 2016, por medio de la cual el Tribunal Administrativo del Meta negó las pretensiones de la demanda.

Extracto: *“Le corresponde a esta Corporación resolver si hay lugar a confirmar, modificar o revocar la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo del Meta, en cuanto a si el acto de elección de los Diputados del Vaupés se encuentra viciado de nulidad por haber la comisión escrutadora departamental incorporado la mesa 01, puesto 90, zona 99 del corregimiento de Yapú –municipio de Mitú- con posible desconocimiento de las normas constitucionales y legales en que debía fundarse y sin competencia para ello.*

El proceso de escrutinio hace parte de la etapa post-electoral, la cual comienza a partir del momento del cierre del proceso de votación; ésta comprende todo el proceso de contabilización de los votos depositados en las urnas, desde el que se realiza por parte de los jurados de mesa hasta la declaratoria de la correspondiente elección por parte de la comisión escrutadora competente¹.

Este mismo procedimiento se debe seguir para la comisión escrutadora departamental o general² y el escrutinio a cargo del Consejo Nacional Electoral³.

*El artículo 277 de la Constitución Política, establece que el Procurador General de la Nación, por sí o por medio de sus delegados y agentes, tendrá entre otras, las funciones de vigilar el cumplimiento de la Constitución, las leyes, las decisiones judiciales y los actos administrativos, velar por el ejercicio diligente y eficiente de las funciones administrativas, **intervenir en los procesos y ante las autoridades judiciales o administrativas**, cuando sea necesario en defensa del orden jurídico, del patrimonio público, o de los derechos y garantías fundamentales.*

1 El título VII del código electoral consagra el escrutinio, el cual inicia conforme lo preceptúa el artículo 134 del Código Electoral inmediatamente después de cerrada la votación, acto que tiene ocurrencia, de conformidad con el artículo 111 ídem a las cuatro de la tarde del mismo día de las votaciones y, finaliza con la declaratoria de elección que, de ello, haga la correspondiente comisión escrutadora.

2 Lo concerniente a este escrutinio se encuentra en el título VII capítulo V del código electoral.

3 Lo concerniente a este escrutinio se encuentra en el título VII capítulo VI del código electoral.

*En desarrollo de los preceptos normativos arriba enunciados, el Procurador General de la Nación, mediante Resolución No. 158 del 27 de abril de 2015, creó la Comisión Nacional de Control y Asuntos Electorales, en la cual delegó, la función de: “Designar a través de la Presidencia de la Comisión Nacional de Control y Asuntos Electorales, los procuradores judiciales encargados de coordinar la vigilancia e **intervención** en las diligencias de escrutinio Auxiliares, Municipales, Departamentales y Nacionales”. (Artículo 3º numeral 23 ídem).*

En materia de reclamaciones, el artículo 192 del Decreto 2241 de 1986, establece que los candidatos inscritos, sus apoderados o los testigos electorales legalmente constituidos⁴ son los facultados para poner en conocimiento de las correspondientes autoridades electorales los errores en que éstas pudieron incurrir, entre otros, al momento de realizar el conteo y la consolidación de la votación.

En conclusión, quienes pretendan intervenir en ejercicio de la función de Ministerio Público, en el proceso de escrutinio, deberán respetar las ritualidades propias del mismo y actuar dentro de las oportunidades otorgadas por la ley, dependiendo de: i) la instancia ante la cual se pretenda actuar y, ii) si va a intervenir lo puede hacer a través de una reclamación o agotando el requisito de procedibilidad.

La comisión escrutadora municipal decidió excluir sin más miramientos la votación de la mesa 01, puesto 90, zona 99 del corregimiento de Yapú -municipio de Mitú, al encontrar que el formulario E-14ASA de claveros no se encontraba suscrito por al menos dos jurados de votación, y sin compararlo con el formulario E-14ASA suscrito por la totalidad de los jurados de votación de la mesa.

Ante tal situación, el agente del Ministerio Público designado por la Presidenta de la Comisión Nacional de Control y Asuntos Electorales de la Procuraduría General de la Nación⁵, solicitó ante la comisión escrutadora departamental que se revisara la exclusión de la mesa arriba señalada.

Para este caso se debe tener en cuenta lo preceptuado en el artículo 182 del Código Electoral en cuanto al escrutinio departamental se refiere, el cual establece:

“El procedimiento para estos escrutinios será el siguiente: Los secretarios darán lectura a las actas de introducción de los documentos electorales en el arca triclave departamental y las pondrán de manifiesto a los Delegados del Consejo Nacional Electoral.

Los resultados de las actas de escrutinios elaboradas por las comisiones escrutadoras distritales o municipales serán la base del escrutinio general, los cuales serán leídos en voz alta por uno de los Secretarios y se mostrarán a los interesados que los soliciten.

En los escrutinios generales solo procederá el recuento de los votos emitidos en una mesa, cuando la comisión escrutadora distrital o municipal respectiva se hubiere negado a hacerlo, su decisión hubiere sido apelada oportunamente y los Delegados del Consejo Nacional Electoral hallaren fundada la apelación.” Negrillas propias.

Quiere decir lo anterior que si bien las comisiones escrutadoras departamentales, al momento de hacer su propio escrutinio, deben tener en cuenta las actas o formularios elaborados por la comisión anteecedente, no menos cierto es que los funcionarios electorales para tal fin parten del hecho que las mismas se encuentran ajustadas a la voluntad popular.

En el presente caso, según consta en el acta general de escrutinio de la comisión escrutadora municipal⁶, la decisión de excluir la mesa por carencia de firma de los jurados del formulario E-14 ASA de

⁴ Ver artículo 45 de la Ley 1475 de 2011, en lo referente a las diferentes modalidades de testigos electorales.

⁵ Instructivo 4: “Por medio del cual se designa Procuradores Judiciales a las comisiones escrutadoras en las circunscripciones territoriales distintas a Bogotá D.C.” Folios 209 a 210 del cuaderno No. 1.

⁶ Folios 29 a 54 del cuaderno No. 1.

claveros, obedeció a una actuación de oficio, dado que en ella no reposa reporte alguno que señale que la misma obedeció a la solicitud de algún candidato o testigo electoral.

*Conforme con lo anterior, se debe tener en cuenta lo preceptuado en el artículo 193 del Código Electoral, que señala que: “Las reclamaciones de que trata el artículo anterior podrán presentarse **por primera vez** durante los escrutinios que practican las comisiones escrutadoras distritales, municipales o auxiliares, o **durante los escrutinios generales** que realizan los Delegados del Consejo Nacional Electoral...”.*

Quiere decir el precepto normativo arriba transcrito, que la reclamación efectuada por el Procurador Judicial II ante la comisión escrutadora departamental del Vaupés, se encuentra dentro de la oportunidad legalmente establecida, por cuanto la solicitud consistente en que se tuviera en cuenta la mesa 01, puesto 90, zona 99 del corregimiento de Yapú -municipio de Mitú, fue presentada como reclamación por primera vez en el escrutinio departamental o mejor denominado escrutinio general, con lo cual se cumplió con el cometido legal de respeto a la preclusividad de las etapas del proceso electoral,⁷ porque el hecho surge en esta instancia; en la anterior se excluyó y aquí por primera vez se presenta su inclusión.

Por otra parte, con el actuar de la comisión escrutadora departamental no se causó vulneración alguna al principio de preclusividad del proceso de escrutinio porque, como se señaló en precedencia, en este caso la presentación de la reclamación, por parte del Ministerio Público se hizo en los términos del artículo 193 del Código Electoral, basada en la necesidad imperiosa de dar prevalencia al derecho sustancial y revisar una decisión de una instancia inferior que no tuvo en cuenta el otro ejemplar del E-14 ASA debidamente suscrito, situación que podía desencadenar en el desconocimiento de la verdad electoral, lo anterior sin perjuicio de lo dispuesto en la sentencia del 18 de octubre de 2012⁸, que declaró la nulidad de la resolución No. 754 de 2010, expedida por el Consejo Nacional Electoral, “Por la cual se adopta el protocolo de revisión de escrutinios”

El hecho se presenta en este momento por cuanto si bien en la comisión escrutadora municipal, se excluyó la mesa 01, puesto 90, zona 99 del corregimiento de Yapú -municipio de Mitú, fue en la comisión departamental, en la que se la incluyó, por lo que sólo era allí donde se podía alegar, como en efecto ocurrió.

Así las cosas, no encuentra esta Sala violación a norma legal alguna ni vicio de incompetencia por parte de la comisión escrutadora departamental al decidir incluir la mesa 01, puesto 90, zona 99 del corregimiento de Yapú -municipio de Mitú, razón por la cual no prosperará el cargo de apelación aquí estudiado.

La comisión escrutadora departamental de Vaupés, al incluir en el escrutinio la mesa 01, puesto 90, zona 99 del corregimiento de Yapú -municipio de Mitú-, no desconoció norma constitucional o legal alguna, como tampoco actuó sin competencia para ello; todo lo contrario, garantizó con su actuar la verdad electoral y la eficacia del voto de las 232 personas que votaron en ésta.”

Decisión: CONFIRMAR la sentencia del 19 de julio de 2016, proferida por el Tribunal Administrativo del Meta, que negó las pretensiones de la demanda, conforme la parte motiva de este proveído.

DEVOLVER el expediente al Tribunal de origen para lo de su competencia.

ADVERTIR a los sujetos procesales que contra lo resuelto no procede recurso alguno.

⁷ Folio 156 Cuaderno 1.

⁸ Consejo de Estado, Sección Quinta, sentencia del 18 de octubre de 2012, C.P: Alberto Yepes Barreiro, Radicado No. 2010-00014 acumulado.

LUCY JEANNETTE BERMÚDEZ BERMÚDEZ
Presidenta

ROCÍO ARAÚJO OÑATE
Consejera de Estado
CARLOS ENRIQUE MORENO RUBIO
Consejero de Estado
ALBERTO YEPES BARREIRO
Consejero de Estado

* * *

CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCIÓN QUINTA

Consejera ponente: ROCÍO ARAÚJO OÑATE

Bogotá D.C., tres (3) de noviembre de dos mil dieciséis (2016)

Radicación número: 11001-03-28-000-2016-00023-00

Actor: FERNANDO MAURICIO FORERO BEJARANO

Demandado: ACTO DE ELECCIÓN DE WILMER ALEXANDER AMAYA URREGO Y DIEGO IVÁN VELANDIA PRIETO, MIEMBROS DE LAS ENTIDADES DEL SECTOR PRIVADO AL CONSEJO DIRECTIVO DE CORPOGUAVIO

Asunto: Procede la Sala a dictar sentencia dentro del proceso de nulidad electoral iniciado por el señor Fernando Mauricio Forero Bejarano en el que se impugna el acta de 30 de noviembre de 2015, mediante la cual se eligieron los representantes de las entidades del sector privado ante el consejo directivo de la Corporación Autónoma Regional del Guavio, para el período institucional 2016-2019.

Extracto: “El problema jurídico a ser definido por la Sala consiste en determinar si el acto de elección de los representantes del sector privado ante el Consejo Directivo de CORPOGUAVIO para el periodo 2016-2019, debe ser anulado por haber sido expedido de forma irregular y por haber elegido un candidato sin el lleno de los requisitos legales.

Con la creación del Ministerio del Medio Ambiente y la reordenación del Sector Público encargado de la gestión y conservación del medio ambiente y los recursos naturales renovables ordenada por la Ley 99 de 1993, se fijó la política ambiental colombiana y se determinó la naturaleza jurídica y los órganos de dirección y administración de las corporaciones autónomas regionales. El artículo 26¹ de

1 **Artículo 26º.- Del Consejo Directivo.** Es el órgano de administración de la Corporación y estará conformado por:

El gobernador o los gobernadores de los departamentos sobre cuyo territorio ejerza jurisdicción la Corporación Autónoma Regional, o su delegado o delegados. Corresponderá al gobernador o a su delegado presidir el Consejo Directivo. Si fuesen varios los gobernadores, los estatutos definirán lo relativo a la presidencia del Consejo Directivo;

Un representante del Presidente de la República;

Un representante del Ministro del Medio Ambiente;

Hasta cuatro (4) alcaldes de los municipios comprendidos dentro del territorio de la jurisdicción de la Corporación, elegidos por la Asamblea Corporativa, para períodos de un (1) año por el sistema de cuociente electoral, de manera que queden representados todos los departamentos o regiones que integran la Corporación. Si el territorio de la Corporación comprendiese un número plural de departamentos, la participación será definida en forma equitativa de acuerdo con el reglamento que al efecto expida el Gobierno Nacional;

Dos (2) representantes del sector privado;

Un (1) representante de las comunidades indígenas o etnias tradicionalmente asentadas en el territorio de jurisdicción de la Corporación, elegido por ellas mismas;

esta norma dispuso que el consejo directivo sería el órgano de administración de la corporación y estaría conformado, entre otros miembros, por dos (2) representantes del sector privado.

Este precepto fue modificado por la Ley 1263 de 2008 que en el párrafo 3 del artículo 1° de la Ley 1263 de 2008 previó que: “El proceso de elección de los representantes del sector privado, ante el Consejo Directivo de las Corporaciones Autónomas Regionales o de Desarrollo Sostenible, deberán realizarlo los integrantes de su mismo sector”. En virtud de este mandato se expidió el Decreto 1850 de 2015, Por el cual se adiciona el Decreto 1076 de 2015, Decreto Único Reglamentario del Sector Ambiente y Desarrollo Sostenible, en lo relacionado con el trámite de elección de los representantes del Sector Privado ante el Consejo Directivo de las Corporaciones Autónomas Regionales, disposición que estableció el procedimiento para la elección de los representantes del sector privado ante los consejos directivos de las corporaciones.

El artículo 2.2.8.5A.1.3. del Decreto 1850 de 2015 prescribió que las organizaciones del sector privado interesadas en participar en la elección de sus representantes ante el consejo directivo de las corporaciones autónomas regionales, debían radicar previamente los siguientes documentos:

“1. Certificado de existencia y representación legal expedido por la Cámara de Comercio que se encuentre vigente al momento de la presentación de la documentación, donde conste que la organización privada desarrolla sus actividades en la jurisdicción durante los últimos 2 años.

- 1. Un informe con sus respectivos soportes sobre las actividades que la organización privada desarrolla en el área de jurisdicción de la respectiva Corporación.*
- 2. En caso que deseen postular candidato, deberán ajuntar la hoja de vida con sus soportes de formación y experiencia y copia del documento de la respectiva Junta Directiva o del órgano que haga sus veces, en la cual conste la designación del candidato.”*

Finalmente el artículo 2.2.8.5A.1.5 prevé que “la reunión de elección tendrá plazo para realizarse hasta el último día hábil del mes de noviembre del año anterior a la iniciación del periodo institucional respectivo”. En cuanto a la forma de elección esta disposición prevé que estará a discrecionalidad del sector privado elegirla sometiendo como única restricción que deberá ser realizada en la reunión, so pena de iniciar de nuevo el proceso.

Frente al desconocimiento de los términos en procesos de elección, esta Sala Jurisdiccional² ha considerado:

“El actor en la demanda y en el recurso de apelación argumentó que el Concejo de Candelaria desconoció, entre otras normas, el artículo 35 de la Ley 136 de 1994 porque el 2 de enero de 2008 convocó a la elección de personero para el día 8 de enero de 2008 y con ello pasó por alto el hecho de que “entre la fecha de convocatoria y el día de la elección, debe existir los tres días de anticipación...”; días que, de acuerdo con el artículo 70 de la Ley 153 de 1887 subrogado por el artículo 62 del Régimen Político y Municipal, son hábiles. (...) Los días a los que se refiere el artículo 35 de la Ley 136 de 1994 son hábiles. (...) Con base en estas pruebas se constata: i) que la convocatoria para la elección de personero se realizó el día 2 de enero de 2008 y la sesión de elección se programó y llevó a cabo el día 8 de enero de 2008, ii) que

Dos (2) representantes de las entidades sin ánimo de lucro, que tengan su domicilio en el área de jurisdicción de la Corporación y cuyo objeto principal sea la protección del medio ambiente y los recursos naturales renovables, elegido por ellas mismas.

Parágrafo 1º.- Los representantes de los literales f y g, se elegirán de acuerdo a la reglamentación que sobre el particular expida el Ministerio del Medio Ambiente.

Parágrafo 2º.- En la conformación de los Consejos Directivos de las Corporaciones Autónomas Regionales, se tendrán en cuenta las disposiciones de la Ley 70 de 1993.

2 Consejo de Estado, Sección Quinta. Sentencia del 6 de febrero de 2009. C. P. : Mauricio Torres Cuervo, Rad. . 76001-23-31-010-2008-00057-00.

entre la fecha de la convocatoria y la fecha de la elección del demandado como personero sólo transcurrieron dos (2) días hábiles, y iii) que, en efecto, el acto de elección acusado está viciado porque infringió el mandato del artículo 35 de la Ley 136 de 1994 que impone que sean tres (3) los días que antecedan a la fecha de la sesión en la cual se haya previsto la elección de personeros. Por tanto, se concluye que este cargo próspera” (Se destaca).

Enfatiza la Sala que cualquier modificación de los términos y plazos previstos en las normas que regulan el proceso de elección configura una irregularidad de tal magnitud que se circunscribe en la causal de nulidad de los actos administrativos de expedición irregular.

“La expedición irregular como vicio anulante de los actos administrativos se estructura cuando en el proceso de formación de la decisión administrativa, se desconocen las formalidades establecidas por la ley, sea una especial o la general contenida en la primera parte del Libro I del Código Contencioso Administrativo, o cuando el respectivo acto se presenta sin considerar la manera dispuesta por el legislador. Este vicio afecta el elemento de la validez denominado adecuación de las formas.

Cuando se alega que un acto administrativo se expidió en forma irregular debe plantearse una confrontación entre el procedimiento o la forma que la ley impone y el que se cumplió para su formación o la presentación de la decisión; en cuanto se aduzcan defectos en el trámite habrá de alegarse, además, que fueron de tal entidad, que afectaron el sentido de la decisión.

En la demanda se dijo que el acto de nombramiento impugnado adolecía de expedición irregular, porque se dispuso sin que previamente se agotara el proceso ordinario dispuesto por el artículo 9º de la Ley 909 de 2004, el que debía convocarse con 3 meses de antelación, con base en una lista que había perdido vigencia y considerando un proceso que tuvo vigencia temporal.”³ (Resaltado fuera del texto primigenio)

Conforme con lo expuesto y visto que en el presente caso la expedición irregular se configuró a partir de la expedición de la Adenda No. 2 resulta claro para esta Sala de Decisión que con la nulidad del acto de elección, le correspondería a los miembros del sector privado habilitados para participar en la elección de los representantes al consejo directivo de Corpoguavio proceder a continuar el proceso de elección desde los actos previos. Sin embargo, el artículo 2.2.8.5A.1.5. del Decreto 1850 de 2015 dispone que la elección se llevará a cabo a más tardar el último día hábil del mes de noviembre del año anterior a la iniciación del periodo institucional respectivo y “Si una vez cumplido este plazo no fuere posible realizar la elección, la Corporación dejará una constancia y se procederá a publicar un nuevo aviso, aplicando las previsiones de este capítulo”.

En virtud de lo expuesto y considerando que debido a la irregularidad expuesta no era posible la celebración de la elección, la asamblea del sector privado debía dar aplicación a lo previsto en inciso final del artículo 2.2.8.5A.1.5. del Decreto 1850 de 2015 y proceder a fijar un nuevo aviso rehaciendo el proceso en su totalidad atendiendo cada una de las disposiciones contenidas en el capítulo 5A “TRÁMITE DE ELECCIÓN REPRESENTANTES DEL SECTOR PRIVADO Y SUS SUPLENTE ANTE LOS CONSEJOS DIRECTIVOS DE LAS CORPORACIONES AUTÓNOMAS REGIONALES” del Decreto 1850 de 2015.”

Decisión: DECLARAR la nulidad del acto de elección de los representantes del sector privado ante el consejo directivo de la corporación autónoma regional del Guavio, para el periodo institucional 2016-2019, conformidad con la parte motiva de este proveído.

ORDENAR a la asamblea del sector productivo, el cumplimiento al inciso final del artículo 2.2.8.5A.1.5. del Decreto 1850 de 2015 y rehaga todo el proceso de elección de los representantes del sector privado

3 Consejo de Estado, Sección Quinta. Sentencia 27 de enero de 2011. CP. Mauricio Torres Cuervo. Rad: 11001-03-28-000-2010-00015-00

ante el consejo directivo de la corporación autónoma regional del Guavio, desde la publicación del aviso de convocatoria.

INFORMAR a los sujetos procesales que contra lo resuelto no procede recurso alguno.

LUCY JEANNETTE BERMÚDEZ BERMÚDEZ

Presidenta

Salva Voto

ROCÍO ARAÚJO OÑATE

Consejera de Estado

CARLOS ENRIQUE MORENO RUBIO

Consejero de Estado

ALBERTO YEPES BARREIRO

Consejero de Estado

Salvamento de voto de la consejera Lucy Jeannette Bermudez

*“(…) no compartí el sentido de la decisión por las siguientes razones: En primera medida, frente a los accionados, debo insistir en que la demanda solo se formuló en contra del señor **WILMER ALEXANDER AMAYA** y no en contra de **DIEGO IVÁN VELANDIA**. Este último miembro ante el Consejo Directivo, se recuerda, vinculado de oficio en el auto admisorio, se vio afectado por las decisiones mayoritarias de la Sala, pues en esa primera actuación jurisdiccional se emitió pronunciamiento, además, sobre la suspensión de los efectos del acto de elección, la cual fue decretada y tuvo incidencia en su designación. Y ahora, desde luego por cuenta de dicha vinculación, con el fallo se declaró nula su elección. (…)*

Abora, en lo que se refiere a los cargos de la demanda decididos en la sentencia, considero que el primero de ellos ha sido modificado al momento de resolverse. Al respecto, encuentro que el actor alegaba que el Comité Evaluador no podía emitir un acto el mismo día de la elección con el cual lo retirara como candidato, pues la normativa no lo habilitaba para ello. No obstante, la Sala mayoritaria concluyó que la irregularidad en el procedimiento se presenta porque no fueron respetados los 5 días de “publicidad” del “informe” de evaluación de la documentación presentada por los aspirantes, lo cual, ciertamente, no corresponde con los argumentos de la demanda. (…)

En sí, estimo trascendental señalar que el procedimiento de elección de los representantes de las entidades por el sector privado ante los Consejos Directivos de las Corporaciones Autónomas Regionales está, de alguna manera, incompleto. Y esto, analizado como lo hizo la Sala mayoritaria en la sentencia de la cual me aparto, solo posibilita que se concluya que cualquier decisión de parte del Comité Evaluador o de cualquier otra autoridad que intervenga en el proceso, termine por viciar la declaratoria misma de elección, por haber sido expedido de forma irregular en la medida en que siempre se tratará de una actuación que no estaba contemplada expresamente en la norma. (…)

A lo dicho se suma que, insisto en lo dicho en los debates del auto admisorio con el que se decretó la suspensión provisional y que también me llevó a salvar el voto en tal oportunidad, la situación que según el demandante fue constitutiva de irregularidad fue propiciada por él mismo o, mejor, por la empresa que propuso su candidatura: pues ella fue la que modificó la postulación del accionante como candidato y forzó decisiones de parte del Comité Evaluador para permitirle su participación y luego para retirarlo del proceso de elección.

La anterior situación, valga señalar, fue alegada por la defensa en el proceso y la sentencia ninguna consideración sobre el punto realizó. Entonces, tales acciones del accionante y de la empresa que lo avaló como candidato, si se analizan de cara a los argumentos que propone el proyecto, también serían irregulares y debería entonces aceptarse que ellas fueron las que provocaron que el Comité Evaluador emitiera las “adendas” que en ejercicio de esta acción fueron censuradas. Es decir, propiciaron unas actuaciones al interior del proceso de elección no contempladas en la normativa, las cuales bien podrían calificarse de irregulares.

Visto lo anterior, estimo que el examen de los anteriores aspectos hubiese determinado la negativa a las pretensiones de la demanda, de manera que falta de su estudio amerita el presente salvamento de voto.”

* * *

CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCIÓN QUINTA

Consejera ponente: ROCÍO ARAÚJO OÑATE

Bogotá D.C., diez (10) de noviembre de dos mil dieciséis (2016)

Radicación número: 15001-23-33-000-2015-00865-01

Actor: VIDAL ORTIZ VERA

Demandado: ACTO DE ELECCIÓN DE JOSÉ EFRAÍN ECHEVERRY GIL COMO CONCEJAL DEL MUNICIPIO DE ENVIGADO

Asunto: Procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por el señor Vidal Ortiz Vera, contra la sentencia del 29 de julio de 2016, por medio del cual el Tribunal Administrativo de Boyacá negó las pretensiones de la demanda.

Extracto: *El problema jurídico a ser definido por la Sala consiste en determinar si se debe revocar, confirmar o modificar la sentencia proferida en primera instancia por el Tribunal Administrativo de Boyacá, que negó las pretensiones de la demanda por considerar que el acto de elección del señor Pablo Emilio Cepeda Novoa, como alcalde del municipio de Tunja –Boyacá–, no se encuentra viciado de nulidad, dado que el demandado no incurrió en la prohibición de doble militancia.*

La naturaleza del vicio por el cual se acusa la legalidad del acto de elección del señor Pablo Emilio Cepeda Novoa es presuntamente haber incurrido en la prohibición de doble militancia.

La causal subjetiva de nulidad electoral de doble militancia, no se presenta en una única modalidad, ésta contempla conforme con la Constitución y la Ley las siguientes¹:

La figura de la doble militancia tiene ahora, no tres, sino cinco modalidades, a saber:

- i) **Los ciudadanos:** *“En ningún caso se permitirá a los ciudadanos pertenecer simultáneamente a más de un partido o movimiento político.” (Inciso 1º del artículo 2 de la Ley 1475 de 2011).*
- ii) **Quienes participen en consultas:** *“Quien participe en las consultas de un partido o movimiento político o en consultas interpartidistas, no podrá inscribirse por otro en el mismo proceso electoral.” (Inciso 5º del artículo 107 de la Constitución Política).*
- iii) **Miembros de una corporación pública:** *“Quien siendo miembro de una corporación pública decida presentarse a la siguiente elección, por un partido distinto, deberá renunciar a la curul al menos doce (12) meses antes del primer día de inscripciones.”. (Inciso 12 del artículo 107 de la Constitución Política e Inciso 2º del artículo 2º de la Ley 1475 de 2011).*
- iv) **Miembros de organizaciones políticas para apoyar candidatos de otra organización:** *“Quienes se desempeñen en cargos de dirección, gobierno, administración o control, dentro de los partidos y movimientos políticos, o hayan sido o aspiren ser*

1 Consejo de Estado. Sección Quinta. Radicación 11001-03-28-000-2014-00023-00. C.P. Dr. Alberto Yepes Barreiro.

elegidos en cargos o corporaciones de elección popular, no podrán apoyar candidatos distintos a los inscritos por el partido o movimiento político al cual se encuentren afiliados. Los candidatos que resulten electos, siempre que fueren inscritos por un partido o movimiento político, deberán pertenecer al que los inscribió mientras ostenten la investidura o cargo, y si deciden presentarse a la siguiente elección por un partido o movimiento político distinto, deberán renunciar a la curul al menos doce (12) meses antes del primer día de inscripciones.” (Inciso 2º del artículo 2º de la Ley 1475 de 2011).

- v) *Directivos de organizaciones políticas: “Los directivos de los partidos y movimientos políticos que aspiren ser elegidos en cargos o corporaciones de elección popular por otro partido o movimientos políticos o grupo significativo de ciudadanos, o formar parte de los órganos de dirección de estas, deben renunciar al cargo doce (12) meses antes de postularse o aceptar la nueva designación o ser inscritos como candidatos.” (Inciso 3º del artículo 2º de la Ley 1475 de 2011).”*

En este caso en concreto, se le endilga al señor Pablo Emilio Cepeda Novoa la incursión en la causal de doble militancia consagrada en el inciso 1 del artículo 2 de la Ley 1475 de 2011, al haber sido de manera simultánea miembro de dos agrupaciones políticas sin que mediara renuncia a una de ellas con antelación de 12 meses.

*Resulta oportuno en este caso señalar, que ha sido la ley la que ha develado la distinción entre el valor probatorio de los documentos originales y las copias, es así como el artículo 245 del Código General del Proceso, preceptúa: “Los documentos se aportarán al proceso **en original o en copia**. Las partes deberán aportar el original del documento cuando estuviere en su poder, salvo causa justificada. Cuando se allegue copia, el aportante deberá indicar en dónde se encuentra el original, si tuviere conocimiento de ello.” (Negrillas propias).*

Si bien la norma consagra como primera medida, que se deba aportar el original del documento que se pretenda hacer valer como prueba, no menos cierto es, que el mismo precepto legal permite sean aportados documentos en copia.

*A su turno, el artículo 246 ídem establece: “**Las copias tendrán el mismo valor probatorio del original**, salvo cuando por disposición legal sea necesaria la presentación del original o de una determinada copia.*

Sin perjuicio de la presunción de autenticidad, la parte contra quien se aduzca copia de un documento podrá solicitar su cotejo con el original, o a falta de este con una copia expedida con anterioridad a aquella. El cotejo se efectuará mediante exhibición dentro de la audiencia correspondiente.” (Negrillas fuera de texto).

Si bien es cierto, en el caso en concreto, la parte demandada fue la aportante del documento contenido de la renuncia que obra a folio 73 del expediente, sin señalar la causa o motivo de no presentar el original, no menos cierto es, que en el transcurso del debate procesal, concretamente en la audiencia inicial donde fue incorporado como prueba, el demandante no presentó reparo alguno a dicho documento.

Siendo así las cosas, si bien es cierto el demandado al momento de aportar la multicitada renuncia, no presentó el documento en original, así como tampoco manifestó las razones de ello o de si tenía conocimiento del lugar en donde reposaba, tales circunstancias no merman el valor probatorio de la copia allegada al proceso. Exigir lo contrario sería incurrir en un defecto procedimental por exceso ritual manifestado.

*La causal de doble militancia endilgada al señor Pablo Emilio Cepeda Novoa, encuentra su sustento normativo en el inciso 1º del artículo 2 de la Ley 1475 de 2011, a saber: “En ningún caso se permitirá **a los ciudadanos pertenecer simultáneamente** a más de un partido o movimiento político. La mi-*

litancia o pertenencia a un partido o movimiento político, se establecerá con la inscripción que haga el ciudadano ante la respectiva organización política, según el sistema de identificación y registro que se adopte para tal efecto el cual deberá establecerse conforme a las leyes existentes en materia de protección de datos.”

A renglón seguido el artículo 2 mencionado preceptúa: “Quienes se desempeñen en cargos de dirección, gobierno, administración o control, dentro de los partidos y movimientos políticos, o hayan sido o aspiren ser elegidos en cargos o corporaciones de elección popular, no podrán apoyar candidatos distintos a los inscritos por el partido o movimiento político al cual se encuentren afiliados. Los candidatos que resulten electos, siempre que fueren inscritos por un partido o movimiento político, deberán pertenecer al que los inscribió mientras ostenten la investidura o cargo, y si deciden presentarse a la siguiente elección por un partido o movimiento político distinto, deberán renunciar a la curul al menos doce (12) meses antes del primer día de inscripciones.

Los directivos de los partidos y movimientos políticos que aspiren ser elegidos en cargos o corporaciones de elección popular por otro partido o movimientos políticos o grupo significativo de ciudadanos, o formar parte de los órganos de dirección de estas, deben renunciar al cargo doce (12) meses antes de postularse o aceptar la nueva designación o ser inscritos como candidatos.”

En este artículo, el legislador previó las reglas que deben seguir quienes siendo parte de una agrupación política como militante, directivo, miembro de una corporación pública y demás, deseen pertenecer a otra distinta sin que con ello incurran en la prohibición de la doble militancia.

De otra parte, la norma exige para los directivos, así como también para las personas que ostenten investidura o cargo obtenida por voto popular en representación de una colectividad política, que deba existir renuncia a dicha condición, con 12 meses de anterioridad a su inscripción por otra agrupación política, con el fin de no incurrir en doble militancia.

Igualmente, se sustenta para quienes resultaron electos, en el hecho que: “Tienen un deber más específico y de mayor peso en lo que refiere a la disciplina de partido. Ello en el entendido que la vinculación con los objetivos programáticos, principios ideológicos y decisiones políticas internas democráticamente adoptadas, tiene una mayor vinculación para los servidores elegidos como parte de listas avaladas por partidos y movimientos políticos que se definen –y obtienen respaldo electoral entre los ciudadanos–, en razón de su adscripción a tales parámetros.”²

Resultaría desproporcionado aplicar la misma regla en cuanto al tiempo que debe transcurrir entre la renuncia de un militante para unirse a otra colectividad política y la renuncia que debe mediar entre quien se desempeñaba, como directivo de un partido o movimiento político, lo anterior teniendo en cuenta el rol que cumplen dentro de cada colectividad, por cuanto, mientras el militante es una persona que encuentra afinidad con los principios y fines que persigue la agrupación política, el directivo es la figura visible que la representa.

Es en razón de la función que cumple cada persona dentro de las agrupaciones políticas, es que se debe analizar el tiempo que se requiere para la desvinculación de una colectividad, lo anterior, a manera de ejemplo, para lograr que los ciudadanos al momento de optar por una determinada candidatura, lo hagan de manera libre, sin que medie en ellos confusión alguna de la pertenencia de su candidato a una u otra colectividad política. Es por ello que resulta proporcional que la desvinculación como directivo o miembro de una corporación pública de elección popular, se haga con un período mínimo de 12 meses, para así lograr el entendimiento de los futuros electores, de los nuevos objetivos programáticos y principios ideológicos que persigue su candidato con la nueva vinculación a otra agrupación.

2 Corte Constitucional, sentencia del 4 de junio de 2014, M.P. Mauricio González Cuervo, radicado D-9918 C-334 de 2014.

Por manera que, en el presente caso la Sala ha de concluir, que el artículo 2 de la Ley 1475 de 2011, previó para las diferentes modalidades de doble militancia, un período de tiempo determinado para su configuración, basándose en el rol que cumple cada uno de sus miembros al interior de ésta.

Para el caso en concreto, se tiene que el secretario de la dirección municipal de Tunja, aceptó haber recibido el 23 de febrero de 2015, la renuncia como militante al Partido Conservador del demandado, declaración que no fue objeto de controversia por las partes ni por el agente del ministerio público.

Por lo anterior y teniendo en cuenta el material probatorio legal y oportunamente allegado al proceso, se puede concluir que el señor Cepeda Novoa presentó renuncia a su afiliación al Partido Conservador Colombiano el 23 de febrero de 2015, se hizo miembro militante del Partido Cambio Radical el 28 de mayo de 2015, recibió aval por esta última colectividad política en coalición con el Partido Opción Ciudadana el 21 de julio de 2015 y, se inscribió como candidato ante la Delegación Departamental de Boyacá el 24 de julio de 2015.

*Ahora bien, resulta oportuno reiterar, que en el caso de renuncia a la condición o a la afiliación a un partido como militante, la norma contempló la prohibición para los ciudadanos de pertenecer de manera **simultánea** a dos o más agrupaciones políticas, por lo anterior, el límite temporal se reduce a que no coincida en el tiempo la afiliación o pertenencia en varias colectividades.*

En conclusión, el señor Pablo Emilio Cepeda Novoa al momento de su inscripción, no se encontraba incurso en la prohibición de doble militancia consagrada en el artículo 2 de la Ley 1475 de 2011, en cuanto quedó demostrado que no perteneció de manera simultánea a dos agrupaciones políticas.”

Decisión: CONFIRMAR la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo de Boyacá el 29 de julio de 2016, conforme lo señala la parte motiva de este proveído.

DEVOLVER el expediente al Tribunal de origen para lo de su competencia.

ADVERTIR a los sujetos procesales que contra lo resuelto no procede recurso alguno.

LUCY JEANNETTE BERMÚDEZ BERMÚDEZ
Presidenta

ROCÍO ARAÚJO OÑATE
Consejera de Estado
CARLOS ENRIQUE MORENO RUBIO
Consejero de Estado
ALBERTO YEPES BARREIRO
Consejero de Estado

* * *

CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCIÓN QUINTA

Consejera ponente: ROCÍO ARAÚJO OÑATE

Bogotá D.C., diez (10) de noviembre de dos mil dieciséis (2016)

Radicación número: 66001-23-33-000-2016-00153-01

Actor: JUAN CARLOS GIRALDO GRISALES

Demandado: FERNÁN ALBERTO CAÑAS LÓPEZ - ACTO DE ELECCIÓN COMO CONTRALOR DEL MUNICIPIO DE DOSQUEBRADAS DEPARTAMENTO DE RISARALDA.

Asunto: Procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por el demandante contra la sentencia del 19 de agosto de 2016 adoptada por el Tribunal Administrativo de Risaralda a través de la cual se denegaron las súplicas de la demanda en contra de la elección de Fernán Alberto Cañas López como Contralor del municipio de Dosquebradas (Risaralda) para el período “2016-2020”¹.

Extracto: *Corresponde a la Sala analizar y decidir si confirma, revoca o modifica la sentencia del 19 de agosto de 2016 por medio de la cual el Tribunal Administrativo de Risaralda denegó las pretensiones de la demanda.*

Es importante referir que en relación con el proceso de elección que aquí se cuestiona, el Juzgado Segundo Civil Municipal de Dosquebradas mediante sentencia del 29 de enero de 2016 amparó los derechos del señor Rave Valencia y ordenó dejar sin efectos “la convocatoria pública regulada a través de la Resoluciones N° 102-122 de 2015 a partir del acto administrativo que fija el cronograma, para lo cual deberá proceder el concejo a fijar nuevas fechas para oír a los interesados, dando la publicidad ordenada por la mesa directiva, incluida la publicación en página web, con el fin de que cualquier persona pueda asistir a las exposiciones de los planes de acción (...)” / Folio 121/.

En cumplimiento a la orden de la señora juez, el concejo municipal expidió la Resolución N° 015 de febrero de 2016 por medio de la cual dejó sin efectos la convocatoria pública regulada a través de las Resoluciones N° 102-122 de 2015 a partir del acto que fijo el cronograma y señaló fechas para oír a los 39 aspirantes admitidos, para que expusieran nuevamente su plan de acción ante la plenaria del concejo municipal y luego proceder a la correspondiente elección de contralor que ocurrió el 29 de febrero de 2016.

El recurrente solicita revocar la sentencia por considerar que el acto demandado perdió su fuerza ejecutoria, por virtud de la sentencia del Juzgado del Circuito de Dosquebradas que revocó el fallo de tutela proferido en primera instancia por el Juzgado Segundo Civil del mismo municipio. Plantea el accionante y recurrente que con el acto de elección del señor Fernán Alberto Cañas López, se vulnera el derecho al debido proceso y en su concepto de la violación aduce que el Concejo Municipal de Dosquebradas no podía expedir decisión alguna ni culminar el proceso de selección hasta que el juez de la impugnación no se pronunciara frente al fallo de tutela que en primera instancia dejó sin efectos la convocatoria desde el cronograma y ordenaba al concejo fijar nueva fecha para oír a los interesados.

Resulta cierto que la facultad de hacer la convocatoria y fijar las reglas de la misma corresponde a los concejos municipales, siguiendo unos principios previstos tanto en el artículo 126 como 272 de la Constitución Política que en lo pertinente prevén:

ARTICULO 126.

(...)

Salvo los concursos regulados por la ley, la elección de servidores públicos atribuida a corporaciones públicas deberá estar precedida de una convocatoria pública reglada por la ley, en la que se fijan requisitos y procedimientos que garanticen los principios de publicidad, transparencia, participación ciudadana, equidad de género y criterios de mérito para su selección.

(...)

1 Así se señala en acta de posesión no obstante que por mandato constitucional del artículo 272 C.P., el período debe coincidir con el del alcalde. Folio 72.

ARTICULO 272. *La vigilancia de la gestión fiscal de los departamentos, distritos y municipios donde haya contralorías, corresponde a éstas y se ejercerá en forma posterior y selectiva.*

Los Contralores departamentales, distritales y municipales serán elegidos por las Asambleas Departamentales, Concejos Municipales y Distritales, mediante convocatoria pública conforme a la ley, siguiendo los principios de transparencia, publicidad, objetividad, participación ciudadana y equidad de género, para periodo igual al del Gobernador o Alcalde, según el caso.

Bajo este contexto, no hay duda que era facultad del Concejo, fijar las reglas para culminar la convocatoria con el fin de elegir Contralor Municipal de Dosquebradas y que para ello, era imperativo dar cumplimiento al fallo de tutela proferido por el Juzgado Segundo Municipal, sin que resulte de recibo la argumentación del recurrente de violación al debido proceso por no haber esperado la decisión frente a la impugnación del nombrado fallo.

Sobre las reglas para este tipo de convocatorias la Sección Quinta de esta Corporación, recientemente hizo los siguientes pronunciamientos

“Ahora, precisa la Sala que no es acertado afirmar, como insistentemente lo hizo el actor, que la Asamblea de Santander desacató las directrices trazadas por la Sala de Consulta y Servicio Civil en los dos (2) conceptos que sobre esta materia rindió en noviembre de 2015, por solicitud del ministro del Interior.

En el primero de tales conceptos, la corporación concluyó que “(...) Para la elección los contralores territoriales por parte de las asambleas departamentales y los concejos municipales y distritales se puede aplicar por analogía, mientras se expide una ley que regule las convocatorias públicas, la Ley 15-51 de 2012 y su Decreto Reglamentario No. 2485 de 2014 sobre concurso público de méritos para la elección de personeros municipales y distritales, teniendo en cuenta en todo caso que en la escogencia final no aplica un orden específico de elegibilidad entre los seleccionados (...)”².

Precisa la Sala que los conceptos emitidos por la Sala de Consulta no tienen efectos vinculantes, por lo cual no puede decirse que los criterios expuestos en torno de la elección de los contralores tengan que ser necesariamente acogidos por las asambleas y concejos para la escogencia de los citados funcionarios.

La alternativa de aplicar analógicamente las normas reguladoras de los concursos de méritos, particularmente de aquellas dictadas para la designación de los personeros municipales, era una posibilidad que podía materializar la corporación para la escogencia del contralor, sin que fuera la única opción para que la elección pueda ser válida.”³

Por su Parte el Consejo de Estado, sobre el efecto en que debe concederse la impugnación de los fallos de tutela, ha dicho:

“En ese orden de ideas se remitirá el memorial mediante el cual la accionante solicita que se verifique el cumplimiento de la sentencia que se profirió en su favor, y si es del caso que se inicie un incidente de desacato, al Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección

² Cfr. Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, concepto de noviembre diez (10) de 2015, radicación No. 2274, Radicación No. 11001-03-06-000-2015-0182-00, C.P. Álvaro Namen Vargas.

³ Consejo de Estado, Sección Quinta, auto del treinta y uno (31) de marzo de dos mil dieciséis (2016), de 2016, C.P. Carlos Enrique Moreno Rubio, radicado No. 68001-23-33-000-2016-00149-01.

Primera, Subsección B, para que conozca la misma por ser dentro del presente proceso el juez de primera instancia.

Lo anterior teniendo en cuenta adicionalmente, que la impugnación presentada contra la sentencia del 6 de septiembre de 2013 que será objeto de estudio en esta Corporación, no suspende los efectos de la orden emitida, de manera tal que debe cumplirse en los términos establecidos por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca.

La afirmación antes realizada encuentra sustento en el hecho que la concesión de la impugnación en las sentencias de tutela es en el efecto devolutivo, motivo por el cual mientras se surte la misma la sentencia controvertida debe cumplirse, aunque posteriormente puede dejarse sin efectos, en el evento que el juez de segunda instancia considere que el mencionado fallo debe revocarse, de lo contrario quedará en firme lo decidido por el juez de primera instancia. Sobre el particular podemos apreciar el siguiente pronunciamiento de la Corte Constitucional:

“La apelación de sentencias de tutela se debe conceder en el efecto DEVOLUTIVO, por cuanto no está permitido al a-quo suspender los efectos del fallo hasta que se resuelva el asunto en segunda instancia. Si bien un fallo de tutela en primera instancia puede ser recurrido por cualquiera de las partes dentro de los términos establecidos por la ley, su cumplimiento por éstas es obligatorio mientras se surte la segunda instancia, la cual, de confirmarlo, dejará en firme la actuación del a-quo, pero en caso de revocarlo, dejará sin efectos totales o parciales el fallo objeto de apelación, y producirá otros, los cuales las partes deberán acatar.”⁴ (El subrayado es nuestro).

Se estima que la razón principal por la que la impugnación de fallos de tutela debe entenderse en el efecto devolutivo, obedece a que través de la acción de tutela se busca la protección inmediata y eficaz de los derechos fundamentales, los cuales pueden encontrarse en situaciones de inminente riesgo, por lo que sería contrario a la naturaleza especial de dichos derechos, que sus medidas de protección se condicionaran hasta que se resolviera la acción constitucional en segunda instancia.⁵

Así las cosas, el cargo de violación del debido proceso, tal como fue formulado y sustentado no está llamado a prosperar.

De otra parte, argumenta el recurrente que se vulneró el artículo 272 de la C.P., en concordancia con el 122 de la misma, porque al culminar el proceso luego de expedida la Resolución 015 de 2016 del concejo de Dosquebradas, éste eligió dos contralores para el mismo período.

En relación con lo señalado en el párrafo precedente, es preciso aclarar en este asunto, que un acto administrativo adquiere firmeza cuando el mismo contiene una decisión que pone fin a una actuación y cumple con los requisitos de publicidad para que el mismo sea oponible. Por esta razón, encontramos que el caso subexamen, cuando el concejo municipal de Dosquebradas, dejó sin efecto lo actuado en la convocatoria pública para elegir contralor, y expidió la Resolución 015 de 2016, con el fin de cumplir lo dispuesto en el fallo de tutela del Juzgado Segundo Civil Municipal, también lo hizo respecto del acto de elección que había recaído en el señor Henry Rincón Alzate, aspecto que impone concluir que el mismo no cobró fuerza ejecutoria y por ende no resulta de recibo la afirmación de la elección de dos contralores a través de la misma convocatoria.

⁴ Corte Constitucional, sentencia T-068 de 1995. M.P. Hernando Herrera Vergara.

⁵ Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección B, Auto de 17 de octubre de 2013, C.P. Gerardo Arenas Monsalve, Ref. No. 25000-23-41-000-2013-02056-02

Por lo antes señalado, no se puede pretender en el presente caso, invocar para que se declare la nulidad de acto de elección del contralor, las causales de perdida de ejecutoriedad como si fueran de nulidad.”

Decisión: CONFIRMAR sentencia del 19 de agosto de 2016 a través de la cual el Tribunal Administrativo de Risaralda denegó las súplicas de la demanda.

DEVOLVER al Tribunal de origen para lo de su cargo.

LUCY JEANNETTE BERMÚDEZ BERMÚDEZ
Presidenta

ROCÍO ARAÚJO OÑATE
Consejera de Estado
CARLOS ENRIQUE MORENO RUBIO
Consejero de Estado
ALBERTO YEPES BARREIRO
Consejero de Estado

* * *

CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCIÓN QUINTA

Consejera ponente: ROCÍO ARAÚJO OÑATE

Bogotá D.C., diecisiete (17) de noviembre de dos mil dieciséis (2016)

Radicación número: 11001-03-28-000-2015-00061-00

Actor: JOSÉ ENRIQUE PARDO GARCÍA Y OTRO

Demandado: CLAUDIA MARCELA AMAYA GARCÍA –GOBERNADORA DEL META

Asunto: Procede la Sala a decidir en única instancia las demandas acumuladas presentadas por los señores José Enrique Pardo García y Breiner Andrés Caicedo Hurtado contra la elección de la señora Claudia Marcela Amaya García, en su condición de Gobernadora del Meta, para el período 2016-2019.

Extracto: *El problema jurídico a ser definido por la Sala consiste en determinar si el acto de elección de la señora Claudia Marcela Amaya García, como Gobernadora del Departamento del Meta para el período 2016-2019, debe ser anulado por trasgresión de la prohibición de doble militancia consagrada en los artículos 107 de la Constitución Política y 2º de la Ley 1475 de 2011.*

La causal de nulidad electoral de doble militancia no se presenta en una única modalidad; ésta contempla conforme con la Constitución y la Ley las siguientes:

- i) **Los ciudadanos:** *“En ningún caso se permitirá a los ciudadanos pertenecer simultáneamente a más de un partido o movimiento político.” (inciso 1º del artículo 2 de la Ley 1475 de 2011).*
- ii) **Quienes participen en consultas:** *“Quien participe en las consultas de un partido o movimiento político o en consultas interpartidistas, no podrá inscribirse por otro –organización política– en el mismo proceso electoral.” (Inciso 5º del artículo 107 de la Constitución Política).*
- iii) **Miembros de una corporación pública:** *“Quien siendo miembro de una corporación pública decida presentarse a la siguiente elección, por un partido distinto, deberá renunciar*

a la curul al menos doce (12) meses antes del primer día de inscripciones.” (Inciso 12 del artículo 107 de la Constitución Política e Inciso 2º del artículo 2º de la Ley 1475 de 2011).

iv) **Miembros de organizaciones políticas para apoyar candidatos de otra organización:** “Quienes se desempeñen en cargos de dirección, gobierno, administración o control, dentro de los partidos y movimientos políticos, o hayan sido o aspiren ser elegidos en cargos o corporaciones de elección popular, no podrán apoyar candidatos distintos a los inscritos por el partido o movimiento político al cual se encuentren afiliados. Los candidatos que resulten electos, siempre que fueren inscritos por un partido o movimiento político, deberán pertenecer al que los inscribió mientras ostenten la investidura o cargo, y si deciden presentarse a la siguiente elección por un partido o movimiento político distinto, deberán renunciar a la curul al menos doce (12) meses antes del primer día de inscripciones.” (Inciso 2º del artículo 2º de la Ley 1475 de 2011).

v) **Directivos de organizaciones políticas:** “Los directivos de los partidos y movimientos políticos que aspiren ser elegidos en cargos o corporaciones de elección popular por otro partido o movimientos políticos o grupo significativo de ciudadanos, o formar parte de los órganos de dirección de estas, deben renunciar al cargo doce (12) meses antes de postularse o aceptar la nueva designación o ser inscritos como candidatos.” (Inciso 3º del artículo 2º de la Ley 1475 de 2011).”¹

Este cargo de la demanda se refiere concretamente a que la señora Amaya García no renunció a su condición de militante por el Partido de la “U”, con 12 meses de anticipación a su afiliación al Partido Liberal, encontrándose en la obligación de hacerlo, por cuanto conforme con los estatutos de ésta última colectividad, la señora Claudia Marcela Amaya García, debía estar afiliada al partido por lo menos con 1 año de antelación al otorgamiento del aval (artículo 96), evidenciándose así la violación de la prohibición de doble militancia, por cuanto el aval fue entregado el 25 de junio de 2015 y su renuncia al Partido de la “U” sólo se materializó el 25 de marzo de 2015.

Encuentra esta Sala que los demandantes basan el presente cargo en lo normado en el artículo 96 de la Resolución No. 658 de 2002, y no en el artículo 68 de la Resolución No. 2895 de 2011. Tal confusión se debe a que para el año 2015 estuvieron vigentes dos estatutos que regularon el funcionamiento del Partido Liberal, lo anterior, debido a que la Sección Tercera del Consejo de Estado, el 5 de marzo de 2015, ordenó el cumplimiento de la decisión del Tribunal Nacional de Garantías de dicha agrupación política que declaró ilegal la Resolución No. 2895 de 2011.

De la lectura del fallo arriba transcrito se tiene que el Partido Liberal contaba con el plazo de un mes, para adoptar las medidas tendientes a dejar de aplicar los estatutos del año 2011, ante lo cual debía regirse por aquellos que a la entrada en vigencia de la Ley 1475 de 2011 gobernaban la agrupación política, esto es, los adoptados en el año 2002.

En virtud de lo anterior, el Consejo Nacional Electoral, vinculado como autoridad encargada de vigilar el funcionamiento de los partidos políticos, mediante la Resolución No. 1655 del 5 de agosto de 2015, en cumplimiento de la decisión judicial ya mencionada, dejó sin efectos el registro de los estatutos del año 2011, así como también, el registro de las directivas realizado con posterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 1475 de 2011, quiere decir ello, que hasta el 4 de agosto de 2015, estuvieron vigentes los estatutos adoptados en el año 2011”.

Teniendo en cuenta que el aval fue otorgado el 25 de junio de 2015, la Resolución No. 658 de 2002 no había cobrado vigencia; entonces, se tiene que la normativa que regía para esa época era la Resolución No. 2895 del 7 de octubre de 2011, cuyo artículo 68 establece:

1 Consejo de Estado, Sección Quinta, sentencia del 7 de septiembre de 2015, C.P. Alberto Yepes Barreiro, radicado No. 11001-03-28-000-2014-00023-00

“REQUISITOS PREVIOS PARA EL AVAL.- Los miembros de la colectividad que deseen recibir aval del Partido Liberal Colombiano para aspirar a un cargo de elección popular o para optar por un nombramiento o elección estatal en nombre del mismo, deberán cumplir los siguientes requisitos:

1. Ser militante del Partido

2. /.../” Negrillas propias.

Siendo así y teniendo claro que en el presente caso no le era exigible a la demandada su militancia por un año en el Partido Liberal para obtener el aval, se debe despachar negativamente el presente cargo al no existir simultaneidad en la afiliación de la señora Claudia Marcela Amaya García en los Partidos de la “U” y Liberal Colombiano, en los términos de la causal de doble militancia contemplada en el inciso 1º del artículo 107 de la Constitución Política y 2º de la Ley 1475 de 2011.”

Decisión: NEGAR las pretensiones de las demandas presentadas por los señores José Enrique Pardo García y Breiner Andrés Caicedo Hurtado contra la elección de la señora Claudia Marcela Amaya Angarita, en su condición de Gobernadora del Meta, para el período 2016-2019, de conformidad con la parte motiva de este proveído.

ADVERTIR a los sujetos procesales que contra lo resuelto no procede recurso alguno.

LUCY JEANNETTE BERMÚDEZ BERMÚDEZ
Presidenta
Aclara Voto

ROCÍO ARAÚJO OÑATE
Consejera de Estado
CARLOS ENRIQUE MORENO RUBIO
Consejero de Estado
Aclara Voto
ALBERTO YEPES BARREIRO
Consejero de Estado
Aclara Voto

**Aclaración de voto de los consejeros Lucy Jeannette Bermúdez, Carlos Enrique Moreno
y Alberto Yepes Barreiro**

Extracto: “Con el acostumbrado respeto, manifestamos las razones por las cuales aclaramos nuestro voto respecto de la sentencia proferida el 17 de noviembre de 2016, en la que se resolvió “NEGAR las pretensiones de las demandas presentadas por los señores José Enrique Pardo García y Breiner Andrés Caicedo Hurtado contra la elección de la señora Claudia Marcela Amaya Angarita [sic], en su condición de Gobernadora del Meta, para el período 2016-2019, de conformidad con la parte motiva de este proveído”.

Si bien compartimos el sentido de la decisión adoptada, debemos expresar nuestro disenso en relación con los aspectos de la providencia frente a los cuales pasamos a pronunciarnos tal y como a continuación se sigue:

En primer lugar, consideramos que el cargo que los demandantes sustentaron en torno a que la demandada presuntamente no tenía la antigüedad exigida por los estatutos del Partido Liberal (un año), constituía un señalamiento propio de la causal de falta de requisitos consagrada en el numeral 5º del artículo 275 del CPACA, que no podía ser estudiado bajo el prisma de la doble militancia (numeral 8º de la norma ejusdem), como en efecto se abordó en la providencia, dado que no fue en esos términos que lo planteó la parte actora.

*El hecho de que la fijación del litigio, realizada en la audiencia inicial, se hubiese contraído a des-
trabar los cuestionamientos erigidos en torno a la supuesta doble militancia de la demandada, no
justificaba a la Sala para acometer el estudio de un asunto que evidentemente había quedado por fuera
la misma, como lo fue el reparo por “falta de requisitos”, pues, se trata de dos asuntos completamente
distintos que no podían confundirse, so pretexto de resolver todos los planteamientos de la demanda,
habida cuenta que de haber una imprecisión en la configuración de los ejes temáticos de la discusión,
esta debía ser asumida por las partes e intervinientes, en la medida en que, teniendo la oportunidad
de reponer tal decisión, optaron por guardar silencio.*

*De otra suerte, consideramos oportuno expresar nuestro disenso en relación con la forma en la
que se abordó el cargo que se endilgó al acto electoral enjuiciado a partir de la presunta doble militan-
cia de la señora AMAYA GARCÍA en la modalidad de “ciudadanos”, según la cual, “[e]n ningún caso se
permitirá a los ciudadanos pertenecer simultáneamente a más de un partido o movimiento político”
(inciso 1º del artículo 2 de la Ley 1475 de 2011).*

*A nuestro parecer, el examen de dicho cuestionamiento se efectuó de forma imprecisa, toda vez que
en desarrollo del mismo se evaluó si la demandada había incurrido en la referida prohibición dentro
de los 12 meses anteriores a la inscripción de su candidatura, cuando es claro que dicho parámetro
temporal no resultaba aplicable a esa modalidad específica y aún más cuando, en todo caso, a los fines
de la nulidad electoral lo que interesa es si al momento de tal inscripción aquella estaba incurso en la
cuestionada irregularidad; y no si lo había estado con anterioridad, como claramente se desprende del
tenor literal del artículo 275.5 en concordancia con el entendimiento que le dio la Corte Constitucional
en la sentencia C-334 de 2014.*

*(...) Y por último, era indispensable en este caso, a propósito de evitar confusiones y aparentes contra-
dicciones con la propia jurisprudencia de la Sección, explicar en qué manera el criterio de la Sala no
se veía comprometido con lo señalado en la sentencia de 28 de septiembre de 2015, en la que se señaló
que la ausencia de la entonces demandada al momento de su elección como directiva o la falta de
aceptación formal de esa designación no se oponían a su calidad de directiva, teniendo en cuenta que
ello emergía de lo consignado en los estatutos del partido y que, en todo caso, se trató de una decisión
registrada ante el Consejo Nacional Electoral, y por lo tanto oponible a terceros.*

(...) En los anteriores términos dejamos presentada nuestra aclaración de voto.”

* * *

CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCIÓN QUINTA

Consejera ponente: ROCÍO ARAÚJO OÑATE

Bogotá, D.C., primero (1) de diciembre del dos mil dieciséis (2016)

Radicación número: 05001-23-33-000-2016-00299-01

Actor: GABRIEL PEREA MORA

Demandado: BERNARDO DE JESÚS GARCÍA BENJUMEA

**PERSONERO DEL MUNICIPIO DE COPACABANA DEPARTAMENTO DE ANTIOQUIA, PERÍODO
CONSTITUCIONAL 2016-2019.**

Asunto: Procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por el demandante contra la sen-
tencia del 1 de septiembre de 2016 adoptada por el Tribunal Administrativo de Antioquia a través de la
cual se denegaron las pretensiones de la demanda en contra de la elección de Bernardo De Jesús García
Benjumea - Acto de elección como Personero del Municipio de Copacabana Departamento de Antioquia,
para el período 2016-2019.

Extracto: *Corresponde a la Sala analizar y decidir si confirma, revoca o modifica la sentencia del 01 de septiembre de 2016 por medio de la cual el Tribunal Administrativo de Antioquia denegó las pretensiones de la demanda.*

Se advierte que para pronunciarse en el caso sometido a consideración de la Sección es importante precisar que el acto demandado corresponde a la elección del personero municipal de Copacabana, decisión tomada en sesión del concejo municipal el día 08 de enero de 2016 y de la cual no obra en el expediente copia del acta; contando como elemento probatorio, con una grabación en un disco compacto, de la referida sesión en cuyo video muestra que entre los minutos 15.10 y 21.14 se realizó la votación y elección del señor Bernardo De Jesús García Benjumea, con 15 votos a su favor; correspondientes a la totalidad de los concejales presentes en la sesión (disco en folio 109 cuaderno 1), video no cuestionado en el proceso, además a folio 107 cuaderno 1, obra copia del acta de posesión del mencionado señor García ante el Presidente del Concejo del Municipio.

El artículo 313 de la Constitución Política asigna a los concejos municipales la competencia para la elección de personeros municipales, facultad que se ha desarrollado legal y reglamentariamente. El artículo 170 de la Ley 136 de 1994 con respecto a esta competencia constitucional de los concejos municipales, dispuso:

“Artículo 170. A partir de 1995, los personeros serán elegidos por el Concejo Municipal o Distrital, en los primeros diez (10) días del mes de enero del año respectivo, para períodos de tres años, que se iniciarán el primero de marzo y concluirán el último día de febrero.

/.../

El período de los personeros se amplió a cuatro años por la Ley 1031 de 2006 y con la expedición de la Ley 1551 de 2012, se ordenó que la elección de personeros debe estar precedida de un concurso público de méritos.

De acuerdo con la jurisprudencia de la Corte Constitucional, los concursos previstos en la Ley 1551 de 2012 para la selección de personeros deben realizarse en atención a las siguientes condiciones: (i) ser abiertos a cualquier persona que cumpla los requisitos para ocupar el cargo; (ii) las pruebas de selección deben orientarse a buscar el mejor perfil para el cargo; (iii) la valoración de la experiencia y preparación académica y profesional debe tener relación con las funciones que se van a desempeñar; (iv) la fase de oposición debe responder a criterios objetivos; (v) el mérito debe tener un mayor peso en el concurso que los criterios subjetivos de selección; (vi) debe garantizarse su publicidad; y (vii) para la realización de los concursos pueden suscribirse convenios con entidades públicas especializadas que asesoren a los concejos municipales.¹

El Tribunal consideró que debía prevalecer el término de 10 días previsto en el Decreto 2485 de 2014, compilado en el Decreto 1083 de 2015, por ser norma superior respecto del Acuerdo 055 del mismo año del concejo de Copacabana; además porque no se probó que se hubiera vulnerado el derecho de concurrencia al demandante o a otros aspirantes.

En atención a que este cargo se enfoca en la causal de nulidad denominada expedición irregular del acto administrativo, se hará mención a lo recientemente dicho por la Sesión Quinta del Consejo de Estado ha dicho:

*“Para el efecto, es menester precisar que la **expedición irregular** es un vicio de nulidad de los actos que se materializa cuando se vulnera el procedimiento determinado para la formación y expedición de un acto administrativo, es decir, cuando la actuación administrativa se realiza con anomalías en el trámite de expedición del mismo, en otras palabras cuando se cuestiona la **forma** en la que se profirió el respectivo acto.*

¹ Sentencia C-105 de 2013.

El profesor Dromi al definir este vicio del acto administrativo señala que “la omisión o el incumplimiento parcial de las formalidades requeridas pueden afectar en distintos grados su validez [del acto administrativo], según la importancia de la transgresión.”²

En el mismo sentido, la doctrina respecto a este vicio precisó que aquel se materializa cuando “hay un defecto formal que produce una violación apreciable en el ordenamiento jurídico administrativo y su mantenimiento fuera incompatible con el orden público, se está en presencia de un vicio sobre una forma esencial, sancionado con la nulidad absoluta del acto administrativo.”³

Lo anteriores postulados se recogieron por la Sección Quinta en la sentencia de 23 de marzo de 2007, oportunidad en la que con toda claridad se señaló que:

“Dicho vicio corresponde a aquel referido a las irregularidades sustanciales que tengan lugar en la expedición del acto, vale decir, el que se presenta cuando el acto se expide omitiendo las formalidades y trámites del caso que resulten determinantes en la decisión definitiva. Y, según se dijo en precedencia, por irregularidad sustancial en la expedición de un acto declarativo de elección o de nombramiento se entiende aquella capaz de alterar, con la suficiente gravedad, la transparencia del proceso de selección o electoral de que se trate, en cuanto afecta de manera determinante el resultado del mismo.”^{4/5}

Tal como se expuso por el recurrente y luego de verificado en el texto del Acuerdo 055 de 2015⁶, expedido por el concejo de Copacabana, corporación facultada por el artículo 313 de la Constitución Política para hacer la selección y elección del personero municipal, el término mínimo de publicidad antes de iniciar las inscripciones debió ser de 15 días calendario, el cual no se observó; cuestión sobre la que no hay ninguna duda y así está probado en el presente proceso. Sin embargo, el parágrafo del artículo 3, del Decreto 2485 de 2014, al señalar que “Parágrafo. Con el fin de garantizar la libre concurrencia, la publicación de la convocatoria deberá efectuarse con no menos de diez (10) días calendario antes del inicio de la fecha de inscripciones.” [Negrita fuera del texto].

La sala encontró plenamente acreditado el cargo de irregular expedición del acto de elección del personero municipal de Copacabana, por no haberse cumplido a cabalidad con el término de publicidad de la convocatoria, previsto en el Acuerdo 055 de 2015 del concejo de Copacabana – Antioquia y que el mismo afecta toda la convocatoria desde la expedición de la Resolución 083 de 2015 de la Mesa Directiva del Concejo, razón por la que no habría lugar a analizar los restantes dos cargos planteados por el demandante y reiterados en el recurso de apelación por tratarse de hechos ocurridos en etapas del concurso posteriores a la expedición de la mencionada resolución y que en consecuencia se verían afectadas al declarar la prosperidad de este cargo.

Para determinar si se vició la decisión de elección del personero por quienes realizaron la entrevista, debemos ir al Acuerdo 055 de 2015, por medio del cual se reglamentó el concurso y que en su artículo 4 transitorio, dispuso:

“Autorízase a la Mesa Directiva de la actual vigencia por un término de dos (2) meses contados a partir de la fecha de sanción y publicación del presente acuerdo para que expida el acto administrativo de la correspondiente Convocatoria pública de méritos para la elección de personero Municipal para la vigencia del 2016.”

2 Dromi Roberto, Acto administrativo, ciudad argentina e Hispania de Libros, Buenos Aires, 2008, pág. 94

3 Cassagne Juan Carlos, El acto Administrativo Teoría y Régimen Jurídico, Temis, Bogota, 2013, pág 256

4 Consejo de Estado, Sección Quinta, Sentencia del 23 de marzo de 2007, radicado N°11001-03-28-000-2006-00172-01(4120. CP. Darío Quiñones Pinilla.

5 Consejo de Estado, Sección Quinta, M.P. Alberto Yepes Barreiro, Ref.: 11001-03-28-000-2014-00128-00, 3 de agosto de 2015.

6 Artículo 3, numeral primero, inciso 2, del Acuerdo 055 de 2015, del concejo de Copacabana: “Con el fin de garantizar la libre concurrencia, la publicación de la convocatoria deberá efectuarse con no menos de quince (15) días calendario antes del inicio de la fecha de inscripciones.

En desarrollo de la citada autorización el concejo expidió la Resolución 083 de 2015 que en su artículo 3.4, dispuso que la entrevista sería hecha por la entidad contratante y tendría un porcentaje del 10%. Regla que no deja lugar a dudas que es el concejo la entidad contratante y por tanto, él mismo se reservó la facultad de hacer esta prueba, sin que hubiera especificado si sería la mesa directiva o el concejo en pleno.

Con fundamento en lo expuesto, la Sección Quinta del Consejo de Estado, habrá de revocar la sentencia de primera instancia proferida por el Tribunal Administrativo de Antioquia el 01 de septiembre de 2016, en razón a que está acreditado que con la expedición de la Resolución 083 de 2015, se acortó el término de publicidad de la convocatoria que estaba ya definido en el acuerdo 055 de 2015 en no menos de 15 días calendario y por lo mismo declarar la nulidad de la elección del señor Bernardo De Jesús García Benjumea como personero municipal de Copacabana - Antioquia.”

Decisión: REVOCAR la sentencia del 1 de septiembre de 2016 a través de la cual el Tribunal Administrativo de Antioquia denegó las pretensiones de la demanda, en consecuencia declarar la nulidad de la elección del personero de Copacabana Antioquia, señor Bernardo De Jesús García Benjumea la cual tuvo lugar en sesión del concejo municipal de Copacabana el día 08 de enero de 2016.

DEJAR sin efecto los actos del concurso a partir de la Resolución No. 083 de 2015 inclusive, conforme con lo expuesto en la parte motiva del presente proveído, para que partir de este momento se continúe con el concurso público de méritos.

DEVOLVER el expediente al Tribunal de origen para lo de su competencia.

ADVERTIR a los sujetos procesales que contra lo resuelto no procede recurso alguno.

LUCY JEANNETTE BERMÚDEZ BERMÚDEZ
Presidenta

ROCÍO ARAÚJO OÑATE
Consejera de Estado
CARLOS ENRIQUE MORENO RUBIO
Consejero de Estado
ALBERTO YEPES BARREIRO
Consejero de Estado

* * *

CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCIÓN QUINTA

Consejera ponente: ROCÍO ARAÚJO OÑATE

Bogotá D.C., primero (1) de diciembre de dos mil dieciséis (2016)

Radicación número: 50001-23-33-000-2015-00006-01

Actor: CONSEJO NACIONAL ELECTORAL

Demandado: EDGAR HUMBERTO SILVA GONZÁLEZ – ALCALDE DE PUERTO GAITÁN

Asunto: Fallo por importancia jurídica – decreta la pérdida del cargo – análisis de los artículos 109 de la Constitución Política y 26 de la Ley 1475 de 2011- precisión sobre la valoración probatoria del acto proferido por el Consejo Nacional Electoral – estudio sobre el principio de proporcionalidad de la sanción.

Extracto: “La Sección Quinta del Consejo de Estado dictó sentencia de unificación de jurisprudencia sobre el medio de control judicial denominado “pérdida del cargo”, el cual se aplica a cargos de elección popular, como es el caso de alcaldes, gobernadores, concejales, diputados y miembros del congreso –senadores y representantes a la cámara–, cuando se demuestra que violaron los toques de ingresos y gastos en sus campañas electorales, al existir en el ordenamiento jurídico colombiano reglas de financiación establecidas en procura de alcanzar, como fin último, la igualdad de oportunidades de los competi-

dores en la contienda electoral, siendo éste un principio-derecho fundamental para la legitimidad en la consecución y el ejercicio del poder político, con influencia en otros aspectos importantes como la transparencia y la debida información a los electores para la formación de la voluntad electoral. En el caso concreto se decretó la pérdida del cargo al encontrar demostrado que el demandado en su calidad de candidato a la Alcaldía de Puerto Gaitán, incurrió en gastos superiores a los autorizados para su campaña política, previo análisis de las fases objetiva y subjetiva de responsabilidad del candidato.

“(…) al analizar las normas que consagran la figura jurídica y el alcance de las mismas de acuerdo a la jurisprudencia de la Corte Constitucional y de esta Corporación se concluye que se trata de un proceso de naturaleza jurisdiccional sancionatorio que tiene por objeto castigar las conductas que implican la utilización de recursos en un monto mayor al autorizado por el Estado, con lo que se pretende salvaguardar principios democráticos esenciales como la igualdad electoral y la transparencia, que se tramita por el procedimiento de la nulidad electoral, presentando significativas diferencias con este, derivadas del objeto de estudio y de la finalidad que se pretende con cada uno”.

Decisión: DECRETAR la pérdida del cargo de Alcalde del Municipio de Puerto Gaitán – Meta para el período 2011-2015 del demandado Edgar Humberto Silva González, de conformidad con las consideraciones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

COMUNICAR la decisión adoptada en la presente providencia al Consejo Nacional Electoral y al Partido Social de Unidad Nacional – Partido de la U.

ADVERTIR a los sujetos procesales que contra lo resuelto no procede ningún recurso.

LUCY JEANNETTE BERMÚDEZ BERMÚDEZ

Presidenta

Aclara Voto

ROCÍO ARAÚJO OÑATE

Consejera de Estado

CARLOS ENRIQUE MORENO RUBIO

Consejero de Estado

Aclara Voto

ALBERTO YEPES BARREIRO

Consejero de Estado

Aclara Voto

Aclaración de Voto de la consejera Lucy Jeannette Bermúdez

Extracto: *“En mi criterio, el artículo 26 de la Ley 1475 de 2011 no establece la competencia para que el Consejo de Estado conozca del proceso de pérdida de investidura, pues de la lectura de dicho precepto lo que se advierte es que dispone, solamente, que su trámite se deberá adelantar bajo el procedimiento establecido para declarar la nulidad de la elección, lo que equivale a que esta norma no imponga la competencia sino que en realidad lo que el legislador estableció fue la cuerda procesal bajo la cual se deberá tramitar. (...)”*

Así las cosas, el proceso de pérdida del cargo, para el caso de alcaldes y gobernadores, al igual que ocurre con los candidatos elegidos a corporaciones públicas, compete al Consejo de Estado, en única instancia, en virtud de la competencia residual de que trata el numeral 14 del artículo 149 del CPACA y su trámite corresponde al del medio de control de nulidad electoral -artículos 276 al 292 de la misma codificación-, por remisión expresa del artículo 26 de la Ley 1475 de 2011 y el de pérdida de investidura, respetivamente. (...)”

Debo manifestar que, en mi criterio, el proceso de pérdida del cargo, se debe tratar como un proceso de ejecución, en el entendido de que durante su trámite no existe contención, como sí ocurre en los procesos declarativos. En realidad, de lo que se trata es de aplicar una sanción legal a quien durante

un procedimiento administrativo, adelantado en este caso por el Consejo Nacional Electoral, fue declarado infractor de los topes de gastos impuestos a las campañas electorales.

(...)

Por lo anterior, en el decurso del proceso de pérdida del cargo, cuya finalidad es la de imponer la sanción, que tiene que ser decretada por un juez, entendido como funcionario revestido de la función jurisdiccional, no hay lugar a que se decreten nuevas pruebas, diferentes a las que ya reposan en el expediente administrativo, pues se insiste dicha problemática ya tuvo que haber quedado resuelta a instancia del Consejo Nacional Electoral.

No obstante lo anterior, como la resolución del procedimiento administrativo adelantado por el CNE, queda contenida en un acto de carácter administrativo, el afectado con la decisión, bien puede iniciar las acciones judiciales que considere pertinente en procura de su anulación, en caso de que estime que se incurrió en algunas de las causales de nulidad legalmente previstas, en ese evento, como bien lo señala el fallo del cual aclaro mi voto, el proceso de pérdida del cargo deberá ser decidido una vez culmine el estudio legal del acto por el cual se declaró la violación a los topes de gastos de la respectiva campaña, como lo anota la sentencia de la cual aclaro mi voto. (...)

*Considero que, como ya lo manifesté en líneas anteriores, en el proceso de pérdida del cargo, el juez de lo contencioso **solo tiene competencia para imponer la sanción legalmente establecida**, sin que le sea dable juzgar el acto que concluyó con el procedimiento administrativo y **mucho menos la conducta del alcalde o gobernador que incurra en la violación de los límites impuestos al monto de gastos de campaña.***

Lo anterior por entender, que la imposición del sanción no se puede confundir con el adelantamiento de un proceso disciplinario que baga imperioso el estudio de aspectos como la "...materialidad de la conducta o fase objetiva que consistirá en la verificación del supuesto de hecho de la norma consistente en la violación de los límites establecidos y la fase subjetiva de la responsabilidad". (...)

(...) la infracción del artículo 26 de la Ley 1475 de 2011, implica no solo consecuencias para el elegido sino también para los movimientos o partidos políticos, tal y como se demuestra con la anterior normativa. (...)"

Aclaración de voto del Consejero Carlos Moreno Rubio

Extracto: *"Con el acostumbrado respeto por las decisiones de la Corporación y aunque comparto la decisión adoptada por la Sala de decretar la pérdida del cargo del señor Édgar Humberto Silva González -alcalde del municipio de Puerto Gaitán Meta para el periodo 2011-2015-, considero necesario aclarar mi voto en los siguientes términos:*

En el caso concreto se demandó por parte del Consejo Nacional Electoral, la pérdida del cargo del señor Édgar Humberto Silva González con ocasión de la resolución 3049 de julio de 2014, por medio de la cual esa Corporación declaró la violación de los límites de gastos en la campaña electoral en la que resultó elegido, la cual fue confirmada por medio de la resolución 3347 de 20 de octubre de ese año.

Al realizarse el estudio, en la providencia, se estableció que de acuerdo con lo consagrado en el artículo 26 de la ley 1475 de 2011:

- El procedimiento que se debe adelantar para resolver la solicitud de pérdida del cargo, es el de la nulidad electoral.

- Quien tiene el deber jurídico de instaurar la demanda es el Consejo Nacional Electoral, y los ciudadanos están a su vez habilitados para presentar ante ese organismo para que adelante la actuación correspondiente para determinar si se vulneró o no el tope.

- En el proceso de pérdida del cargo no se cuestiona la validez del acto electoral, sino la utilización en la campaña política de un monto mayor al autorizado por la organización electoral, lo que lo hace merecedor de una sanción.

- Por tratarse de un régimen sancionatorio, corresponde al operador judicial determinar: (i) la materialidad de la conducta o fase objetiva que consistirá en la verificación del supuesto de hecho de la norma y (ii) una fase subjetiva, derivada de encontrarse proscrita la responsabilidad objetiva en el ejercicio de ius puniendi del Estado, al resultar aplicable el artículo 29 de la Constitución.

- En relación con la fase subjetiva es necesario analizar la conducta desplegada por el demandado en relación con el incumplimiento de las normas, para establecer la culpabilidad, a título de dolo o intencionalidad del comportamiento –como alteración de los registros de gastos, no se hayan reflejados gastos, entre otros- o la culpa que corresponde a demostrar que no se ha tenido el cuidado necesario por ejemplo en el manejo de las cuentas.

Es frente a este último punto en el que aclaro mi voto, ya que considero que en el análisis para establecer si hay lugar a decretar la pérdida del cargo, basta con hacerse un estudio de la fase objetiva, sin necesidad de hacer un estudio de la culpabilidad.

Lo anterior, toda vez que tal como establece el artículo 26 de la ley 1475 de 2011, el medio de control consistente en la pérdida del cargo de alcaldes y gobernadores, se tramitará ante esta jurisdicción con ocasión de la demanda presentada por el Consejo Nacional Electoral, con posterioridad a la ejecutoria del acto administrativo por medio del cual determinó la violación de los límites al monto de gastos.

(...) Entonces, en primer lugar le corresponde al Consejo Nacional Electoral adelantar una actuación administrativa para establecer si el partido violó los topes de financiación y en caso de encontrarlo demostrado, imponer las sanciones correspondientes establecidas en la ley. Una vez ese acto queda ejecutoriado, deberá interponer la demanda solicitando la pérdida del cargo ante esta jurisdicción, por ser otra de las consecuencias de la violación de topes.

Así la cosas, esa actuación administrativa sancionatoria realizada por el Consejo Nacional Electoral, está sujeta a adelantarse con base en los principios propios del derecho sancionador del Estado, tal como lo ha dicho la Corte Constitucional en diferentes oportunidades. (...)

Con base en lo anterior, el Consejo Nacional Electoral al adelantar la actuación administrativa sancionatoria no solo tiene el deber de cumplir los principios de legalidad y tipicidad, sino que tiene que hacer un estudio de la culpabilidad, para establecer si se incumplió o no con la obligación. En este contexto, es en este momento en donde se hace el estudio de la fase subjetiva, esto es de la culpabilidad en el actuar del partido o del candidato.

Ahora bien, en caso de que el partido o el candidato adviertan que el Consejo Nacional Electoral vulneró alguno de estos principios derivados del artículo 29 de la Constitución, al imponerse la sanción mediante un acto administrativo, pueden –a través del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho- solicitar la nulidad de ese acto sancionatorio proferido por el CNE, por ejemplo, por violarse el juicio de culpabilidad.

Por lo anterior, considero que ante esta jurisdicción, en el estudio del medio de control de pérdida del cargo, por ser una consecuencia directa e indefectible del acto sancionatorio proferido por el CNE, no es necesario adelantar un nuevo análisis de la culpabilidad, ya que dicho estudio y esa garantía se llevan a cabo de manera previa en la actuación administrativa, la cual –como se dijo- es susceptible del control de legalidad ante esta jurisdicción”

Aclaración de voto del consejero Alberto Yepes Barreiro

Extracto: “Con el acostumbrado respeto por las providencias de esta Sección, me permito señalar que aunque comparto plenamente el sentido de la decisión adoptada en la providencia de la referencia,

esto es, la de decretar la pérdida del cargo del Alcalde de Puerto Gaitán (Meta), considero oportuno dejar sentada mi posición en relación con: (i) la legitimación en la causa por activa en este tipo de procesos, (ii) la expedición del acto administrativo declarativo de la violación de los topes como presupuesto procesal en el marco de este medio de control y (iii) el alcance de la sanción que se decreta como consecuencia de la violación de los topes de financiación de las campañas políticas.

Primero. La legitimación de la causa por activa en el proceso de pérdida del cargo. Sobre este aspecto la sentencia señala en su segmento 3.2., a mi juicio equivocadamente, que existe una legitimación en la causa por activa reservada única y exclusivamente al Consejo Nacional electoral, conclusión a la que arriban una vez analizado el artículo 26 de la Ley 1475 de 2011.

(...)

Nótese cómo la norma indica que el acto del Consejo Nacional Electoral es relevante para el cómputo de la caducidad, e indica que una vez expedido aquel, dicha autoridad tiene la obligación de presentar la respectiva demanda ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo, pero ello no quiere decir que el Consejo Nacional Electoral sea el único que puede presentar dicha demanda.

En efecto, si el propio artículo estatutario indica que la pérdida del cargo se tramita por las reglas procesales de la nulidad electoral, ello implica que la legitimación en la causa por activa en el marco de este medio de control debe estar abierta a cualquier persona, tal y como ocurre en tratándose de los procesos electorales.

De hecho, a esa misma conclusión se llegó en la sentencia de pérdida de investidura de 23 de febrero de este año¹, en la que la Sala estudió el caso homólogo, pero en el marco de los miembros de las corporaciones públicas de elección popular.

Segundo. Necesidad de la expedición del acto declarativo de violación de los topes de financiación de campañas por parte de la autoridad electoral. El capítulo 3.6. de la providencia objeto de aclaración precisa que es necesario que se expida un acto administrativo en el que la autoridad administrativa electoral indique que existió violación de topes como presupuesto para poder dar inicio al trámite de la pérdida del cargo, supuestamente, con apoyo en los términos del artículo 26 de la Ley 1475 de 2011. Sin embargo, para el suscrito, dicha conclusión no se desprende de la referida norma.

(...)

Nótese como la norma indica que el acto del Consejo Nacional Electoral es relevante para el cómputo de la caducidad, e indica que una vez expedido dicha autoridad electoral tiene la obligación de demandar, pero ello no quiere decir que deba existir un acto administrativo que contenga dicha declaración para poder dar inicio al trámite judicial puesto que la violación de topes, en ausencia de tal acto, puede probarse ante el juez de la pérdida del cargo, precisamente porque como lo establece el propio artículo 26 de la Ley 1475 de 2011, “en el caso de alcaldes y gobernadores, la pérdida del cargo será decidida por la jurisdicción de lo contencioso administrativo”.

En efecto, a esa misma conclusión se llegó en la sentencia de pérdida de investidura de 23 de febrero de este año², en la que la Sala estudió el caso homólogo, pero en el marco de los miembros de las corporaciones públicas de elección popular.

Tercero. Sanción. La sentencia indica sobre el punto, en su segmento 3.6 que por un error de numeración realmente corresponde al 3.8, que la consecuencia sancionatoria de la pérdida del cargo conlleva la separación del cargo de gobernador o alcalde, por parte del demandado, en el evento en que se produzca sentencia que acceda a las pretensiones de la demanda.

¹ Cuya referencia se puede consultar en el pie de página 83 de la providencia objeto de aclaración.

² Cuya referencia se puede consultar en el pie de página 83 de la providencia objeto de aclaración.

Tal consecuencia es distinta si se compara con la de la pérdida de investidura de miembros de corporaciones públicas de elección popular, como se evidencia en la providencia objeto de aclaración, bajo el argumento de que la Sección no puede establecer sanción distinta, puesto que compete al constituyente o al legislador fijarla.

Tal conclusión, aunque razonable, no parece ser proporcional si se compara con la consecuencia que tendría la misma conducta de llegar a ser desplegada por un concejal, diputado o congresista, máxime cuando el artículo 109 Superior reguló, en el evento de la violación de los toques de financiación de campañas, ambas figuras de forma homóloga.”

* * *

CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCIÓN QUINTA

Consejera ponente: ROCÍO ARAÚJO OÑATE

Bogotá D.C., primero (1) de diciembre de dos mil dieciséis (2016)

Radicación número: 11001-03-28-000-2016-00016-00

Actor: MIGUEL ALEXANDER BERMÚDEZ LEMUS

Demandado: NEYFY CONSUELO CORTÉS GUERRA, COMO MIEMBRO DE LAS ENTIDADES DEL SECTOR PRIVADO AL CONSEJO DIRECTIVO DE CORTOLIMA

Asunto: Nulidad Electoral – Sentencia de Única Instancia. Procede la Sala a dictar sentencia dentro del proceso de nulidad electoral iniciado por el señor Miguel Alexander Bermúdez Lemus en el que se impugna el acta de 27 de noviembre de 2015, mediante la cual se eligieron los representantes de las entidades del sector privado ante el consejo directivo de la Corporación Autónoma Regional de Tolima, para el período institucional 2016-2019.

Extracto: “El problema jurídico a ser definido por la Sala consiste en determinar si el acto de elección de los representantes del sector privado ante el consejo directivo de Cortolima para el periodo 2016-2019, debe ser anulado por haber elegido a una representante sin el cumplimiento de los requisitos legales y por existir defectos procedimentales o irregularidades en el acto de postulación.

Con la creación del Ministerio del Medio Ambiente y la reordenación del Sector Público encargado de la gestión y conservación del medio ambiente y los recursos naturales renovables ordenada por la Ley 99 de 1993, se fijó la política ambiental colombiana y se determinó la naturaleza jurídica, así como, los órganos de dirección y administración de las corporaciones autónomas regionales. El artículo 26¹

1 **Artículo 26°.- Del Consejo Directivo.** Es el órgano de administración de la Corporación y estará conformado por:

El gobernador o los gobernadores de los departamentos sobre cuyo territorio ejerza jurisdicción la Corporación Autónoma Regional, o su delegado o delegados. Corresponderá al gobernador o a su delegado presidir el Consejo Directivo. Si fuesen varios los gobernadores, los estatutos definirán lo relativo a la presidencia del Consejo Directivo;

Un representante del Presidente de la República;

Un representante del Ministro del Medio Ambiente;

Hasta cuatro (4) alcaldes de los municipios comprendidos dentro del territorio de la jurisdicción de la Corporación, elegidos por la Asamblea Corporativa, para períodos de un (1) año por el sistema de cuociente electoral, de manera que queden representados todos los departamentos o regiones que integran la Corporación. Si el territorio de la Corporación comprendiese un número plural de departamentos, la participación será definida en forma equitativa de acuerdo con el reglamento que al efecto expida el Gobierno Nacional;

Dos (2) representantes del sector privado;

Un (1) representante de las comunidades indígenas o etnias tradicionalmente asentadas en el territorio de jurisdicción de la Corporación, elegido por ellas mismas;

de esta norma dispuso que el consejo directivo sería el órgano de administración de la corporación y estaría conformado, entre otros miembros, por dos (2) representantes del sector privado.

Este precepto fue modificado por la Ley 1263 de 2008 que en el párrafo 3 del artículo 1° previó: “El proceso de elección de los representantes del sector privado, ante el Consejo Directivo de las Corporaciones Autónomas Regionales o de Desarrollo Sostenible, deberán realizarlo los integrantes de su mismo sector”. En virtud de este mandato se expidió el Decreto 1850 de 2015, Por el cual se adiciona el Decreto 1076 de 2015, Decreto Único Reglamentario del Sector Ambiente y Desarrollo Sostenible, en lo relacionado con el trámite de elección de los representantes del Sector Privado ante el Consejo Directivo de las Corporaciones Autónomas Regionales, disposición que estableció el procedimiento para la elección de los representantes del sector privado ante los consejos directivos de las corporaciones.

El artículo 2.2.8.5A.1.3., del Decreto 1850 de 2015 prescribió que las organizaciones del sector privado interesadas en participar en la elección de sus representantes ante el consejo directivo de las corporaciones autónomas regionales, debían radicar previamente los siguientes documentos:

- “1. Certificado de existencia y representación legal expedido por la Cámara de Comercio que se encuentre vigente al momento de la presentación de la documentación, donde conste que la organización privada desarrolla sus actividades en la jurisdicción durante los últimos 2 años.*
- 3. Un informe con sus respectivos soportes sobre las actividades que la organización privada desarrolla en el área de jurisdicción de la respectiva Corporación.*
- 4. En caso que deseen postular candidato, deberán ajuntar la hoja de vida con sus soportes de formación y experiencia y copia del documento de la respectiva Junta Directiva o del órgano que haga sus veces, en la cual conste la designación del candidato.”*

Recientemente esta misma Sala Jurisdiccional² en una controversia idéntica a la aquí planteada expuso sobre los requisitos de la hoja de vida de los postulados a cargos de representación en los consejos directivos de las corporaciones autónomas regionales que:

“De acuerdo con esta disposición, las organizaciones del sector privado interesadas en postular un candidato para la elección de sus representantes ante el Consejo Directivo, deben aportar la siguiente documentación:

- a) La hoja de vida con los soportes de formación y experiencia.*
- b) Copia del documento de la respectiva Junta Directiva o del órgano que haga sus veces, en la cual conste la designación del candidato*

Precisado lo anterior, se procederá a verificar si en este caso se cumplieron los dos requisitos para la postulación del señor Carlos Ernesto Santana Bonilla.

- a) Hoja de vida con soportes de formación y experiencia.*

Dos (2) representantes de las entidades sin ánimo de lucro, que tengan su domicilio en el área de jurisdicción de la Corporación y cuyo objeto principal sea la protección del medio ambiente y los recursos naturales renovables, elegido por ellas mismas.

Parágrafo 1°.- Los representantes de los literales f y g, se elegirán de acuerdo a la reglamentación que sobre el particular expida el Ministerio del Medio Ambiente.

Parágrafo 2°.- En la conformación de los Consejos Directivos de las Corporaciones Autónomas Regionales, se tendrán en cuenta las disposiciones de la Ley 70 de 1993.

2 Consejo de Estado. Sección Quinta. Sentencia de 19 de agosto de 2016. CP. Carlos Enrique Moreno Rubio. Radicación No. 11001-03-28-000-2016-00017-00

En cuando a este requisito, debe tenerse en cuenta que la norma no establece un área de formación específica, así como tampoco un tiempo mínimo de experiencia profesional³, sino que solo dispone que se debe allegar la hoja de vida con los soportes de formación y experiencia.

Entonces, si bien la norma señala que se deben allegar los respectivos soportes de formación y experiencia, lo cierto es que al no establecer un requisito mínimo de tiempo de experiencia profesional o de estudios, la disposición permite allegar los que se quieran hacer valer.”

Igualmente, sobre la obligatoriedad de aportar el original del acta de postulación, en esta providencia se consideró:

“Frente a este requisito, el demandante dijo que el acta de la junta directiva extraordinaria 01 del 5 de noviembre del 2015 debía tener la certificación de ser fiel copia tomada de su original, sin embargo no se mencionaron otras normas que establezcan tal obligación⁴ y por tanto, toda vez que solo se alegó el desconocimiento del numeral 3 del artículo 2.2.8.5A.1.3 del Decreto 1850 de 2015, es con base en lo allí dispuesto que se bará el estudio correspondiente.

Para resolver este punto, debe tenerse en cuenta que la norma no establece exigencias especiales, pues basta con la presentación de la copia del documento de la junta directiva, para tener por acreditado su cumplimiento.

Entonces, como la norma solo exige la presentación de la “copia del documento de la respectiva Junta Directiva o del órgano haga sus veces, en la cual conste la designación candidato” y dado que con la demanda se aportó la copia auténtica del acta, en la que se dejó constancia de la designación del señor Carlos Ernesto Santana Bonilla como candidato postulado por la Asociación de Usuarios Campesinos de Cajamarca - ANUC Cajamarca, para representar al sector privado ante el Consejo Directivo de la Corporación Autónoma Regional del Tolima⁵, se encuentra debidamente acreditado ese requisito.

Con todo, se precisa que si bien de las pruebas aportadas no se puede verificar si el documento que se entregó es el original o es copia, lo cierto es que en caso de que se hubiera allegado en copia, la norma así lo permite.

Por lo anterior, este cargo tampoco está llamado a prosperar.”

Fluye de lo anterior que ninguna de las disposiciones previamente invocadas exigen requisitos adicionales a la presentación de la hoja de vida con los soportes de formación académica y experiencia, sin que constituya un deber allegar todos y cada uno de los documentos que soportan la información allí relacionada, ni prevé como requisito ineludible allegar el original del acta de postulación realizada

3 En un caso similar al aquí estudiado, esta Sección en sentencia del 28 de abril del 2016 Radicación 11001-03-28-000-2015-00056-00, M.P. Alberto Yepes dijo:

“(…)Así mismo, debe destacarse que el numeral 1º del parágrafo 1º del artículo 2º de la Resolución 606 de 2006 no exige a los candidatos acreditar un período de tiempo específico de formación profesional y/o capacitación y experiencia en materia de recursos naturales renovables y medio ambiente, razón por la cual la Sala considera que los soportes allegados por el demandado en la actuación electoral eran suficientes para que pudiera ser elegido como representante de las entidades sin ánimo de lucro en el Consejo Directivo de CORTOLIMA.”

4 Al respecto, en la misma sentencia mencionada en la referencia anterior esta Sala dijo: *“(…) El primer reproche formulado por el demandante, según el cual la condición de miembro del señor Pedro Helí Parra Ruíz como miembro de la entidad sin ánimo de lucro que lo postuló debía ser demostrado mediante copia del libro de asociados de la Corporación Destino Colombia, no es de recibo para la Sala porque esta parte no precisó las disposiciones legales o reglamentarias que permitan concluir que, en el procedimiento de elección de los representantes de las entidades sin ánimo de lucro en los Consejos Directivos de las CAR, la condición de miembro de la entidad postulante podía ser acreditada únicamente a través de la copia del folio respectivo del libro de asociados; ni allegó copia del acto de convocatoria que permitiera concluir la existencia de una regla similar en el proceso específico realizado para la elección de los integrantes del Consejo Directivo de CORTOLIMA.*

5 Folios 178 y 179.

por la organización privada solicitante o fiel copia del acta, con certificación de que la misma ha sido tomada del original.

Al respecto considera la Sala que los documentos allegados por la demandada son prueba suficiente del cumplimiento de las condiciones previstas en el artículo 2.2.8.5A.1.3 literal 3) del Decreto 1850 de 2015, pues esta norma sólo exige que se allegue la hoja de vida con los soportes, sin plasmar más exigencias ni imponer topes cuantitativos o cualitativos a la forma como se de surtir este requisito. Por lo anterior y conforme a la línea jurisprudencial que ha sostenido esta Sala de decisión, se considera que este argumento del impugnante no tiene vocación de prosperidad.

Sobre el particular destaca la Sala que el acta de junta directiva constituye un documento privado cuya naturaleza fue definida previamente por esta Sala Jurisdiccional⁶, en los siguientes términos:

“Significa lo dicho que, de un lado, no se exige más que la copia simple de dicho documento, y del otro, que los elementos de su validez no resultan ser relevantes para el juez de lo contencioso administrativo en la medida en que no es un acto administrativo, sino de un documento creado con el propósito de cumplir un requisito que, para el caso concreto, siempre que contenga la manifestación de la voluntad de la organización del sector privado que postule un aspirante como posible representante ante el Consejo Directivo de una Corporación Autónoma Regional, debe tenerse por cumplido.

Así, como ocurre en este caso, tratándose de un documento privado, emitido por la Junta Directiva de una empresa del sector privado, basta que contenga la expresión de su voluntad de postular a una persona y que sea presentado ante la autoridad competente para que se pueda tener por cumplido el requisito establecido en la normativa que rige la materia ya estudiada. Entonces, es la naturaleza misma del documento la que imposibilita al juez de lo contencioso electoral para realizar un análisis mayor sobre la conformación misma de dicha empresa privada o del cumplimiento de sus estatutos.”

A partir de lo anterior, concluye la Sala que los hechos, cargos, fundamentos de derecho y concepto de la violación de las normas invocadas en el escrito de demanda para demostrar los vicios de legalidad del acto acusado no fueron acreditados en el plenario y, contrario sensu de lo señalado por el accionante, revelaron que la señora Neyfy Consuelo Cortés Guerra cumplió todos los requisitos previstos en el artículo 2.2.8.5A.1.3., del Decreto 1850 de 2015, por lo que el acto de elección mantiene incólume su presunción de legalidad.”

Decisión: DENEGAR las pretensiones de nulidad del acto de elección de la señora Neyfy Consuelo Cortés Guerra como representante del sector privado ante el consejo directivo de la corporación autónoma regional del Tolima, para el período institucional 2016-2019, conformidad con la parte motiva de este proveído.

INFORMAR a los sujetos procesales que contra lo resuelto no procede recurso alguno.

LUCY JEANNETTE BERMÚDEZ BERMÚDEZ
Presidenta

ROCÍO ARAÚJO OÑATE
Consejera de Estado
CARLOS ENRIQUE MORENO RUBIO
Consejero de Estado
ALBERTO YEPES BARREIRO
Consejero de Estado

⁶ Consejo de Estado, Sección Quinta, sentencia de 8 de septiembre de 2016, C.P. Lucy Jeannette Bermúdez Bermúdez. Rad. 11001-03-28-000-2016-00018-00.

CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCIÓN QUINTA

Consejera ponente: ROCÍO ARAÚJO OÑATE

Bogotá D.C., siete (7) de diciembre de dos mil dieciséis (2016)

Radicación número: 11001-03-28-000-2015-00052-00

Actor: ÁLVARO PRADA PRADA Y HELKIN CLAUDIO MARTÍN CHAPARRO

Demandado: JAVIER RAÚL PÉREZ LANDÍNEZ, EUGENIA SERRANO PRADA, MARY ANDREA PIMENTEL MENDIETA Y HERALDO MEDINA CÁRDENAS, COMO REPRESENTANTES DE LAS ENTIDADES SIN ÁNIMO DE LUCRO ANTE EL CONSEJO DIRECTIVO DE LA CORPORACIÓN AUTÓNOMA REGIONAL PARA LA DEFENSA DE LA MESETA DE BUCARAMANGA.

Asunto: Nulidad Electoral - Sentencia de Única Instancia. Procede la Sala a dictar sentencia dentro del proceso de nulidad electoral iniciado por los señores **Álvaro Prada Prada y Helkin Claudio Martín Chaparro en el que impugnan** el acta de 22 de octubre de 2015, mediante la cual se eligieron los representantes de las entidades sin ánimo de lucro ante el Consejo Directivo de la Corporación Autónoma Regional para la Defensa de la Meseta de Bucaramanga, para el período institucional 2016-2019.

Extracto: “Con la creación del Ministerio del Medio Ambiente y la reordenación del Sector Público encargado de la gestión y conservación del medio ambiente y los recursos naturales renovables ordenada por la Ley 99 de 1993, se fijó la política ambiental colombiana y se determinó la naturaleza jurídica y los órganos de dirección y administración de las corporaciones autónomas regionales. El artículo 26¹ de esta norma dispuso que el consejo directivo sería el órgano de administración de la corporación y estaría conformado, entre otros miembros, por dos (2) representantes de las entidades sin ánimo de lucro, con domicilio en el área de jurisdicción de la Corporación y cuyo objeto principal sea la protección del medio ambiente y los recursos naturales renovables, elegido por ellas mismas en los términos del parágrafo primero que dispuso:

“Los representantes de los literales f y g, se elegirán de acuerdo a la reglamentación que sobre el particular expida el Ministerio del Medio Ambiente”

En virtud de este mandato el Ministerio de Medio Ambiente expidió la Resolución No. 606 de 2006,

1 **Artículo 26º.- Del Consejo Directivo.** Es el órgano de administración de la Corporación y estará conformado por:

- a. El gobernador o los gobernadores de los departamentos sobre cuyo territorio ejerza jurisdicción la Corporación Autónoma Regional, o su delegado o delegados. Corresponderá al gobernador o a su delegado presidir el Consejo Directivo. Si fuesen varios los gobernadores, los estatutos definirán lo relativo a la presidencia del Consejo Directivo;
- b. Un representante del Presidente de la República;
- c. Un representante del Ministro del Medio Ambiente;
- d. Hasta cuatro (4) alcaldes de los municipios comprendidos dentro del territorio de la jurisdicción de la Corporación, elegidos por la Asamblea Corporativa, para períodos de un (1) año por el sistema de cuociente electoral, de manera que queden representados todos los departamentos o regiones que integran la Corporación. Si el territorio de la Corporación comprendiese un número plural de departamentos, la participación será definida en forma equitativa de acuerdo con el reglamento que al efecto expida el Gobierno Nacional;
- e. Dos (2) representantes del sector privado;
- f. Un (1) representante de las comunidades indígenas o etnias tradicionalmente asentadas en el territorio de jurisdicción de la Corporación, elegido por ellas mismas;
- g. Dos (2) representantes de las entidades sin ánimo de lucro, que tengan su domicilio en el área de jurisdicción de la Corporación y cuyo objeto principal sea la protección del medio ambiente y los recursos naturales renovables, elegido por ellas mismas.
- h. **Parágrafo 1º.-** Los representantes de los literales f y g, se elegirán de acuerdo a la reglamentación que sobre el particular expida el Ministerio del Medio Ambiente.

Parágrafo 2º.- En la conformación de los Consejos Directivos de las Corporaciones Autónomas Regionales, se tendrán en cuenta las disposiciones de la Ley 70 de 1993.

“Por medio del cual se reglamenta el procedimiento de elección de los representantes y suplentes de las entidades sin ánimo de lucro ante los consejos directivos de las Corporaciones Autónomas Regionales y de Desarrollo Sostenible, y se adoptan otras disposiciones.”

Precepto que estableció que el director general de la corporación realizará una invitación pública en la que se fijará el lugar, fecha y hora en la que se recibirá la documentación requerida así como el lugar, fecha y hora para la celebración de la reunión en la cual se hará la elección.

En el artículo segundo de esta Resolución se prevén los documentos que deben allegar las entidades sin ánimo de lucro que aspiren a participar en la elección de sus representantes ante el Consejo Directivo, entre los cuales se encuentran: certificado de existencia y representación legal, expedido por la Cámara de Comercio donde conste su constitución por lo menos con cuatro (4) años de anterioridad a la fecha de la elección, la ejecución de mínimo tres proyectos y/o actividades en protección del medio ambiente y los recursos naturales renovables en el área de jurisdicción de la corporación y un informe con sus respectivos soportes respecto de actividades que haya desarrollado en el área de jurisdicción de la corporación.

Si adicionalmente la entidad sin ánimo de lucro está interesada en postular candidato deberá manifestarlo allegando además la hoja de vida del candidato con sus soportes, propuesta de acciones ambientales para el respectivo período trienal, copia del documento de la Junta Directiva o el órgano que boga sus veces, en el cual conste la designación y las entidades que aspiren a ser reelegidas presentarán un informe por escrito sobre la gestión realizada en el período que culmina. Finalmente, el parágrafo 2 de este artículo segundo dispone:

*“De conformidad con el literal g) del artículo 26 de la Ley 99 de 1993, las entidades sin ánimo de lucro, **deben tener su domicilio en el área de jurisdicción de la corporación y como objeto principal la protección del medio ambiente y los recursos naturales renovables.** En relación con las Corporaciones de Desarrollo Sostenible, el objeto de las entidades sin ánimo de lucro, deberá sujetarse a lo dispuesto en la Ley 99 de 1993, para cada caso.”*

Frente a estas entidades habilitadas, afirman los accionantes que la Asociación mercado campesino departamental, la Corporación tecnológica para el manejo del agua potable y saneamiento básico CDT², Corporación contexto social y Fundaservice ONG³ no podían postular ni participar en la reunión de elección, por cuanto no acreditaban que su objeto principal estuviera referido a la protección del medio ambiente y los recursos naturales renovables.

De lo expuesto precedentemente es claro para la Sala que la entidad Asociación de mercado campesino departamental no tiene dentro de su objeto principal la protección del medio ambiente y los recursos naturales renovables, razón por la cual les asiste razón a los demandantes⁴ cuando afirman que esta organización no podía participar en la reunión de elección. Sin embargo, esta circunstancia no fue debidamente acreditada para la Corporación tecnológica para el manejo del agua potable y saneamiento básico CDT, la Corporación contexto social y Fundaservice ONG, razón por la cual este argumento solo tiene vocación de prosperidad respecto de la Asociación de mercado campesino departamental.

Aunado a lo expuesto, se demostró igualmente que el candidato Heroldo Medina Cárdenas (Cooperativa agrícola de desarrollo rural Arnania Ltda), fue irregularmente habilitado, por haber sido habilitado pese a no registrarse como candidato al momento de la inscripción y no allegar los soportes que así lo acreditara.

2 Según lo expone el demandante Helkin Claudio Martín a folio 108 de la demanda en el proceso 2016-0012.

3 Según lo expone el demandante Alvaro Prada Prada a folios 8 de la demanda en el proceso 2015-00052.

4 En el proceso 2016-0012 lo expone el accionante Helkin Martín en el hecho 12 de la demanda (Folio. 107 cuaderno 1) y en el proceso 2015-0052 lo plantea el demandante Álvaro Prada Prada en el folio 8 del libelo introductorio.

A esta conclusión se llega porque los plazos previstos en la Resolución 606 de 2006 y en la convocatoria fueron claros al prever que sólo hasta el 29 de septiembre de 2015 a las 5:00 p.m. las entidades sin ánimo de lucro interesadas en participar en el proceso de elección y postular candidatos debían allegar los documentos pertinentes. En vista que según el formato de entidades sin ánimo de lucro inscritas la Cooperativa de Desarrollo Rural ARNANIA Ltda., NO postuló candidato ni allegó soportes de esta petición, situación que fue ratificada por el señor Hugo Josué Hernández Pinzón, contratista de la Corporación Autónoma Regional para la defensa de la meseta de Bucaramanga, concluye la Sala que se encuentra acreditado el vicio de nulidad del acto respecto del elegido Heraldo Medina Cárdenas al estar plenamente demostrado en el expediente que el proceso de inscripción y postulación fue vulnerado por esta entidad, circunstancia que afectó la transparencia del proceso de elección lo que implica declarar la nulidad de la elección del señor Medina.

Fluye de lo anterior que una vez acreditada una irregularidad sustancial de tal magnitud que altere gravemente el proceso de selección, esta tiene la facultad de viciar el acto y por tanto procede la declaración de nulidad parcial del acto administrativo demandado.

Considerando que el comité evaluador inobservó las reglas de procedimiento establecidas para inscripción y habilitación de entidades y candidatos, vulnerando de este modo la transparencia del proceso de elección se configura causal de nulidad que vicia el acto de elección del señor Heraldo Medina Cárdenas (Cooperativa ARNANIA Ltda.) representante de las entidades sin ánimo de lucro ante el consejo directivo de la Corporación autónoma regional para la defensa de la meseta de Bucaramanga.

Por último, cabe precisar que respecto de la decisión de nulidad que mediante el presente pronunciamiento se asume es necesario establecer que como afecta a un miembro principal representante de las entidades sin ánimo de lucro ante el consejo directivo de la corporación autónoma regional para la defensa de la meseta de Bucaramanga, su falta temporal deberá ser asumida por un miembro suplente en los términos previstos en el artículo 9 de la Resolución 606 de 2006, sin que haya lugar a emitir pronunciamiento adicional.”

Decisión: DECLARAR la nulidad parcial del acto de elección de los representantes de las entidades sin ánimo de lucro ante el consejo directivo de la Corporación autónoma regional para la defensa de la meseta de Bucaramanga, para el período institucional 2016-2019, respecto del candidato Heraldo Medina Cárdenas representante legal de la Cooperativa de Desarrollo Rural ARNANIA Ltda, de conformidad con la parte motiva de este proveído.

INFORMAR a los sujetos procesales que contra lo resuelto no procede recurso alguno.

LUCY JEANNETTE BERMÚDEZ BERMÚDEZ
Presidenta
Aclara Voto

ROCÍO ARAÚJO OÑATE
Consejera de Estado
CARLOS ENRIQUE MORENO RUBIO
Consejero de Estado
Aclara Voto

ALBERTO YEPES BARREIRO
Consejero de Estado
Aclara Voto

Aclaración de voto de los Consejeros Lucy Jeannette Bermúdez y Alberto Yepes Barreiro

Extracto: “Si bien estamos de acuerdo con dicha sentencia, diferimos de la apreciación realizada sobre el objeto social de la entidad sin ánimo de lucro que postuló a la demandada Mary Andrea Pimentel Mendieta. (...)”

Contrariamente a lo sostenido en la providencia, consideramos que no existe duda alguna sobre el objeto social de la Corporación Tecnológica para el Manejo del Agua Potable y Saneamiento Básico CDT, pues es claro que éste comprende actividades relacionadas con la protección del medio ambiente y los recursos naturales renovables, de conformidad con el requisito dispuesto en el parágrafo 2º del artículo 2º la resolución 606 de 2006, expedida por el entonces Ministerio de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial.⁵

*Si bien esta disposición prevé que las entidades sin ánimo de lucro que deseen participar en las elecciones de sus representantes ante los consejos directivos de las corporaciones autónomas regionales deben tener “(...) como objeto **principal** la protección del medio ambiente y los recursos naturales renovables (...)”, la verificación de dicho requisito necesariamente debe comprender los objetos sociales específicos, criterio que ha sido adoptado por la Sala en ocasiones anteriores.⁶*

En efecto, los objetos sociales específicos desarrollan el contenido general y amplio del objeto social principal, razón por la cual los primeros no pueden ser entendidos como distintos o extraños al segundo.

En el certificado de existencia y representación (...), se encuentran los siguientes objetos sociales específicos:

“(...)2. Fomentar el desarrollo de la ciencia y la tecnología en el manejo del agua potable y saneamiento básico, propiciando la generación de conocimiento a través de proyectos y programas sobre temas de interés empresarial y comunitario. 3. Apoyar y fomentar la formación y la capacitación de los recursos humanos en todos los niveles de la cadena productiva del sector agua potable y saneamiento básico utilizando medios educativos formales y no formales, contribuir a la consolidación de los grupos y centros de investigación que operen en el país, la creación de nuevos grupos y la interrelación con homólogos del exterior. (...) 12. Apoyar el desarrollo de una infraestructura física articulada en el país, aprovechando la existente, para el desarrollo de la investigación y desarrollo tecnológico y su aplicación industrial, propiciando la defensa y conservación del medio ambiente. (...) 24. Promover el desarrollo integral del medio ambiente, conservando y protegiendo los ecosistemas en forma sostenible. 25. Recuperación de sueños y cuerpos de agua mediante planes agroforestales. 26. Promover procesos que permitan disminuir la contaminación ambiental generada por los diversos productivos. (...)”.

De su lectura no puede surgir duda alguna respecto de que el objeto social de esta entidad sin ánimo de lucro comprende la protección del medio ambiente y los recursos naturales renovables, como erróneamente se afirma en la sentencia (...)”.

Aclaración de voto del Consejero Carlos Enrique Moreno Rubio

Extracto: *“Con el acostumbrado respeto por las decisiones de la Corporación y aunque comparto la decisión adoptada por la Sala de declarar la nulidad parcial del acto de elección de los representantes de las entidades sin ánimo de lucro ante el consejo directivo de la Corporación Autónoma Regional para la Defensa de la Meseta de Bucaramanga para el periodo 2016-2019, respecto del candidato Heraldo Medina Cárdenas representante legal de la Cooperativa de Desarrollo Rural ARNANIA Ltda., considero necesario aclarar mi voto en los siguientes términos:*

⁵ “ARTÍCULO 2o. REQUISITOS. Las entidades sin ánimo de lucro que aspiren a participar en la elección de sus representantes ante el Consejo Directivo, allegarán a la Corporación Autónoma Regional respectiva, con anterioridad mínima de quince (15) días hábiles a la fecha establecida para la reunión de elección, los siguientes documentos: (...)”

PARÁGRAFO 2o. De conformidad con el literal g) del artículo 26 de la Ley 99 de 1993, las entidades sin ánimo de lucro deben tener su domicilio en el área de jurisdicción de la corporación y como objeto principal la protección del medio ambiente y los recursos naturales renovables. (...)”

⁶ Ver Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta. Radicación 11001-03-28-000-2015-00041-00. Sentencia de 06 de octubre de 2016. C.P.: Dr. Alberto Yepes Barreiro.

De conformidad con lo establecido el artículo 2 de la resolución 606 de 2006 del Ministerio del Medio Ambiente las entidades sin ánimo de lucro deben tener como objeto principal la protección del medio ambiente.

*Al respecto, en el fallo se hace la siguiente consideración “La Corporación tecnológica para el manejo del agua potable y saneamiento básico CDT del agua expone en su acta de constitución y estatutos su objeto social con un objetivo general representado en la reducción de la pobreza de las poblaciones en situación de vulnerabilidad y desplazamiento. Sin embargo, de la lectura de los 31 objetivos específicos que contienen en los estatutos se puede determinar que 11 de ellos pueden tener alguna relación con temas de medio ambiente y recursos naturales, por lo que no obstante que estos objetivos no corresponden al objeto principal **asiste la duda a la Sala** sobre si estos objetivos específicos referidos a temas medioambientales hacen parte inescindible de su giro ordinario, por lo cual, esta Sala de decisión considera que se debe atender a la interpretación más favorable a la entidad y por tanto concluye que ante la falta de certeza resulta admisible la habilitación de la Corporación tecnológica para el manejo del agua potable y saneamiento básico CDT para participar en la reunión de elección y postular candidato.” (Negrillas fuera del texto original)*

En mi parecer no hay duda alguna en relación con que la Corporación Tecnológica para el Manejo del Agua Potable y Saneamiento Básico tiene como objeto principal la protección del medio ambiente, ya que si bien en su objeto general no se establece esta actividad de manera expresa, debe ser interpretado de manera concordante con sus objetivos específicos, de los cuales si se derivan actividades directamente relacionadas con la protección del medio ambiente tales como: fomentar el desarrollo de la ciencia y la tecnología en el manejo del agua potable y saneamiento básico, asesorar a los gobiernos con mayor problemática en el manejo del agua potable, identificar, impulsar, coadyuvar en la búsqueda de recursos financieros para realizar proyectos tendientes a resolver los principales problemas de las comunidades en el manejo del agua potable y saneamiento básico, entre otros.

* * *

CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCIÓN QUINTA

Consejera ponente: ROCÍO ARAÚJO OÑATE

Bogotá D.C., siete (7) de diciembre de dos mil dieciséis (2016)

Radicación número: 76001-23-33-007-2016-00187-02

Actor: GILBERTO CASTRILLÓN VALENCIA

Demandado: PATRICIA ORTEGA GÁLVEZ -CONTRALORA DEL MUNICIPIO DE TULUÁ (VALLE DEL CAUCA).

Asunto: Resuelve el recurso de apelación interpuesto por Gilberto Castrillon Valencia, en calidad de demandante, contra la sentencia del 23 de septiembre de 2016 mediante la cual el Tribunal Administrativo del Valle del Cauca negó las pretensiones de la demanda, dirigidas a declarar la nulidad del acto de elección de Patricia Ortega Gálvez como Contralora del Municipio de Tuluá (Valle del Cauca)¹.

Extracto: *El problema jurídico consiste en determinar, de conformidad con el recurso de apelación interpuesto, si existe mérito suficiente para revocar la decisión del Tribunal Administrativo de Valle del Cauca mediante la cual se denegaron las pretensiones de la demanda dirigidas a solicitar la nulidad del acto de elección de Patricia Ortega Gálvez como contralora del municipio de Tuluá (Valle del Cauca).*

1 El municipio de Tuluá tiene un número proyectado de habitantes de 214.081 para el año de 2016 según la información del Departamento Administrativo Nacional de Estadísticas –DANE-, http://www.dane.gov.co/files/investigaciones/poblacion/proyepobla06_20/ProyeccionMunicipios2005_2020.xls, consultada el 07 de abril de 2016 a las 2:00 p.m.

El artículo 272 constitucional dispone la forma en que se debe realizar la vigilancia de la gestión fiscal en los departamentos, distritos y municipios donde haya contralorías, asignando la función de organizarlas como entidades técnicas dotadas de autonomía administrativa y presupuestal labor que le corresponde a las asambleas y concejos distritales y municipales. Esta norma inicialmente preceptuaba que: “Igualmente les corresponde elegir contralor para periodo igual al del gobernador o alcalde, según el caso, de ternas integradas con dos candidatos presentados por el tribunal superior de distrito judicial y uno por el correspondiente tribunal de lo contencioso-administrativo”; sin embargo este contenido fue modificado por el artículo 23 del Acto Legislativo 02 de 2015 que en su lugar dispuso:

*“Los Contralores departamentales, distritales y municipales serán elegidos por las Asambleas Departamentales, Concejos Municipales y Distritales, mediante convocatoria pública conforme a la ley, siguiendo los principios de transparencia, publicidad, objetividad, participación ciudadana y equidad de género, **para periodo igual al del Gobernador o Alcalde, según el caso.**” (Se destaca).*

*Al respecto destaca la Sala que la sentencia C-107/95 que decidió una demanda de inconstitucionalidad contra los artículos 2º transitorio de la Ley 56 de 1993, 35 -parcial- y 158 -parcial- de la Ley 136 de 1994 y 16 -parcial- del Decreto 1421 de 1993 explicó: “... la enunciada igualación de los periodos no consiste en la milimétrica **coincidencia** en la fecha de toma de posesión de los correspondientes funcionarios, sino en la proporción -que ha de buscarse hasta donde sea posible sin que pueda pretenderse obligatoria y absoluta- **entre el tiempo de gestión administrativa de los gobernadores y alcaldes y quienes ejercen sobre ellos la función de control fiscal.**” (Resalta la Sala).*

Por su parte, la sentencia C-060 de 1998, que realizó el estudio de constitucionalidad de los artículos 4o., inciso 2o., y 5o. (parcial) de la Ley 330 de 1996 “Por la cual se desarrolla parcialmente el artículo 308 de la Constitución Política y se dictan otras disposiciones relativas a las Contralorías Departamentales.”, sobre la concomitancia de periodos explicó:

*“La unificación que se hace en el artículo 272, inciso 4o., de la Constitución Política del periodo del contralor departamental con el del gobernador, **además de determinar la igualdad en relación con el tiempo de duración en el ejercicio del cargo de ambos funcionarios, trajo consigo una coincidencia en cuanto hace al inicio del periodo, a fin de hacer viable la entrada en vigencia del precepto constitucional, sin perjuicio de la configuración de circunstancias que interrumpen el desarrollo normal del periodo pertinente, las cuales son constitutivas de faltas absolutas del titular del cargo, como: la renuncia, la destitución o la muerte del funcionario, entre otras, previamente señaladas en el ordenamiento jurídico vigente.***

*Consecuente con lo anterior, dicha regulación no impone una fecha de iniciación idéntica de periodos, sino una **similitud y concomitancia frente a la duración y ejercicio de la gestión administrativa del gobernador y la función de control fiscal del contralor departamental.**” (Resaltado fuera del texto primigenio).*

Finalmente, considera la Sala que adicionalmente se debe atender el contenido de la sentencia C-457 de 1998 que desata la acusación por inconstitucional de los artículos 161 (parcial) de la Ley 136 de 1994 y 9º (parcial) de la Ley 177 de 1994 y respecto de la que concluye:

*“7- Finalmente, la tesis del demandante afecta la competencia que la Carta confiere a los distintos concejos municipales o distritales de elegir el respectivo contralor (CP art. 272). En efecto, **si toda elección de un contralor debe efectuarse por un periodo individual de tres años**, entonces es menester concluir que si ocurre la falta absoluta de un contralor faltando pocas semanas para que termine el periodo de un concejo, entonces esa corporación debería elegir al nuevo contralor, por tres años. Ahora bien, este nuevo contralor actuaría en gran parte una vez que haya culminado el periodo del concejo que lo eligió, esto es, ejercería sus funciones ante un concejo recién electo, el cual se vería prácticamente desprovisto de su facultad de designar al contralor. **La interpretación del actor es entonces inaceptable pues afecta la competencia de los distintos concejos***

de nombrar el contralor que va a actuar durante su período constitucional.” (Se destaca).

De lo expuesto, es dable deducir que tanto las normas constitucionales como las sentencias de constitucionalidad han sido coincidentes en afirmar que la naturaleza de las funciones desarrolladas por las contralorías, sean éstas departamentales, distritales o municipales, conlleven a que sean desempaños coetáneamente con la labor desarrollada por el alcalde o gobernador, so pena de desvirtuar su finalidad. Además esta jurisprudencia es concluyente en que admitir una interpretación contraria, es decir, que el periodo del contralor es individual o subjetivo, conllevaría a una mengua de las facultades del concejo o la asamblea para nombrar el funcionario que ejercerá el control fiscal durante su periodo institucional.

Esta Sala Jurisdiccional² con anterioridad ha analizado la forma en que deben suplirse las faltas temporales y absolutas de los contralores municipales cuando en un caso similar expuso:

“Para el caso del Contralor, existe una norma específica en la Ley 136 de 1994, cuyo tenor es el siguiente:

“Artículo 161. Régimen del Contralor Municipal. Quien haya ejercido en propiedad el cargo de contralor distrital o municipal, no podrá desempeñar empleo oficial alguno del correspondiente distrito o municipio, salvo el ejercicio de la docencia, ni aspirar a cargos de elección popular sino un año después de haber cesado en sus funciones.

Sólo el Concejo puede admitir la renuncia que presente el contralor distrital o municipal y proveer las vacantes definitivas del cargo. Las faltas temporales serán provistas en la forma que establezca el Concejo al momento de organizar la Contraloría. En los casos de falta absoluta o suspensión del contralor distrital o municipal que se produjeren durante el receso del Concejo, serán provistas por el alcalde respectivo, designando provisionalmente un funcionario de la Contraloría.

Los contralores distritales o municipales sólo podrán ser removidos antes del vencimiento de su periodo por providencia judicial, decisión o solicitud de la Procuraduría General de la Nación.

En los casos de suspensión solicitada por autoridad competente, el Concejo Municipal dará cumplimiento a la orden y procederá a designar en forma provisional.

En casos de falta absoluta deberá realizarse nueva elección, de nueva terna y para el período restante”.

Esta misma providencia considera inviable la aplicación de la Sentencia de Unificación emitida por la Sala Plena de esta Corporación el 16 de abril de 2013, al análisis del periodo de los contralores municipales en los siguientes términos:

“Finalmente, queda por aclarar el tema que plantea el demandante en la apelación y es el respeto y observancia al antecedente jurisprudencial de la sentencia de la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, que resolvió la demanda de nulidad electoral contra la elección del Fiscal General de la Nación y que el censor acusa de haber sido desconocida por el Tribunal ad quo.

Pues bien, es claro que la sentencia de la Sala Plena clarificó aspectos como la diferencia entre los cargos de período institucional y los cargos de período personal, ello en nada desvirtúa la aplicación de la norma de la Ley 136 de 1994. Como se observa, la sentencia que se pretende invocar como precedente para aplicarla al caso, particularizó con buen criterio la situación de la elección del Fiscal General de la Nación como funcionario de la Rama Judicial, regentado por la Ley 270 de 1996, situación normativa y jurídica que hace sui generis el manejo de esa

2 Consejo de Estado. Sección Quinta. Sentencia de 6 de febrero de 2014. CP. Lucy Jeannette Bermúdez Bermúdez. Rad. 25000-23-31-000-2011-00341-04.

alta dignidad y que no resulta aplicable al caso del Contralor Distrital, no sólo porque pertenece a otro nivel territorial sino porque ambos cargos tienen sus propias normas.

Así que, a diferencia de la afirmación del censor, no es un caso de similares circunstancias jurídico-normativa, tal vez tiene alguna coincidencia en que se trata del reemplazo por falta absoluta de quien fue nombrado en un inicio y que no es un cargo de elección popular, pero estos aspectos fácticos no desvirtúan que jurídicamente la situación no es coincidente.”

El contenido original del artículo 272 constitucional disponía que: “igualmente les corresponde elegir contralor para periodo igual al del gobernador o alcalde”, precepto que fue modificado por el artículo 23 del Acto Legislativo 02 de 2015 previendo que los contralores serán elegidos “para periodo igual al del Gobernador o Alcalde, según el caso.”

Afirma el demandante, como apelante único que el a quo creó un paralelismo inexistente entre el periodo institucional del alcalde del municipio de Tuluá (2012-2015) y el periodo constitucional de Gilberto Castrillón Valencia que inició el 30 de mayo de 2013 y culmina el 30 de mayo de 2017, situación que se encuentra en contravía con la sentencia de la Corte Constitucional C-060 de 1998 que prevé que la unificación de periodos del contralor con el gobernador o alcalde no impone una fecha de iniciación idéntica de periodos.

Al respecto enfatiza la Sala que el análisis del fallador de primera instancia obedece al acatamiento de las normas constitucionales y legales que regulan el proceso de nombramiento de contralores territoriales, decisión que también se encuentra soportada por pronunciamientos jurisprudenciales de la Corte Constitucional y de esta Corporación, además de conceptos de la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado, sin que se vislumbre el margen de discrecionalidad que alega el apelante.

Lo anterior por cuanto como se ha expuesto el artículo 272 constitucional, modificado por el artículo 23 del Acto Legislativo 02 de 2015 ha previsto que el nombramiento de los contralores territoriales se realizará “para periodo igual al del Gobernador o Alcalde, según el caso”, previsión normativa frente a la cual debe “similitud y concomitancia frente a la duración y ejercicio de la gestión administrativa del gobernador y la función de control fiscal del contralor departamental”, conforme lo dispone la sentencia C-060 de 1998.”

Decisión: CONFIRMAR la sentencia proferida el 23 de septiembre de 2016, por medio de la cual el Tribunal Administrativo del Valle del Cauca denegó las pretensiones de la demanda, conforme con lo expuesto en la parte motiva del presente proveído.

DEVOLVER el expediente al Tribunal de origen para lo de su competencia.

ADVERTIR a los sujetos procesales que contra lo resuelto no procede recurso alguno.

LUCY JEANNETTE BERMÚDEZ BERMÚDEZ
Presidenta

ROCÍO ARAÚJO OÑATE
Consejera de Estado
CARLOS ENRIQUE MORENO RUBIO
Consejero de Estado
ALBERTO YEPES BARREIRO
Consejero de Estado

CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCIÓN QUINTA

Consejera ponente: ROCÍO ARAÚJO OÑATE

Bogotá D.C., Trece (13) de Diciembre de dos mil dieciséis (2016)

Radicación número: 76001-23-33-000-2016-00525-01

Actor: GUSTAVO ADOLFO PRADO CARDONA

Demandado: CARLOS ARMANDO GARRIDO OTOYA

Asunto: Procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por el actor, señor Gustavo Adolfo Prado Cardona, contra la sentencia de veintiocho (28) de septiembre de 2016, mediante la cual el Tribunal Administrativo del Valle del Cauca negó las pretensiones de la demanda.

Extracto: “Corresponde a la Sala decidir si confirma o revoca la sentencia dictada por el Tribunal Administrativo del Valle del Cauca que negó las pretensiones de la demanda contra el acto de nombramiento ordinario del señor Carlos Armando Garrido Otoyá, como Presidente de Metro Cali S.A.

La argumentación que sustenta la apelación del actor está centrada en el no cumplimiento del requisito de la experiencia profesional para el ejercicio del cargo, por parte del ingeniero Carlos Armando Garrido Otoyá, nombrado como Presidente de Metro Cali S.A., por haber obtenido su inscripción en el registro del Consejo nacional profesional de ingeniería – COPNIA, hasta el 04 de marzo de 2016, fecha en la que se le confirió la matrícula profesional No. 25202-325254. Esto en aplicación del artículo 320 del Código General del Proceso¹, el cual dispuso que “El recurso de apelación tiene por objeto que el superior examine la cuestión decidida, únicamente en relación con los reparos concretos formulados por el apelante, para que el superior revoque o reforme la decisión”.

Los empleos pertenecientes a entidades del nivel territorial, están regulados por el Decreto Ley 785 de 2005, “por el cual se establece el sistema de nomenclatura y clasificación y de funciones y requisitos generales de los empleos de las entidades territoriales que se regulan por las disposiciones de la Ley 909 de 2004.” El decreto citado, fue reglamentado por el Decreto 2484 de 2014.

La norma en cita en su artículo segundo incorpora la definición de empleo así:

Artículo 2º. *Noción de empleo. Se entiende por empleo el conjunto de funciones, tareas y responsabilidades que se asignan a una persona y las competencias requeridas para llevarlas a cabo, con el propósito de satisfacer el cumplimiento de los planes de desarrollo y los fines del Estado. [Negrilla fuera del texto/*

Las competencias laborales, funciones y requisitos específicos para su ejercicio serán fijados por las autoridades competentes para crearlos, con sujeción a lo previsto en el presente decreto-ley y a los que establezca el Gobierno Nacional, salvo para aquellos empleos cuyas funciones y requisitos estén señalados en la Constitución Política o en leyes especiales.

Funciones generales correspondientes a los empleos de nivel directivo en las entidades del nivel territorial:

Artículo 4º. *Naturaleza general de las funciones. A los empleos agrupados en los niveles jerárquicos de que trata el artículo anterior, les corresponden las siguientes funciones generales:*

1 En el artículo 306, el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo estableció que en los aspectos no contemplados se seguirá el Código de Procedimiento Civil, hoy el Código General del Proceso, en lo que sea compatible con la naturaleza de los procesos y actuaciones que correspondan a la jurisdicción de lo contencioso administrativo.

4.1. Nivel Directivo. Comprende los empleos a los cuales corresponden funciones de Dirección General, de formulación de políticas institucionales y de adopción de planes, programas y proyectos.

/.../

Parágrafo. *Se entiende por alta dirección territorial, los Diputados, Gobernadores, Concejales, Alcaldes Municipales o Distritales, Alcalde Local, Contralor Departamental, Distrital o Municipal, Personero Distrital o Municipal, Veedor Distrital, Secretarios de Despacho, Directores de Departamentos Administrativos, Gerentes de Unidades Administrativas Especiales y **Directores, Gerentes o Presidentes de entidades descentralizadas.** /Negrilla fuera del texto/*

Artículo 11. *Experiencia. Se entiende por experiencia los conocimientos, las habilidades y las destrezas adquiridas o desarrolladas mediante el ejercicio de una profesión, arte u oficio.*

Para los efectos del presente decreto, la experiencia se clasifica en profesional, relacionada, laboral y docente.

Experiencia Profesional. Es la adquirida a partir de la terminación y aprobación de todas las materias que conforman el pènsun académico de la respectiva formación profesional, tecnológica o técnica profesional, en el ejercicio de las actividades propias de la profesión o disciplina exigida para el desempeño del empleo.

Experiencia Relacionada. Es la adquirida en el ejercicio de empleos que tengan funciones similares a las del cargo a proveer o en una determinada área de trabajo o área de la profesión, ocupación, arte u oficio.

Experiencia Laboral. Es la adquirida con el ejercicio de cualquier empleo, ocupación, arte u oficio.

Experiencia Docente. Es la adquirida en el ejercicio de las actividades de divulgación del conocimiento obtenida en instituciones educativas debidamente reconocidas.

Cuando para desempeñar empleos pertenecientes a los niveles Directivo, Asesor y Profesional se exija experiencia, esta debe ser profesional o docente, según el caso y determinar además cuando se requiera, si esta debe ser relacionada.

Cuando se trate de empleos comprendidos en el nivel Profesional y niveles superiores a este, la experiencia docente deberá acreditarse en instituciones de educación superior y con posterioridad a la obtención del correspondiente título profesional.

Artículo 12. *Certificación de la experiencia. La experiencia se acreditará mediante la presentación de constancias escritas, expedidas por la autoridad competente de las respectivas instituciones oficiales o privadas. Cuando el interesado haya ejercido su profesión o actividad en forma independiente, la experiencia se acreditará mediante declaración del mismo.*

Las certificaciones de experiencia deberán contener, como mínimo, los siguientes datos:

12.1. Nombre o razón social de la entidad o empresa.

12.2. Tiempo de servicio.

12.3. Relación de funciones desempeñadas.

Cuando la persona aspire a ocupar un cargo público y en ejercicio de su profesión haya asesorado en el mismo período a una o varias instituciones, el tiempo de experiencia se contabilizará por una sola vez.

La Ley 842 de 2003, “Por la cual se modifica la reglamentación del ejercicio de la ingeniería, de sus profesiones afines y de sus profesiones auxiliares, se adopta el Código de Ética Profesional y se dictan otras disposiciones.” Prevé en relación con la experiencia profesional lo siguiente:

ARTÍCULO 12. EXPERIENCIA PROFESIONAL. *Para los efectos del ejercicio de la ingeniería o de alguna de sus profesiones afines o auxiliares, la experiencia profesional solo se computará a partir de la fecha de expedición de la matrícula profesional o del certificado de inscripción profesional, respectivamente. Todas las matrículas profesionales, certificados de inscripción profesional y certificados de matrícula otorgados con anterioridad a la vigencia de la presente ley conservan su validez y se presumen auténticas.*

En el capítulo XIX, relacionado con trámites, procedimientos y regulaciones del sector administrativo de la función pública, se regula la forma de contabilizar la experiencia profesional, así:

ARTÍCULO 229. EXPERIENCIA PROFESIONAL. *Para el ejercicio de las diferentes profesiones acreditadas por el Ministerio de Educación Nacional, la experiencia profesional se computará a partir de la terminación y aprobación del pensum académico de educación superior.*

Se exceptúan de esta condición las profesiones relacionadas con el sistema de seguridad social en salud en las cuales la experiencia profesional se computará a partir de la inscripción o registro profesional.”

De la normas citadas en particular el Decreto 785 de 2005, resulta claro que se aplica a las entidades territoriales para la adopción de sus plantas de empleos y respectivo manual de funciones, nivel territorial al que pertenece la sociedad Metro Cali S.A., aspecto que fue dilucidado en la sentencia del Tribunal y no fue objeto de reparos en el recurso de apelación.²

*De acuerdo con concepto reciente del COPNIA, cuya imagen se incorporó en folios precedentes, **para el ejercicio de la función pública** cuando se ostenta título profesional en ingeniería, se requiere de la inscripción y matrícula, pero la experiencia se contabiliza desde la terminación de las materias que conforman el pensum académico. Esto significa que para la verificación del requisito de experiencia aplicaría el Decreto Ley 019 de 2012, artículo 229.*

Sea lo primero señalar que de conformidad con los análisis precedentes, el artículo 12 de la Ley 842 de 2003 no se encuentra tácitamente derogado por el Decreto Ley 019 de 2012, al ser el primero norma especial para el ejercicio de la ingeniería, profesiones afines y auxiliares y el segundo norma general para acreditar experiencia profesional.

Ahora bien, en el caso sub examen, para determinar si el ejercicio de la Presidencia de Metro Cali S.A., corresponde a la práctica de la ingeniería como profesión o se trata de un empleo público que en el requisito de formación académica exige entre otros, título profesional en ingeniería, se hizo una comparación entre la misión y funciones del empleo de Presidente previstas en el Decreto Ley 785 de 2005 y el manual de funciones y competencias, con las actividades consideradas propias de la profesión de ingeniero de acuerdo con lo señalado en la Ley 842 de 2003, para llegar a una conclusión sobre cuál es la norma aplicable para verificar la experiencia.

Como conclusión de esta comparación se puede afirmar:

- i) *Que las competencias requeridas para el ejercicio de la Presidencia de Metro Cali S.A., no hacen relación directa y exclusiva a la práctica de la profesión de ingeniero y por ello la especificidad prevista en la Ley 842 de 2003 no es la aplicable, pues profesiones pertenecientes a diferentes disciplinas no afines entre si son aceptadas para cumplir el requisito de formación académica para el ejercicio del empleo, tal como se indicó en el numeral 5.4.1;*

2 Folios 291 a 292 cuaderno 1.

- ii) *Que la aplicación de los conocimientos, aptitudes y habilidades requeridas para el ejercicio del empleo de Presidente de Metro Cali, al comparar la misión de cargo con el entendimiento de que es la ingeniería y a que se aplica, no hacen referencia específica a la ingeniería;*
- iii) *Que cuando se comparan las funciones del cargo de Presidente de Metro Cali S.A. con las actividades propias del ejercicio de la ingeniería, tal como se muestra en el cuadro precedente, se puede determinar que son muy pocas las coincidencias, por lo que no puede predicarse que el desempeño del empleo de Presidente de Metro Cali es a su vez ejercicio de la profesión de ingeniero, siendo si ejercicio profesional por exigirse formación académica en este nivel jerárquico.*

Con fundamento en las consideraciones expuestas, la Sala concluye que la norma aplicable para la verificación de la experiencia del señor Carlos Armando Garrido Otoya, es la general consagrada en el Decreto 019 de 2012, y no la especial contenida en Ley 842 de 2003, por no corresponder al ejercicio de las actividades de ingeniería que implican un mayor rigor en la verificación de la idoneidad por el riesgo social que éstas entrañan.”

Decisión: CONFÍRMASE la providencia apelada, esto es la sentencia de veintiocho (28) de septiembre de 2016 dictada por el Tribunal Administrativo del Valle del Cauca, mediante la cual negó las pretensiones de la demanda.

En firme esta providencia DEVUÉLVASE el expediente al tribunal de origen.

LUCY JEANNETTE BERMÚDEZ BERMÚDEZ
Presidenta

ROCÍO ARAÚJO OÑATE
Consejera de Estado
CARLOS ENRIQUE MORENO RUBIO
Consejero de Estado
ALBERTO YEPES BARREIRO
Consejero de Estado

* * *

CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCIÓN QUINTA

Consejera ponente: ROCÍO ARAÚJO OÑATE

Bogotá D.C., trece (13) de diciembre de dos mil dieciséis (2016)

Radicación número: 47001-23-33-000-2015-00498-01

Actor: BLADIMIR TORRES PEREIRA

Demandado: EDGARDO DE JESÚS PÉREZ DÍAZ –ALCALDE MUNICIPAL DE CIÉNAGA (MAGDALENA)

Asunto: Nulidad electoral – Fallo de segunda instancia. Procede la Sala a resolver los recursos de apelación interpuestos por los señores Bladimir Torres Pereira como demandante y Henry Alberto de la Hoz Melo en su condición de coadyuvante, contra la sentencia proferida el 25 de julio de 2016, por medio de la cual el Tribunal Administrativo del Magdalena se declaró inhibido para decidir de fondo.

Extracto: “Le corresponde a esta Corporación resolver si hay lugar a confirmar, modificar o revocar la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo de Magdalena, de acuerdo con lo expuesto por el demandante y su coadyuvante en los recursos de apelación, en cuanto a que la excepción de inepta demanda por falta de agotamiento del requisito de procedibilidad no se encuentra probada en el presente proceso.

El artículo 8 del Acto Legislativo 01 de 2009 modificadorio del artículo 237 Superior, impuso como obligación para ejercer el medio de control de nulidad electoral en cuanto a elecciones por voto popular se trate y, en los casos en que éste se funde en irregularidades en el proceso de votación y en el escrutinio, que de manera previa a la declaratoria de la elección y ante las autoridades administrativas electorales, se haya puesto de presente las irregularidades que puedan constituir nulidad de la misma.

El agotamiento del requisito de procedibilidad se constituye en un presupuesto procesal del medio de control de nulidad electoral, en los eventos consagrados en los numerales 3° y 4° del artículo 275 de la Ley 1437 de 2011; razón por la cual corresponde al Juez al momento de admitir la demanda verificar su agotamiento.

Corresponde a la Sala determinar, si para este caso en concreto, las irregularidades puestas en conocimiento por parte del demandante y su coadyuvante, deben agotar el requisito de procedibilidad, por ser de aquellas que se encuentran inmersas en la causal del numeral 3° ídem que a la letra reza:

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

/.../

3. Los documentos electorales contengan datos contrarios a la verdad o hayan sido alterados con el propósito de modificar los resultados electorales.”

En reciente decisión, esta Sección al estudiar el precepto normativo arriba transcrito, estableció la diferencia que existe entre falsedad y violencia, en el marco del proceso de nulidad electoral, lo anterior para definir cuándo se está en presencia de una u otra causal de nulidad. Al respecto señaló¹:

“...Pues bien, la falsedad y apocrifidad tienen su origen en (i) la actuación u omisión consciente o inconsciente de sujetos legitimados para intervenir dentro de las distintas fases del proceso electoral en ejercicio de la función electoral de la que se encuentren investidos—o por lo menos con su anuencia—, bien sea de forma permanente o transitoria; o bien (ii) en una causa imputable a alguno de los elementos dispuestos para servir al proceso electoral.

Y es precisamente esta procedencia la que justifica la existencia del requisito de procedibilidad consagrado en los artículos 237 de la Constitución y 161.6 del CPACA, pues teniendo origen la causal en circunstancias atribuibles a la organización electoral —con todos sus componentes—, es lo lógico que sea esta misma la llamada a precaver las irregularidades que de suyo se adviertan en el trámite cuyo control le fue asignado legalmente.

Así, la falsedad o apocrifidad es, si se quiere, una falla del sistema electoral que encuentra su causa en ella misma, bien por una situación endilgable a la persona que lo opera o a los medios o instrumentos de los que se sirve para tal propósito.”
Negrillas propias.

Teniendo clara la característica que irradia la falsedad o apocrifidad en el proceso electoral, -artículo 275.3 de la Ley 1437 de 2011-, se debe determinar las modalidades que cobija, esto es, una acción tendiente a ocultar, modificar o alterar los resultados electorales, con el fin de cambiar la verdad electoral expresada en las urnas por los votantes, tornándose con ello la declaratoria de la elección, en una decisión que no proviene de la voluntad ciudadana, sino en la manipulación de los resultados a favor de cierta o ciertas candidaturas que trastoca la realidad.

1 Consejo de Estado, Sección Quinta, sentencia del 29 de septiembre de 2016, C.P. Lucy Jeannette Bermúdez Bermúdez, radicado No. 05001-23-33-000-2015-02546-01 acumulado.

Es así como, existen diversas modalidades de falsedades que se pueden introducir en las actas o formularios electorales, un ejemplo de ello es lo que ocurre en la suplantación de electores o en la doble votación, tal y como se entrará a detallar a continuación:

Por otro lado, la suplantación de electores se configura cuando i) una persona deposita su voto en nombre de otra, ii) los jurados de votación diligencian las casillas del E-11 simulando que la persona allí registrada se acercó a ejercer su derecho al voto, o, iii) cuando en el formulario E-11 se registra como votante a una persona cuyo cupo numérico no se encuentra vigente por haber pertenecido a una persona fallecida.

En cuanto a la doble votación, esta irregularidad se presenta en los siguientes eventos: i) los jurados ejercen su derecho al sufragio tanto en la mesa donde fueron designados para cumplir su función y a su vez en el lugar donde se encuentra inscrita su cédula en el censo electoral o, ii) cuando permiten el ejercicio múltiple del derecho al voto de un ciudadano, afectándose con ello el equilibrio del proceso electoral, dado que se transgrede el principio según el cual los ciudadanos ejercen su derecho en igualdad de condiciones, esto es, un ciudadano un voto.

Tal irregularidad, se constituye en una falsedad que conlleva a la adulteración a través de la votación fraudulenta de los resultados electorales, debido a que se depositan votos en favor de algún candidato o agrupación política que en condiciones normales no los obtendría.

En conclusión, la causal de nulidad electoral denominada trahimencia electoral que encuentra su sustento normativo en el numeral 7º del artículo 275 de la Ley 1437 de 2011, no requiere el agotamiento previo del requisito de procedibilidad para ser conocida por el Juez Electoral.

La irregularidad planteada ante la comisión escrutadora municipal, correspondió a que los jurados de votación, permitieron el ejercicio al sufragio de ciudadanos que no se encontraban habilitados para votar en determinada mesa de votación, situación que dista de manera significativa de la suplantación de electores, dado que, en esta última situación, lo que existe es una falsedad personal, debido a que quien vota no es quien dice ser, mientras que en la hipótesis planteada en el escrito de reclamación, lo que existió fue una autorización del jurado de votación para que un ciudadano sin estar en el censo de la mesa, ejerza su derecho al voto en ésta.

Lo hasta aquí resuelto, la Sala encuentra que los escritos presentados por el hoy apoderado judicial del demandante no cumplen con los criterios para dar por agotado el requisito de procedibilidad para el cargo de suplantación de electores.

Por manera que, conforme con las peticiones allegadas al proceso para acreditar la satisfacción del presupuesto constitucional, no existe prueba sobre la presentación de solicitud ante las autoridades electorales de saneamiento de las irregularidades referentes a doble votación y suplantación de electores.

Para definir concretamente cuales son los actos procesales que le son permitidos a los coadyuvantes, en virtud de lo previsto en el artículo 306 de la Ley 1437 de 2011 disposición que permite aplicar las normas del Código General del Proceso en lo que sea compatible con las actuaciones de conocimiento de la jurisdicción contenciosa administrativa, se debe acudir a lo previsto en el artículo 71 del C.G.P. Este precepto normativo respecto de las atribuciones del coadyuvante en el proceso expone que: “... tomará el proceso en el estado en que se encuentre en el momento de su intervención y podrá efectuar los actos procesales permitidos a la parte que ayuda, en cuanto no estén en oposición con los de esta y no impliquen disposición del derecho en litigio.”

De las pruebas obrantes en el proceso y que fueron incorporadas de manera legal y oportunamente, se tiene que el demandante no agotó en debida forma el requisito de procedibilidad en cuanto a los cargos de doble votación y suplantación de electores, conforme lo señalado en la parte motiva de este proveído, sin embargo, se hizo su estudio de fondo llegando a la conclusión que no fueron debidamente probados para el caso de trahimencia y suplantación de electores, en razón de lo anterior y ante la

falta de incidencia en el resultado, esta Sección, revocará el fallo de primera instancia, para en su lugar negar las pretensiones de la demanda.”

Decisión: REVOCAR la sentencia proferida el 25 de julio de 2016, por medio de la cual el Tribunal Administrativo del Magdalena se inhibió de fallar de fondo, para en su lugar NEGAR las pretensiones de la demanda, conforme la parte motiva de este proveído.

EXHORTAR a los Magistrados del Tribunal Administrativo de Magdalena, para que en lo sucesivo resuelvan las excepciones previas o mixtas en el transcurso de la audiencia inicial, lo anterior en cumplimiento de lo consagrado en los artículos 283 y 180.6 de la Ley 1437 de 2011.

COMPULSAR copias a los ciudadanos identificados con las cédulas de ciudadanía No. 12.630.582, 12.613.998 y 12627.964 a la Procuraduría General de la Nación y a la Fiscalía General de la Nación de conformidad con la parte motiva de este proveído.

DEVOLVER el expediente al Tribunal de origen para lo de su competencia.

ADVERTIR a los sujetos procesales que contra lo resuelto no procede recurso alguno.

LUCY JEANNETTE BERMÚDEZ BERMÚDEZ
Presidenta

ROCÍO ARAÚJO OÑATE
Consejera de Estado
CARLOS ENRIQUE MORENO RUBIO
Consejero de Estado
ALBERTO YEPES BARREIRO
Consejero de Estado



AUTOS

CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCIÓN QUINTA

Consejera ponente: LUCY JEANNETTE BERMÚDEZ BERMÚDEZ

Bogotá, D. C., Veintiocho (28) de enero de dos mil dieciséis (2016)

Radicación número: 63001-23-33-000-2015-00318-01

Actor: ÉRICA FERNANDA FALLA GARCÍA

Demandado: ORLEY ORTEGÓN GALLEGO - CONCEJAL DE ARMENIA (QUINDÍO)¹

Asunto: Auto que confirma rechazo de la demanda por no haberse agotado el requisito de procedibilidad.

Extracto: “No basta entonces, con indicar de manera clara y precisa las zonas, puestos y mesas donde ocurrieron las irregularidades anotadas y, en este caso, la determinación exacta de la diferencia, a su juicio injustificada, entre los Formularios E-14 y E-24, pues se hace necesario haber puesto en conocimiento de la autoridad administrativa electoral, en la debida oportunidad, las irregularidades advertidas, con el fin de que ésta pueda corregirlas antes de la declaratoria de la elección correspondiente y aportar las pruebas pertinentes sobre el conocimiento formal previo que tuvieron las autoridades electorales de tales circunstancias.

(...)

Por lo tanto, el hecho de que los testigos electorales se hubieren presentado sin la credencial que los acreditaba como tales, no es justificación válida para presentar las solicitudes de saneamiento con posterioridad a la declaratoria de la elección, máxime cuando, en todo caso, en ausencia de aquéllos, la demandante, en su calidad de candidata, estaba legitimada para actuar ante las comisiones escrutadoras, ya fuera directamente, o a través de apoderado”

Decisión: CONFIRMAR el auto de 18 de noviembre de 2015, proferido por el Tribunal Administrativo del Quindío, mediante el cual rechazó la demanda de nulidad electoral, presentada por Érica Fernanda Falla García contra el acto de elección del señor Orley Ortigón Gallego, como Concejal del Municipio de Armenia – Quindío.

¹ Se advierte que al versar la demanda sobre una causal objetiva, se entiende demandada la elección de todo el Concejo Municipal.

LUCY JEANNETTE BERMÚDEZ BERMÚDEZ
Presidenta

ROCÍO ARAÚJO OÑATE
Consejera de Estado
CARLOS ENRIQUE MORENO RUBIO
Consejero de Estado
ALBERTO YEPES BARREIRO
Consejero de Estado

* * *

CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCIÓN QUINTA

Consejera ponente: LUCY JEANNETTE BERMÚDEZ BERMÚDEZ

Bogotá D.C., cuatro (4) de febrero de dos mil dieciséis (2016)

Radicación número: 11001-03-28-000-2015-00048-00

Actor: FREDY ANTONIO MACHADO LOPEZ

Demandado: MIEMBROS PERMANENTES DEL CONSEJO DE GOBIERNO JUDICIAL

Asunto: Auto que resuelve recurso de reposición contra la decisión. En los procesos de nulidad electoral no se requiere caución.

Extracto: “el CPACA consagró una norma especial y preferente sobre las disposiciones que rigen al proceso ordinario, pues en el inciso final del artículo 277 dispuso que dicha petición debería ser resuelta en el mismo auto admisorio de la demanda por “el juez, la Sala o la Sección” dependiendo de si la autoridad judicial competente para resolver el asunto electoral era un cuerpo colegiado o un juez unitario. De la norma se concluye, sin lugar a dudas, que en los procesos electorales, contrario a lo que sucede en el proceso ordinario, la decisión acerca de la viabilidad o no de decretar la medida cautelar de suspensión provisional: i) se resuelve en la misma providencia en la que se admite la demanda y ii) se adopta por la Sala o la Sección, en caso de que la autoridad judicial que conozca del asunto sea un cuerpo colegiado”// (...) “(i) la competencia para conocer, tramitar y decidir el proceso de nulidad contra el acto de elección de los miembros permanentes de dedicación exclusiva del Consejo de Gobierno Judicial está atribuida a la Sección Quinta del Consejo de Estado, en única instancia, por virtud de los artículos 149 de la Ley 1437 de 2011 y 13 del Reglamento Interno de esta Corporación”// (...) “se tiene que el último inciso del artículo 277 del CPACA, norma especial electoral, nada dice en relación con el requisito de la caución en el marco de las medidas cautelares solicitadas (...) “No se requerirá de caución cuando se trate de la suspensión provisional de los efectos de los actos administrativos, de los procesos que tengan por finalidad la defensa y protección de los derechos e intereses colectivos, de los procesos de tutela, ni cuando la solicitante de la medida cautelar sea una entidad pública”. “En suma, de la sola lectura de la norma se deriva que en tratándose de la solicitud de suspensión provisional de un acto demandado no se requerirá de caución”.

Decisión: CONFIRMAR el numeral 2º de la providencia de 15 de diciembre de 2015 que decretó la suspensión provisional del Acuerdo No. 009 de 2015 a través del cual se eligieron a los miembros permanentes de dedicación exclusiva del Consejo de Gobierno Judicial.

RECHAZAR, de conformidad con los motivos expuestos en la parte motiva de esta providencia, la “ampliación del recurso de reposición” que fue presentada el 27 de enero de este año por el apoderado de los demandados.

RECONOCER personería al Dr. Miguel Hernando González Rodríguez para que actué como apoderado de los demandados.

LUCY JEANNETTE BERMÚDEZ BERMÚDEZ
Presidenta

ROCÍO ARAÚJO OÑATE
Consejera de Estado
CARLOS ENRIQUE MORENO RUBIO
Consejero de Estado
ALBERTO YEPES BARREIRO
Consejero de Estado

* * *

**CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCIÓN QUINTA**

Consejera ponente: LUCY JEANNETTE BERMÚDEZ BERMÚDEZ

Bogotá D.C., once (11) de febrero de dos mil dieciséis (2016).

Radicación número: 11001-03-28-000-2015-00055-00

Actor: MÓNICA NARANJO RIVERA.

Demandado: FLOWER ARBOLEDA ARANA (REPRESENTANTE DE LAS ENTIDADES SIN ÁNIMO DE LUCRO ANTE EL CONSEJO DIRECTIVO DE CORTOLIMA).

Asunto: Auto admisorio. Niega suspensión provisional, por cuanto no se advierte la flagrante contradicción de los hechos expuestos con las normas invocadas.

Extracto: *“Huelga aclarar que no se requiere agotamiento de requisito de procedibilidad porque la demanda no recae sobre elección por voto popular y se sustenta en las causales de nulidad del acto administrativo que en nada se refieren a las llamadas objetivas por irregularidades en los procesos de votación y escrutinio, pues responden a causales subjetivas de nulidad electoral atinentes a los requisitos legales y constitucionales del elegido, que la parte actora considera fueran incumplidos”; “ (...) En consecuencia, ante la imprecisión de la postulación de la medida cautelar derivada de la falta de coincidencia temática de las normas antes referidas, la Sala no encuentra mérito para suspender los efectos del acto de elección con base en esas disposiciones”; “ (...) la Sala considera que la norma invocada en su contenido no hace referencia a nada diferente a que la obligación es adjuntar, al momento de la inscripción, el documento de la Junta Directiva en el que conste la voluntad de postular la candidatura del miembro de la entidad sin ánimo de lucro, como en efecto aconteció en este caso y dado que el solicitante no adjuntó los estatutos de la Fundación ni invocó otra norma que consagre la imposibilidad de que el Representante legal no pueda presidir la decisión de la junta de designación como candidato a un Consejo Directivo, tampoco con este argumento hay lugar a decretar la suspensión provisional”.*

Decisión: ADMITIR la demanda de nulidad electoral promovida por la señora Mónica Naranjo Rivera contra el acto que declaró la elección del señor FLOWER ARBOLEDA ARANA como representante de las entidades sin ánimo de lucro en el Consejo Directivo de la Corporación Autónoma Regional del Tolima CORTOLIMA, contenido en el Acta de elección F_004 de 15 de octubre de 2015. En consecuencia, se DISPONE:

NOTIFÍQUESE personalmente al demandado señor FLOWER ARBOLEDA ARANA, en su calidad de elegido, de conformidad con el literal a) del numeral 1º del artículo 277 del CPACA, para lo cual se librará el correspondiente despacho comisorio al Tribunal Administrativo del Tolima.

De no ser posible su notificación personal se procederá de conformidad con el literal b) y c) del numeral 1º del artículo 277 del CPACA.

Consejo de Estado Rendición de Cuentas 2016 “Asuntos Electorales”

Lucy Jeannette Bermúdez Bermúdez

NOTIFÍQUESE personalmente a la Corporación Autónoma Regional del Tolima CORTOLIMA, por intermedio de su Director General mediante mensaje dirigido al buzón electrónico para notificaciones judiciales, de conformidad con el numeral 2º del artículo 277 del CPACA.

Las copias de la demanda y de sus anexos quedarán en la Secretaría a disposición de los notificados, y el traslado o los términos que conceda el auto sólo comenzarán a correr tres (3) días después de la notificación personal o por aviso, según sea el caso (literal f, num. 1º art. 277 y 279 del CPACA).

NOTIFÍQUESE personalmente de esta providencia al señor Agente del Ministerio Público, como lo dispone el numeral 3º del artículo 277 del CPACA.

NOTIFÍQUESE por estado a la actora Mónica Naranjo Rivera (num. 4º art. 277 del CPACA).

INFÓRMESE, mediante el sitio web del Consejo de Estado, a la comunidad la existencia de este proceso (num. 5º art. 277 CPACA).

NOTIFÍQUESE a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado para que si lo considera intervenga en los términos del artículo 279 del CPACA.

RECONÓCESE al doctor PABLO ANDRÉS MURILLO DEVIA, identificado con C.C. No. 14.204.675 de Ibagué y T.P. No. 24.036 del Ministerio de Justicia, como apoderado judicial de la demandante Mónica Naranjo Rivera, conforme a los términos y condiciones del poder conferido obrante a folio 1º.

RECONÓCESE al doctor CARLOS ERNESTO SANTANA BONILLA, identificado con C.C. No. 93.383.665 de Ibagué y T.P. No. 117086 del C. S. de la J., como apoderado judicial del demandado FLOWER ARBOLEDA ARANA, de conformidad con los términos y condiciones del poder conferido obrante a folio 570.

NEGAR la solicitud de suspensión provisional.

LUCY JEANNETTE BERMÚDEZ BERMÚDEZ
Presidenta

ROCÍO ARAÚJO OÑATE
Consejera de estado
CARLOS ENRIQUE MORENO RUBIO
Consejero de estado
ALBERTO YEPES BARREIRO
Consejero de estado

* * *

CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCIÓN QUINTA

Consejera ponente: LUCY JEANNETTE BERMÚDEZ BERMÚDEZ

Bogotá, D.C., dieciocho (18) de febrero de dos mil dieciséis (2016)

Radicación número: 11001-03-28-000-2016-00014-00

Actor: JOSE GABRIEL FLÓREZ BARRERA

Demandado: UNIVERSIDAD DE CÓRDOBA

Asunto: Auto que admite la demanda y niega suspensión provisional, por no cumplir con la carga de sustentarla.

Extracto: “Frente a la medida de suspensión provisional de los efectos de un acto administrativo como medida cautelar, de conformidad con el artículo 229 del C.P.A.C.A., se requiere “petición de parte

debidamente sustentada” y, acorde con el 231 ibídem, procederá “por violación de las disposiciones invocadas en la demanda o en la solicitud que se realice en escrito separado, cuando tal violación surja del análisis del acto demandado y su confrontación con las normas superiores invocadas como violadas o del estudio de las pruebas allegadas con la solicitud”.

(...) a. La medida cautelar se debe solicitar, con fundamento en el mismo concepto de la violación de la demanda, o bien puede el demandante sustentarlo en escrito separado. Exige que la petición contenga una sustentación específica y propia para la procedencia de la medida excepcional, o siquiera una expresa remisión a que el apoyo de la medida se soporta en el mismo concepto de violación (...).

Resulta evidente que la parte demandante omitió cumplir con la carga de sustentar su petición de suspensión provisional y tampoco anunció que para estos efectos la Sala se remitiera a los fundamentos de la demanda, situación que impone que su solicitud sea desestimada pues, el incumplimiento de este requisito deviene en el desconocimiento de las razones normativas y fácticas por las cuales se pretende que los efectos jurídicos del acto de designación acusado deben ser suspendidos”.

Decisión: ADMITIR la demanda de nulidad electoral promovida por el señor José Gabriel Flórez Barrera, únicamente, en lo referente a la nulidad de Acuerdo No. 118 de 18 de diciembre de 2015 por medio del cual se designó al señor JAIRO MIGUEL TORRES OVIEDO Rector de la Universidad de Córdoba, periodo 2015-2018, por lo que se dispone:

NOTIFÍQUESE al señor JAIRO MIGUEL TORRES OVIEDO de conformidad con el literal a) del numeral 1º del artículo 277 del C.P.A.C.A.

Para el efecto, COMISIONÉSE al Tribunal Administrativo de Córdoba, para que realice la mentada notificación y remítanse las copias que para el efecto se requieran.

De no ser posible su notificación personal se procederá de conformidad con el literal b) y c) del numeral 1º del artículo 277 del C.P.A. y de lo C.A.

NOTIFÍQUESE personalmente al Consejo Superior Universitario de la Universidad de Córdoba, a través de su presidente, de acuerdo con lo dispuesto en el numeral 2º del artículo 277 del C.P.A.C.A.

Para el efecto, COMISIONÉSE al Tribunal Administrativo de Córdoba, para que realice las notificaciones y remítanse las copias que para el efecto se requieran.

LUCY JEANNETTE BERMÚDEZ BERMÚDEZ
Presidenta

ROCÍO ARAÚJO OÑATE
Consejera de Estado
CARLOS ENRIQUE MORENO RUBIO
Consejero de Estado
ALBERTO YEPES BARREIRO
Consejero de Estado

CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCIÓN QUINTA

Consejera ponente: LUCY JEANNETTE BERMÚDEZ BERMÚDEZ

Bogotá, D.C., veinticinco (25) de febrero de dos mil dieciséis (2016)

Radicación número: 25000-23-41-000-2014-01626-03

Actor: Miguel Augusto Medina Ramírez

Demandado: Néstor Fabián Castillo Pulido – Director Jurisdicción Coactiva de la Contraloría General de la República

Asunto: Auto - confirma decisión de declarar no probada las excepciones de inepta demanda y de falta de integración del petitum, ya que la pretensión fue debidamente individualizada y no era necesario demandar acto de trámite.

Extracto: “Conforme a lo anterior, la excepción formulada por la Contraloría no tiene vocación de prosperidad, de manera que la decisión adoptada por el Tribunal se debe confirmar, pues resulta claro que la pretensión fue claramente individualizada por el demandante y, por tratarse de un proceso electoral, no hace falta solicitar la nulidad de la Convocatoria número 002 de 2013”.

Decisión: CONFIRMAR la decisión de no declarar probada las excepciones previas formuladas por la Contraloría General de la República, proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca en audiencia inicial del 1º de febrero de 2016.

EXHORTAR a la Secretaría del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, para que en próximas oportunidades realice, en los procesos electorales, el traslado de que trata el parágrafo segundo del artículo 175 del CPACA

DEVOLVER al Tribunal de origen para lo de su cargo.

LUCY JEANNETTE BERMÚDEZ BERMÚDEZ
Presidenta

ROCÍO ARAÚJO OÑATE
Consejera de Estado
CARLOS ENRIQUE MORENO RUBIO
Consejero de Estado
ALBERTO YEPES BARREIRO
Consejero de Estado

* * *

CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCIÓN QUINTA

Consejera ponente: LUCY JEANNETTE BERMÚDEZ BERMÚDEZ

Bogotá, D.C., diecisiete (17) de marzo de dos mil dieciséis (2016)

Radicación número: 76001-23-33-000-2015-01579-01

Actor: MIGUEL ALEXANDER RUIZ MURILLO Y OTROS

Demandado: Juan Manuel Chicango Castillo – Concejal Del Municipio De Santiago De Cali

Asunto: Auto que confirma rechazo de la demanda por no haberse agotado el requisito de procedibilidad.

Extracto: *“Así las cosas, será confirmada la decisión de primera instancia que rechazó la demanda porque no fue subsanada en los términos solicitados en el auto inadmisorio, en particular, toda vez que no fueron incorporadas las copia de la respectiva petición con constancia de haberse radicado oportunamente ante la autoridad electoral para el agotamiento del requisito de procedibilidad. Ni tampoco individualizados los actos con los que fueron resueltos”*

Decisión: Confirmar el auto proferido el 21 de enero de 2016 por el Tribunal Administrativo del Valle del Cauca, con el cual rechazó la demanda de nulidad electoral interpuesta por Miguel Alexander Ruiz Murillo y otros contra la elección del señor Juan Manuel Chicango Castillo, como concejal de Santiago de Cali, periodo 2016-2019.

ADVERTIR a los sujetos procesales que contra lo resuelto no procede ningún recurso.

LUCY JEANNETTE BERMÚDEZ BERMÚDEZ
Presidenta

ROCÍO ARAÚJO OÑATE
Consejera de Estado
CARLOS ENRIQUE MORENO RUBIO
Consejero de Estado
ALBERTO YEPES BARREIRO
Consejero de Estado

* * *

CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCIÓN QUINTA

Consejera ponente: LUCY JEANNETTE BERMÚDEZ BERMÚDEZ

Bogotá D.C., Diecisiete (17) de marzo de dos mil dieciséis (2016).

Radicación número: 76001-23-33-000-2015-01577-01

Actor: GEIMI BELTRÁN FERNÁNDEZ

Demandado: ALBEIRO ECHEVERRY BUSTAMANTE

Asunto: Auto que confirma decisión que negó suspensión provisional de los efectos del acto enjuiciado.

Extracto: *“Así las cosas, a diferencia de lo que imputa la recurrente, a consideración de esta Sala Electoral no es que el Tribunal haya omitido valorar dichos documentos, pues por el contrario, abordó en forma precisa los temas de autoría y aspectos circunstanciales como comúnmente se analiza en esa clase de documentos representativos y noticiosos.*

De tal suerte que la Sala desde el aspecto argumentativo de la recurrente no advierte vulneración a los artículos 55¹ y 216² del CPACA y 244³ y 247⁴ del CGP.

(...)

Consecuentemente, se debe confirmar la decisión porque el actor, en esta etapa del proceso, no logró demostrar que la señora Jessica Echeverry se haya posesionado como Secretaria de Turismo y Comercio del departamento, hecho sobre el cual se fundamenta la causal de inhabilidad alegada por la parte demandante.

Así pues, la eventual o posible disconformidad que a juicio de la parte actora puede haber en el desarrollo de los hechos de nombramiento y posesión de la pariente del Concejal será asunto objeto de prueba y de cumplimiento de la carga probatoria acuciosa por parte de los sujetos procesales o del impulso procesal que le corresponde al juez en búsqueda de la verdad”.

Decisión: CONFIRMAR el auto de 21 de enero de 2016, por medio del cual el Tribunal Administrativo del Valle negó el decreto de suspensión provisional contra el acto declaratorio de elección del Concejal del municipio de Cali 2016-2019 del señor ALBEIRO ECHEVERRY BUSTAMANTE, contenido en el formulario E-26CON de 2 de noviembre de 2015.

EJECUTORIADA esta providencia, por Secretaría de la Sección, devuélvase al Tribunal Administrativos del Valle del Cauca.

LUCY JEANNETTE BERMÚDEZ BERMÚDEZ
Presidenta

ROCÍO ARAÚJO OÑATE
Consejera de Estado
CARLOS ENRIQUE MORENO RUBIO
Consejero de Estado
ALBERTO YEPES BARREIRO
Consejero de Estado

1 **ARTÍCULO 55. DOCUMENTO PÚBLICO EN MEDIO ELECTRÓNICO.** Los documentos públicos autorizados o suscritos por medios electrónicos tienen la validez y fuerza probatoria que le confieren a los mismos las disposiciones del Código de Procedimiento Civil.

Las reproducciones efectuadas a partir de los respectivos archivos electrónicos se reputarán auténticas para todos los efectos legales.

2 **ARTÍCULO 216. UTILIZACIÓN DE MEDIOS ELECTRÓNICOS PARA EFECTOS PROBATORIOS.** Será admisible la utilización de medios electrónicos para efectos probatorios, *de conformidad con lo dispuesto en las normas que regulan la materia y en concordancia con las disposiciones de este Código y las del Código de Procedimiento Civil.*

3 **ARTÍCULO 244. DOCUMENTO AUTÉNTICO.** Es auténtico un documento cuando existe certeza sobre la persona que lo ha elaborado, manuscrito, firmado, o cuando exista certeza respecto de la persona a quien se atribuya el documento.

Los documentos públicos y los privados emanados de las partes o de terceros, en original o en copia, elaborados, firmados o manuscritos, y los que contengan la reproducción de la voz o de la imagen, se presumen auténticos, mientras no hayan sido tachados de falso o desconocidos, según el caso.

También se presumirán auténticos los memoriales presentados para que formen parte del Radicación, incluidas las demandas, sus contestaciones, los que impliquen disposición del derecho en litigio y los poderes en caso de sustitución.

Así mismo se presumen auténticos todos los documentos que reúnan los requisitos para ser título ejecutivo.

La parte que aporte al proceso un documento, en original o en copia, reconoce con ello su autenticidad y no podrá impugnarlo, excepto cuando al presentarlo alegue su falsedad. Los documentos en forma de mensaje de datos se presumen auténticos.

Lo dispuesto en este artículo se aplica en todos los procesos y en todas las jurisdicciones.

4 **ARTÍCULO 247. VALORACIÓN DE MENSAJES DE DATOS.** Serán valorados como mensajes de datos los documentos que hayan sido aportados en el mismo formato en que fueron generados, enviados, o recibidos, o en algún otro formato que lo reproduzca con exactitud.

La simple impresión en papel de un mensaje de datos será valorada de conformidad con las reglas generales de los documentos.

CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCIÓN QUINTA

Consejera ponente: LUCY JEANNETTE BERMÚDEZ BERMÚDEZ

Bogotá D.C., treinta y uno (31) de marzo de dos mil dieciséis (2016)

Radicación número: 11001-03-28-000-2016-00037-00

Actor: CLAUDIA MILENA CASTELLANOS AVENDAÑO

Demandado: IVÁN DARÍO GÓMEZ LEE Y MARTHA LUCÍA ZAMORA ÁVILA

Asunto: Auto que admite la demanda y niega la medida cautelar de urgencia, por cuanto no se constituye en irregular el nombramiento de la magistrada por falta de competencia, siempre y cuando este sea transitorio.

Extracto: *“Es cierto, como lo señala la demandante, que teniendo en cuenta que las vacantes dejadas por los magistrados Francisco Javier Ricaurte y Pedro Octavio Munar son absolutas en virtud de lo establecido en el artículo 254.1 de la Constitución Política, la competencia para elegir a sus reemplazos está en cabeza de la Corte Suprema de Justicia. Pero, ocurre que en este evento, los hechos (elección por parte del Consejo Superior de la Judicatura) demuestran que a pesar de haber transcurrido más de un año desde cuando se produjo la vacancia, el nominador natural no ha cumplido con su deber constitucional y legal de designar los miembros del Consejo Superior de la Judicatura que conforme a lo previsto en el artículo mencionado debe elegir mientras entra a funcionar el órgano que de acuerdo con lo establecido en el artículo 18.e) transitorio del Acto Legislativo 02 de 2015 lo reemplazará”* *“Tal vacancia definitiva, mientras el órgano competente asume su deber, esto es, mientras “se pueda hacer la designación por el sistema legalmente previsto” y en aras de mantener la funcionalidad en la sala encargada de la administración de la Rama Judicial¹, conduce a colegir en este momento procesal que la situación se ubicaba en la hipótesis contemplada por el inciso 1 del numeral 2 del artículo 132 de la Ley Estatutaria de la Administración de Justicia”. //* *“Observa la Sala Electoral que en este evento el aserto del que parte el demandante no es, en principio, de validez total por cuanto de la propia Constitución (art. 254), así como de la Ley Estatutaria, es claro y nadie discute, que la competencia para elegir dos de los seis miembros de la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura es de la Corte Suprema de Justicia, pero ante la situación transitoria, que se da entre el ejercicio de esa competencia y la imperiosa necesidad de que se cumpla con las funciones que la Constitución (artículos 256 y 257) y la Ley Estatutaria (artículo 85 entre otras), la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura está facultada para proveer de manera transitoria la vacante”.*

Decisión: ADMITIR la demanda de nulidad electoral promovida por Claudia Milena Castellanos Avendaño únicamente contra las Resoluciones No. 05 y 06 de 5 de febrero de 2016, expedidas por el Presidente del Consejo Superior de la Judicatura en cuanto nombró en provisionalidad como magistrados de la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura a MARTHA LUCÍA ZAMORA ÁVILA e IVÁN DARÍO GÓMEZ LEE, respectivamente.

NOTIFÍQUESE a los señores MARTHA LUCÍA ZAMORA ÁVILA e IVÁN DARÍO GÓMEZ LEE de conformidad con el literal a) del numeral 1º del artículo 277 del CPACA.

NOTIFÍQUESE personalmente a los miembros del Consejo Superior de la Judicatura a través de su Presidente de acuerdo con lo dispuesto en el numeral 2º del artículo 277 del CPACA.

NOTIFÍQUESE personalmente al señor Agente del Ministerio Público ante esta Sección como lo dispone el numeral 3º del artículo 277 del CPACA.

NOTIFÍQUESE por estado a la parte actora.

1 Artículo 75 de la Ley 270 de 1996.

Lucy Jeannette Bermúdez Bermúdez

INFÓRMESE a la comunidad la existencia del proceso como lo ordena el numeral 5º del artículo 277 del CPACA.

NOTIFÍQUESE a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado para que si lo considera intervenga en los términos del artículo 279 del CPACA.

NOTIFÍQUESE a la Corte Suprema de Justicia a través del buzón electrónico de la Presidencia.

NO DECRETAR la suspensión provisional de los efectos de las resoluciones Expedidas por el Presidente del Consejo Superior de la Judicatura No. 05 y 06 de 5 de febrero de 2016, mediante las cuales nombró en provisionalidad como magistrados de la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura a MARTHA LUCÍA ZAMORA ÁVILA e IVÁN DARÍO GÓMEZ LEE, bajo el entendido que estos nombramientos son transitorios.

LUCY JEANNETTE BERMÚDEZ BERMÚDEZ
Presidenta

ROCÍO ARAÚJO OÑATE
Consejera de Estado
CARLOS ENRIQUE MORENO RUBIO
Consejero de Estado
ALBERTO YEPES BARREIRO
Consejero de Estado

* * *

**CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCIÓN QUINTA**

Consejera ponente: LUCY JEANNETTE BERMÚDEZ BERMÚDEZ

Bogotá D.C., treinta y uno (31) de marzo de dos mil dieciséis (2016)

Radicación número: 11001-03-28-000-2016-00038-00

Actor: TANIA INES JAIMES MARTINEZ

Demandado: RAFAEL ALBERTO GARCIA ADARVE Y OTROS

Asunto: Auto que admite y niega la medida cautelar de urgencia. Prohibición de favorecimiento electoral

Extracto: “... esta Corporación, en otras oportunidades¹, se ha referido a la prohibición de favorecimiento electoral conocida como ‘yo te elijo, tú me eliges’, que se concreta cuando un individuo es designado para ocupar un cargo público por decisión proveniente de otros en cuya designación, este, a su vez, participó.

(...)

Dicha posición se elevó a la categoría de norma constitucional a través del artículo 2º del Acto Legislativo 02 de 2015², que modificó el artículo 126 Superior, en cuanto, en su inciso segundo, consagró:

1 Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, C. P. Stella Conto Díaz del Castillo, (i) 15 de julio de 2014, exp. número: 11001-03-28-000-2013-00006-00, demandado: Francisco Javier Ricaurte Gómez; (ii) 11 de noviembre de 2014, exp. número: 11001-03-28-000-2013-00015-00, demandado: Pedro Octavio Munar Cadena.

2 De equilibrio de poderes.

‘Tampoco podrán nombrar ni postular como servidores públicos, ni celebrar contratos estatales, con quienes hubieren intervenido en su postulación o designación, ni con personas que tengan con estas los mismos vínculos señalados en el inciso anterior’.

En ese orden de ideas, resulta patente la exigibilidad de la mencionada prohibición, más aún en aquellas actuaciones de conformidad con los motivos expuestos, la Sala procederá a decretar la medida provisional de suspensión de los efectos de las resoluciones número 1, 2, 3 y 4 con carácter de urgencia orden electoral realizadas en vigencia de la citada reforma constitucional”.

Decisión: ADMITIR la demanda de nulidad electoral promovida por la señora Tania Inés Jaimes Martínez contra los nombramientos en provisionalidad de los ciudadanos MARÍA ROCÍO CORTÉS VARGAS, MARTHA PATRICIA ZEA RAMOS, ADOLFO LEÓN CASTILLO ARBELÁEZ y RAFAEL ALBERTO GARCÍA ADARVE, como magistrados de la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura:

NOTIFÍQUESE a los señores MARÍA ROCÍO CORTÉS VARGAS, MARTHA PATRICIA ZEA RAMOS, ADOLFO LEÓN CASTILLO ARBELÁEZ y RAFAEL ALBERTO GARCÍA ADARVE, de conformidad con el literal a) del numeral 1º del artículo 277 del C.P.A.C.A.

NOTIFÍQUESE personalmente a todos los miembros del Consejo Superior de la Judicatura, por intermedio de su Presidente, de acuerdo con lo dispuesto en el numeral 2º del artículo 277 del C.P.A.C.A.

NOTIFÍQUESE personalmente al señor Agente del Ministerio Público ante esta Sección como lo dispone el numeral 3º del artículo 277 del C.P.A.C.A.

NOTIFÍQUESE por estado a la parte actora.

INFÓRMESE a la comunidad la existencia del proceso como lo ordena el numeral 5º del artículo 277 del C.P.A.C.A.

NOTIFÍQUESE a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado para que, si lo considera, intervenga en los términos del artículo 279 del C.P.A.C.A.

DECRETAR la suspensión provisional de los efectos de los siguientes actos administrativos, solicitada por la demandante:

(i) Resolución No. 1 de 28 de enero de 2016 de la Sala Plena del Consejo Superior de la Judicatura, por medio de la cual se nombró “... *en provisionalidad a la doctora MARTHA PATRICIA ZEA RAMOS (...), en el cargo de MAGISTRADA DE LA SALA JURISDICCIONAL DISCIPLINARIA DEL CONSEJO SUPERIOR DE LA JUDICATURA, (...) en reemplazo del doctor Néstor Iván Osuna Patiño...*”.

(ii) Resolución No. 2 de 28 de enero de 2016 de la Sala Plena del Consejo Superior de la Judicatura, por medio de la cual se nombró “... *en provisionalidad a la doctora MARÍA ROCÍO CORTÉS VARGAS (...), en el cargo de MAGISTRADA DE LA SALA JURISDICCIONAL DISCIPLINARIA DEL CONSEJO SUPERIOR DE LA JUDICATURA, (...) en reemplazo del doctor Wilson Ruiz Orejuela...*”.

(iii) Resolución No. 3 de 28 de enero de 2016 de la Sala Plena del Consejo Superior de la Judicatura, por medio de la cual se nombró “... *en provisionalidad al doctor ADOLFO LEÓN CASTILLO ARBELÁEZ (...), en el cargo de MAGISTRADO DE LA SALA JURISDICCIONAL DISCIPLINARIA DEL CONSEJO SUPERIOR DE LA JUDICATURA, (...) en reemplazo del doctor Angelino Lizcano Rivera...*”.

(iv) Resolución No. 4 de 28 de enero de 2016 de la Sala Plena del Consejo Superior de la Judicatura, por medio de la cual se nombró “... *en provisionalidad al doctor RAFAEL ALBERTO*

Lucy Jeannette Bermúdez Bermúdez

GARCÍA ADARVE (...), en el cargo de MAGISTRADO DE LA SALA JURISDICCIONAL DISCIPLINARIA DEL CONSEJO SUPERIOR DE LA JUDICATURA, (...) en reemplazo de la doctora María Mercedes López Mora... ”.

NOTIFICAR por el medio más expedito el decreto de la medida cautelar a los demandados MARÍA ROCÍO CORTÉS VARGAS, MARTHA PATRICIA ZEA RAMOS, ADOLFO LEÓN CASTILLO ARBELÁEZ y RAFAEL ALBERTO GARCÍA ADARVE.

NOTIFICAR del decreto de la medida cautelar a todos los miembros del Consejo Superior de la Judicatura, a través del Presidente de dicha Corporación.

EXHORTAR al Gobierno Nacional –en cabeza del Presidente de la República– y al Congreso de la República –representado por su Presidente–, para que, en ejercicio de sus atribuciones constitucionales y legales, dispongan la provisión de las vacantes absolutas dejadas por los entonces magistrados de la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura, doctores Angelino Lizcano Rivera, María Mercedes López Mora, Néstor Iván Osuna Patiño y Wilson Ruiz Orejuela

ENVIAR copias de esta providencia a la Fiscalía General de la Nación y a la Procuraduría General de la Nación, para lo de su competencia, teniendo en cuenta lo advertido respecto de la participación de la ciudadana MARTHA PATRICIA ZEA RAMOS, en la sesión del 28 de enero de 2016, en cuanto se pudo haber desatendido lo ordenado por esta Sección en el auto de 15 de diciembre de 2015, referido en la parte motiva del presente proveído.

INFORMAR al Presidente de la República el contenido de esta decisión.

LUCY JEANNETTE BERMÚDEZ BERMÚDEZ
Presidenta

ROCÍO ARAÚJO OÑATE
(Ausente Con Excusa)
Consejera de Estado
CARLOS ENRIQUE MORENO RUBIO
Consejero de Estado
ALBERTO YEPES BARREIRO
Consejero de Estado

* * *

CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCIÓN QUINTA

Consejera ponente: LUCY JEANNETTE BERMÚDEZ BERMÚDEZ

Bogotá D.C., ocho (8) de abril de dos mil dieciséis (2016)

Radicación número: 11001-03-28-000-2016-00019-00

Actor: RICARDO MENDOZA CARPINTERO

Demandado: ASLETH RAFAEL ORTEGA MORA - REPRESENTANTE DE LAS ENTIDADES SIN ÁNIMO DE LUCRO EN EL CONSEJO DIRECTIVO DE LA CORPORACIÓN AUTÓNOMA REGIONAL DEL ATLÁNTICO

Asunto: Rechaza demanda porque se ordenó corregir en el sentido de allegar acto demandado y la parte actora no subsanó el defecto anotado

Extracto: “El Despacho inadmitió la demanda porque el actor no allegó la copia del acto demandado y la respectiva constancia de su publicación (...) durante el término dispuesto para el efecto, la parte actora no hizo pronunciamiento alguno...”.

Decisión: RECHAZAR la demanda de nulidad electoral No. 11001-03-28-000-2016-00019-00, presentada por RICARDO MENDOZA CARPINTERO contra la elección de ASLETH RAFAEL ORTEGA MORA como Representante de las entidades sin ánimo de lucro en el Consejo Directivo de la Corporación Autónoma Regional del Atlántico.

En firme esta providencia, DEVUÉLVASE la demanda y sus anexos al actor sin necesidad de desglose, dejando las anotaciones pertinentes.

LUCY JEANNETTE BERMÚDEZ BERMÚDEZ
Consejera de Estado

* * *

CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCIÓN QUINTA

Consejera ponente: LUCY JEANNETTE BERMÚDEZ BERMÚDEZ

Bogotá D.C., veintiuno (21) de abril de dos mil dieciséis (2016)

Radicación número: 25000-23-41-000-2014-01633-01

Actor: LUIS ALFREDO ZAMORA ACOSTA

Demandado: MANUEL RUBERNOY AYALA MARÍN, MARÍA CRISTINA QUINTERO QUINTERO, HÉCTOR MARIO LONDOÑO RÍOS, ÁLVARO BARRAGÁN RAMÍREZ, DIEGO IVÁN BETANCOURT (CARGOS NIVEL DIRECTIVO CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA)

Asunto: Auto. Confirma parcialmente abandono del proceso y ordena continuar el proceso respecto de varios de los demandados. Existe prueba de que unos fueron debidamente notificados del auto admisorio; contrario a lo que ocurrió respecto de otros, frente a los cuales no se surtió oportunamente la notificación por aviso de que trata el artículo 277 del CPACA.

Extracto: “La Sala considera frente a estos tres demandados, que al ser del nivel directivo del ente de control, todo lleva a colegir que conocen las políticas de la entidad sobre la recepción de correspondencia y, conforme al dicho del notificador de la Sección Primera del Tribunal, éste se vio obligado a entregar los documentos del proceso en la respectiva oficina o dependencia de correspondencia, situaciones fácticas en las cuales coinciden los memorialistas y el empleado judicial, los primeros porque en sus escritos de 7 de mayo de 2015, glosan la falta de inmediatez propia de la notificación personal, en atención a que la demanda y el auto admisorio les fueron entregados en sus dependencias ante la remisión que hiciera la oficina de correspondencia, lugar en el cual el notificador reconoce tuvo que entregarla, en atención a que no le fue permitido el acceso a la oficina de cada demandado, conforme a los informe secretariales relacionados en el literal c.2 del capítulo de antecedentes.

(...)

Por lo anterior, a partir de los memoriales pretranscritos y suscritos por los demandados HÉCTOR MARIO LONDOÑO, ÁLVARO BARRAGÁN RAMÍREZ Y DIEGO IVÁN BETANCOURT, la supuesta imposibilidad de notificarlos personalmente -presupuesto sine qua non de la publicación de los avisos en prensa conforme al literal b), num. 1º del art. 277 del CPACA- había desaparecido desde el punto de vista fáctico procesal, pues ellos mismos informaron en sus escritos que el 29 de abril de 2015 habían recibido la demanda y el auto admisorio en sus respectivas dependencias de trabajo.

(...)

Lucy Jeannette Bermúdez Bermúdez

Ante la imposibilidad de surtir la notificación personal por los hechos antes relatados, pues conocedor de que el aviso estaba a su disposición desde el 6 de mayo de 2015, tan sólo el 12 de junio de 2015 lo retira (véase fl. 332 cdno. ppal.), esto es, habiendo superado el término de veinte (20) días, previsto en el literal g) del numeral 1º del artículo 277 del CPACA, que incluso dispone y obliga no solo a retirar el aviso sino a acreditar las publicaciones efectuadas en prensa.

En el asunto bajo estudio no pudo realizarse la notificación personal, en la forma expresa prevista en el ordenamiento electoral respecto a los demandados QUINTERO QUINTERO y AYALA MARÍN, por lo que debía surtir la notificación supletoria del aviso (prevista en el numeral 1º del artículo 277 del CPACA para aquellos eventos en los que no se logra a satisfacción notificar de manera personal.

Así lo entendió el Secretario de la Sección Primera del Tribunal, quien pasó entonces a la segunda opción prevista en la disposición que prevé expedir y entregar el aviso (literales b y c), sin que se requiriera orden especial.

Le correspondía entonces al demandante acercarse a la Secretaría a retirar el aviso y efectuar las publicaciones”.

Decisión: CONFÍRMASE parcialmente el numeral primero del auto de 13 de noviembre de 2015, por medio del cual el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Primera, Subsección B, declaró terminado el proceso por abandono, en aplicación del literal g) numeral 1º del artículo 277 de la Ley 1437 de 2011, solo respecto de los demandados MARÍA CRISTINA QUINTERO QUINTERO y MANUEL RUBERNOY AYALA MARÍN.

En consecuencia, REVÓCASE el numeral primero del mencionado auto respecto únicamente de los demandados HÉCTOR MARIO LONDOÑO, ÁLVARO BARRAGÁN RAMÍREZ y DIEGO IVÁN BETANCOURT y CONTINÚESE el proceso de la referencia con estos demandados.

REVÓCASE el numeral segundo del auto antes mencionado en el que se imparte la orden de devolver el expediente al juzgado de origen.

EXHÓRTASE al Magistrado conductor del proceso para que sus actuaciones y decisiones se adecúen al ordenamiento procesal aplicable a los asuntos que conoce la jurisdicción de lo Contencioso Administrativo.

DEVOLVER el expediente al Tribunal de origen.

LUCY JEANNETTE BERMÚDEZ BERMÚDEZ
Presidenta

ROCÍO ARAÚJO OÑATE
Consejera de Estado
CARLOS ENRIQUE MORENO RUBIO
Consejero de Estado
ALBERTO YEPES BARREIRO
Consejero de Estado
Aclara Voto

Aclaración de voto del consejero Alberto Yepes Barreiro

Extracto: “Con el acostumbrado respeto por las decisiones de esta Sección, me permito exponer las razones por las cuales aclaré mi voto respecto de la decisión adoptada en el auto de la referencia, para lo cual me ocuparé de los siguientes asuntos: (i) la acumulación de pretensiones de la demanda y (ii) el propósito de los 20 días a que se refiere el literal g) del artículo 277 del CPACA. Para el suscrito, en el caso de la referencia se incurrió en una indebida acumulación de pretensiones por parte del demandante en su demanda, puesto que aquella pretende la nulidad de cinco nombramientos distintos que están contenidos en igual número de actos administrativos autónomos e independientes. Pese a lo

anterior, en la providencia aprobada nada se dijo sobre el particular. La acumulación de pretensiones tiene aplicación limitada en el proceso contencioso electoral en atención a lo dispuesto en los artículos 281 y 282 del C.P.A.C.A., que son normas especiales en materia de procesos electorales.

(...)

Entonces, cualquiera que sea la categoría de proceso, objetivo o subjetivo, el acto de nombramiento contra el cual se dirige la demanda debe ser uno mismo.

Nótese que la regla prevista en el artículo 282 del C.P.A.C.A., prevé la acumulación de los procesos con fundamento en “irregularidades en la votación o en los escrutinios” [causales objetivas] sin distinción del número de demandados; no obstante, no ocurre lo mismo cuando las demandas se soportan en “falta de calidades, requisitos o en inhabilidades” [causales subjetivas] ibídem, pues ellas sólo son susceptibles de ser acumuladas a condición de que “se refieran al mismo demandado”.

Lo anterior es naturalmente lógico, por cuanto los procesos fundamentados en causales objetivas tienen la potencialidad de afectar a todos los elegidos; situación que no sucede cuando la demanda se fundamenta en causales de nulidad subjetivas.

2. Los 20 días de que dispone el demandante, so pena de la terminación del proceso por abandono, son para publicar los avisos y no para acreditar la publicación.

La Sala por primera vez se pronunció respecto de este aspecto en el expediente 2014-107, Auto de 29 de Enero de 2015, providencia en la que se fijó la interpretación del artículo 277, numeral 1º, literal g y se concluyó que los 20 días a los que la norma hacía referencia no eran para la acreditación de haber realizado la publicación, sino justamente para efectuar la respectiva publicación.”

* * *

**CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCIÓN QUINTA**

Consejera ponente: LUCY JEANNETTE BERMÚDEZ BERMÚDEZ

Bogotá, D.C., veintiocho (28) de abril de dos mil dieciséis (2016)

Radicación número: 05001-23-33-000-2016-00189-01

Actor: RODRIGO DE JESÚS MÚNERA ZAPATA

Demandado: CÉSAR AUGUSTO SUÁREZ MIRA

Asunto: Auto. Revoca rechazo de la demanda. Se demostró que, con el escrito de subsanación de la demanda el actor acreditó los requisitos establecidos en los artículos 162 y siguientes del CPACA.

Extracto: *“En este caso, la elección demandada es a un cargo unipersonal, por lo que el CPACA exige entonces que la notificación se lleve a cabo de manera personal, por tanto el actor se encontraba obligado a presentar los datos, tales como “nombres, lugar y direcciones”, del demandado, es decir el elegido, para poder efectuar la notificación personal. De forma tal que si el actor presentó los datos de contacto del señor CESAR AUGUSTO SUÁREZ MIRA, la Sala considera que cumplió con su obligación de suministrar e identificar debidamente a las partes.*

Abora bien, respecto a la notificación a las autoridades electorales que adoptaron o intervinieron en el acto de elección, es imperante resaltar que el artículo 277 del CPACA establece como se deben realizar las notificaciones a dichas autoridades electorales.

(...)

Por otra parte, la notificación de los partidos o movimientos políticos puede realizarse de dos formas de conformidad con el artículo 277 del CPACA. En una primera situación, si el demandado es de aquellos que, de conformidad con el inciso a) numeral 1 del Artículo 277 del CPACA, debe ser notificado personalmente, entonces los partidos o movimientos involucrados en la demanda serán notificados también de esta forma.

Sin embargo, en caso de que la notificación a los partidos o movimientos políticos se deba realizar de forma personal no le es exigible al actor la entrega de los datos de contacto para la notificación, pues estos son de público conocimiento. En efecto, la ley 130 de 1994 establece el reconocimiento de personería jurídica¹ de los partidos y movimientos políticos por parte del Consejo Nacional Electoral, el cual mantiene publicado en su página web² que partidos o movimientos tienen su personería vigente, así como los datos de contacto de cada uno de partidos o movimientos.

(...)

Además, cabe agregar que la no presentación de estos datos no constituye un requisito que permita el rechazo de la demanda de conformidad con los artículos 162, 163, 166 y 277 del CPACA, ya que los partidos o movimientos políticos no son el demandando principal en el proceso de nulidad electoral, dado que estos, en todo caso, actúan dentro del proceso como Litis Consortes Facultativos.

(...)

En el presente caso, la Sala considera que si bien en la pretensión principal el actor no hizo mención expresa al formulario E-26 por medio del cual se declaró la elección del Alcalde del municipio de Bello³, de la lectura de la demanda es posible interpretar que este es el acto acusado que identificó y allegó en el expediente. No obstante, a que el actor señaló varios formularios, esta Sección en diversas oportunidades ha precisado que el control de los actos de trámite o preparatorios se surte al estudiar la legalidad de los actos definitivos contemplados en el artículo 139 del CPACA⁴.

(...)

Sobre este punto, la Sala constata que si bien el actor no presentó en la demanda o en el escrito de subsanación un listado de las pruebas que desea hacer valer dentro del proceso, tanto en el libelo inicial como en el escrito de subsanación el actor fue adjuntando dentro del mismo documento cada una de las pruebas que considera que sustentan sus afirmaciones, de lo que se puede colegir que estas son las que desea hacer valer”.

Decisión: REVOCAR el auto de 19 de febrero de 2016, proferido por el Tribunal Administrativo de Antioquia, mediante el cual rechazó la demanda de nulidad electoral, presentada por RODRIGO DE JESÚS MUNERA ZAPATA contra el acto de elección del señor CESAR AUGUSTO SUAREZ MIRA, como alcalde del municipio de Bello – Antioquia.

Ejecutoriado este auto, REGRÉSESE el expediente al Tribunal Administrativo de Antioquia para que continúe con el proceso correspondiente a la admisión de la presente demanda.

1 Artículo 3 de la ley 130 de 1994 “por la cual se dicta el Estatuto Básico de los partidos y movimientos políticos, se dictan normas sobre su financiación y la de las campañas electorales y se dictan otras disposiciones”

2 http://www.cne.gov.co/cne/partidos_y_movimientos_con_personeria_juridica_vigente_.page

3 El Actor solicitó que se declare “la nulidad de la elección del ciudadano Cesar Augusto Suárez Mira, hoy electo como alcalde del municipio de Bello”

4 Consejo de Estado, Sección Quinta, Sentencia de 3 de agosto de 2015, Rad. 11001-03-28-000-2014-00128-00 CP. Alberto Yepes Barreiro. Al respecto consultar entre otros, Consejo de Estado, sentencia del 24 de abril de 2013, radicado 440012331000201100207 01. CP. Alberto Yepes Barreiro, Consejo de Estado, sentencia del 6 de mayo de 2013, radicado 68001-23-31-000-2011-01057-01. CP. Alberto Yepes Barreiro, Consejo de Estado, sentencia del 03 de agosto de 2015, radicado 11001-03-28-000-2014-000128-00 y 11001-03-28-000-2014-000125-00 (Acumulados). CP. Alberto Yepes Barreiro.”

LUCY JEANNETTE BERMÚDEZ BERMÚDEZ
Presidenta

ROCÍO ARAÚJO OÑATE
(Ausente con Excusa)
Consejera de Estado

CARLOS ENRIQUE MORENO RUBIO
Consejero de Estado

ALBERTO YEPES BARREIRO
Consejero de Estado

* * *

CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCIÓN QUINTA

Consejera ponente: LUCY JEANNETTE BERMÚDEZ BERMÚDEZ

Bogotá, D.C., cinco (5) de mayo de dos mil dieciséis (2016)

Radicación número: 05001-23-33-000-2015-02594-01

Actor: OSCAR ANDRÉS PÉREZ MUÑOZ, MARIBEL SÁNCHEZ Y DIEGO FERNANDO DÍAZ PATIÑO

Demandado: JUNTA ADMINISTRADORA LOCAL DE BELLO

Asunto: Auto que revoca parcialmente el auto del Tribunal Administrativo de Antioquia que rechazó la demanda de nulidad por causales objetivas -Causales 2 y 3 del artículo 275 del CPACA- contra la Junta Administradora Local de Bello

Extracto: *“De igual forma se ha sostenido en reciente providencia que: “el correcto agotamiento del requisito de procedibilidad demanda del interesado una precisión importante. De un lado, debe cuidarse de no mezclar causales de reclamación con causales objetivas de nulidad, pues está claro que el requisito en cuestión no opera frente a las primeras, que por tener un régimen propio y especial en el Código Electoral, al mismo se debe atener: (...) De otro lado, el señalado requisito, que se concibió para el control administrativo de las irregularidades ocurridas durante las votaciones y los escrutinios, constitutivas de falsedades electorales de tipo objetivo, comparte con éstas el deber de determinación.”¹*

Así las cosas, para la Sala no cabe duda que el nuevo escenario constitucional que acoge los avances en materia electoral, de participación política y de control judicial respecto a estas controversias, impone de manera general un requisito de procedibilidad cuando se pretenda impugnar elecciones populares con fundamento en irregularidades acaecidas en la etapa electoral y de escrutinios.

Sin embargo, a la luz del numeral 6º del artículo 161 del CPACA el agotamiento del requisito de procedibilidad se establece sólo frente a los vicios de los numerales 3 y 4 del artículo 275, por lo que es necesario aclarar que no se requiere agotamiento de requisito de procedibilidad respecto a los hechos que se relacionen con el numeral 2 del artículo 275 del CPACA.

(...)

Teniendo en cuenta lo anterior, en el presente caso los alegatos presentados por los actores respecto a las vulneraciones al numeral 3 del artículo 275 del CPACA, es decir los relacionados con falsedad de los documentos electorales, debían cumplir con el requisito de procedibilidad. Como bien lo señaló el a quo en su auto de rechazo de 19 de febrero de 2016, no hay prueba en el expediente del cumplimiento

1 Sentencia Sección Quinta de mayo 10 de 2013, Exp: 2010-00061, M.P. Dr. Alberto Yepes Barreiro.

de este requisito por parte de los actores (fl. 34) o de otros intervinientes en el procedimiento electoral, razón por la cual esta Sección considera que el rechazo sobre este punto es conforme a las obligaciones que genera el requisito de procedibilidad.

Ahora bien, los actores al presentar su libelo inicial (fl. 11), y en los posteriores escritos, alegaron no solo la vulneración del numeral 3, sino también del numeral 2 del artículo 275 del CPACA, por la violencia que habría ejercido una jurado en contra de los tarjetones electorales. En efecto, el Tribunal Administrativo de Antioquia, tanto en el auto de 20 de enero de 2016 que inadmitió la demanda (fl. 27), como en el auto de 19 de febrero de 2016 que la rechazó (fl. 33), afirmó que ésta era una de las causales invocadas, sin que lo anterior generara algún tipo de consideración independiente por parte del Tribunal respecto al análisis del requisito de procedibilidad.

Esta Sección reitera que los hechos y alegatos de violencia relacionados con el numeral 2 del artículo 275 del CPACA no se encuentran sujetos al requisito de procedibilidad, por lo que era necesario diferenciar las dos causales a la hora de realizar el estudio de procedibilidad. Dado que el Tribunal rechazó las dos causales sin tener en consideración lo anterior, la Sala concluye que debe revocarse parcialmente la decisión del a quo en lo atinente al numeral 2 del artículo 275 del CPACA.

Así las cosas, la Sala considera que debe revocarse parcialmente la decisión de primera instancia que rechazó la demanda de nulidad electoral, por las razones expuestas. Además, decide regresar el expediente para que el a quo continúe con el trámite del proceso de admisibilidad, teniendo en cuenta la motivación expuesta en la presente decisión, en aras de respetar la segunda instancia en este proceso.

Decisión: REVOCAR PARCIALMENTE el auto de 19 de febrero de 2016, proferido por el Tribunal Administrativo de Antioquia, mediante el cual rechazó la demanda de nulidad electoral, presentada por OSCAR ANDRÉS PÉREZ MUÑOZ, MARIBEL SÁNCHEZ Y DIEGO FERNANDO DÍAZ PATIÑO contra el acto de elección de la JUNTA ADMINISTRADORA LOCAL DE BELLO del municipio de Bello – Antioquia, en lo que se refiere al rechazo de los hechos y pretensiones relacionadas con el numeral 2 del artículo 275 del CPACA”.

LUCY JEANNETTE BERMÚDEZ BERMÚDEZ
Presidenta

ROCÍO ARAÚJO OÑATE
Consejera de estado
CARLOS ENRIQUE MORENO RUBIO
Consejero de estado
ALBERTO YEPES BARREIRO
Consejero de estado

* * *

CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCIÓN QUINTA

Consejera ponente: LUCY JEANNETTE BERMÚDEZ BERMÚDEZ

Bogotá, D.C., doce (12) de mayo de dos mil dieciséis (2016)

Radicación número: 73001-23-33-006-2016-00079-01

Actor: ARLID MAURICIO DEVIA MOLANO

Demandado: JULIÁN ANDRÉS PRADA BETANCOURT – PERSONERO DE IBAGUÉ

Asunto: Auto que confirma el auto del Tribunal Administrativo del Tolima que admitió la demanda de nulidad electoral y ordenó la suspensión provisional del nombramiento del señor Julián Andrés Prada Betancourt como Personero de Ibagué.

Extracto: “Hoy en día el artículo 229 del CPACA consagra la medida en comento exigiendo una “petición de parte debidamente sustentada”, y el 231 impone como requisito la “(...) violación de las disposiciones invocadas en la demanda o en la solicitud que se realice en escrito separado, cuando tal violación surja del análisis del acto demandado y su confrontación con las normas superiores invocadas como violadas o del estudio de las pruebas allegadas con la solicitud”.

Entonces, las disposiciones precisan que la medida cautelar i) se debe solicitar con fundamento en el mismo concepto de violación de la demanda, o en lo que el demandante sustente al respecto en escrito separado -siempre que el/los cargo(s) estén comprendidos en la demanda y que se encuentre en término para accionar- o en la misma demanda, pero en todo caso que sea específica y propia para la procedencia de la medida excepcional, o una expresa remisión a que el apoyo de la medida se soporta en el concepto de violación y ii) al resolver se debe indicar si la violación de las disposiciones invocadas surge de la confrontación entre el acto demandado y las normas superiores invocadas como violadas o del estudio de las pruebas allegadas con la solicitud.

De esta manera, el cambio sustancial respecto al régimen del anterior Código Contencioso Administrativo radica en que, a la luz del artículo 231 del nuevo CPACA, el operador judicial debe analizar la transgresión bien sea con la confrontación entre el acto y las normas superiores invocadas o con el estudio de las pruebas allegadas con la solicitud, sin que ello implique prejuzgamiento¹.

En este sentido, según lo allí dispuesto, existe la posibilidad de que en forma cautelar se suspendan los efectos jurídicos de los actos administrativos de naturaleza electoral, cuando se cumplan las siguientes exigencias: (i) que así lo pida la parte actora en la demanda o con escrito anexo a la misma; (ii) que la infracción al ordenamiento jurídico surja de la valoración que se haga al confrontar el acto con las normas invocadas por el actor; y, (iii) que para ello pueden emplearse los medios de prueba aportados por el interesado.

Además, la apreciación jurídica que se hace al decidir sobre la medida cautelar, que por supuesto es provisional, no constituye prejuzgamiento ni impide que al fallar el caso, el operador judicial asuma una posición distinta, dado que con el transcurrir de la actuación procesal es factible que el arribo de nuevas pruebas o la presentación de nuevos argumentos, persuadan al juez de resolver en sentido contrario al que ab initio se adoptó.

(...)

En el presente caso, sucedió precisamente lo descrito en la norma. El actor manifestó en el libelo inicial que no contaba con la copia del acto demandado, por cuanto éste no había sido publicado hasta ese momento en la página web del Concejo Municipal de Ibagué. Incluso el actor allegó como parte de la demanda copia de dos escritos, mediante los cuales le solicitaba al Concejo Municipal de Ibagué las copias del acto que pretendía demandar (fl. 64 y 66). Por ello, el Magistrado Ponente de manera previa a admitir la demanda requirió al Concejo Municipal las copias auténticas del acta de la sesión en la cual se realizó la elección del personero de Ibagué (fl. 98).

Como se observa, la actuación tanto del actor como del Magistrado Ponente se encuentra reglada por el artículo 166 del CPACA, razón por la cual no es posible afirmar que se haya incurrido en alguna irregularidad que podría afectar la motivación o la decisión de la suspensión provisional. Al respecto, esta Sala considera que si bien lo ideal es que el actor en su libelo inicial adjunte copia del acto acusado, hay circunstancias en que esto no es posible como, por ejemplo, en el presente caso en que la publicación no se había realizado en el momento de la presentación de la demanda.

Teniendo en cuenta lo anterior, esta Sección concluye que los argumentos presentados por el demandado relacionados con una presunta irregularidad por la no presentación de la copia del acto acusado no son de recibo por las razones antes expuestas.

¹ Artículo 229 inciso segundo del CPACA.

(...)

En efecto, la Ley 136 de 1994 cuenta con un capítulo referente a “Personeros Municipales”, en el cual se consagra, entre otros, la naturaleza del cargo, la manera de selección, inhabilidades e incompatibilidades. En particular, el literal g) del artículo 174 de la citada ley determina como una de inhabilidades para ser elegido personero que:

No podrá ser elegido como personero quien: (...)

g) Durante el año anterior a su elección, haya intervenido en la celebración de contratos con entidades públicas de interés propio o en el de terceros o haya celebrado por sí o por interpuesta persona contrato de cualquier naturaleza con entidades u organismos del sector central o descentralizado de cualquier nivel administrativo que deba ejecutarse o cumplirse en el respectivo municipio.

La prohibición de esta norma, para quien pretenda inscribirse como candidato a ser elegido Personero, encierra tres aspectos²: uno temporal referido al periodo inhabilitante de 12 meses anteriores a la elección; otro material que atañe a que en este lapso no haya intervenido en la celebración de contratos con entidades públicas en interés propio o el de terceros, o haya celebrado por sí o por interpuesta persona contratos de cualquier naturaleza con entidades del sector central o descentralizado; y el tercero, que concierne a que los precitados contratos deben ejecutarse en el respectivo municipio. La causal de inhabilidad que se invoca por el demandante exige para su configuración i) La participación personal y activa del demandado en los actos conducentes a la consolidación de un contrato, ii) Que la celebración del contrato se dé con una entidad pública de cualquier nivel y que su ejecución se desarrolle en la respectiva entidad territorial municipal iii) Que el contrato se haya celebrado en interés particular y propio del elegido o de un tercero, todo lo cual debe probarse por el demandante que alega la situación.

En el presente caso, como bien lo señala el demandante, la Sección observa que algunos artículos del capítulo indicado anteriormente de la Ley 136 de 1994 fueron modificados por la Ley 1031 de 2006 y, posteriormente, por la Ley 1551 de 2012. Sin embargo, estas modificaciones estuvieron relacionadas con la manera en que se efectúa la selección de los personeros, mas estas normas no modificaron o derogaron el régimen de inhabilidades para el cargo de personero que se establece en el artículo 174 de la Ley 136 de 1994.

En efecto, mediante el artículo 1º de la Ley 1031 de 2006, se modificó el artículo 170 de la Ley 136 de 1994 que establecía la forma de elección de los personeros municipales o distritales. De igual manera, no se observa en su artículo 3º una derogatoria expresa del artículo 174 de la Ley 136 de 1994, como tampoco que haya ocurrido una derogatoria tácita del mismo.

Por su parte, la Ley 1551 de 2012 modificó a su vez el artículo 170 de la Ley 136 de 1994 en relación con la forma de elección de los personeros municipales o distritales, empero, dejó incólume el régimen de inhabilidades establecido en el artículo 174 de la Ley 136 de 1994. Asimismo, no se constata en su artículo 50 una derogatoria expresa del artículo 174 de la Ley 136 de 1994 y tampoco se puede concluir que se dio una derogatoria tácita de dicho artículo.

De manera, que el Tribunal del Tolima fundamentó su decisión de la suspensión provisional en una norma que se encontraba y se encuentra plenamente vigente. En este sentido, la modificación de la forma en que se realiza la elección del personero no le implicaba al Tribunal una obligación distinta para analizar la norma, pues por el contrario debía aplicarla de manera directa, como en efecto lo realizó.

En este punto, la Sala hace notar que en el recurso de apelación no se controvertió de ninguna forma que el señor JULIÁN ANDRÉS PRADA BETANCOURT celebró contrato de prestación de servicios profesio-

2 Consejo de Estado, Sección Quinta, Sentencia de 14 de febrero de 2013, Rad. 68001-23-31-000-2012-00115-01. C.P: Susana Buitrago Valencia

nales número 901 de 5 junio de 2015 con el INCODER. Tampoco se cuestionó que dicho contrato tenía como lugar de ejecución la ciudad de Ibagué y fue suscrito seis meses antes de que se efectuara la elección de personero, por lo que la motivación de la decisión de suspensión provisional se mantiene conforme.

Por ello, se estima que no es necesario abundar en el análisis de prueba ya efectuado por el Tribunal del Tolima en el momento en que accedió a la solicitud de suspensión provisional³, sino que a partir de lo alegado en el recurso de apelación, basta con la constatación, que ya se realizó, respecto a que la norma en la cual se fundamentó la decisión efectivamente se encuentra vigente y es aplicable al caso concreto”.

Decisión: CONFIRMAR el auto de 29 de febrero de 2016, proferido por el Tribunal Administrativo del Tolima, mediante el cual ordenó la suspensión provisional del nombramiento del señor JULIÁN ANDRÉS PRADA BETANCOURT como Personero de Ibagué.

Ejecutoriado este auto, regrésese el expediente al Tribunal Administrativo del Tolima para que continúe con el trámite del proceso correspondiente”.

LUCY JEANNETTE BERMÚDEZ BERMÚDEZ

Presidenta

ROCÍO ARAÚJO OÑATE

Consejera de Estado

CARLOS ENRIQUE MORENO RUBIO

Consejero de Estado

ALBERTO YEPES BARREIRO

Consejero de Estado

* * *

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCIÓN QUINTA

Consejera ponente: LUCY JEANNETTE BERMÚDEZ BERMÚDEZ

Bogotá D.C., diecinueve (19) de mayo de dos mil dieciséis (2016).

Radicación número: 11001-03-28-000-2016-00038-00

Actor: TANIA INÉS JAIMES MARTÍNEZ

Demandado: MARÍA ROCÍO CORTÉS VARGAS, MARTHA PATRICIA ZEA RAMOS, ADOLFO LEÓN CASTILLO ARBELÁEZ Y RAFAEL ALBERTO GARCÍA ADARVE

Asunto: No repone decisión de suspender los efectos de los nombramientos demandados. La Sala suspendió los efectos de los nombramientos de cuatro de los siete magistrados del Consejo Superior de la Judicatura, Sala Jurisdiccional Disciplinaria porque fueron nombrados irregularmente. Se recurre la decisión aduciendo que los nombramientos se dictaron para acatar decisión del Consejo de Estado, Sección Quinta, se realizaron con fines altruistas, los demandados no participaron en su elección y que ya renunciaron a su cargo. Se niega la reposición, se aclarar que esta Sección no ordenó ni sugirió procedimiento alguno para el nombramiento de los magistrados cuestionados, que el trámite adelantado solo tenía como finalidad ocupar el cargo de magistrado, se probó la intervención de los togados en su propia postulación y nombramiento y se precisa que la renuncia carece de injerencia a la hora de revisar la legalidad de los actos administrativos demandados.

3 En el auto de 29 de febrero de 2016 se observa el análisis probatorio realizado por el Tribunal del Tolima, en el cual tuvo en cuenta la copia allegada al Radicación del contrato de prestación de servicios profesional Número: 901 de 5 de junio de 2015. Folios 123 y 124.

Lucy Jeannette Bermúdez Bermúdez

Extracto: “...la Sala no ordenó adelantar ningún tipo de procedimiento, ni tampoco sugirió los términos en los que debía desarrollarse el trámite eleccionario que actualmente la convoca, y mucho menos dispuso que se efectuara algún nombramiento consecuente”.

(...)

...es incontrovertible que los magistrados que habían sido nombrados en provisionalidad por una de las Salas de esa Corporación no podían postular sus propios nombres ni votar por la designación de quienes, recíprocamente, votaron las suyas, pues eso contraviene la prohibición del artículo 126 de la Constitución, conocida como “yo te elijo, tú me eliges”.

(...)

No puede considerarse “altruista” la intención electoral de los demandados de propugnar, a todo costo, por la permanencia en tan significativas dignidades de la alta Corporación, cuando con ello perturbó su institucionalidad y socavó un aspecto consustancial de su existencia, como lo es la legitimidad que debe proyectar..

(...)

...no sólo se postularon a sí mismos, sino que se postularon y eligieron entre sí, como se concluyó en el auto recurrido, incurriendo de esa forma en la prohibición de favorecimiento electoral conocida como “yo te elijo, tú me eliges”...

...independientemente de que con la renuncia aludida por los recurrentes hubieran cesado tales efectos, ello no implica que con anterioridad a esta circunstancia no se hubieran producido y que su avenencia o desavenencia que el ordenamiento jurídico hubiese cambiado por el hecho de la renuncia, pues esta es posterior al acto electoral que se enjuicia”.

Decisión: NO REPONER el auto de 31 de marzo de 2016.

NO PRONUNCIARSE sobre el pedido de archivo del proceso que realizó la demandada MARÍA ROCÍO CORTÉS VARGAS, por tratarse de una decisión que, inicialmente, incumbe a la Consejera Ponente.

RECONOCER personería al doctor Pedro Julio Gómez Rodríguez para que actué como apoderado de la Directora Ejecutiva de Administración Judicial.

LUCY JEANNETTE BERMÚDEZ BERMÚDEZ
Presidenta

ROCÍO ARAÚJO OÑATE
Consejera de Estado
CARLOS ENRIQUE MORENO RUBIO
Consejero de Estado
ALBERTO YEPES BARREIRO
Consejero de Estado

CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCIÓN QUINTA

Consejera ponente: LUCY JEANNETTE BERMÚDEZ BERMÚDEZ

Bogotá D.C., tres (3) de junio de dos mil dieciséis (2016)

Radicación número: 13001-23-33-000-2016-00070-01

Actor: PEDRO GÓMEZ MEZA

Demandado: CONCEJALES DE CARTAGENA

Asunto: Auto que confirma el auto Tribunal Administrativo de Bolívar mediante el cual negó la suspensión provisional de los efectos del acto de elección de los Concejales del Distrito de Cartagena (2016-2019).

Extracto: “Hoy en día el artículo 229 del CPACA consagra la medida en comento exigiendo una “petición de parte debidamente sustentada”, y el 231 impone como requisito la “(...) violación de las disposiciones invocadas en la demanda o en la solicitud que se realice en escrito separado, cuando tal violación surja del análisis del acto demandado y su confrontación con las normas superiores invocadas como violadas o del estudio de las pruebas allegadas con la solicitud”.

Entonces, las disposiciones precisan que la medida cautelar i) se debe solicitar con fundamento en el mismo concepto de violación de la demanda, o en lo que el demandante sustente al respecto en escrito separado -siempre que el/los cargo(s) estén comprendidos en la demanda y que se encuentre en término para accionar- o en la misma demanda, pero en todo caso que sea específica y propia para la procedencia de la medida excepcional, o una expresa remisión a que el apoyo de la medida se soporta en el concepto de violación y ii) al resolver se debe indicar si la violación de las disposiciones invocadas surge de la confrontación entre el acto demandado y las normas superiores invocadas como violadas o del estudio de las pruebas allegadas con la solicitud.

(...)

En este sentido, según lo allí dispuesto, existe la posibilidad de que en forma cautelar se suspendan los efectos jurídicos de los actos administrativos de naturaleza electoral, cuando se cumplan las siguientes exigencias: (i) que así lo pida la parte actora en la demanda o con escrito anexo a la misma; (ii) que la infracción al ordenamiento jurídico surja de la valoración que se haga al confrontar el acto con las normas invocadas por el actor; y, (iii) que para ello pueden emplearse los medios de prueba aportados por el interesado.

Además, la apreciación jurídica que se hace al decidir sobre la medida cautelar, que por supuesto es provisional, no constituye prejuzgamiento ni impide que al fallar el caso, el operador judicial asuma una posición distinta, dado que con el transcurrir de la actuación procesal es factible que el arribo de nuevas pruebas o la presentación de nuevos argumentos, persuadan al juez de resolver en sentido contrario al que ab initio se adoptó.

(...)

El procedimiento electoral constituye un tipo de proceso especial, dado que la materia que surge del Código Electoral responde a las necesidades propias de éste, en las que la celeridad y eficacia del mismo deben ser preponderadas con el fin de declarar la voluntad del pueblo que es expresada durante los escrutinios y plasmada en el acto de declaratoria de la elección.

El procedimiento electoral corresponde al conjunto de actuaciones que adelantan las autoridades electorales para producir un acto de elección popular. Al respecto, la jurisprudencia de la Sala ha identificado tres estadios o etapas en este proceso, a saber: la preelectoral, la electoral y la poselectoral, así: una es la de la inscripción y aceptación de candidatos a la elección de que se trate -artículos 88 a 98

del Código Electoral; otra es la de las votaciones o elecciones propiamente dichas (artículos 99 a 133 del mismo Código); y la tercera es la de los escrutinios (artículos 134 a 193).

(...)

Del anterior recuento demuestra sin hesitación alguna que el proceso de elección popular esta reglado de manera concreta, particular y completa en las disposiciones que se viene de citar y que tal regulación busca un procedimiento expedito, transparente que permita el conocimiento de los resultados de manera ágil, pronta.

(...)

Respecto al debido proceso en el procedimiento electoral esta Sala ha establecido que¹:

En resumen, conforme al trámite administrativo electoral, luego del escrutinio municipal o distrital, ciertas reclamaciones se pueden formular por primera vez ante los Delegados del Consejo Nacional Electoral e incluso ante el Consejo Nacional Electoral, siempre que se trate de reclamaciones que tengan directa relación con el escrutinio que, en cada caso, debe realizar la respectiva autoridad escrutadora ante quien se plantean.

De lo anterior se desprende que el debido proceso en materia electoral se halla establecido en las normas que lo regulan, principalmente, el Código Electoral y las que han sido expedidas posteriormente para complementarlos. En este sentido, el cumplimiento del artículo 29 de la Constitución en este caso se supeditara al seguimiento de las Comisiones Escrutadoras de las competencias y procesos determinados en el Código Electoral.

Respecto al tema específico de los impedimentos y recusaciones, el Código Electoral solo alude en dos normas a los escrutadores de las Comisiones y a los jurados de votación. La primera, el artículo 151 modificado por la Ley 62 de 1988 (art. 9º) que prevé la relación de parentesco o de afinidad entre el escrutador y candidato como hecho constitutivo de impedimento y, el artículo 192 numeral 10, que establece que dicha recusación se debe tramitar como causal de reclamación, es decir, bajo el artículo 193 y siguientes del Código Electoral, (...)

Estas disposiciones dan cuenta de un régimen especial y propio para el procedimiento electoral, el cual establece como única causal de recusación para las Comisiones Escrutadoras el evento del parentesco y relación de afinidad, sin que exista otros hechos constitutivos de impedimento y, además, se indica que dicha recusación debe ser resuelta mediante el trámite de la reclamación.

(...)

En cuanto a determinar si el trámite de las recusaciones contenido en el artículo 12 del CPACA es aplicable al procedimiento electoral, teniendo en cuenta que el régimen especial regulado en el Código Electoral, alude solo al trámite que debe dársele mediante solicitud de reclamación (art. 192-10 ib). (...)

En efecto, la etapa post-electoral que se regula en los artículos 192 y 193 del Código Electoral contempla el procedimiento de naturaleza especial que busca salvaguardar el andamiaje necesario para llevar a cabo los escrutinios, los cuales deben responder a principios tales como la celeridad, con el fin de cumplir con los cronogramas y tiempos establecidos para poder brindar a la ciudadanía los resultados de su voluntad de la manera más expedita posible.

Además, esta Sala considera que la aplicación del proceso establecido en el artículo 12 del CPACA constituiría un obstáculo en el correcto funcionamiento de los escrutinios, puesto que dicho artículo dispo-

1 Consejo de Estado, Sección Quinta, Sentencia de 2 de octubre de 2009, Radicado Número: 11001-03-28-000-2006-00122-00(4063-4055), C.P. Filemón Jiménez Ochoa

ne que la actuación administrativa debe suspenderse desde que se presenta la recusación hasta que se resuelve, lo cual podría producir un retraso sustancial en la entrega de los resultados de los mismos.

(...)

Al respecto, se observa que las Comisiones Escrutadoras no cumplen funciones jurisdiccionales, dado que de conformidad con el Código Electoral sus funciones principales dentro del proceso electoral son de carácter administrativo (...)

Por ello, en principio, se hace innecesario remitirse a las normas del CGP, pues estas se predicán para operadores jurídicos y otros servidores dentro de la administración de justicia y como se indicó las Comisiones Escrutadoras no cumplen este tipo de funciones. En este sentido, es posible concluir que las normas del CGP que establecen recusaciones y su respectivo trámite, no son aplicables a los miembros de las Comisiones Escrutadoras.

Corolario de lo anterior para esta Sala de decisión es colegir que en este momento procesal no es dable determinar que indefectiblemente las normas de los CPACA y CGP resultan aplicables al proceso electoral en cuanto a la institución de las recusaciones e impedimentos y, por ende, tampoco es posible en esta etapa inicial concluir que se incurrido en violación de esas disposiciones y siendo ello, como en efecto lo es, la Sección Quinta encuentra que los argumentos de la apelación no son de recibo, para este momento procesal y, por ello la decisión del A Quo ha sido la acertada por lo que se procederá a su confirmación, por las razones expresadas.

Decisión: CONFIRMAR el auto de 17 de febrero de 2016, por medio del cual el Tribunal Administrativo de Bolívar negó el decreto de suspensión provisional contra el acto declaratorio de elección de Concejales del distrito de Cartagena (2016-2019) contenido en el formulario E-26CON de 3 de diciembre de 2015 de la Comisión Escrutadora Departamental.

LUCY JEANNETTE BERMÚDEZ BERMÚDEZ
Presidenta

ROCÍO ARAÚJO OÑATE
Consejera de Estado
CARLOS ENRIQUE MORENO RUBIO
Consejero de Estado
ALBERTO YEPES BARREIRO
Consejero de Estado

* * *

CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCIÓN QUINTA

Consejera ponente: LUCY JEANNETTE BERMÚDEZ BERMÚDEZ

Bogotá D.C., nueve (9) de junio de dos mil dieciséis (2016)

Radicación número: 11001-03-28-000-2016-00019-00

Actor: RICARDO MENDOZA CARPINTERO

Demandado: ASLETH RAFAEL ORTEGA MORA - REPRESENTANTE DE LAS ENTIDADES SIN ÁNIMO DE LUCRO EN EL CONSEJO DIRECTIVO DE LA CORPORACIÓN AUTÓNOMA REGIONAL DEL ATLÁNTICO

Asunto: Admite la demanda y rechaza la solicitud de suspensión provisional de los efectos del acto demandado, en primera medida ante la falta de sustentación y luego porque la parte actora la argumentó cuando el medio de control de nulidad electoral ya había caducado.

Extracto: “...para el Despacho, las condiciones en que fue presentada la solicitud de medida cautelar impiden un pronunciamiento de su parte (...) lo cierto es que el actor desde el inicio incumplió con la carga necesaria para justificar la medida y, cuando intentó corregir su falencia, lo cual si bien ocurrió antes de admitir la demanda, ya se encontraba fuera del término de la caducidad, límite temporal que ha establecido esta Sección Quinta del Consejo de Estado para el análisis de la medida de suspensión provisional en este medio de control”.

Decisión: ADMITIR la demanda de nulidad electoral que interpuso el señor Ricardo Mendoza Carpintero contra la elección del señor ASLETH RAFAEL ORTEGA MORA como representante de las entidades sin ánimo de lucro ante el Consejo Directivo de la Corporación Autónoma Regional del Atlántico - CRA. Por lo anterior se dispone:

NOTIFICAR personalmente esta providencia al señor ASLETH RAFAEL ORTEGA MORA, en la forma prevista en el numeral 1° literal a) del artículo 277 del CPACA, para lo cual se comisiona al Tribunal Administrativo del Atlántico.

NOTIFICAR personalmente esta providencia al Consejo Directivo de la Corporación Autónoma Regional del Atlántico, a través de su Presidente¹. Para tal efecto se acudirá al mecanismo establecido en el numeral 2° del artículo 277 del CPACA, mediante mensaje dirigido al buzón para notificaciones judiciales. (Art. 277.2 Ib.)

NOTIFICAR personalmente al agente del Ministerio Público (Art. 277.3 Ib.)

NOTIFICAR por estado esta providencia al actor (Art. 277.4 Ib.).

INFORMAR a la comunidad la existencia del proceso por medio de la página web de esta Corporación (Art. 277.5 Ib.)

COMUNICAR esta providencia a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado, por medio del buzón electrónico, la cual si así lo decide podrá intervenir en la oportunidad prevista en los artículos 277 y 279 del CPACA.

RECHAZAR la solicitud de suspensión provisional del acto acusado”.

LUCY JEANNETTE BERMÚDEZ BERMÚDEZ
Consejera de Estado

* * *

CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCIÓN QUINTA

Consejera ponente: LUCY JEANNETTE BERMÚDEZ BERMÚDEZ

Bogotá D.C., diecisiete (17) de junio de dos mil dieciséis (2016)

Radicación número: 11001-03-28-000-2016-00044-00

Actor: LUIS FERNANDO ÁLVAREZ RÍOS

Demandado: JULIO CÉSAR GÓMEZ SALAZAR (DIRECTOR GENERAL ENCARGADO - CARDER).

Asunto: Admite la demanda y niega la solicitud de suspensión provisional de los efectos del acto demandado. Se demanda el acto de elección de Director General Encargado de la CAR, Julio César Gómez

1 El Gobernador del Atlántico es el Presidente de la Asamblea Corporativa de la CRA, según el artículo 18 de los Estatutos, su notificación se efectuará a la dirección electrónica que para el efecto disponga la gobernación.

Salazar, porque su nombramiento se produjo en razón de que el Consejo de Estado, Sección Quinta suspendió provisionalmente el acto de elección del Gerente General titular, Juan Manuel Álvarez Villegas, aduce la parte actora que la elección, que pide dejar sin efectos, se dictó a pesar de que el auto dictado por la Sección Quinta fue recurrido y no había sido resuelto. Se niega la medida cautelar porque se concluye que la suspensión provisional es de inmediato cumplimiento y la interposición de recursos no impide su acatamiento inmediato obediencia.

Extracto: “...Puede decirse entonces, sin hesitación alguna, que el cumplimiento y la exigibilidad de su ejecución, en el caso de la providencia que decreta la medida cautelar, son inmediatos y que no se suspenden con la interposición de recurso alguno”.

Decisión: ADMITIR la demanda de nulidad electoral promovida por el señor Luis Fernando Álvarez Ríos contra la designación del señor JULIO CÉSAR GÓMEZ SALAZAR, en calidad de Director General Encargado de la Corporación Autónoma Regional de Risaralda CARDER, contenida en el Acuerdo 003 de 14 de marzo de 2016, expedido por el Consejo Directivo

NEGAR la medida de suspensión provisional de los efectos del Acuerdo No. 003 de 14 de marzo de 2016 del Consejo Directivo de la Corporación Autónoma Regional de Risaralda (CARDER), por medio del cual se designó al señor JULIO CÉSAR GÓMEZ SALAZAR, en calidad de Director General Encargado de dicha Corporación “mientras dura la ausencia de su titular por la Suspensión de los efectos del Acuerdo N° 032 del 28 de octubre de 2015 proferido por el Consejo Directivo”.

RECONOCER la calidad de coadyuvante de la parte actora al señor Juan Manuel Álvarez Villegas, quien interviene en nombre propio, conforme memorial obrante de folios 183 a 189.

RECONOCER personería adjetiva al doctor ISAÍAS MORENO ARICAPA, identificado con Cédula de Ciudadanía No. 15.922.830 de Riosucio Caldas y T.P. No. 124331 del C. S. de la Judicatura, para representar a la Corporación Autónoma Regional de Risaralda CARDER, conforme a los términos y facultades del poder obrante a folio 202”.

LUCY JEANNETTE BERMÚDEZ BERMÚDEZ
Presidenta

ROCÍO ARAÚJO OÑATE
Consejera de Estado
CARLOS ENRIQUE MORENO RUBIO
Consejero de Estado
ALBERTO YEPES BARREIRO
Consejero de Estado

* * *

CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCIÓN QUINTA

Consejera ponente: LUCY JEANNETTE BERMÚDEZ BERMÚDEZ

Bogotá, D.C., diecisiete (17) de junio de dos mil dieciséis (2016)

Radicación número: 13001-23-33-000-2016-00118-01

Actor: DANIEL ANTONIO VARGAS DÍAZ

Demandado: DIPUTADOS DE BOLÍVAR

Asunto: Auto que revoca el auto del Tribunal Administrativo de Bolívar que declaró no probada la excepción de indebido agotamiento del requisito de procedibilidad, así mismo, declara terminado el proceso

de nulidad electoral, respecto de la censura objetiva de falsedad electoral por las diferencias entre el E-14 y el E-24.

Extracto: “Cuando se demande la elección de carácter popular y se trate de causales objetivas de nulidad, esto es, irregularidades en el proceso de votación o escrutinios, **se debe agotar el requisito de procedibilidad**, mediante la puesta en conocimiento de las anomalías a la autoridad electoral respectiva, pero en todo caso, antes de la declaratoria de la elección (parágrafo art. 237), reforma constitucional que fue introducida en el Acto Legislativo 01 de 2009 (art. 8).

(...)

La acción electoral y el proceso mediante el cual se desarrolla tienen sus reglas propias que le otorgan su especialidad (caducidad propia, causales de nulidad electoral, régimen de acumulación de pretensiones propio, intervención de terceros, requisito de procedibilidad).

(...)

De igual manera, en cuanto a los parámetros que deben tenerse en consideración para asumir que el requisito de procedibilidad se agotó correctamente, se identificaron los siguientes: 1.- Su acreditación dentro del proceso de nulidad electoral necesariamente está sujeta a la prueba documental, y para ello debe acompañarse copia de la respectiva petición con constancia de haberse radicado ante la autoridad electoral; 2.- A través del requisito de procedibilidad solamente se pueden denunciar irregularidades en la votación y los escrutinios, esto es, aquellas anomalías que constituyan causales objetivas de nulidad, como podrían ser las falsedades en los documentos electorales. Por lo mismo, no aplica frente a las causales de reclamación de que se ocupa el Código Electoral, cuyo régimen legal propio se conserva incólume; 3.- El correcto agotamiento del requisito de procedibilidad únicamente está ligado a la petición, que es lo que significa “someterlas, ... a examen de la autoridad administrativa correspondiente.”; 4.- El requisito en cuestión tan solo debe agotarse en las elecciones por votación popular, esto es, en los certámenes electorales que se llevan a cabo para escoger la fórmula presidencial, senadores de la República, representantes a la cámara, diputados, concejales, ediles y jueces de paz. A contrario sensu, no aplica para aquellas elecciones que se cumplen al interior de corporaciones electorales como el consejo superior de las universidades estatales o las Altas Cortes.

La conclusión que se advierte en este punto es que la acción de nulidad electoral y su desarrollo por parte de las autoridades jurisdiccionales contencioso administrativas en cuanto el requisito de procedibilidad es sustancial porque su trasfondo es la puesta en conocimiento de la organización electoral de las irregularidades que afectan la elección popular como manifestación del derecho político a elegir y ser elegido y, de ahí la necesidad de su previsión constitucional, pero a su vez goza de una connotación procesal al esgrimirse como presupuesto de la acción y quedar positivizado en el CPACA.

*No obstante, ambas aristas no pueden ser escindidas, pues su relación es de dependencia porque le es inherente el **principio pro actione**, según el cual las normas procesales son instrumentos o medios para la realización del derecho sustancial y con mayor razón el previsto en la Constitución Política.*

Así las cosas, para la Sala no cabe duda que el nuevo escenario constitucional que acoge los avances en materia electoral, de participación política y de control judicial respecto a estas controversias, impone de manera general un requisito de procedibilidad cuando se pretenda impugnar elecciones populares con fundamento en irregularidades acaecidas en la etapa electoral y de escrutinios.

Las anteriores disertaciones de la Sala permiten entender que la previsión constitucional del requisito de procedibilidad contenida en el parágrafo del artículo 237 constitucional y su homólogo del numeral 6 del artículo 161 del C.P.A.C.A., responden en un todo a la parte sustantiva y a la parte procesal del presupuesto, aplicable en la actualidad por decisión mayoritaria de la Sala de la Sección Quinta desde que fue previsto en la Constitución Política a las demandas de nulidad electoral por voto popular basadas en causales objetivas.

De tal suerte que el incumplimiento en un presupuesto procesal de la acción como es el requisito de procedibilidad, genera el rechazo de la demanda y si se llega a la audiencia inicial es viable estudiarlo como fundamento de la excepción previa de inepta demanda precisamente por falta de agotamiento del presupuesto procesal.

(...)

*En relación con el requisito de procedibilidad, la Sala ha determinado que las siguientes son las características que lo informan: i) legitimación: se predica de cualquier ciudadano en razón a la naturaleza pública del contencioso electoral. No puede exigirse correspondencia entre quien plantea las irregularidades ante la autoridad electoral y quien acude al contencioso electoral, pues puede existir coincidencia, como puede no haberla; ii) oportunidad: la solicitud que se eleva con tal propósito **debe ejercitarse con anterioridad a la declaratoria de elección**; iii) objeto: obtener de la autoridad electoral en sede administrativa, ante la inmediatez de la prueba y con los recursos logísticos que posee; introducir correctivos que protejan la verdad electoral, lo que a la vez contribuye a racionalizar la labor judicial; iv) consecuencia jurídica: La solicitud permite que frente a las mismas censuras planteadas ante la autoridad electoral se pueda concurrir a ejercitar la acción de nulidad electoral, con independencia de si fueron decididas o no¹.*

En el sub examine, la Sala encuentra que, la causal invocada por la parte demandante es la contenida en el numeral 3º del artículo 275 del C.P.A.C.A., la cual, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 161.6 del mismo Código, debe agotar el requisito de procedibilidad de que trata el artículo 237 Constitucional.

*No basta con indicar de manera clara y precisa las zonas, puestos y mesas donde ocurrieron las irregularidades anotadas y, en este caso, la determinación exacta de la diferencia, a su juicio injustificada, entre los Formularios E-14 y E-24², pues se hace necesario haber puesto en conocimiento de la autoridad administrativa electoral, **en la debida oportunidad**, las irregularidades advertidas, con el fin de que ésta pueda corregirlas antes de la declaratoria de la elección correspondiente y aportar las pruebas pertinentes sobre el conocimiento formal previo que tuvieron las autoridades electorales de tales circunstancias.*

A partir del nutrido recaudo probatorio, ante el poder instructivo por demás muy juicioso del Magistrado Conductor del proceso, la Sala encuentra que tanto de la prueba documental, consistente en las certificaciones expedidas por los miembros de la Registraduría Nacional del Estado Civil, en calidad de certificadores de lo acontecido en los escrutinios de octubre de 2015, el escrito de 3 de diciembre con el que el actor indicó agotó el requisito de procedibilidad frente a las mesas demandadas por diferencias E-14 y E-24, del acta general de escrutinios, de la Resolución 20 de 2015 mediante la cual la Comisión Escrutadora Departamental dio por agotado el requisito de procedibilidad, pero en forma prevalente, a partir de las declaraciones testimoniales, con conforme a sus dichos y narrativas de las circunstancias de modo, tiempo y lugar, que en su orden de importancia ilustraron al operador de la nulidad electoral (...)

Si bien el escrito argüido por la parte actora, que presentara para efectos de dar por agotado el requisito de procedibilidad, figura recibido el día 3 de diciembre de 2015, por la doctora HERNANDEZ DEL SOCORRO GONZÁLEZ DE MEJÍA, lo cual fue corroborado por la misma funcionaria en su declaración testimonial obrante a folio 580 cdo. ppal. minuto 03:24 al 16:12 (grabación 0505_151625). Lo cierto es que la misma funcionaria reconoció su yerro al no colocar la hora exacta de recibo, pero fue contundente en afirmar dos veces, que ese documento lo recibió a las 11 de la noche de ese 3 de diciembre de 2015,

1 Ver entre otras, Sentencias de 1º de noviembre de 2012, Radicación: 11001-03-28-0.00-2010-00086-00 y 11001-03-28-000-2010-00102-00, C.P. Mauricio Torres Cuervo; 18 de abril de 2013, Radicación: 85001-23-31-000-2011-00189-01, C.P. Susana Buitrago Valencia y 10 de abril de 2014 Radicación 76001233100020110179102, C.P. Lucy Jeannette Bermúdez Bermúdez.

2 Cargo que se expone en la demanda.

Lucy Jeannette Bermúdez Bermúdez

día en que se cerraron los escrutinios y se declaró la elección, a las 9:27 de la noche, como consta en el E-26AS.

*Así las cosas, la Sala a diferencia del Tribunal a quo, no tiene duda alguna de que el escrito de 3 de diciembre de 2015, presentado por el señor demandante **Daniel Antonio Vargas Díaz**, fue extemporáneo porque fue recibido horas posterior a la declaratoria de la elección de los Diputados de la Asamblea del Departamento de Bolívar.*

Ha de recordarse que de ninguna manera, dicho presupuesto puede surtirse con posterioridad a la expedición del acto por medio del cual se ha declarado la elección.

(...)

Por lo anterior se revocará la decisión de declarar no probada la excepción de inepta demanda por ausencia del mentado presupuesto y declarará terminado el proceso en ese exclusivo aspecto, conforme lo prevé el artículo 180 numeral 6 inciso 3º, pues esa declaratoria es consecuencial a dar por probada la excepción previa que así lo permite, pero se insiste en que tan solo por el cargo de diferencias entre el E-14 y E-24”.

Decisión: REVÓCASE el auto de 10 de mayo de 2016, proferido por el Tribunal Administrativo de Bolívar, mediante el cual declaró no probada la excepción previa de inepta demanda por falta de agotamiento del requisito de procedibilidad alegada por la parte demandada, frente a la causal de nulidad electoral de las diferencias entre el E-14 y el E-24, dentro del proceso de nulidad electoral que el señor Daniel Antonio Vargas Díaz, presentara contra la elección de los Diputados a la Asamblea Departamental de Bolívar.

En consecuencia, DECLÁRASE TERMINADO el proceso de nulidad electoral, única y exclusivamente, respecto de la censura objetiva de falsedad electoral por las diferencias entre el E-14 y el E-24 incoado en la demanda.

LUCY JEANNETTE BERMÚDEZ BERMÚDEZ
Presidenta

ROCÍO ARAÚJO OÑATE
Consejera de Estado
CARLOS ENRIQUE MORENO RUBIO
Consejero de Estado
ALBERTO YEPES BARREIRO
Consejero de Estado

* * *

CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCIÓN QUINTA

Consejera ponente: LUCY JEANNETTE BERMÚDEZ BERMÚDEZ

Bogotá, D.C., treinta (30) de junio de dos mil dieciséis (2016)

Radicación número: 11001-03-28-000-2016-00038-00

Actor: TANIA INÉS JAIMES MARTÍNEZ

Demandado: MAGISTRADOS SALA JURISDICCIONAL DISCIPLINARIA CONSEJO SUPERIOR DE LA JUDICATURA

Asunto: Auto que niega solicitud de archivo elevada por la demandada, comoquiera que la pérdida de los efectos del acto de elección enjuiciado, producto de la renuncia al cargo para el cual fue elegida, no releva al operador jurídico de su función de determinar si, mientras los produjo, se avino o no a derecho.

Extracto: “Es criterio de la Sección que la pérdida de los efectos de un acto electoral no releva al juez natural de estos asuntos de pronunciarse respecto del mismo, con miras a determinar si mientras los produjo se ajustó o no a derecho.”

Decisión: NEGAR la solicitud de archivo del proceso presentada por la demandada MARÍA ROCÍO CORTÉS VARGAS.

LUCY JEANNETTE BERMÚDEZ BERMÚDEZ
Consejera de Estado

* * *

**CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCIÓN QUINTA**

Consejera ponente: LUCY JEANNETTE BERMÚDEZ BERMÚDEZ

Bogotá, D.C., Treinta (30) de junio de dos mil dieciséis (2016)

Radicación número: 11001-03-28-000-2016-00046-00

Actor: RODRIGO ALFREDO MARIÑO MONTOYA

Demandado: FIDALGO JAVIER ESTUPIÑÁN CARVAJAL (MAGISTRADO SALA JURISDICCIONAL DISCIPLINARIA DEL CONSEJO SUPERIOR DE LA JUDICATURA)

Asunto: Admite la demanda y niega la solicitud de suspensión provisional de los efectos del acto demandado, por falta de sustentación.

Extracto: “...quien aspire a que la suspensión de los efectos del acto llegue a buen término, es necesario que cumpla con su carga argumentativa y probatoria, porque la competencia cautelar del juez del acto electoral o del acto administrativo, en materia de suspensión, no le permite asumir de oficio el análisis de la solicitud cautelar o completarla, cuando la petición carece de soporte normativo y de concepto de violación determinado”.

Decisión: ADMITIR la demanda de nulidad electoral promovida por el señor Luis Fernando Álvarez Ríos contra la designación del señor JULIO CÉSAR GÓMEZ SALAZAR, en calidad de Director General Encargado de la Corporación Autónoma Regional de Risaralda CARDER, contenida en el Acuerdo 003 de 14 de marzo de 2016, expedido por el Consejo Directivo.

NEGAR la medida de suspensión provisional de los efectos de la Resolución 012 del 22 de abril de 2016 de la Sala Plena del Consejo Superior de la Judicatura, por medio del cual se nombró provisionalmente al señor FIDALGO JAVIER ESTUPIÑÁN CARVAJAL, en calidad de Magistrado de la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura”.

LUCY JEANNETTE BERMÚDEZ BERMÚDEZ
Presidenta

ROCÍO ARAÚJO OÑATE
Consejera de Estado
CARLOS ENRIQUE MORENO RUBIO
Consejera de Estado
ALBERTO YEPES BARREIRO
Consejera de Estado

CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCIÓN QUINTA

Consejera ponente: LUCY JEANNETTE BERMÚDEZ BERMÚDEZ

Bogotá, D.C., treinta (30) de junio de dos mil dieciséis (2016)

Radicación número: 85001-23-33-000-2016-00063-01

Actor: CARLOS ANDRÉS SANABRIA GÓMEZ Y MIGUEL ALFONSO PÉREZ FIGUERO

Demandado: ANTONIO JOSÉ ORTEGA SANTOS, CONTRALOR DE CASANARE

Asunto: Auto que confirma el auto del Tribunal Administrativo del Casanare que admitió la demanda de nulidad electoral y ordenó la suspensión provisional de la elección del señor ANTONIO JOSÉ ORTEGA SANTOS como Contralor de Casanare.

Extracto: “Hoy en día el artículo 229 del CPACA consagra la medida en comento exigiendo una “petición de parte debidamente sustentada”, y el 231 impone como requisito la “(...) violación de las disposiciones invocadas en la demanda o en la solicitud que se realice en escrito separado, cuando tal violación surja del análisis del acto demandado y su confrontación con las normas superiores invocadas como violadas o del estudio de las pruebas allegadas con la solicitud”.

Entonces, las disposiciones precisan que la medida cautelar i) se debe solicitar con fundamento en el mismo concepto de violación de la demanda, o en lo que el demandante sustente al respecto en escrito separado -siempre que el/los cargo(s) estén comprendidos en la demanda y que se encuentre en término para accionar- o en la misma demanda, pero en todo caso que sea específica y propia para la procedencia de la medida excepcional, o una expresa remisión a que el apoyo de la medida se soporta en el concepto de violación y ii) al resolver se debe indicar si la violación de las disposiciones invocadas surge de la confrontación entre el acto demandado y las normas superiores invocadas como violadas o del estudio de las pruebas allegadas con la solicitud.

(...)

En este sentido, según lo allí dispuesto, existe la posibilidad de que en forma cautelar se suspendan los efectos jurídicos de los actos administrativos de naturaleza electoral, cuando se cumplan las siguientes exigencias: (i) que así lo pida la parte actora en la demanda o con escrito anexo a la misma; (ii) que la infracción al ordenamiento jurídico surja de la valoración que se haga al confrontar el acto con las normas invocadas por el actor; y, (iii) que para ello pueden emplearse los medios de prueba aportados por el interesado.

Además, la apreciación jurídica que se hace al decidir sobre la medida cautelar, que por supuesto es provisional, no constituye prejuzgamiento ni impide que al fallar el caso, el operador judicial asuma una posición distinta, dado que con el transcurrir de la actuación procesal es factible que el arribo de nuevas pruebas o la presentación de nuevos argumentos, persuadan al juez de resolver en sentido contrario al que ab initio se adoptó.

(...)

Dichas corporaciones, en virtud de la reforma constitucional introducida por el Acto Legislativo número 02 de 2015, deben adelantar una convocatoria pública para la referida elección, en los términos fijados por la ley, la cual a la fecha no ha sido expedida.

(...)

No obstante lo anterior, esto no significa que una vez la Asamblea Departamental haya fijado un procedimiento en la convocatoria para el cargo, éste no deba ser cumplido a cabalidad. Al respecto, la Sala ha establecido que la convocatoria pública es un acto a través del cual se inicia un proceso selectivo

abierto a la población en general, en el cual desde el principio y de manera expresa se especifican ciertas reglas y condiciones de participación¹.

En efecto, los términos en los que se convoca a la ciudadanía a participar en el proceso de selección, generan deberes y derechos recíprocos tanto para los interesados, como para la entidad pública que está llevando a cabo el respectivo procedimiento, razón por la cual dichas condiciones no solo permean y son transversales a toda la actuación administrativa, sino que además vinculan a la administración.

Así las cosas, es evidente que los términos y condiciones en los que se expida una convocatoria pública se erigen como un marco jurídico de obligatorio acatamiento para las partes que en ella intervienen, razón por la cual los lapsos, requisitos, formas de calificación, entre otros aspectos, que en ella se consagren son de estricta observancia, y en consecuencia, su modificación o variación solo se permite en casos excepcionales, pues de lo contrario los principios de buena fe y confianza legítima se verían resquebrajados.

(...)

*En efecto, la Sala, de cara a la decisión apelada, la cual se sintetizó en el numeral 3° de antecedentes, constata que junto con la apelación fue aportada por los actores **nueva prueba** obtenida cuando la Asamblea Departamental de Casanare dio respuesta al derecho de petición. Dentro de la prueba allegada se encuentra un documento denominado “relación aspirantes inscritos convocatoria “por la cual se reglamenta y se da apertura a la convocatoria pública para la elección del contralor departamental de Casanare” 15 de diciembre de 2015”, el cual al parecer de los actores prueba plenamente que la inscripción del elegido fue extemporánea. (fl. 24)*

Por otra parte, el apoderado del demandado en su escrito de 13 de abril de 2016, también allegó prueba que argumenta probaría lo contrario a lo denunciado por los actores, en concreto, remitió un una constancia de recibido de los documentos necesarios para la inscripción a la convocatoria para el cargo. (fl. 37)

Asimismo, la Sala constata que los actores presentaron un escrito de 11 de abril de 2016, mediante el cual presentaron argumentos para complementar la apelación incoada, cuya admisibilidad el Tribunal Administrativo de Casanare consideró debía ser decidida por esta Sala.

(...)

La Sala considera que en materia del medio de control de nulidad electoral, la presentación de la medida cautelar es siempre antes de la admisión de la demanda, toda vez que se decide en ella, como se evidencia del perentorio contenido del numeral 6° inciso segundo del artículo 277 ibídem al prever que “se resolverá en el mismo auto admisorio”.

Teniendo en cuenta que la solicitud debe ser remitida antes de la admisión de la demanda, cabe preguntarse si éste también es el momento procesal oportuno para allegar la prueba con la que se pretenda sustentar dicho requerimiento.

Al respecto, el artículo 231 del CPACA indica que es posible decretar la suspensión provisional cuando “tal violación surja del análisis del acto demandado y su confrontación con las normas superiores invocadas como violadas o del estudio de las pruebas allegadas con la solicitud”. (Subrayado fuera del texto)

De una interpretación literal de la norma se entiende que la prueba que será valorada debe ser allegada junto con la solicitud de suspensión provisional, lo cual implica que la prueba que sea presentada posteriormente debe ser considerada extemporánea y, por tanto, no se tendrá en cuenta a la hora de realizar el estudio de la medida.

(...)

1 Consejo de Estado. Sección Quinta. Rad. 11001-03-28-000-2014-00128-00 Sentencia de 3 de agosto de 2015. M.P. Alberto Yepes Barreiro.

Lucy Jeannette Bermúdez Bermúdez

Lo anterior no implica que las pruebas aportadas tanto por los actores como por el demandando no puedan llegar a ser parte del acervo probatorio del proceso, pues se recuerda que la apreciación jurídica que se hace al decidir sobre la medida cautelar, es provisional y dependerá de los argumentos y prueba² que se presenten en el transcurso del mismo.

Finalmente, respecto al escrito de 11 de abril de 2016 remitido por los actores, la Sala considera que también es extemporáneo ya que el término para interponer el recurso de apelación venció el 6 de abril de 2016, por lo que cualquier adición o modificación a los argumentos del recurso se encontraban fuera del término

(...)

Habiendo establecido que la prueba presentada posteriormente no puede ser incorporada en la valoración de la solicitud de suspensión provisional, la Sala considera que no cuenta con elementos probatorios que permitan concluir si el demandando presentó o no de manera extemporánea su inscripción a la convocatoria para ser elegido Contralor Departamental del Casanare, razón por la cual coincide con el a quo y decide confirmar el auto que denegó la petición de suspensión provisional.

Decisión: CONFIRMAR el auto de 31 de marzo de 2016, proferido por el Tribunal Administrativo de Casanare, mediante el cual denegó la suspensión provisional de la elección del señor ANTONIO JOSÉ ORTEGA SANTOS como Contralor Departamental de Casanare”.

LUCY JEANNETTE BERMÚDEZ BERMÚDEZ
Presidenta

ROCÍO ARAÚJO OÑATE
Consejera de Estado
CARLOS ENRIQUE MORENO RUBIO
Consejero de Estado
ALBERTO YEPES BARREIRO
Consejero de Estado

* * *

CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCIÓN QUINTA

Consejera ponente: LUCY JEANNETTE BERMÚDEZ BERMÚDEZ

Bogotá, D.C., catorce (14) de julio de dos mil dieciséis (2016)

Radicación número: 05001-23-33-000-2016-00189-02

Actor: RODRIGO DE JESÚS MÚNERA ZAPATA

Demandado: CÉSAR AUGUSTO SUÁREZ MIRA (ALCALDE DEL MUNICIPIO DE BELLO – ANTIOQUIA)

Asunto: Auto que corrige el efecto en el que se concedió el recurso de apelación contra el auto de 19 de mayo de 2016 proferido por el Tribunal Administrativo de Antioquia -efecto devolutivo no suspensivo-.

2 Artículo 212. Oportunidades probatorias. Para que sean apreciadas por el juez las pruebas deberán solicitarse, practicarse e incorporarse al proceso dentro de los términos y oportunidades señalados en este Código.

En primera instancia, son oportunidades para aportar o solicitar la práctica de pruebas: la demanda y su contestación; la reforma de la misma y su respuesta; la demanda de reconvenção y su contestación; las excepciones y la oposición a las mismas; y los incidentes y su respuesta, en este último evento circunscritas a la cuestión planteada.

Extracto: “Conforme a la interpretación que hace la Sección Quinta del Consejo de Estado, frente a los recursos procedentes contra el auto de niega la suspensión provisional y bajo el entendido de que las medidas cautelares cobraron transcendente importancia en el nuevo ordenamiento procesal contencioso administrativo, el recurso debe ser concedido en el **efecto devolutivo**, como se indica para el evento en que se decreta la medida cautelar, para que así, no se detenga el curso del proceso¹.

Así, *mutatis mutandi*, y con mayor razón tratándose de la negativa de la medida cautelar, el Tribunal a quo debe continuar el trámite del proceso de nulidad electoral en forma pronta y célere, por ser éstas características propias de este medio de control, sin esperar o detener el proceso a la espera de la decisión de la apelación contra el auto que negó la medida cautelar.

En consecuencia, en aplicación del principio de unidad normativa previsto en el artículo 296 del CPA-CA, que permite remitirse al CGP en los aspectos no regulados y siendo compatible con la naturaleza de la nulidad electoral, se dará cumplimiento al artículo 325 inciso final del CGP, que dispone: “cuando **la apelación haya sido concedida en un efecto diferente al que corresponde, el superior hará el ajuste respectivo** y lo comunicará al juez de primera instancia. Efectuada la corrección continuará el trámite del recurso”

Decisión: CORRÍGESE el efecto suspensivo de la apelación contra el auto de 19 de mayo de 2016 proferido por el Tribunal Administrativo de Antioquia, para que se entienda que es en el DEVOLUTIVO”.

LUCY JEANNETTE BERMÚDEZ BERMÚDEZ
Presidenta

ROCÍO ARAÚJO OÑATE
Consejera de Estado
CARLOS ENRIQUE MORENO RUBIO
Consejero de Estado
ALBERTO YEPES BARREIRO
Consejero de Estado

* * *

CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCIÓN QUINTA

Consejera ponente: LUCY JEANNETTE BERMÚDEZ BERMÚDEZ

Bogotá, D.C., veintiocho (28) de julio de dos mil dieciséis (2016)

Radicación número: 63001-23-33-000-2015-00336-01

Actor: MARIO FERNANDO GONZÁLEZ IBAGÓN

Demandado: PAOLA MARCELA CASTELLANOS ACEVEDO – DIPUTADA DEL QUINDÍO

Asunto: Auto declara nulidad de lo actuado y ordena devolver al despacho de la Magistrada Ponente

Extracto: “Se ha dicho hasta la saciedad que el artículo 294 del CPACA consagra las causales por las cuales es dable a los sujetos procesales solicitar la nulidad de la sentencia en los procesos electorales. Estas son: (i) la incompetencia funcional; (ii) la indebida notificación del auto admisorio al deman-

¹ Sobre el punto, véanse pronunciamientos de la Sección Quinta de 24 de marzo de 2016. Exp. N° 76001-23-33-000-2013-01316-01. Actor: Óscar Rodríguez Baquero contra Notario Primero de Palmira. M.P. Lucy Jeannette Bermúdez Bermúdez y de 13 de abril de 2016. Exp. N° 25000-23-24-000-2015-02753-02. Actor: Martín Rainiero Quijano Arias. Demandado: Concejal de Bogotá D.C. M.P. Dr. Carlos Enrique Moreno Rubio.

dado o a su representante; (iii) la omisión de la etapa de alegaciones; y (iv) que la sentencia haya sido adoptada por un número inferior de magistrados al previsto por la ley.

A pesar de la claridad de la disposición en comento, esta Sala de Decisión considera que la nulidad procesal, como institución jurídica, amerita una cierta aproximación conceptual, que clarifique el alcance y contexto de la que se invoca en el sub examine.

Lo anterior se justifica en que su implementación (nulidad) en el referido texto normativo, responde a (i) una doble diferenciación asignada por el propio legislador. Así mismo, en el hecho de que (ii) sus características se encuentran, de algún modo, “moldeadas” por una tensión entre principios, que imponen su carácter taxativo. Y finalmente, en que, a pesar del formalismo que la rodea, en la actualidad, so pretexto de materializar el mandato contenido en el artículo 228 Constitucional, (iii) la jurisprudencia ha tendido a relativizar su alcance innovando teorías.

A propósito de la lógica de diferenciación que orientó el establecimiento legislativo de causales de invalidez de la sentencia, en el contexto del proceso de nulidad electoral, hay que decir que esta es constatable a partir del carácter especial que tiene el juicio electoral en comparación con otro tipo de procesos contenciosos –como el de simple nulidad–, que se evidencia en el menor número de nulidades procesales que admite, pues es claro que las del artículo 294 del CPACA son más limitadas que las del 208 de la norma ibídem.

(...)

En efecto, si bien la existencia de las causales de nulidad en el ordenamiento jurídico se explica –en gran parte– en la protección al debido proceso –y sus componentes, entre ellos la legalidad–, no es esto lo único que las justifica.

Como precedentemente lo sostuvo esta Sala Electoral, los rasgos particulares de esta institución se encuentran “moldeados” por una tensión entre principios cuya tensión obliga a que sean taxativas.

(...)

Al respecto, esta Sala de Decisión ha sostenido que “... es bien sabido que las nulidades procesales son taxativas, es decir, que no existe vicio capaz de generar una nulidad si la ley no lo ha establecido previamente”².

Esto significa que su existencia está condicionada a que se encuentren consagradas en la ley, y esto a su vez a que el legislador las determine con base en la importancia del derecho que potencialmente puede conculcar la irregularidad procesal. Así, la fijación y el alcance interpretativo de las nulidades no se dejan a la liberalidad del intérprete, pues la determinación de sus contornos es de origen legal; y su declaración, en cada caso concreto, corresponde a la respectiva autoridad judicial pues como lo manifestó la Sala, otorgar la definición de las nulidades a las partes dentro del proceso sería ajeno a su esencia

(...)

Finalmente, advierte la Sala que la declaración de nulidad procesal por parte del operador jurídico, conlleva que la actuación judicial viciada sea tenida como inexistente. En otros términos, sus efectos son “desde siempre” o “ex-tunc”. (...)

No obstante, el formalismo que distingue esta institución procesal, ha sido, en cierta forma, atemperado por el mandato previsto en el artículo 228 superior, que enseña que “[l]a Administración de

2 Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta. Exp. 1993-1007. 2 de julio de 1993. C.P. Miguel Viana Patiño.

Justicia es función pública. (...) La actuaciones serán públicas y permanentes con las excepciones que establezca la ley y en ellas prevalecerá el derecho sustancial".

(...)

De conformidad con el artículo 248 del C.P.A.C.A., el recurso extraordinario de revisión procede contra las sentencias ejecutoriadas dictadas por las Secciones y Subsecciones del Consejo de Estado, Tribunales Administrativos y Jueces Administrativos.

*De la lectura del anterior precepto se advierte que el primer requisito para la interposición del mentado recurso extraordinario es **que se trate de sentencia ejecutoriada**.*

*Así las cosas, la Sala destaca que para que una sentencia quede ejecutoriada, en atención del artículo 302 del C. G del P., se requiere que: **i)** luego de notificada la decisión no sea recurrida, **ii)** que contra la misma no proceda recurso; **iii)** que el recurso presentado sea resuelto o; **iv)** finalmente que en aquellos casos en los que se solicitó aclaración o complementación del fallo ya hayan sido resueltos.*

En este orden de ideas, resulta evidente que en este caso estaría dada la condición exigida por el artículo 248 del CPACA, está dada, pues contra la sentencia de segunda instancia dictada por la Sala no procede recurso alguno; además, las partes no solicitaron aclaración o complementación y, por tanto, la conclusión lógica sería que el fallo estaría debidamente ejecutoriado.

No obstante, conviene destacar que la interposición del incidente objeto de estudio, si bien no tiene la entidad de interrumpir el término de ejecutoria de la sentencia³, es lo cierto que logró prevenir a la Sala de la existencia de la irregularidad aducida antes de que se produjera la firmeza de la decisión, por lo que bien puede la Sala atender dicha solicitud.

(...)

Asimismo, la Sala tiene en cuenta lo indicado en el artículo 292 del CPACA, a saber:

Artículo 292. Apelación de la sentencia. *El recurso se interpondrá y sustentará ante él a quo en el acto de notificación o dentro de los cinco (5) días siguientes, y se concederá en el efecto suspensivo. Si el recurso no es sustentado oportunamente el inferior lo declarará desierto y ejecutoriada la sentencia.*

Sustentado el recurso, se enviará al superior a más tardar al día siguiente para que decida sobre su admisión. Si reúne los requisitos legales, será admitido mediante auto en el que ordenará a la Secretaría poner el memorial que lo fundamente a disposición de la parte contraria, por tres (3) días. Si ambas partes apelaren, los términos serán comunes.

Contra el auto que concede y el qué admite la apelación no procede recurso.

Revisadas las actuaciones surtidas, en el presente proceso electoral, se advierte que, en efecto, se omitió decidir sobre la admisión del recurso de apelación interpuesto por el demandante contra la sentencia de primera instancia, ponerlo a disposición de la parte contraria, como lo dispone el artículo 292⁴ del C.P.A.C.A., como

3 Porque, como ya se dijo, esto solo se logra a través del recurso que resulte procedente y de la solicitud de aclaración o complementación del fallo, esto sin dejar considerar que el trámite incidental –que se le debe dar a la presente solicitud de nulidad procesal–, no suspende el curso del proceso, tal y como lo prevé el numeral 3º del artículo 210 del CPACA.

4 Artículo 292. Apelación de la sentencia. El recurso se interpondrá y sustentará ante él a quo en el acto de notificación o dentro de los cinco (5) días siguientes, y se concederá en el efecto suspensivo. Si el recurso no es sustentado oportunamente el inferior lo declarará desierto y ejecutoriada la sentencia.

Sustentado el recurso, se enviará al superior a más tardar al día siguiente para que decida sobre su admisión. Si reúne los requisitos legales, será admitido mediante auto en el que ordenará a la Secretaría poner el memorial que lo fundamente a disposición de la parte contraria, por tres (3) días. Si ambas partes apelaren, los términos serán comunes.

también correr traslado a las partes para que presentaran sus alegatos de conclusión y al Ministerio Público para que remitiera su concepto, como lo prevé el artículo 293⁵ de la misma codificación.

En consecuencia resulta palmaria la incursión en el referido yerro, por lo que la Sala declarará la nulidad de lo actuado desde la sentencia de 8 de junio de 2016 inclusive; y ordenará que, una vez notificada la presente decisión, se remita el expediente al Despacho de la Magistrada Ponente para que se pronuncie sobre la admisión del recurso de apelación interpuesto por el demandante”.

Definición: CORRÍGESE el efecto suspensivo de la apelación contra el auto de 19 de mayo de 2016 proferido por el Tribunal Administrativo de Antioquia, para que se entienda que es en el DEVOLUTIVO.

LUCY JEANNETTE BERMÚDEZ BERMÚDEZ
Presidenta

ROCÍO ARAÚJO OÑATE
Consejero de Estado
CARLOS ENRIQUE MORENO RUBIO
Consejero de Estado
Aclara Voto
ALBERTO YEPES BARREIRO
Consejero de Estado

Aclaración de voto del consejero Carlos Enrique Moreno Rubio

Extracto: *“Aunque comparto la decisión adoptada por la Sección en el sentido de declarar la nulidad de todo lo actuado en el presente proceso por haberse omitido la etapa de alegaciones en segunda instancia, considero necesario aclarar mi voto en lo que corresponde a la competencia para adoptar este tipo de decisiones respecto de este tipo de sentencias, por cuanto aunque se planteó el punto en la providencia objeto de aclaración no se precisó de manera suficiente.*

En mi entender, en los casos de solicitudes de nulidades procesales contra sentencias de segunda instancia, como en el evento concreto, la competencia para resolver sobre las mismas depende de la ejecutoria o firmeza de la providencia.

Así, si la sentencia de segunda instancia no se encuentra en firme la Sala que la produjo mantiene la competencia para resolver las solicitudes de nulidad procesal que se presenten contra aquella y en consecuencia, puede declarar su nulidad, como ocurrió en el presente caso.

Por el contrario, si la sentencia ya está ejecutoriada la Sala que la expidió, con esa ejecutoria, pierde la competencia para pronunciarse sobre las solicitudes de nulidad procesal que se presenten en contra de la misma, toda vez que no es viable que ésta deje sin efectos su actuación.

En estos casos, el solicitante deberá acudir al recurso extraordinario de revisión.

Precisamente el numeral 5 del artículo 250 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo establece como causal de revisión “[e]xistir nulidad originada en la sentencia que puso fin al proceso y contra la que no procede recurso de apelación”

Contra el auto que concede y el qué admite la apelación no procede recurso.

5 “Artículo 293. Trámite de la segunda instancia. El trámite de la segunda instancia se surtirá de conformidad con las siguientes reglas:

(...)

2. Vencido el término de alegatos previa entrega del Radicación, el agente del Ministerio Público deberá presentar su concepto, dentro de los cinco (5) días siguientes.

(...) En estos términos dejo expuesta mi aclaración de voto.”

* * *

CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCIÓN QUINTA

Consejera ponente: LUCY JEANNETTE BERMÚDEZ BERMÚDEZ

Bogotá, D.C., cuatro (4) de agosto de dos mil dieciséis (2016)

Radicación número: 05001-23-33-000-2016-00189-02

Actor: RODRIGO DE JESÚS MÚNERA ZAPATA

Demandado: CÉSAR AUGUSTO SUÁREZ MIRA

Asunto: Auto que confirma la negativa de la suspensión provisional de los efectos del acto declaratorio de la elección del señor CESAR AUGUSTO SUAREZ MIRA, como alcalde del municipio de Bello-Antioquia. Falta de carga argumentativa.

Extracto: “En los términos del inciso final del artículo 277 del C.P.A.C.A., norma de carácter especial para aquellos trámites que se adelantan bajo el procedimiento del medio de control de nulidad electoral, procede en caso de haberse pedido la suspensión provisional de los efectos del acto acusado, y atendiendo la instancia en que se profiera, el recurso del recurso de **apelación**, cuando es de doble instancia y, el de **reposición**, tratándose de única instancia.

Frente a la medida de suspensión provisional de los efectos de un acto administrativo como medida cautelar, de conformidad con el artículo 229 del C.P.A.C.A., se requiere “petición de parte debidamente sustentada” y, acorde con el 231 ibídem, procederá “por violación de las disposiciones invocadas en la demanda o en la solicitud que se realice en escrito separado, cuando tal violación surja del análisis del acto demandado y su confrontación con las normas superiores invocadas como violadas o del estudio de las pruebas allegadas con la solicitud”

(...)

la Sala debe reiterar que para presentar en debida forma la solicitud de suspensión provisional se **requiere que esté debidamente fundamentada**, ya sea recurriendo a los argumentos esbozados en el concepto de la violación allí expuesto, o mediante escrito aparte allegado con la demanda, tal y como lo dispone el numeral 6º del artículo 277 del C.P.A.C.A. En tal sentido en providencia de 9 de abril de 2015, se precisó:

“Pues bien, esta Sección en diferentes oportunidades ha dejado claro que **sustentar de manera precisa la solicitud de suspensión provisional obedece a expresa exigencia legal**. Ello toma mayor relevancia cuando se controvierte un acto que declara una elección, es decir, que otorgó el derecho a una persona de acceder al ejercicio de un cargo. Para que sean suspendidos sus efectos la oposición a la norma debe surgir bien de la confrontación o por el examen de las pruebas que se acompañen con tal fin. A tal estudio no puede accederse cuando la petición carece de soporte.¹

Tal estado de cosas impone que el numeral segundo del auto del 30 de enero de 2015 proferido por el Tribunal Administrativo del Cauca que decretó la suspensión provisional del acto acusado sea revocado para, en su lugar, negar la medida cautelar solicitada”.

1 Consultar autos de 8 de octubre de 2014, Consejo de Estado. Sección Quinta. C.P. Susana Buitrago Valencia. Acción de nulidad electoral. Radicado N° 2014 – 0097. Actor: Fabián Leonardo Reyes Porras. Demandada: María del Socorro Bustamante Ibarra; y, Radicado N° 2014 – 0127. Actor: Fabián Leonardo Reyes Porras. Demandado: Moisés Orozco Vicuña. Auto de trece 13 de agosto de 2014. C.P.: Lucy Jeannette Bermúdez Bermúdez. Radicación número: 2014-00057-00. Actor: Yorgin Harvey Cely Ovalle. Demandada: Jobana Chaves García. Auto Admisorio y suspensión provisional. Folio 5.

Lucy Jeannette Bermúdez Bermúdez

En este orden de ideas revisado el escrito de la demanda se advierte que el actor para solicitar la suspensión provisional del acto acusado, se limitó a exponer:

“Favor decretarse como medidas cautelares la suspensión provisional de los efectos de todos los actos administrativos que se hayan expedido en relación o consecuentes de la ilegal inscripción del ciudadano CESAR AUGUSTO SÚAREZ MIRA para las elecciones causadas el pasado octubre 25 de 2015 y suspensión de los efectos jurídicos de la misma inscripción como candidato a la alcaldía de Bello.

Es decir, favor decretar u ordenar las medidas cautelares que considere necesarias para proteger y garantizar, provisionalmente, el objeto del proceso y la efectividad de la sentencia, teniéndose en cuenta, que la decisión sobre medidas cautelares no implica prejuzgamiento”.

Nótese que la anterior petición es huérfana de cualquier fundamentación normativa e incluso probatoria, pues con total desatención se omite indicar los preceptos legales que resultan infringidos con el acto de elección acusado, y las pruebas que así lo acredita. Ahora bien, destaca la Sala que de la misma transcripción resulta evidente que el demandante a efectos de sustentar su petición cautelar no remite a los argumentos expuestos en el concepto de la violación expuesto en la demanda, lo que impide al juez acudir a dicho escrito para encontrar la argumentación que permita abordar el análisis de fondo de la suspensión provisional que se reclama.

Resulta importante destacar que la demanda fue inadmitida por el a quo y luego corregida por el actor, escrito en el cual nada se dice respecto de la solicitud de medida cautelar objeto de estudio.

Así las cosas, ante la falta de sustentación de la medida cautelar y la omisión del actor de manifestar que para estos efectos se acudiera a los argumentos expuestos en la demanda, obligan a la Sala a confirmar la decisión del a quo de denegar la medida cautelar deprecada dado el incumplimiento del demandante de sustentar su petición.”

Decisión: CONFIRMAR la decisión de negar la solicitud de suspensión provisional del acto declaratorio de la elección del señor CESAR AUGUSTO SUAREZ MIRA, como alcalde del municipio de Bello, Antioquia, contenida en el auto de 19 de mayo de 2016.

LUCY JEANNETTE BERMÚDEZ BERMÚDEZ
Presidenta

ROCÍO ARAÚJO OÑATE
Consejera de Estado
CARLOS ENRIQUE MORENO RUBIO
Consejero de Estado
ALBERTO YEPES BARREIRO
Consejero de Estado

* * *

CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCIÓN QUINTA

Consejera ponente: Lucy Jeannette Bermúdez

Bogotá D.C., veinticuatro (24) de agosto de dos mil dieciséis (2016)

Radicación número: 73001-23-33-000-2016-00079-03

Actor: ARLID MAURICIO DEVIA MOLANO

Demandado: JULIÁN ANDRÉS PRADA BETANCOURT – PERSONERO DE IBAGUÉ

Asunto: Auto que rechaza de plano la solicitud de que la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo asuma el conocimiento del asunto por importancia jurídica presentada por el señor Mario Germán Iguarán Arana, en calidad de impugnante. Los terceros deben actuar de manera acorde a la parte que coadyuvan.

Extracto: “El coadyuvante o impugnador por disposición legal, en forma independiente solo puede realizar los actos procesales permitidos a la parte a que ayuda en cuanto no estén en oposición con los de ésta y siempre que no implique disposición del derecho en litigio.

La razón de ello se debe a su connotación como parte procesal, toda vez que su existencia dentro del proceso es permitida y validada en calidad de sujeto accesorio a uno principal -demandante o demandado-; así que la limitación en su actuar deviene de que no demanda en ejercicio propio ni frente a su derecho, sino en forma anexa o accesorio respecto de otro, lo cual restringe su margen de acción y le impide realizar actos procesales o formular postulaciones autónomas que dispongan del derecho o la situación en litigio.

No obstante, y en relación al proceso electoral, el alcance restringido de las facultades procesales de los terceros intervinientes, que éstos sean coadyuvantes o impugnadores, se explica igualmente por la naturaleza especial del mismo.

En efecto, la acción electoral tiene como principal objetivo la salvaguarda y protección del “interés colectivo de la pureza del sufragio.”¹, que exige una cierta celeridad en su trámite, puesto que la legalidad de los actos administrativos de elección no puede estar sujeta a una incertidumbre indefinida.

De allí que no sea sorprendente que las actuaciones de los coadyuvantes o impugnadores se encuentren limitadas con mayor abinco en el procedimiento electoral; el carácter expedito de este procedimiento conlleva al establecimiento de reglas que condicionan las conductas desplegadas por este tipo de terceros intervinientes, pues las mismas “deben estar sujetas y en armonía con la conducta que adelante la parte a la cual acompañan.”²

(...)

Por otra parte, el tema de la coadyuvancia ha sido objeto de pronunciamiento por parte de la Sección Quinta, consideraciones que este Despacho hace propias en la presente providencia.

Se hace referencia en forma concreta a la sentencia de 27 de marzo de 2014³, en la que se indicó que las partes y los coadyuvantes tienen posibilidades de actuación dentro del proceso que resultan diferenciales, por cuanto mientras las partes actúan de manera autónoma, los otros intervinientes encuentran como condicionamiento de sus intervenciones el interés de la parte a la que apoyan, habiéndose inclusive señalado que su posición es la de contribuir a enriquecer argumentalmente la posición de la parte coadyuvada, como actualmente se evidencia del contenido del artículo 228 del C.P.A.C.A., para el tema específico de los procesos electorales, cuyo texto reza: “En los procesos electorales cualquier persona puede pedir que se la tenga como impugnador o coadyuvante. Su intervención solo se admitirá hasta el día inmediatamente anterior a la fecha de celebración de la audiencia inicial”.

(...)

1 Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Quinta. Radicación Número: 05001-23-31-000-2007-00437-00. Actor: Flor de María Ruíz Marulanda. CP Susana Buitrago Valencia.

2 Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Quinta. Radicación Número: 11001-03-28-000-2015-00019-00. Actor: William Yesid Lasso. CP Alberto Yepes Barreiro.

3 Radicación 54001-23-31-000-2012-00001-03. Actor: Santiago Liñán Nariño. Demandado: Alcalde del Municipio de Cúcuta. C.P. Dra. Lucy Jeannette Bermúdez Bermúdez, cuyas consideraciones en su generalidad son aplicables al este caso. En este se invocan los siguientes antecedentes: Sección Primera. 28 de octubre de 2010. Radicación núm. 2005-00521-01, Actor: José Omar Cortés Quijano, C.P. Dra. María Elizabeth García González y de la Sección Quinta. M.P. Mauricio Torres Cuervo. Sentencia de 23 de septiembre de 2010. Rad. Número: 07001-23-31-000-2009-00034-01. Actor: Albeiro Vanegas Osorio y otro. Demandado: Gobernador del Departamento de Arauca y sentencia de 7 de marzo de 2011. EXP N° 110010328000201000006-00. M.P. María Nohemí Hernández Pinzón. En época más reciente la figura procesal fue estudiada en auto de la Consejero Ponente de Bogotá D.C., tres (3) de diciembre dos mil catorce (2014). Exp. 11001-03-28-000-2014-00031-00. Actor: Eduardo Quiroga Lozano; Demandado: Representante a la Cámara por el Departamento de Arauca.

Lucy Jeannette Bermúdez Bermúdez

Así las cosas, aunque el legislador haya autorizado la participación de cualquier persona en el proceso electoral, ello no significa que dicha intervención pueda ser considerada como autónoma e independiente, ya que como se expresó, ésta “debe estar en perfecta consonancia con la actuación que despliegue quienes en sentido estricto conforman la Litis, es decir, las partes.”⁴

Sin embargo, lo anterior no se traduce en un fenómeno de “volatilidad” de la naturaleza pública de la acción electoral, “pues los límites impuestos a la participación de terceros buscan no solo dar celeridad al proceso, sino delimitar de forma precisa el objeto de la controversia puesta a conocimiento del juez”⁵.

En este caso la parte demandada, esto es, el señor JULIÁN ANDRÉS PRADA BETANCOURT no solicitó que la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo asuma el conocimiento del asunto.”

Decisión: RECHAZAR DE PLANO la solicitud de que la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo asuma el conocimiento del asunto, interpuesta por el impugnante, señor Mario Germán Iguarán Arana.

LUCY JEANNETTE BERMÚDEZ BERMÚDEZ
Consejera de Estado

* * *

CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCIÓN QUINTA

Consejera ponente: LUCY JEANNETTE BERMÚDEZ BERMÚDEZ

Bogotá, D.C., veintiséis (26) de agosto de dos mil dieciséis (2016)

Radicación número: 11001-03-28-000-2016-00044-00

Actor: LUIS FERNANDO ÁLVAREZ RÍOS

Demandado: JULIO CESAR GÓMEZ SALAZAR DIRECTOR ENCARGADO DE LA CORPORACIÓN AUTÓNOMA REGIONAL DE RISARALDA

Asunto: Providencia que admite la reforma de la demanda, luego de corroborar que el escrito reformatorio se conforma a los aspectos tanto temporales como sustanciales prescritos en los 173 y 178 del CPACA.

Extracto: “Vista la petición reformatoria de la demanda, el Despacho encuentra que el aspecto temporal está acreditado, toda vez que el memorial fue presentado, en oportunidad, el 5 de julio de 2015, en atención a que el auto admisorio fue notificado por estado al actor el 29 de junio de 2016. Ha sido postulada por una sola vez y, como no se trata de nuevos cargos ni de nuevos sujetos procesales -sino de pruebas para reforzar un hecho ya expuesto en la demanda inicial- resulta inane someterlo al plazo de la caducidad del medio de control. Tampoco se advierte que hubiera habido sustitución total de sujetos procesales ni de pretensiones, pues en efecto, el hecho undécimo está contenido en la demanda inicial, en los términos pretranscritos en la nota al pie y está dentro de las temáticas (pruebas) susceptibles de reforma.”.

Decisión: ADMITIR la reforma de la demanda de nulidad electoral de la referencia, presentada por el actor Luis Fernando Álvarez Ríos, obrante a folios 322 y vto. del cuaderno principal 2.

LUCY JEANNETTE BERMÚDEZ BERMÚDEZ
Consejera de Estado

⁴ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Quinta. Radicación Número: 11001-03-28-000-2015-00019-00. Actor: William Yesid Lasso. CP Alberto Yepes Barreiro.

⁵ Ibidem.

CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCIÓN QUINTA

Consejera ponente: LUCY JEANNETTE BERMÚDEZ BERMÚDEZ

Bogotá, D.C., veintinueve (29) de agosto de dos mil dieciséis (2016)

Radicación número: 11001-03-28-000-2016-00024-00

Actor: MIGUEL ANTONIO CUESTA MONROY

Demandado: GUIDO ECHEVERRY PIEDRAHITA GOBERNADOR DEL DEPARTAMENTO DE CALDAS

Asunto: Providencia que: i) aceptó solicitudes de terceros intervinientes, en calidad tanto de impugnadores como de coadyuvantes; ii) rechazó de plano: a) remitir el proceso a la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, pues el proceso no ha superado todas las etapas previas al fallo b) la nulidad del auto admisorio que decretó la medida cautelar de suspensión provisional de los efectos del acto de elección acusado, por cuanto, a través de esta actuación, los solicitantes desbordan las facultades y prerrogativas que como terceros intervinientes ostentan, habida cuenta que la parte a la que coadyuvan no elevó pedimento en este sentido.

Extracto: “El coadyuvante por disposición legal, en forma independiente solo puede realizar los actos procesales permitidos a la parte a que ayuda en cuanto no estén en oposición con los de ésta y siempre que no implique disposición del derecho en litigio.” II “Contra este auto la parte demandada, quien es coadyuvada por los intervinientes, únicamente formuló recurso de reposición que se decide en auto aparte por ser competencia de la Sala, mas no de nulidad contra la misma o que el recurso lo decida la Sala Plena.” II “Observa el Despacho, que en el caso concreto, el proceso aún no ha surtido todas las etapas procesales previas al fallo, ni siquiera se ha realizado la audiencia inicial, puesto que, se han tramitado varios recursos, dos recusaciones y múltiples solicitudes realizadas por parte de varios impugnantes por lo que el proceso no se encuentra en la fases judicial en la que la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo pueda asumir su conocimiento.”

Definición: TENER COMO IMPUGNANTES a los señores Luis Fernando Jaramillo Duque, Víctor Julio Bustacara Velandía y Carlos Eduardo Gómez Restrepo y a la Fundación Movimiento del Pueblo representada por el señor Cesar Augusto Álzate Montes

NOTIFICAR a los señores Luis Fernando Jaramillo Duque, Víctor Julio Bustacara Velandía y Carlos Eduardo Gómez Restrepo y a la Fundación Movimiento del Pueblo representada por el señor Cesar Augusto Álzate Montes, de conformidad con el artículo 198 del CPACA.

ACEPTAR las coadyuvancias contenidas en los folios 675 al 762 de forma condicionada a los resultados que arroje la verificación que realizará la Registraduría Nacional del Estado Civil, Dirección de Identificación.

OFICIAR a la Registraduría Nacional del Estado Civil, Dirección de Identificación, para que en un plazo máximo de 8 días hábiles, luego del recibo de los documentos que se le remitirán, realice confrontación entre los formatos con firmas y número de cédula y el “ANI”, Archivo Nacional de Identificación, a fin de determinar cuáles coinciden plenamente con los registros que tiene en custodia la Entidad oficiada.

RECHAZAR DE PLANO POR IMPROCEDENTE las solicitudes de i) remitir el proceso a la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo y, ii) nulidad del auto admisorio que decretó la medida cautelar de suspensión provisional, proferido el 3 de marzo de 2016. ADVERTIR que contra la presente decisión, de conformidad con el artículo 284 del CPACA no procede recurso.

ACEPTAR la revocatoria del poder otorgado por el señor Omairoy Ayala Cataño al abogado Alejandro Franco Castaño según lo establecido en el artículo 76 del CGP.

Lucy Jeannette Bermúdez Bermúdez

RECONOCER personería al doctor Carlos Adolfo Ayala Uchima, para actuar en nombre y representación del señor Omairoy Ayala Cataño, impugnante, de conformidad con el poder obrante a folio 866 y de lo establecido en el artículo 74 del CGP.

RECONOCER personería al doctor Alejandro Franco Castaño, para actuar en nombre y representación del señor Carlos Eduardo Gómez Restrepo y la Fundación Movimiento del Pueblo representada por el señor Cesar Augusto Álzate Montes, de conformidad con el poder obrante a folio 871 y 875 y de lo establecido en el artículo 74 del CGP.

NO TRAMITAR la solicitud realizada por el señor Carlos Augusto Calderón Betancur, quien dice actuar como abogado del Consejo Nacional Electoral, por carecer de capacidad de representación al no haber aportado poder concedido por dicha entidad.

LUCY JEANNETTE BERMÚDEZ BERMÚDEZ
Presidenta

ROCÍO ARAÚJO OÑATE
Consejera de Estado
CARLOS ENRIQUE MORENO RUBIO
Consejero de Estado
ALBERTO YEPES BARREIRO
Consejero de Estado

* * *

**CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCIÓN QUINTA**

Consejera ponente: LUCY JEANNETTE BERMÚDEZ BERMÚDEZ

Bogotá, D.C., veintinueve (29) de agosto de dos mil dieciséis (2016)

Radicación número: 11001-03-28-000-2016-00024-00

Actor: MIGUEL ANTONIO CUESTA MONROY

Demandado: GUIDO ECHEVERRY PIEDRAHITA – GOBERNADOR DEL DEPARTAMENTO DE CALDAS

Asunto: Auto que decidió no reponer el numeral segundo de la providencia del 3 de marzo de 2016, por medio del cual se decretó la medida cautelar consistente en la suspensión de los efectos del acto electoral acusado, comoquiera que *grosso modo*: a) la prohibición constitucional que se imputa como infringida al accionado no se encuentra condicionada al ejercicio del cargo al momento de la elección b) la acción pública de nulidad electoral tiende a juzgar la legalidad de los actos de elección. De allí que no sea dable subjetivizar las condiciones de inelegibilidad c) no existe vulneración del precedente, pues los fallos presuntamente desconocidos se reportan a hechos originados con anterioridad al acto legislativo 02 de 2002, que introdujo el periodo institucional para alcaldes y gobernadores, lo que lleva a analizar la prohibición desde otra perspectiva d) los pronunciamientos reseñados no obligaban a la Sala a entender que la prohibición de reelección desaparece con la nulidad del primer acto de elección del Gobernador e) no se vulnera el principio de la confianza legítima del demandado, habida cuenta que no hay desconocimiento del precedente.

Extracto: “Esa mutación en el tipo de periodo implica que la prohibición de reelección deba ser examinada desde otra óptica, pues, ahora siendo la norma la que determina sus extremos temporales, y no el efectivo ejercicio del mismo por parte del servidor electo, se hace necesario readecuar la comprensión de dicha prohibición.” II “Otra de las razones que se adhieren a lo explicado es que, a partir de la nulidad electoral, no se puede retrotraer las cosas al estado anterior, salvo que el juzgador decida otra cosa para el caso concreto, y esto es así porque en la actualidad el periodo de alcaldes y gobernadores es ins-

titucional, y ello implica que, materialmente, es imposible retrotraer las cosas al estado anterior a la elección, tal y como lo pretenden los recurrentes, pues ello supondría forzar una ficción conforme con la cual habría que volver las cosas al momento en que se iba a elegir a un candidato para un período institucional que, en todo caso, acaeció o está por acaecer, lo cual resulta claramente incompatible con el artículo 288 del CPACA y demás normas concordantes, que prevén unas consecuencias muy específicas para la nulidad de la elección que se realiza por voto popular.” II “En efecto, para que la autoridad judicial vulnere la confianza legítima se requiere de un precedente jurisprudencial aplicable al caso analizado, que haya sido desconocido sin mediar razones para ello; lo cual no se cumple en la presente controversia, pues como ya se explicó otros acápites, (i) los fallos citados en los recursos de reposición no son precedentes jurisprudenciales aplicables a este caso, y (ii) no existe una línea jurisprudencial que resulte desconocida por la decisión recurrida.”

Definición: NO REPONER el numeral 2º de la providencia de 3 de marzo de 2016 que decretó la suspensión provisional de los efectos del acto del acto declaratorio de elección del señor GUIDO ECHEVERRI PIEDRAHITA, como Gobernador del Departamento de Caldas contenido en el E26 GOB de 3 de noviembre de 2015.

NEGAR, de conformidad con los motivos expuestos en la parte motiva de esta providencia, la solicitud de revocatoria de la medida cautelar.

LUCY JEANNETTE BERMÚDEZ BERMÚDEZ
Presidenta

ROCÍO ARAÚJO OÑATE
Consejera de Estado
CARLOS ENRIQUE MORENO RUBIO
Consejero de Estado
ALBERTO YEPES BARREIRO
Consejero de Estado

* * *

CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCIÓN QUINTA

Consejera ponente: LUCY JEANNETTE BERMÚDEZ BERMÚDEZ

Bogotá, D.C., primero (1) de septiembre de dos mil dieciséis (2016)

Radicación número: 11001-03-28-000-2016-00059-00

Actor: MARCO FIDEL RAMÍREZ ANTONIO

Demandado: DECRETO 1391 DE 2016

Asunto: Auto que remite por competencia a la Corte Constitucional, pues mediante la acción de nulidad constitucional, el actor cuestiona la legalidad del Decreto 1391 de 2016 por un posible vicio de procedimiento – la manera cómo está redactada la pregunta en la convocatoria a un plebiscito – que releva de la competencia del Tribunal Constitucional.

Extracto: “En ejercicio de la acción de nulidad por inconstitucionalidad, la parte actora incoó demanda con el objeto de que “se declare la nulidad de la palabra paz en la formulación de la pregunta del artículo primero del Decreto 1391 de 2016”. II Si bien es cierto, en principio la competencia para conocer de la nulidad por inconstitucionalidad de los decretos expedidos por el Gobierno Nacional se encuentra en cabeza del Consejo de Estado, la misma, como ya se dijo, es residual y para el caso específico de los vicios de procedimiento en la convocatoria o realización de los plebiscitos la competencia se encuentra atribuida de manera expresa por la Carta Política a la Corte Constitucional como máxima autoridad a la que se le confía la guarda de la integridad y supremacía de nuestra Carta Política.”

Lucy Jeannette Bermúdez Bermúdez

II Así las cosas, comoquiera que el actor cuestiona la forma en la que se encuentra redactada la pregunta en la convocatoria a un plebiscito¹ del orden nacional, que aunque contenida en un decreto dictado por el gobierno nacional -el Decreto 1391 de 2016-, el Consejo de Estado no puede asumir su conocimiento en la medida en que dicho examen recae sobre un posible vicio de procedimiento en su convocatoria, estudio que concierne a la Corte Constitucional.”

Decisión: REMITIR inmediatamente el expediente a la Corte Constitucional para lo de su competencia.

LUCY JEANNETTE BERMÚDEZ BERMÚDEZ
Consejera de Estado

* * *

CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCIÓN QUINTA

Consejera ponente: LUCY JEANNETTE BERMÚDEZ BERMÚDEZ

Bogotá D.C., primero (1) de septiembre de dos mil dieciséis (2016)

Radicación número: 68001-23-33-000-2015-01441-01

actor: GIOVANNY REYES SILVA Y OTRO

Demandado: CLAUDIA CECILIA HERNÁNDEZ VILLAMIZAR - CONCEJALA DEL MUNICIPIO DE FLORIDABLANCA (SANTANDER)

Asunto: Auto que rechaza por improcedente la solicitud de probatoria presentada por el actor, la cual consiste en requerir al representante legal del partido Cambio Radical.

Extracto: “En primer lugar, la solicitud probatoria resulta **inoportuna**. Sabido es que en el trámite de los procesos que se adelantan ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo, los operadores jurídicos deberán observar, además de los principios constitucionales, los principios que informan el derecho procesal², entre los cuales, **el principio de eventualidad³** ocupa un lugar de suma importancia.

(...)

Así las cosas, el artículo 212 del CPACA establece diversas situaciones de procedencia de la solicitud, entre las cuales, se encuentran: (i) el mutuo acuerdo de las partes; (ii) la omisión en la práctica de pruebas decretadas en primera instancia; (iii) los hechos sobrevinientes; y (iv) la imposibilidad de solicitar pruebas por fuerza mayor o caso fortuito en primera instancia.

1 Entendido este como “una convocatoria directa al soberano, para que ‘de manera autónoma defina su propio destino’, o se pronuncie sobre ‘una decisión fundamental para la vida del Estado y de la sociedad’” (Cfr. Sentencias Corte Constitucional, C-150 de 2015 y C-379 de 2016).

2 **Artículo 103 CPACA. Objeto y principios.** (...) En la aplicación e interpretación de las normas de este código deberán observarse los principios constitucionales y los del derecho procesal.”

3 El principio de eventualidad goza de un asiento constitucional, en el artículo 228 Superior. “(...) Los términos procesales se observarán con diligencia y su incumplimiento será sancionado.”

Bajo este panorama, la solicitud elevada por el recurrente, en su escrito de impugnación, no tiene vocación de prosperidad, por cuanto no se encausa en ninguna de las causales anteriormente citadas.”

Decisión: RECHAZAR POR IMPROCEDENTE la solicitud probatoria, consistente en requerir al representante legal del partido Cambio Radical, propuesta por el señor Giovanni Reyes Silva en su escrito de impugnación contra la sentencia de 17 de mayo de 2016 proferida por el Tribunal Administrativo de Santander.

LUCY JEANNETTE BERMÚDEZ BERMÚDEZ
Consejera de Estado

* * *

**CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCIÓN QUINTA**

Consejera ponente: LUCY JEANNETTE BERMÚDEZ BERMÚDEZ

Bogotá, veintiséis (26) de septiembre de dos mil dieciséis (2016).

Radicación número: 50000-23-41-000-2014-00042-02

Actor: JAIRO ANTONIO RODRÍGUEZ CASTELBLANCO Y OTRA

Demandado: ANDREA PRINCESS GONZÁLEZ HUÉRFANO

Asunto: Auto por el cual se resuelve rechazar de plano la solicitud de nulidad procesal planteada luego de emitirse sentencia de segunda instancia. La solicitud carece de pertinencia, razonabilidad y oportunidad.

Extracto: *“La apoderada de los demandantes pretende que como consecuencia de lo decidido en el fallo del pasado 8 de septiembre de 2016, por medio del cual la Sala de la Sección Quinta se inhibió de resolver el asunto de la referencia, atendiendo a que no se cuestionaba un acto de nombramiento, se disponga por se la orden de dar trámite a la demanda bajo el medio de control de nulidad, el que además considera de competencia de la Sala Plena del Consejo de Estado.*

(...) la accionante no está controvirtiendo que el fallo dictado el 8 de septiembre de 2016 se encuentre de una parte viciado de nulidad bajo alguna de las causales que la ley prevé en el artículo 294 del CPA-CA, entratándose de procesos adelantados bajo el medio de control de nulidad electoral. Esta circunstancia impone que la solicitud se rechace de plano por cuanto el reclamo invocado no se circunscribe a ninguna de las anunciadas causales especiales.

(...) en lo que respecta al planteamiento de que el haber eliminado las pretensiones económicas de la demanda constituyó que el medio de control procedente, a su juicio, ahora resulte ser el de simple nulidad, y que el no habersele dado este trámite en la sentencia del 8 de septiembre de 2016 implica que se incurrió en la causal del numeral 2° del artículo 133 del C.G.P., para este Despacho tal argumento, es extemporáneo.

(...) debió haberse planteado cuando se tomó la determinación de admitir como de nulidad electoral la demanda, y no valerse ahora, en razón a que sus peticiones no fueron acogidas, a presentar cuestionamientos por la decisión del juez ad quem

(...)

(...) Las circunstancias a las que alude se ponen de manifiesto luego de agotarse un proceso, lo que advierte que su reclamo es producto de pretender convalidar su incuria por no obrar en tiempo, pues si consideró que existía algún tipo de afectación debió ponerlo en conocimiento ante las autoridades competentes

Lucy Jeannette Bermúdez Bermúdez

(...)

Finalmente, no puede dejar de lado este Despacho el llamado a la apoderada judicial de las investigaciones y sanciones que acarrea el abuso que pueden representar el uso excesivo e impertinente de los medios judiciales, pues si bien es cierto todos los ciudadanos están legitimados para cuestionar las decisiones de la administración, este derecho no habilita que el ejercicio de acción desborde el propósito de los medios de control y se utilicen sin razonabilidad y con fines diferentes a los que le fueron fijados.

En este caso, ha quedado visto que lo pretendido en últimas es controvertir una decisión de naturaleza jurisdiccional proferida por la Superintendencia de Industria y Comercio, y con tal fin ha buscado cuestionar actuaciones intermedias que considera podrían tener incidencia en este propósito

(...)

Todo lo anterior, conlleva a señalar que las peticiones de la apoderada no tienen un sustento de pertinencia, razonabilidad y oportunidad en el ejercicio de los medios judiciales que tuvo a su alcance, y que pretende viabilizar a través del requerimiento que el Despacho encontró inoportuno.

Decisión: RECHAZAR DE PLANO la solicitud de nulidad planteada por la apoderada de los demandantes, atendiendo a las razones expuestas en la parte motiva de esta decisión.

ADVERTIR a la apoderada judicial de los demandantes que la interposición de peticiones impertinentes acarrea sanciones que pueden ser impuestas de conformidad con dispuesto en el artículo 295 del CPACA.

LUCY JEANNETTE BERMÚDEZ BERMÚDEZ
Consejera de Estado

* * *

CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCIÓN QUINTA

Consejera ponente: LUCY JEANNETTE BERMÚDEZ BERMÚDEZ

Bogotá, D.C., diez (10) de octubre de dos mil dieciséis (2016)

Radicación número: 11001-03-28-000-2016-00069-00

Actor: CARLOS LEONARDO HERNÁNDEZ

Demandado: PROCURADORES DELEGADOS PARA LA CONCILIACIÓN ADMINISTRATIVA

Asunto: Auto que remite por competencia el asunto al Tribunal Administrativo de Cundinamarca, ya que el medio de control de nulidad electoral dirigido en contra del acto de nombramiento de un cargo del nivel profesional, releva de la competencia de éste, en única instancia y no de la Sala Especializada en asuntos electorales del Consejo de Estado, conforme al artículo 151 del CPACA.

Extracto: “En consideración, que el demandante pretende que se anulen los nombramientos realizados para el cargo de Procurador Judicial II Delegado para la Conciliación Administrativa, este Despacho debe advertir que de conformidad con el Decreto número 264 de 2000¹ dicho cargo pertenece **al nivel profesional.**” II “De acuerdo con lo anterior y teniendo en cuenta el numeral 13 del artículo 151 del C.P.A.C.A., resulta claro que el Consejo de Estado carece de competencia para conocer del presente asunto pues el mismo está asignado a los Tribunales Administrativos, en única instancia...”

1 “por el cual se establecen el sistema de clasificación y nomenclatura, y la naturaleza de las funciones de los empleos de la Procuraduría General de la Nación incluidos los del Instituto de Estudios del Ministerio Público”.

Decisión: *Así las cosas, se dispone que, una vez ejecutoriada la presente decisión, el expediente se remita al Tribunal Administrativo de Cundinamarca (Reparto), para lo de su competencia.*

LUCY JEANNETTE BERMÚDEZ BERMÚDEZ
Consejera de Estado

* * *

CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCIÓN QUINTA

Consejera ponente: LUCY JEANNETTE BERMÚDEZ BERMÚDEZ

Bogotá, D.C., veintisiete (27) de octubre de dos mil dieciséis.

Radicación número: 13001-23-33-000-2016-00313-01

Actor: VEEDURÍA CIUDADANA QUINTA VENTANA TU VEEDURÍA (JORGE ELIÉCER QUINTANA SOSA)

Demandado: NUBIA FONTALVO HERNÁNDEZ (CONTRALORA DISTRITAL DE CARTAGENA).

Asunto: Auto que confirma auto mediante el cual el Tribunal Administrativo de Bolívar, declaró no probadas las excepciones de inepta demanda

Extracto: “EXCEPCIÓN PROPUESTA POR LA PARTE DEMANDADA: *Inepta demanda por omisión en demandar el acto electoral idóneo, porque el acto administrativo a demandar era el acto inicial y originario de fecha 8 de enero de 2016 expedido por el Concejo Distrital de Cartagena y no el acto inexistente de fecha 21 de febrero de 2016.*

(...)

Estos elementos son predicables del acto demandado, pues en cuanto a la capacidad fue dictado por el Concejo Municipal dentro de sus competencias para elegir Contralora municipal, la voluntad aparejada con el cumplimiento de sus funciones se vio complementada con el respeto y la observancia a la decisión del juez de tutela; su objeto elegir al funcionario quien dirige los destinos del orden de control y la causa, derivada también del principio de legalidad de su función pública que le impone proveer dicha designación y los cuales en esta etapa del proceso se advierten cumplidos por el acto electoral de 21 de febrero de 2016.

En realidad, lo que se advierte es que la recurrente, confunde los presupuestos de la esencia con un elemento invalidante como fue la decisión de un juez de tutela que le impuso al Concejo retrotraer la actuación y elegir nuevamente contralor; dejando así ineficaz el acto de 8 de enero de 2016.

Se dirá entonces que su argumento campea en el ámbito de los requisitos de la validez como es la “licitud” o mejor la legalidad de la causa, la cual tampoco podría ser invalidada en forma indirecta, como es el propósito de la excepcionante hoy recurrente, argumentando la incompetencia de la autoridad jurisdiccional de tutela para detener los efectos del acto administrativo, porque precisamente lo que se juzga en este asunto de nulidad electoral es la legalidad del acto electoral y no la actuación de la autoridad judicial.

Abora bien, en el caso que ocupa la atención de la Sala, lo cierto es que de todos modos, la demanda de nulidad electoral fue encausada contra un acto electoral que material y jurídicamente existe, que es el que corresponde ser enjuiciado porque fue el último expedido, toda vez que el primero fue dejado sin efectos por la autoridad jurisdiccional de tutela competente y, en esos términos, fue admitido el libelo inicial contra ese acto, sin que pueda aseverarse que no sea el acto demandable, más aún cuando las decisiones tutelares quedaron en firme, la autoridad administrativa electoral dio cumplimiento a la orden judicial de amparo y, la Corte Constitucional, como obra en certificación obrante a folio 618, la excluyó de revisión e incluso negó la solicitud de insistencia del Magistrado Pretelt Chaljub.

Excepción previa de inepta demanda por incapacidad o indebida representación del demandante o del demandado” y que el Tribunal nominó como “Incapacidad procesal del Concejo Distrital de Cartagena de Indias – Incapacidad del demandado”.

(...)

*En efecto, tradicionalmente, el proceso contencioso administrativo de cara al acto administrativo ha sido unívoco en considerar que la parte demandada es la entidad pública o el funcionario público que **expidió el acto** y es en este punto que el artículo 159 del CPACA cobra toda su magnitud y exigencia.*

*Pero ello no acontece con el medio de control de nulidad electoral, cuyo derrotero es que el **demandado es el elegido, nombrado o llamado** y no la entidad pública que expidió el acto o que concurrió en su formación o a la que pertenece orgánicamente el funcionario cuya designación se demanda.*

(...)

*Así las cosas, por eso la Sección Quinta como juez ad quem, observa que el pronunciamiento admisorio del Despacho a quo, tuvo la claridad acorde a la normativa para determinar que la señora **NUBIA FONTALVO HERNÁNDEZ**, concurre como **demandada**, en tanto fue elegida en calidad de Contralora Municipal de Cartagena, siendo ésta, la elección que se cuestiona en nulidad electoral, pero también citó al Concejo Distrital de Cartagena de Indias como entidad de elección popular que tuvo a su cargo la designación de la elegida, sin que puedan mezclarse o confundirse los papeles propios que el legislador le asignó a cada sujeto procesal, en este caso al legitimado en la causa por pasiva (elegido, nombrado o llamado) y a quien concurre en calidad de interviniente facultativo (la entidad que expidió el acto de elección demandado), lo cual se reitera, es acorde a las previsiones y alcances del artículo 277 del CPACA.*

(...)

*Todas las anteriores razones que llevan a la Sección Quinta a no encontrar procedente los argumentos de los recursos de apelación incoados por el **CONCEJO DISTRITAL DE CARTAGENA DE INDIAS** y la demandada **NUBIA FONTALVO HERNÁNDEZ** y, al paso, tampoco advierte, vulneración de derechos fundamentales ni de norma procesal alguna, de cara al análisis y declaratoria de no probadas de las excepciones previas. En consecuencia, no hay lugar a revocar la decisión del Tribunal a quo”*

Decisión: CONFÍRMASE el auto de 12 de septiembre de 2016, dictado en audiencia inicial de la misma fecha, por el Tribunal Administrativo de Bolívar, mediante el cual declaró no probadas las excepciones previas de inepta demanda: por “Incapacidad o indebida representación del demandante o del demandado” y que el Tribunal nominó como “Incapacidad procesal del Concejo Distrital de Cartagena de Indias – Incapacidad del demandado” propuesta por el Concejo Distrital de Cartagena de Indias y, por no demandar el acto electoral propuesta por la demandada **NUBIA FONTALVO HERNÁNDEZ**.

LUCY JEANNETTE BERMÚDEZ BERMÚDEZ
Presidenta

ROCÍO ARAÚJO OÑATE
Consejera de Estado
CARLOS ENRIQUE MORENO RUBIO
Consejero de Estado
ALBERTO YEPES BARREIRO
Consejero de Estado

CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCIÓN QUINTA

Consejera ponente: LUCY JEANNETTE BERMÚDEZ BERMÚDEZ

Bogotá, D.C., veintisiete (27) de octubre de dos mil dieciséis (2016)

Radicación número: 73001-23-33-000-2016-00261-01

Actor: WILSON LEAL ECHEVERRY

Demandado: DORIS CAVIEDES RUBIANO

Asunto: Auto que confirma suspensión provisional de la secretaria del Concejo Municipal de Ibagué.

Extracto: “Para el Tribunal Administrativo de Ibagué, la elección de la señora **DORIS CAVIEDES RUBIANO** como Secretaria General del Concejo Municipal de Ibagué ‘... no contó siquiera con las etapas que estructuran la elección de los personeros municipales contenidas en el Decreto 2485 de 2014, con el lleno de los formalismos que la rigen, pues, brilló por su ausencia una convocatoria, el reclutamiento, la etapa de pruebas, y la conformación de la lista de aspirantes en los términos de la normativa en mención (...) que por analogía debe aplicarse al caso de autos ante vacío normativo existente en lo que respecta a la elección de referido servidor público’. (Fl. 127)

Agregó que la Ley 136 de 1994 señaló en el artículo 37 que la elección del Secretario General del respectivo Concejo Municipal la realizará este mismo para un periodo de un año, y que a pesar de que no existe un procedimiento concreto que se deba desplegar para ello “el Honorable Concejo Municipal, asumió para la elección del secretario de la corporación para el año 2016, la figura de la **convocatoria pública** (...) respetando lo consignado en el inciso 2 del artículo 125 de la carta (sic) política (sic) que predica, ‘los funcionarios, cuyo sistema de nombramiento no haya sido determinado por la Constitución o la ley, serán nombrados por concurso público’ aunque esta norma constitucional es aplicable a los cargos de carrera”. Para respaldar lo dicho, argumentó que, acorde con el artículo 5º de la Ley 909 de 2004, el cargo de secretario general, por ser de periodo fijo, no es de carrera administrativa.

Sobre las facultades regulatorias de las corporaciones nominadoras ante la ausencia de la ley que desarrolle el procedimiento para llevar a cabo una convocatoria pública.

El artículo 126 de la Constitución, modificado por el artículo 2º del acto legislativo número 2 de 2015, prescribe:

‘Salvo los concursos regulados por ley, la elección de servidores públicos atribuida a corporaciones públicas deberá estar precedida de una **convocatoria pública reglada por la ley**, en la que se fijen requisitos y procedimientos que garanticen los principios de publicidad, transparencia, participación ciudadana, equidad de género y criterios de mérito para su selección’ (negrillas propias).

De lo anterior emerge, con total transparencia, que, para esta Sección, por un lado, la falta de una ley que regule la convocatoria pública no constituye un obstáculo insalvable para que los operadores jurídicos la lleven a cabo, pues hasta que el legislador llene tal vacío las corporaciones nominadoras cuentan con la autonomía suficiente para determinar sus parámetros en cada caso.

Tal y como se mostró, en la convocatoria pública de que trata el artículo 126 Constitucional deben fijarse requisitos y procedimientos que garanticen criterios de mérito. Este principio es cardinal de la función pública, e irradia nuestro Ordenamiento Supremo, a partir de premisas también consagradas en otros artículos, como el 125, 266 y 279 de la Carta.

La medida de suspensión provisional solicitada se erigió en torno a la ausencia de criterios de mérito en la convocatoria pública realizada por el Concejo Municipal de Ibagué para elegir a su Secretario(a) y la ausencia de una ley que regulara tal procedimiento. Ello con base en lo prescrito por el artículo 126 Superior actual.

Lucy Jeannette Bermúdez Bermúdez

*Pues bien, una vez analizada la Resolución 002 de 4 de enero de 2016, “Por medio de la cual se realiza una convocatoria pública para inscripción de hojas de vida de aspirantes al cargo de Secretario(a) del Concejo Municipal de Ibagué para el año 2016”, se aprecia que su tenor literal consta de unos considerandos que remiten a los requisitos para ser Secretario del Concejo; adicional, se encuentra una parte resolutive en donde **no se hizo alusión alguna al criterio de mérito**; no se atendieron factores diferenciales de experiencia, formación académica, conocimientos, ni de ninguna otra índole y mucho menos su forma de ponderación, más allá de lo que la ley establece como condición mínima de elegibilidad.*

Por ello, no es posible establecer que la Selección que desembocó en el proceso de la referencia estuviera destinada a recaer sobre los aspirantes más idóneos para ocupar el cargo, toda vez que supeditar los criterios de mérito al cumplimiento de los requisitos normativos mínimos implica desconocer la teleología de la reforma introducida al artículo 126 de la Constitución y su efecto útil, pues antes de la misma, igualmente, para el acceso a todo cargo público –independientemente de su naturaleza– también era menester cumplirlos, inclusive, si se omite por completo la lectura del artículo ibídem, en nada cambiaría el referido hecho.”

Decisión: CONFIRMAR la suspensión provisional decretada por el Tribunal Administrativo del Tolima en auto de 23 de mayo de 2016, pero por las razones expuestas.

LUCY JEANNETTE BERMÚDEZ BERMÚDEZ
Presidenta

ROCÍO ARAÚJO OÑATE
Consejera de Estado
CARLOS ENRIQUE MORENO RUBIO
Consejero de Estado
ALBERTO YEPES BARREIRO
Consejero de Estado

* * *

CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCIÓN QUINTA

Consejera ponente: LUCY JEANNETTE BERMÚDEZ BERMÚDEZ

Bogotá D.C., veintisiete (27) de octubre de dos mil dieciséis (2016)

Radicación número: 73001-23-33-000-2016-00261-02

Actor: WILSON LEAL ECHEVERRY

Demandado: DORIS CAVIEDES RUBIANO COMO SECRETARIA GENERAL DEL CONCEJO MUNICIPAL DE IBAGUÉ PARA EL AÑO 2016

Asunto: Auto confirma no probada la excepción previa de caducidad – referente de caducidad es publicación del acto de elección y no fecha de sesión plenaria.

Extracto: “Con respecto a la oportunidad para demandar en ejercicio del medio de control de nulidad electoral, el artículo 164.2.a del CPACA consagra:

“Artículo 164. Oportunidad para presentar la demanda. La demanda deberá ser presentada:

(...)

2. En los siguientes términos, so pena de que opere la caducidad:

a) Cuando se pretenda la nulidad de un acto administrativo electoral, el término será de treinta (30) días. Si la elección se declara en audiencia pública el término se contará a partir del día siguiente; en los demás casos de elección y en los de nombramientos se cuenta a partir del día siguiente al de su publicación efectuada en la forma prevista en el inciso 1° del artículo 65 de este Código”.

De ahí que existe una regla general que conduce a que los actos de elección producidos una **audiencia pública** puedan ser demandados a partir del día siguiente a la misma y hasta 30 días después; y una excepción, que impone que, **en los demás casos**, el término de caducidad opere entre la publicación del acto y el acaecimiento del término mencionado –sin que la falta de publicación se oponga a la posibilidad de demandar, pues, lo contrario sería considerar que la falta deliberada de publicación pueda limitar el derecho que le asiste a los ciudadanos a cuestionar la legalidad del acto.

(...)

De lo anterior se desprende que no toda designación realizada en espacios abiertos al público puede ser considerada “audiencia pública”, pues, como se vio, en principio, esa connotación es destinada para las elecciones por voto popular, y además, en todo caso, para que se entienda configurada es menester la participación activa del público como parte del procedimiento adelantado en un sentido jurídico y no como un mero espectador de la misma.

Ello es lo que la diferencia de una mera “sesión pública”, ya que en esta última no precisa de la participación del público, entendido como la sociedad en general, con la vocación de comprometer determinadas decisiones del trámite electoral o inducir consecuencias jurídicas dentro del mismo.

En el presente asunto, se cuestiona la elección de la señora **DORIS CAVIEDES RUBIANO** como Secretaria General del Concejo Municipal de Ibagué para el año 2016. Esta se llevó a cabo por parte de esa misma Corporación en sesión plenaria de 7 de enero de 2016 (fl. 1 y ss.), según se lee de su Acta número 006 de esa misma fecha, fue publicada en el aplicativo web de dicha entidad el 17 de febrero de 2016 (fl. 96).

Como la elección fue realizada por una corporación pública, es claro que no corresponde a una por voto popular. Así mismo, por la naturaleza de ese cuerpo colegiado, resulta evidente que el acto de designación se llevó a cabo en una “sesión pública”, mas no en una “audiencia pública”, comoquiera que carece de la participación activa del público, en sentido jurídico, dentro del proceso electoral.

Ahora, el hecho de que los aspirantes al cargo de Secretario de la mencionada Corporación puedan intervenir, así como “los representantes de la comunidad” (art. 29.7 Reglamento Interno del Concejo¹) no le confiere a la sesión plenaria el carácter de “audiencia pública”, pues ello no puede en manera alguna ser asimilado a un acto de voluntad popular vinculado a la función electoral, que tenga la vocación necesaria para incidir en la decisión que finalmente corresponde, en su autonomía, al referido órgano político administrativo del municipio (art. 35 Ley 136 de 1994).

En ese orden de ideas, se concluye que el medio de control de nulidad electoral podía ser presentado de manera oportuna hasta el 6 de abril de 2016, es decir, dentro de los 30 días siguientes a la publicación del acta de la sesión en la que se llevó a cabo la cuestionada elección.

Entonces, tomando en consideración que la demanda de la referencia se radicó ante el Tribunal Administrativo del Tolima el 4 de abril de 2016 (fl. 86), para esta Sección deviene palmario que no se encuentra afectada por el fenómeno de la caducidad y que, por ende, le asistió razón a dicho a quo al declarar no probada la excepción que sobre esa base propusieron la demandada y el Concejo Municipal.”

1 Resolución Número: 061 de mayo 27 de 2004, modificada por el Acuerdo 022 del 6 de diciembre de 2006.

Lucy Jeannette Bermúdez Bermúdez

Decisión: CONFIRMAR la decisión adoptada en la audiencia inicial celebrada el 29 de julio de 2016, mediante la cual el Tribunal Administrativo del Tolima declaró no probada la excepciones previas de caducidad propuesta por los recurrentes.

LUCY JEANNETTE BERMÚDEZ BERMÚDEZ
Presidenta

ROCÍO ARAÚJO OÑATE
Consejera de Estado
CARLOS ENRIQUE MORENO RUBIO
Consejero de Estado
ALBERTO YEPES BARREIRO
Consejero de Estado

* * *

CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCIÓN QUINTA

Consejera ponente: LUCY JEANNETTE BERMÚDEZ BERMÚDEZ

Bogotá, D.C., veinticuatro (24) de noviembre de dos mil dieciséis (2016)

Radicación número: 11001-03-28-000-2016-00072-00

Actor: ASOCIACIÓN SINDICAL DE PROFESORES UNIVERSITARIOS DE LA UNIVERSIDAD
COLEGIO MAYOR DE CUNDINAMARCA

Demandado: CARLOS ALBERTO CORRALES MEDINA, RECTOR DE LA UNIVERSIDAD COLEGIO
MAYOR DE CUNDINAMARCA

Asunto: Providencia que admite demanda de nulidad electoral en contra del acto de elección del demandado, al acreditarse todos y cada uno de los requisitos contenidos en los artículos 162 y 166 del CPACA. Igualmente, decreta la suspensión de los efectos del acto acusado, al encontrarse corroborada la vulneración a la prohibición contenida en el artículo 126 constitucional.

Extracto: “Así las cosas, al estar demostradas las exigencias requeridas para tener por probada la incursión del demandado en la inhabilidad contenida en el artículo 126 de la Constitución Política, la Sala decretará la suspensión provisional de los efectos del Acuerdo número 20 de 12 de septiembre de 2016 por medio del cual se designó al señor CARLOS ALBERTO CORRALES MEDINA rector de la Universidad Colegio Mayor de Cundinamarca, periodo 2016-2020.”

Decisión: CONFIRMAR el auto de 18 de noviembre de 2015, proferido por el Tribunal Administrativo del Quindío, mediante el cual rechazó la demanda de nulidad electoral, presentada por Érica Fernanda Falla García contra el acto de elección del señor Orley Ortegón Gallego, como Concejal del Municipio de Armenia – Quindío.

LUCY JEANNETTE BERMÚDEZ BERMÚDEZ
Presidenta

ROCÍO ARAÚJO OÑATE
Consejera de Estado
CARLOS ENRIQUE MORENO RUBIO
Consejero de Estado
ALBERTO YEPES BARREIRO
Consejero de Estado

CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCIÓN QUINTA

Consejera ponente: LUCY JEANNETTE BERMÚDEZ BERMÚDEZ

Bogotá, D.C., diecinueve (19) de diciembre de dos mil dieciséis (2016)

Radicación número: 11001-03-28-000-2016-00081-00

Actor: WILLIAM EFRAÍN CALVACHI OBANDO Y DAVID NARVÁEZ GÓMEZ

Demandado: CONSEJO NACIONAL ELECTORAL

Asunto: Nulidad Electoral - Auto que admite la demanda y resuelve sobre la solicitud de medidas cautelares de urgencia. Se adoptan medidas cautelares para avanzar en la implementación de los Acuerdos de Paz entre el Gobierno y las FARC. El fraude al sufragante constituye violencia psicológica contra el elector, que ejercida de forma global, masiva y sistemática con el potencial de afectar los resultados del acto plebiscitario enjuiciado.

Extracto: *“De conformidad con lo anterior y la jurisprudencia de esta Sala de Decisión en la que se señala que el acto electoral es aquel por medio del cual la administración declara una elección por voto popular, la declaratoria del resultado de esta votación por el Consejo Nacional Electoral es un acto electoral, pues por medio de este se declaró como ganadora de la elección por voto popular la opción que obtuvo el mayor número de votos.*

De acuerdo con el artículo 149.14 del CPACA, por razón de la regla residual contenida en esa disposición, el juez competente para conocer del proceso de nulidad electoral que se origina con esta demanda es el Consejo de Estado a través de su Sección Quinta, por la naturaleza del asunto, en atención al reparto por especialidades establecido en el artículo 13 del Reglamento Interno del Consejo de Estado | | (...) medidas cautelares de urgencia diferentes a la suspensión provisional de los efectos del acto administrativo demandado, (...) de conformidad con el artículo 230 del CPACA deben ser conocidas por el Juez o Magistrado Ponente. | | (...) en la acción de nulidad electoral, y más si la petición es de urgencia, no es dable exigir constitución en caución previa a la decisión de medida cautelar.

(...)

(...) el derecho de los ciudadanos a ejercer campañas que promovieran las opciones del “sí” o el “no”, en el contexto del plebiscito especial del pasado 2 de octubre, debía igualmente armonizarse con el derecho de los electores a desempeñar su derecho al voto sin ningún tipo de coacción física o psicológica, para lo cual era preciso el desarrollo de campañas limpias y transparentes, centradas en el debate en torno al texto del acuerdo. En otros términos, del debido funcionamiento de las campañas dependía el hecho de que los ciudadanos pudieran expresar públicamente sus preferencias y concurrir a la elección sin presiones de ninguna naturaleza, lo cual implicaba la eliminación de toda amenaza armada o fundada en cualquier modalidad de como pasará a estudiarse a continuación (...). | |

(...)

(...) el punto de partida natural debe ser el estado actual de la jurisprudencia electoral, que conduce a un entendimiento de la violencia como todo acto que afecte “... la expresión de la voluntad libre de los ciudadanos...” ya que “... toda actuación u omisión que afecte la libertad individual para decidir el sentido del voto infringe el núcleo esencial de este derecho constitucional...”². | | En este mismo sentido, resulta contundente el entendimiento que le dio la Sala a este indeseable fenómeno en el reciente fallo de los representantes a la Cámara por el departamento Guainía, en el que con vehemencia precisó que “dicha violencia comprende no solo las [formas] físicas sino también las psicológicas, el constreñi-

1 C. P. Darío Quiñones Pinilla, rad. 27001-23-31-000-2001-0641-01, demandado: ALCALDE DE MEDIO BAUDÓ.

2 Ibidem.

miento, la coacción o **cualquier tipo de situación que anule su libertad de escoger libremente la opción para ejercer el derecho al voto**, lo cual incluye el otorgamiento de dádivas considerado por el derecho penal como delito de corrupción al sufragante”³ | (...) si hechos constitutivos de “corrupción al sufragante” pueden perfectamente ser encuadrados en la modalidad de violencia psicológica, no habría razón constitucional y legalmente admisible –y que de eso no quepa la menor duda– para considerar que otro tipo de conductas de similar envergadura, que flagelan la integridad de la democracia con tanta o más severidad, como es el caso del **“fraude al sufragante”**⁴, no lo sean; máxime, cuando inclusive el legislador la ha tipificado como punible (...). | Y es que no podría ser de otra forma, pues resulta apenas lógico que el derecho al voto debe ser consciente e informado, ya que, de lo contrario, perdería todo sentido como expresión de la voluntad libre y soberana del pueblo, dando paso así a la exaltación de intereses particulares y mezquinos que privan a las instituciones y a las formas públicas de toda legitimidad. Si, tal y como lo previene el artículo 3º de la Carta Política, “La soberanía reside exclusivamente en el pueblo, del cual emana el poder público” y este “... la ejerce en forma directa o por medio de sus representantes, en los términos que la Constitución establece”, es apenas obvio que las instituciones, las decisiones y las formas de expresión del poder público que tengan su origen en el engaño al pueblo son en sí mismas un producto falaz, una burla y, por demás, un dislate que no puede comprometer su derecho supremo de autodeterminarse en un sentido específico, comoquiera que son el reflejo de una voluntad que, debiendo ser libre y soberana, ha sido violentada por causas que no encuentran justificación en un modelo de Estado social, constitucional y democrático de derecho, en tanto se imponen por la fuerza sobre el deseo real y consciente del elector. (...) Por segunda vez en la historia de Colombia, a pocos días del presente proveído, la ciudadanía fue convocada en cada rincón de la patria para adoptar una de las decisiones más trascendentales de los últimos tiempos; importancia que, indubitadamente, deviene de su proximidad con un tema tan sensible como lo es el conflicto armado que ha asolado en muchos aspectos la dignidad de nuestra nación y de todos aquellos seres humanos –en su mayoría arropados bajo el mismo pabellón– que, sin distinción de raza, condición y sexo, de una u otra forma, han sido víctimas de su ingente voracidad. Un proceso eleccionario de esta naturaleza, con más abínco que cualquier otro, merece ser resguardado de todo acto que afecte la pureza del sufragio y la verdad electoral, y especialmente exige ser protegido de cualquier intento de perturbación del ejercicio libre y soberano de la voluntad colectiva que obtiene su expresión material en el voto. De ahí que toda violencia –desde la concepción libertaria asumida por la jurisprudencia de esta Corporación– debe ser rechazada y contrarrestada de manera categórica. Este aspecto, además de explicarse en las consideraciones plasmadas en líneas previas, se justifica también en el hecho que en el proceso plebiscitario en cuestión no se enfrentaron intereses individuales de quienes pugnaban por lograr su designación como representantes de la sociedad ante algún estamento de la vida pública. Allí lo que estuvo en contienda fue la concepción bajo la cual **el pueblo soberano debía definir, de manera directa y autónoma, “su propio destino como nación”**⁵, a través de una **“decisión fundamental para la vida del estado y la sociedad”**⁶. (...) Es así que cuando mediante maniobras engañosas, se obtiene que la ciudadanía vote un plebiscito en determinado sentido –o incluso que se abstenga de hacerlo, si ello es el resultado de un comportamiento que coarta la libertad electoral– lo que se logra al final no es más que un resultado espurio, en la medida en que está edificado sobre la destrucción de los pilares sobre los cuales se levanta la democracia, y que son los mismos cuya preservación se extrema a través de los principios pro hominum (humanidad), pro electoratem (electorado) y pro sufragium (electores)⁷.

(...)

3 C. P. Lucy Jeannette Bermúdez Bermúdez, 21 de enero de 2016, rad. 11001-03-28-000-2014-00030-00, demandados: REPRESENTANTES A LA CÁMARA POR GUAINÍA.

4 Y en general cualquier otra que atente contra la libertad del voto.

5 Corte Constitucional, C-397 de 2016.

6 Ibídem.

7 Cfr. Sentencia de 7 de junio de 2016, C. P. Alberto Yepes Barreiro, rad. 11001-03-28-000-2015-00051-00, demandada: ONEIDA RAYETH PINTO PÉREZ – GOBERNADORA DE LA GUAJIRA.

es dable entender, única y exclusivamente para los fines de este caso en particular, que la incidencia del voto, a propósito de la nulidad electoral que escudriña este tipo de acciones judiciales, puede medirse en términos de una irregularidad que tiene el potencial de afectar de forma global el resultado del plebiscito, y que encuentra su causa en un eventual “fraude al sufragante” perpetrado de forma masiva y sistemática” || (...) Pretender que se demuestre voto a voto cuáles de estos se ven directamente afectados por la consumación de un acto de violencia psicológica que se traduce en engaño, sería tanto como vaciar de contenido y alcance la causal de nulidad, y prohibir entendimientos de la realidad eleccionaria que pugnen con el principio democrático, comoquiera que tal validación fáctica al interior del proceso judicial se constituiría en una probatio diabólica –exacerbada con ocasión del carácter secreto que tiene el voto (art. 258 C. P.)–, la cual opera en desmedro del derecho de toda la ciudadanía a conocer la verdad electoral y a tener certeza de que el acto mediante el cual definió su destino como nación es producto de una decisión autónoma, informada, libre y soberana.

En ese orden de cosas, todo engaño que anule la libertad del electorado para escoger autónomamente entre las opciones sometidas al mecanismo de participación en cuestión, entre los que destacan circunstancias como (i) la pululación de mentiras expuestas de formas masiva y sistemática, (ii) la creación de un clima rodeado de información sesgada y deliberadamente manipulada, (iii) así como la distorsión o tergiversación de la verdad mediante el uso de propaganda, o cualquier otro medio, o (iv) la omisión deliberada en la revelación de aspectos necesarios para la cabal comprensión de los diferentes puntos del “acuerdo de paz”, y (v) su manipulación en todos los niveles, provengan de quien provengan, son actos que constituyen violencia psicológica, cuya incidencia se expande isotrópicamente hacia todo el electorado, precisamente por el impacto de los medios naturalmente utilizados en época de campaña y por la relevancia misma que entraña el asunto sometido a votación.

Así las cosas, a este punto, es claro que el “fraude al sufragante”, en los términos descritos en esta providencia, constituye causal de nulidad electoral, y su configuración en relación con el resultado del plebiscito depende de la incidencia que tenga en la votación, la cual, para este caso, se mide en términos del grado de generalidad, masividad y sistematicidad de la afectación producida, y no bajo el tradicional sistema de formulación de cargos en términos de “zona, puesto, mesa”.

(...)

*aunque se admita que en principio quien invoca la violencia, como causal de anulación de los actos electorales, se encuentra obligado a probar los hechos en los que erige su demanda, dicha carga desaparece luego de que se alega en este sentido un hecho que está exento de prueba, por así disponerlo la ley, sin importar las razones que se tengan para ello. || (...) los reportajes, crónicas, noticias, opiniones y columnas aparecidos en los medios de comunicación, además de acreditar el tratamiento periodístico recibido por la información allí consignada, pueden tenerse como plena prueba, de forma independiente y autónoma¹, luego de que documentan (i) **hechos notorios y/o públicos**; (ii) **transcriban o reproduzcan declaraciones o comunicaciones de servidores públicos**. || (...) poder acuñar a un hecho la condición de notorio, con las consecuencias jurídicas que esto acarrea, resulta patente evidenciar que (i) su conocimiento es general por parte de las personas que conforman una determinada comunidad, sin importar que esta sea del orden local, regional o nacional, así como (ii) la certeza de esta divulgación por parte del juez².*

(...)

En consonancia con lo anterior, este Despacho atribuye un pleno alcance probatorio a las declaraciones del Gerente de la campaña del NO del Centro Democrático, plasmadas en entrevista de 5 de octubre

¹ Ya no visto en conjunto con los demás medios probatorios del Radicación.

² Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Ref. EXP. n.º. 7328. M.P. Silvio Fernando Trejos Bueno: Sentencia de 21 de mayo de 2002.

de 2016 en el diario la República, ya que éstas dan cuenta de un **becho notorto**, consistente en los métodos y estrategias de campaña utilizados en la contienda electoral que antecedió el plebiscito de 2 de octubre de 2016.

(...)

Así, la pretendida ideología de género no es la que se encuentra transversal en todo el acuerdo, como lo indicaron las campañas del NO, pues no hay un solo indicio que pueda demostrar que en ellos se encuentra presupuestos que vulneraban los derechos de la familia, que fue lo que se transmitió al electorado. (...) Por lo anterior, se puede concluir que efectivamente se mintió y se indujo al error por parte de los miembros de las campañas políticas del “no”, en relación a la eliminación de subsidios e incentivos, debido a que como se evidencio en estos ejemplos, traídos del acuerdo final, se otorgaran varias contribuciones a la sociedad campesina, siendo esta una de las más afectadas por el conflicto armado. (...) De lo anterior, se concluye que es completamente falso que los acuerdos fueran a modificar, o a perjudicar en algún sentido a las personas de la tercera edad o a las personas que estuvieran próximas a jubilarse, tal como se quiso hacer ver en las propagandas publicitarias del NO. Por el contrario, se evidencia que el Acuerdo propende por la inclusión a la seguridad social de todas las personas que aún no cuentan con ello, como es el caso de las personas del campo, que como se sabe han sido la población más afectada con todo el conflicto armado. || (...) Del texto transcrito se evidencia que las campañas políticas del NO, tergiversaron la verdad de los acuerdos en materia de sanción y de responsabilidad, se aprovecharon del desconocimiento de la mayoría de colombianos sobre el derecho penal para anunciar una impunidad absoluta de todos los delitos que los miembros del grupo guerrillero había cometido. || (...) Del análisis anterior se evidencia que no hay ninguna desprotección a las víctimas, por el contrario, se ilustran todos los mecanismos que se han acordado con el fin de darle prioridad a la reparación integral de todas aquellas personas que fueron afectadas en alguna medida por el conflicto armado., por lo que este Despacho concluye que en este punto también se tergiversó la realidad de lo plasmado en los acuerdos y se engañó a la ciudadanía. || (...) Como se puede ver, sobre este punto, no se mintió en las campañas del NO, pues es cierto que los guerrilleros podrán participar en política, sin embargo estos lo harán bajo las normas que se encuentran estipuladas y desarrolladas dentro del propio acuerdo. || (...) De la lectura del Acuerdo Final, no se encuentra un acápite que exponga con claridad la implementación de una reforma tributaria, sin embargo es muy fácil deducirla pues en el mismo se encuentra de manera transversal la creación de distintas instituciones que serán organizaciones encaminadas a contribuir con el desarrollo de la paz. De allí se puede entender que es posible que se necesitara una reforma tributaria que pueda inyectarle al Estado la fuerza económica que necesita para implementar los diferentes comités que se pretenden crear con la entrada en vigencia del mismo. || (...) Las campañas políticas del NO aseguraban que con la firma del acuerdo se cambiaría a un modelo de Estado basado en la dictadura y en la ilegitimidad de las instituciones, tal como, a su juicio, es el modelo que hoy absorbe a Venezuela.

(...)

Luego del anterior análisis, emerge con meridiana claridad que la información que se suministró al electorado en la fase definitiva de campaña reflejó una total tergiversación, en muchos de sus aspectos neurálgicos, del contenido del acuerdo sometido a votación el 2 de octubre de 2016, el cual fue determinante para la obtención del resultado en dicha contienda electoral, comoquiera que la manera sistemática y masiva en la que se llevaron a cabo las diferentes campañas generó una influencia global que torna imposible determinar con claridad la voluntad de los sufrágantes.

De ahí que, se concluya la existencia de un engaño generalizado que anuló la libertad del electorado para escoger autónomamente entre las opciones existentes frente al plebiscito en cuestión, pues, como se demostró, quedaron al descubierto mentiras expuestas de forma masiva y sistemática, sobre todo en relación con los temas de **ideología de género, eliminación de subsidios, afectación del régimen pensional, impunidad, víctimas y cambio a un modelo de Estado como el de Venezuela** a los cuales el Despacho se refirió en precedencia, lo cual, a su vez, provocó un clima de desinformación, manipulación, distorsión de la verdad –necesaria para la adopción de una decisión soberana– relacionada con la definición del destino de los colombianos sobre un asunto fundamental para la vida del Estado y la sociedad.

(...)

Por tal motivo, es necesario, desde este órgano jurisdiccional, adoptar una medida que permita avanzar en la implementación de los nuevos Acuerdos de la Habana y con ello disipar los peligros que derivan de la incertidumbre aparente que gobierna la institucionalidad del país, en cuanto atañe a este tema, del cual pende, en buena parte, una previsión inexorable y crucial para la estabilidad nacional: el cese al fuego bilateral, que se sostiene en la expectativa proporcionada por los avances en la activación de tales acuerdos, y que representa una garantía exponencial para la vida y la supervivencia de todas las personas que el Estado está obligado a proteger.

Se trata, entonces, de un motivo que bien vale la imposición de órdenes precautelativas por parte del juez de lo electoral, diferentes a la suspensión provisional, pues, a grandes rasgos, los beneficios que ofrece, al menos de manera transitoria –en razón del carácter que tiene este tipo de medidas judiciales–, son mayores que cualquier riesgo calculado que el país pueda asumir.

Decisión: ADMITIR la demanda de nulidad electoral promovida por los señores William Efraín Calvachi Obando y David Narváez Gomez, por lo que se dispone:

ABSTENERSE, por ahora, de resolver sobre la suspensión provisional de los efectos del acto demandado, por las razones expuestas en la presente providencia y, en consecuencia, disponer que se corra traslado de esta solicitud en cuaderno separado, de conformidad con el artículo 233 del CPACA.

DECRETAR las siguientes medidas cautelares de urgencia:

ORDENAR al Congreso de la República y al Presidente de la República AVANZAR CON LA IMPLEMENTACIÓN del actual “Acuerdo Final para la Terminación del Conflicto y la Construcción de una Paz Estable y Duradera”, disponiendo para ello –aún en sesiones extraordinarias convocadas para tal fin– de los mecanismos especiales de creación normativa establecidos en el Acto Legislativo 01 de 2016 (Fast Track), que para efectos del cumplimiento de esta medida cautelar ha de entenderse vigente. Ello, claro está, sin perjuicio de que en lo sucesivo medie un pronunciamiento expreso y definitivo de órgano competente en relación con la vigencia de la referida norma constitucional.

EXHORTAR a la Corte Constitucional para que PRIORICE la resolución de las demandas de constitucionalidad en las que deba pronunciarse expresamente sobre la vigencia del acto legislativo 01 de 2016, y en especial sobre el artículo 5° de dicha preceptiva.

LUCY JEANNETTE BERMÚDEZ BERMÚDEZ
Presidenta

ROCÍO ARAÚJO OÑATE
Consejera de Estado
CARLOS ENRIQUE MORENO RUBIO
Consejero de Estado
ALBERTO YEPES BARREIRO
Consejero de Estado

FALLOS

CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCIÓN QUINTA

Consejera ponente: LUCY JEANNETTE BERMÚDEZ BERMÚDEZ

Bogotá, D.C., veintiuno (21) de enero de dos mil dieciséis (2016).

Radicación número: 11001-03-28-000-2014-00030-00

Actor: CIRO ALBERTO VARGAS SILVA

Demandado: CARLOS ALBERTO CUENCA CHAUX Y EDGAR ALEXANDER CIPRIANO MORENO – REPRESENTANTES A LA CÁMARA POR EL DEPARTAMENTO DEL GUAINÍA

Asunto: Infracción de los artículos 40, 92, 95-7, 258 y 264 de la Constitución Política, 48 de la Ley 734 de 2002 y 137, 139, 149, 162, y 164 de la Ley 1437 de 2011. Se demanda la elección de los Representantes a la Cámara por el Departamento del Guainía por la causal de violencia por corrupción al sufragante, se niegan las pretensiones porque aunque existe prueba del otorgamiento de dádivas, no se probó si los ciudadanos constreñidos ejercieron efectivamente el voto, ni dónde, porque el actor no lo especificó, ni solicitó prueba alguna para establecerlo, tampoco se indicó en la demanda claramente cuántos votantes pudo haber afectado la violencia, ni se logró determinar en las diligencias.

Extracto: “La Sección Quinta del Consejo de Estado ha pasado de considerar que la violencia al elector era irrelevante para la acción de nulidad electoral, a aceptarla como causal de nulidad, aún antes de la entrada en vigencia de la Ley 1437 de 2011 – CPACA, que la estableció expresamente, y dicha violencia comprende no solo las físicas sino también las psicológicas, el constreñimiento, la coacción o cualquier tipo de situación que anule su libertad de escoger libremente la opción para ejercer el derecho al voto, lo cual incluye el otorgamiento de dádivas considerado por el derecho penal como delito de corrupción al sufragante, conducta que se enmarcaría en la descrita en el caso sub judice”

“Así mismo, frente a los requisitos para que se estructure la causal alegada de violencia psicológica relacionada con la corrupción al elector, la jurisprudencia de esta Sección¹ ha establecido que es necesario que se pruebe: **i)** las circunstancias de tiempo, modo y lugar que permitan demostrar que existió la violencia alegada, lo cual además del factor objetivo que incluye que los constreñidos **ejercieron el voto** en determinadas zonas, puestos y mesas, tiene un factor subjetivo, es decir que dicho voto se dio como **consecuencia de las dádivas ofrecidas y/o recibidas**; **ii)** que, en caso de violencia psicológica, las dádivas fueron **otorgadas por los demandados** con el propósito señalado por el demandante, es decir, para constreñir la voluntad del elector; **iii)** **cuántos** ciudadanos votaron en razón de haber recibido un pago o una promesa de dádiva; **iv)** que el fraude **de esos votantes tuvo la potencialidad de modificar el resultado electoral**”

“Junto con la extensión de la causal de violencia a los electores, que hizo el artículo 275 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo en el año 2011 como causal de nulidad electoral, esta misma normativa incluyó en su artículo 288 que en caso de declararse la nulidad de la elección por esta causal se ordenará repetir la elección en el puesto o puestos de votación

1 Consejo de estado. Sección Quinta. Rad. 2012-00011-01 sentencia de 26 de febrero de 2014. M.P. Lucy Jeannette Bermúdez Bermúdez. “Así pues, la ocurrencia del hecho violento (aspecto objetivo) con la afectación de la voluntad de quien es violentado (aspecto subjetivo) y/o la vulneración de la existencia física de los elementos electorales (aspecto físico o material), en concurrencia con la modificación del resultado electoral (aspecto consecuencial) son los presupuestos que deben acreditarse cuando se pretenda anular el acto de elección con base en hechos de violencia”.

2 Consejo de Estado. Rad. 11001-03-28-000-2010-00009-01. 3 de marzo de 2011. C.P. Mauricio Torres Cuervo.

afectados; y si se afectó más del veinticinco por ciento de los ciudadanos inscritos en el censo electoral, se ordenará repetir la elección.”

“Así mismo, ha indicado esta Sección, en reciente pronunciamiento³, que por ser la violencia una causal sui generis, además de estar acreditada con los requisitos atrás señalados, esta debe ser de tal entidad que haya afectado el resultado y se precisó que “no todo acto violento, por criticable que sea, da lugar siempre a la nulidad electoral”, que es una causal “sui generis” en tanto “sus presupuestos deben ser acreditados y ella -la violencia- debe ser de tal entidad que haya vulnerado y afectado el resultado electoral.”

*“Así las cosas, y con fundamento en la norma transcrita, se precisa que si bien no es necesario demostrar que la violencia aconteció en toda la circunscripción electoral para que se repita la elección –pues la exigencia mínima de afectación es del (25%) por ciento–, en todo caso, para la anulación de un acto de elección al que se endilga la causal de violencia, además de estar comprobado el elemento **cualitativo**, es decir, que efectivamente sí existió el acto de violencia alegado de conformidad con los requisitos señalados por la jurisprudencia de esta Sala Electoral, debe estar probado el elemento **cuantitativo**, esto es, que por dichas circunstancias existió mutación del resultado electoral, pues no basta que se realicen afirmaciones de “compras de votos” sin mayor sustento probatorio y sin que se demuestre que el resultado de los comicios es espurio al no traducir de manera fiel la voluntad libre, espontánea y soberana de los ciudadanos.”⁴*

“En consecuencia, si dentro del correspondiente trámite de la acción electoral se prueba que en una elección o nombramiento se ejerció cualquier tipo de violencia contra los electores –entre otros– y se logran demostrar tanto los elementos cualitativos como los cuantitativos de dicha causal, es deber del juez electoral declarar anular dicho acto administrativo”.

“Teniendo en cuenta que no es posible individualizar y establecer cuántos ciudadanos, a cambio de dádivas, ejercieron efectivamente el sufragio ni en dónde, o indicios que permitan esclarecerlo, no es posible para esta Sala de decisión inferir que las 20 familias o 200 personas que asistieron a la reunión efectivamente votaron a cambio de los ofrecimientos, y en tal sentido, que tuvo lugar la violencia aducida en la demanda y su proporción, pues además de las afirmaciones de los testigos, las otras pruebas relacionadas con el hecho, como la certificación de la Comercializadora El Castillo –a cuyo valor probatorio ya se refirió la Sala–, tampoco dan cuenta de dicha circunstancia.

Bajo ese marco situacional, está visto que no se configuró la causal alegada frente a las dádivas de materiales de construcción, puesto que solo existe el testimonio de tres personas sobre el ofrecimiento en una reunión, lo cual deviene insuficiente para establecer completamente el elemento cualitativo que exige la existencia de la violencia, porque no se probó si efectivamente los ciudadanos ejercieron el derecho al sufragio. Tampoco se puede determinar con claridad el elemento cuantitativo (cuántas personas actuaron bajo la promesa de recibir dádivas a cambio del voto). Mucho menos existe prueba frente a la afirmación sobre la realización de unos pozos profundos para los habitantes del Corregimiento de Barrancominas a cambio de votos, pues esta ni siquiera fue objeto de refrendación testimonial, cuando sabido es que, en estas circunstancias, la carga probatoria le compete a la parte actora.

A idéntica conclusión llega la Sala frente a la afirmación de que el demandado CUENCA CHAUX utilizó su poder político regional para que las autoridades locales y regionales, como la Registraduría Nacional del Estado Civil y la Policía Nacional, no investigaran sus presuntas actuaciones contrarias al ordenamiento, ya que no existe respaldo para tal aserto en el plenario.

Así las cosas, ante la ausencia de pruebas que permitan declarar la nulidad del acto administrativo de elección del demandado CARLOS ALBERTO CUENCA CHAUX, el mismo se mantiene incólume.”

³ Consejo de Estado Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta, sentencia 26 de febrero de 2014. M.P. Lucy Jeannette Bermúdez Bermúdez. Radicado Número: 66001-23-31-000-2012-00011-01.

⁴ Ver Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta, sentencia de 23 de junio de 2011. M.P. Susana Buitrago Valencia. Radicado Número: 11001-03-28-2010-00026-00.

“La Sala observa que si bien de la denuncia formulada por el señor Rojas Tomedes contra los demandados porque presuntamente cometieron delitos electorales tiene algunos supuestos fácticos que coinciden con los hechos de la demanda, de los mismos no existen las circunstancias de tiempo, modo y lugar que permitan, por sí solos o junto con las demás pruebas analizadas, concluir que se debe anular el acto administrativo de elección, visto que ni siquiera se encuentran determinadas las personas que presuntamente recibieron dádivas a cambio de sus votos. Y frente a los demás hechos que narra en la denuncia, es de indicar que los mismos son generales. Así las cosas, de la presente prueba solo se encuentra demostrado que existe una denuncia penal contra los demandados porque presuntamente cometieron delitos electorales.

5.6 Conclusión

Así las cosas, esta Sala de decisión observa que, a pesar de que en este caso existen pruebas sobre ofrecimientos de dádivas por los candidatos a cambio de votos y que 4 personas afirman haberlas recibido, para que se configure la causal de violencia por esta causa, además de las circunstancias de tiempo, modo y lugar del otorgamiento de dichas prebendas, es menester concretar también la ocurrencia del hecho frente a las zonas, puestos y mesas de votación donde los constreñidos depositaron sus votos -circunstancia que en este caso no se cumplió-, para luego si determinar a cuántos votantes afectó dicha violencia y establecer su repercusión e incidencia en la elección.

En el caso concreto, aunque existe prueba del otorgamiento de dádivas, no se probó si los ciudadanos constreñidos ejercieron efectivamente el voto, ni dónde, porque el actor no lo especificó, ni solicitó prueba alguna para establecerlo, tampoco se indicó en la demanda claramente cuántos votantes pudo haber afectado la violencia, ni se logró determinar en las diligencias, por ende no es posible de ninguna manera definir la incidencia en la elección de dicha violencia en el resultado final.

*En consecuencia, al no haberse probado la alegada violencia contra los electores, la Sala negará las pretensiones de la demanda de nulidad electoral invocada por el actor contra la elección de **CARLOS ALBERTO CUENCA CHAUX** y **EDGAR ALEXANDER CIPRIANO MORENO** como Representantes a la Cámara por el Departamento del Guainía para el periodo 2014-2018”*

Decisión: NEGAR las pretensiones de la demanda instaurada por el señor **Ciro Alberto Vargas Silva** contra la elección de **CARLOS ALBERTO CUENCA CHAUX** y **EDGAR ALEXANDER CIPRIANO MORENO** como Representantes a la Cámara por el Departamento del Guainía para el periodo 2014-2018, de conformidad con los motivos expuestos en esta providencia.

ACEPTAR la sustitución del poder del apoderado judicial de los demandados **CARLOS ALBERTO CUENCA CHAUX** y **EDGAR ALEXANDER CIPRIANO MORENO** en los términos del artículo 75 del CGP, y reconocer personería a la abogada **YENY CAROLINA PEÑA LUENGAS**.

NOTIFICAR a las partes de conformidad con el artículo 289 del CPACA.

ARCHIVAR el expediente una vez quede en firme el fallo.

ADVERTIR que contra la presente providencia no procede recurso alguno.

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

LUCY JEANNETTE BERMÚDEZ BERMÚDEZ
Presidenta

ROCÍO ARAÚJO OÑATE
Consejera de Estado
CARLOS ENRIQUE MORENO RUBIO
Consejero de Estado
ALBERTO YEPES BARREIRO
Consejero de Estado

CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCIÓN QUINTA

Consejera ponente: LUCY JEANNETTE BERMÚDEZ BERMÚDEZ

Bogotá D.C., diez (10) de marzo de dos mil dieciséis (2016)

Radicación número: 54001-23-31-000-2012-00001-03

Actor: SANTIAGO LIÑÁN NARIÑO

Demandado: DON AMARIS RAMÍREZ PARIS LOBO - ALCALDE DE CÚCUTA, NORTE DE SANTANDER, 2012-2015

Asunto: Se alega la violación de los artículos artículo 29 de la Constitución Política; (numeral 4º del artículo 95 de la Ley 136 de 1994, modificado por el artículo 37 de la Ley 617 de 2000; numeral 3º del artículo 86 de la Ley 222 de 1995; numeral 29 del artículo 2º del Decreto 1080 de 1996.

El actor señaló que el señor DON AMARIS RAMÍREZ PARIS LOBO estaba inhabilitado para ser alcalde de Cúcuta en tanto “... su hermano Carlos Eduardo Ramírez Quintana...”, dentro del año anterior a dicha elección, ejerció autoridad “política y/o administrativa” en Cúcuta como Intendente Regional de la Superintendencia de Sociedades, porque podía imponer multas, como en efecto lo hizo –según dijo– a quienes desobedeciera la ley o sus órdenes.

Extracto: “De conformidad con las razones plasmadas en el escrito de apelación el escrito de apelación de la Procuraduría 23 Judicial II de Cúcuta y las ordenes de tutela dictadas por la Sección Primera y la Sección Segunda de esta Corporación en el marco del proceso radicado con el número 11001-03-15-000-2014-00861 Corresponde a la Sección determinar lo siguiente:

Si el mencionado acto de elección del señor DON AMARIS RAMÍREZ PARIS LOBO se encontraba viciado de nulidad, al estar inhabilitado para ser elegido alcalde del Cúcuta en los comicios celebrados el 30 de octubre de 2011, por no reunir las calidades legales exigidas para ocupar el cargo, en la medida en que presuntamente incurrió en la causal de inhabilidad contenida en el numeral 4º del artículo 95 de la Ley 136 de 1994, modificado por el artículo 37 de la Ley 617 de 2000, dado su presunto parentesco de consanguinidad en segundo grado con el señor CARLOS EDUARDO RAMÍREZ QUINTANA, quien ejerció autoridad civil y administrativa en la ciudad de Cúcuta dentro de los 12 meses anteriores a la mencionada elección de alcalde.

Para resolver tal interrogante, la Sala desarrollara los siguientes temas: (i) naturaleza de las causales de inhabilidad en el proceso de nulidad electoral, (ii) inhabilidad por parentesco en la elección de alcaldes, (iii) prueba del parentesco por consanguinidad, (iv) filiación de los hijos matrimoniales y extramatrimoniales, (v) inaplicación de la causal de inhabilidad por enemistad de los parientes y (vi) caso concreto”.

“El proceso de nulidad electoral tiene como principal objetivo salvaguardar la legalidad de los actos de elección frente a los taxativos eventos que señala la ley¹, que pueden guardar relación con el proceso de elección mismo o con las calidades que debe reunir el funcionario nombrado o electo.

Dentro de las exigencias negativas predicables del servidor designado se encuentran las que versan sobre el régimen de inhabilidades del cargo ocupado o a ocupar.

Así, contraviene la legalidad de un acto de elección el hecho de que recaiga sobre una persona incurso en cualquiera de las causales de inhabilidad predicables del cargo, en virtud de los mandatos constitucionales y legales que lo regulen.

1 Entendida en su más amplia acepción, esto es, como norma jurídica.

En palabras de la Corte Constitucional, “...Las inhabilidades son aquellas circunstancias creadas por la Constitución o la ley que impiden o imposibilitan que una persona sea elegida, o designada para un cargo público (...) y tienen como objetivo primordial lograr la moralización, idoneidad, probidad, imparcialidad y eficacia de quienes van a ingresar o ya están desempeñando empleos públicos...”².

Claramente, se trata de exigencias que limitan o condicionan la garantía constitucional de igualdad de acceso a los cargos públicos, pero por motivos inspirados en el bien común y el interés general.

Esa connotación excluyente impone que cualquier pretensión hermenéutica que sobre ellas recaiga se oriente por el principio de interpretación restrictiva, que demanda que ante la dualidad o multiplicidad de intelecciones frente al precepto que las consagra, se prefiera la más benigna; y, al mismo tiempo, conlleva la proscripción de razonamientos basados en la extensión y la analogía.

Ahora, debe quedar claro que esta regla de interpretación opera necesariamente en los estudios normativos, mas no en la valoración probatoria, pues, mientras en el primer escenario se persigue la comprensión de una figura jurídica, de cara a la voluntad del Constituyente o el Legislador, entre las ambigüedades y vaguedades del lenguaje; en el segundo, se precisa la búsqueda armónica de la verdad jurídica y la material, como faro iluminador de la administración de justicia, para lo cual no sería dable tener en consideración las pruebas que solo favorezcan a determinada parte, habida cuenta que lo que prima en este caso es la autonomía del juez –unipersonal o colegiado–.

Lo anterior, lógicamente, sin perder de vista la teleología del proceso de nulidad electoral, que, como se dijo, en principio, no es otra que preservar la legalidad de la elección y la vigencia del orden jurídico.

Entonces, este mecanismo judicial, al menos en cuanto versa sobre los vicios del acto de elección, derivados del quebrantamiento del régimen de inhabilidades, constituye, si se quiere, “...el medio instituido para discutir en sede jurisdiccional, tanto la legalidad misma del acto de elección, como la pureza del sufragio y el respeto a la voluntad del elector...”³.

Es la propia naturaleza del estudio que concierne a esta vía judicial la que impone la objetividad del examen de las causales de inhabilidad, habida cuenta que, teniendo por propósito el acatamiento de las normas que gobiernan el proceso y la elección, no hay lugar a subjetivar la restricción a la elegibilidad, ya que, se insiste, es la legalidad de la elección –incluidos sus actos preparatorios o de trámite– lo que se juzga, y no el derecho del funcionario electo o sus condiciones de dignidad, virtud y moralidad para ocupar el cargo.

Esta es una de las sustanciales diferencias que existen entre el proceso electoral y otros, como el de pérdida de investidura de congresistas, diputados, concejales y ediles, dado que este último escenario conduce a un verdadero juicio o proceso jurisdiccional sancionatorio⁴”

“El numeral 4º del artículo 95 de la Ley 136 de 1994⁵, modificado por el artículo 37 de la Ley 617 de 2000⁶, prevé:

“ARTÍCULO 95. INHABILIDADES PARA SER ALCALDE. No podrá ser inscrito como candidato, ni elegido, ni designado alcalde municipal o distrital:

2 Sentencia C-903 de 2008, M. P. Jaime Araújo Rentería.

3 Corte Constitucional, sentencia SU-399 de 2012, M. P. Humberto Antonio Sierra Porto.

4 Según lo definió la Sala Plena de la Corporación, en reciente pronunciamiento de 30 de junio de 2015, C. P. Alberto Yepes Barreiro (E), exp. 11001-03-15-000-2013-00115-00(PI).

5 Por la cual se dictan normas tendientes a modernizar la organización y el funcionamiento de los municipios.

6 Por la cual se reforma parcialmente la Ley 136 de 1994, el Decreto Extraordinario 1222 de 1986, se adiciona la Ley Orgánica de Presupuesto, el Decreto 1421 de 1993, se dictan otras normas tendientes a fortalecer la descentralización, y se dictan normas para la racionalización del gasto público nacional.

(...)

4. **Quien tenga vínculos por matrimonio, o unión permanente, o de parentesco hasta el segundo grado de consanguinidad**, primero de afinidad o único civil, **con funcionarios que dentro de los doce (12) meses anteriores a la elección hayan ejercido autoridad civil, política, administrativa o militar en el respectivo municipio**; o con quienes dentro del mismo lapso hayan sido representantes legales de entidades que administren tributos, tasas o contribuciones, o de las entidades que presten servicios públicos domiciliarios o de seguridad social de salud en el régimen subsidiado en el respectivo municipio”.

“Dicha inhabilidad, según se advierte de la simple lectura del texto transcrito, demanda, para su configuración, la concurrencia de cuatro factores o elementos: **(i)** parentesco, **(ii)** ejercicio de autoridad, **(iii)** territorialidad y **(iv)** temporalidad.

2.5.1 El artículo 35 del Código Civil define el **parentesco por consanguinidad** como “...la relación o conexión que existe entre las personas que descienden de un mismo tronco o raíz, o que están unidas por los vínculos de la sangre”; y la mencionada inhabilidad cobija a los consanguíneos hasta en un segundo grado. Claramente, dentro de esta hipótesis se encuentran los hermanos, bien sea por compartir solo a uno de los padres o a ambos, pues la norma no establece distinción alguna.

2.5.2 En relación con el ejercicio de **autoridad civil y administrativa**, esta Sección se pronunció mediante sentencia de 9 de septiembre de 2005⁷. En aquella oportunidad, se refirió a ellas como una relación de mando obediencia, que se impone, incluso, a través de medidas coercitivas.

En ese momento, dejó en claro que la autoridad civil constituye un concepto genérico que abarca el de autoridad administrativa.

En todo caso, para dilucidar el alcance de la primera, en un asunto como el de la referencia, acudió a lo prescrito por el artículo 188 de la misma Ley 136 de 1994, que a la letra otra:

“ARTÍCULO 188. AUTORIDAD CIVIL. Para efectos de lo previsto en esta Ley, se entiende por autoridad civil la capacidad legal y reglamentaria que ostenta un empleado oficial para cualquiera de las siguientes atribuciones:

1. Ejercer el poder público en función de mando para una finalidad prevista en esta Ley, que obliga al acatamiento de los particulares y en caso de desobediencia, con facultad de la compulsión o de la coacción por medio de la fuerza pública.
2. Nombrar y remover libremente los empleados de su dependencia, por si o por delegación.
3. Sancionar a los empleados con suspensiones, multas o destituciones”.

Y concretó la autoridad administrativa, en el desempeño de dirección administrativa, definida por el nivel de autonomía con el que se ejerce o por las funciones encaminadas a satisfacer sus objetivos. Para desarrollar la idea, acudió a la introducción de un criterio orgánico y otro funcional, que buscó explicar esa especie de autoridad, asimilándola a los contenidos del artículo 190 ejusdem:

“ARTÍCULO 190. DIRECCIÓN ADMINISTRATIVA. Esta facultad además del alcalde, la ejercen los secretarios de la alcaldía, los jefes de departamento administrativo y los gerentes o jefes de las entidades descentralizadas, y los jefes de las unidades administrativas especiales, como superiores de los correspondientes servicios municipales.

⁷ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta, C. P. Darío Quiñones Pinilla, exp. 41001-23-31-000-2003-01299-02(3657).

También comprende a los empleados oficiales autorizados para celebrar contratos o convenios; ordenar gastos con cargo a fondos municipales; conferir comisiones, licencias no remuneradas, decretar vacaciones y suspenderlas, para trasladar horizontal o verticalmente los funcionarios subordinados reconocer horas extras, vincular personal supernumerario o fijarle nueva sede al personal de planta; a los funcionarios que hagan parte de las unidades de control interno y quienes legal o reglamentariamente tengan facultades para investigar las faltas disciplinarias”.

A manera de conclusión, en la citada providencia, que constituye un parámetro hermenéutico significativo para la Sección, se indicó:

De lo anteriormente expuesto se concluye que el ejercicio de autoridad administrativa como hecho que configura la inhabilidad prevista en el artículo 37, numeral 2º, de la Ley 617 de 2000, se refiere al desempeño de un cargo público que otorga a su titular poder de mando, facultad decisoria y dirección de asuntos propios de la función administrativa que se dirigen al funcionamiento del aparato administrativo.

Es claro, entonces, que para establecer si el ejercicio de determinado cargo público implica el ejercicio de autoridad administrativa, puede acudirse, o bien a un criterio orgánico, o bien a un criterio funcional. En virtud del primero, es posible entender que el ejercicio de determinado cargo conlleva el ejercicio de autoridad administrativa por tratarse de aquellos que, de conformidad con la ley, implican dirección administrativa, por ser ésta es una manifestación de dicha autoridad. Y, acudiendo al segundo, será posible concluir que las funciones propias de un determinado cargo implican el ejercicio de dicha autoridad, en atención al análisis que de dichas atribuciones haga el juzgador en el caso concreto.

Ahora bien, en este punto, debe existir total claridad en que no todo tipo de cargo, por autónomo que sea en la estructura orgánica de la administración, conlleva el ejercicio de autoridad administrativa”.

“En todo caso, los aludidos parámetros de caracterización de la autoridad civil y administrativa, contenidos en la mencionada sentencia de 2005, han sufrido algunas variaciones, pues, aunque la Sala Plena de la Corporación había reconocido la utilidad de tales esfuerzos argumentativos por definir la autoridad civil y la administrativa, ella misma, en providencia de 15 de febrero de 2011⁸, puso de manifiesto que (i) la autoridad civil no podía asimilarse como simple antítesis de la militar; (ii) la autoridad administrativa no puede entenderse como una especie de la civil; y (iii) lo descrito en el artículo 188 de la Ley 136 de 1994, es una muestra de lo que, por lo menos, es autoridad civil, mas no su entero universo.

Esta forma matizada de entender el ejercicio de autoridad civil, fue acogida por esta Sección, en sentencia de 19 de febrero de 2015⁹, de la cual se extrae:

“Sea lo primero advertir, que la noción de autoridad civil ha sufrido grandes transformaciones, pues a lo largo del tiempo la jurisprudencia del Consejo de Estado ha dotado con diverso contenido a esta acepción. No obstante lo anterior, en el año 2011 la Sala Plena de esta Corporación zanjó la discusión existente y señaló que:

“Estima la Corporación que la autoridad civil, para los efectos del artículo 179.5 CP, es una especie de la autoridad pública –como lo es la jurisdiccional, la política, la militar, la administrativa, entre otras-, y consiste en el ejercicio de actos de poder y mando, que se desarrollan mediante típicos actos de autoridad, así como a través de la definición de la orientación de una organización pública, y de sus objetivos y tareas, la cual ejerce un servidor público o un

8 C. P. Enrique Gil Botero, exp. No: 11001-03-15-000-2010-01055-00(PI), actor: Asdrúbal González Zuluaga, demandado: Noel Ricardo Valencia Giraldo.

9 C. P. Alberto Yepes Barreiro (E), exp. No: 11001-03-28-000-2014-00045-00, actor: José Julio Arboleda Sierra, demandado: Oscar de Jesús Hurtado Pérez.

particular que cumple función pública; poder que se expresa tanto sobre los ciudadanos y la comunidad en general –expresión exógena de la autoridad civil- como al interior de la organización estatal –expresión endógena de la autoridad civil.”¹⁰ (Subrayas fuera de texto)

En otras palabras, la autoridad civil implica la posibilidad de tomar decisiones en materia de policía administrativa, materializadas en actos administrativos, y de hacerlas cumplir incluso en contra de la voluntad de los destinatarios¹¹.

Con la misma orientación, se pronunció también la Sección, en sentencia 23 de septiembre de 2013¹², respecto del ejercicio de autoridad administrativa, tal y como se sigue:

“...no sobra recordar que en cuanto a la autoridad administrativa el artículo 190 de la Ley 136 de 1994 establece un criterio orgánico y uno funcional para determinar en qué casos se configura este tipo de dirección. Con el primer criterio los alcaldes, los secretarios de la alcaldía, los jefes de departamento administrativo y los gerentes o jefes de las entidades descentralizadas y de unidades administrativas especiales son los servidores a los que se les atribuye autoridad administrativa. Con el segundo criterio los empleados oficiales autorizados para celebrar contratos o convenios, ordenar gastos, conferir comisiones, licencias, vacaciones, trasladar funcionarios subordinados, reconocer boras extras, vincular personal supernumerario o fijar nueva sede de trabajo son también servidores que ejercen autoridad administrativa...”¹³

En ese contexto, queda suficientemente ilustrado el criterio que, de manera reiterada y pacífica ha decantado esta Sección en torno al ejercicio de autoridad civil y administrativa, que con los matices y variantes que ha tenido a lo largo del tiempo, sigue teniendo como eje medular la existencia de una relación de mando – obediencia que se impone incluso por la fuerza.

2.5.3. Por otro lado, el factor de **territorialidad** implica que la reputada autoridad se ejerza en el mismo municipio en el que tuvo lugar la elección del alcalde.

En ese orden, es necesario que el pariente que inhabilite al candidato electo despliegue o baya desplegado sus competencias en el ente territorial respecto del cual aquel pretende hacerse elegir.

Se trata de la superposición de lo que bien podría llamarse “circunscripciones funcionales”. La conjugación de dicho factor conlleva la imbricación parcial o total de los espacios sobre los cuales se ejerce la autoridad –civil, administrativa o de cualquier otra índole– y, simultáneamente, se desarrolla la contienda electoral.

2.5.4. Y finalmente, resta decir que el factor de **temporalidad** se asocia con el lapso dentro del cual ha de entenderse que el aludido despliegue de autoridad inhabilita al candidato.

En cuanto al sub lite refiere, ese lapso comprende dos extremos cerrados: (i) la fecha de la elección y (ii) los 12 meses que le preceden.

10 Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, sentencia del 11 de febrero de 2008, exp. 11001-03-15-000-2007-00287-00- CP Enrique Gil Botero, reiterado en Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, sentencia del 15 de febrero de 2011, exp. 11001-03-15-000-2010-01055-00 (PI)- CP Enrique Gil Botero.

11 Esta Corporación en sentencia del 15 de febrero 2011 radicado n°11001-03-15-000-2010-01055-00 (PI)- señaló que no es cualquier clase de decisión la que configura la autoridad civil, sino solamente aquellas que “determinan el obrar mismo del Estado” y que su ejecución o puesta en práctica demuestra el control que se ejerce sobre la administración, los ciudadanos y los demás funcionarios.

12 C. P. Lucy Jeannette Bermúdez Bermúdez, exp. No.: 41001-23-31-000-2012-00048-01, demandado: Personero de Neiva.

13 Sentencia de 23 de septiembre de 2013, C. P. Lucy Jeannette Bermúdez Bermúdez, exp. No: 41001-23-31-000-2012-00048-01, demandado: Personero de Neiva.

Por lo tanto, la verificación de ese elemento supone que el ejercicio de autoridad tenga lugar dentro de ese espacio; y no antes del extremo inicial o después del final. Así, no se tendrá por configurado este presupuesto de la inhabilidad si el ejercicio de autoridad tuvo lugar por fuera de los 12 meses anteriores a la elección, ni cuando ocurrió con posterioridad a la misma”.

*“El control de legalidad que realiza la Sección Quinta en relación con la causal invocada dentro del presente trámite contencioso debe observar, sumado a otros elementos, “... **el parentesco hasta el segundo grado de consanguinidad...**”¹⁴. Esta relación parental se puede presentar entre padres e hijos, abuelos y nietos o entre hermanos*

Al respecto, es menester señalar que no existe norma, dentro de los tres referentes legales mencionados, que señale que dentro de las solemnidades del registro civil, deba incorporarse una línea de consanguinidad que trascienda a los padres y abuelos del nacido.

Por tal motivo, una lectura exegética de la tesis que propende por el sistema tarifario de prueba del estado civil, tornaría inoperante la causal de inhabilidad por parentesco consanguíneo respecto de los hermanos, toda vez que ninguno de tales registros, individualmente considerados, daría fe pública de la relación existente entre dichos familiares.

Así, aun cuando pretenda llevarse al extremo esa noción, incluso en aquellos casos en los que se encuentre probada la validez de los registros civiles de los presuntos hermanos, es necesario que el operador judicial realice una valoración conjunta de los mismos, para establecer si los sujetos registrados tienen, en realidad, una filiación común.

Por otro lado, se debe insistir en la diferencia que existe entre el parentesco por consanguinidad y el estado civil. El primero es una relación biológica determinada por vínculos establecidos en virtud de la procreación; el segundo, una situación jurídica, reconocida por la ley¹⁵, que abarca múltiples aspectos”.

“En ese orden de ideas, al juez electoral no debería preocuparle la existencia de otros factores, siempre que la información contenida en los elementos de prueba –registro civil u otro– sean suficientes para demostrar el parentesco.

Bajo esa lógica, por ejemplo, cualquier argumento que pretenda infirmar la fecha del nacimiento contenido en el registro, no resulta relevante, salvo que pueda ofrecer verdaderas dudas sobre la filiación, ya que al operador judicial de los asuntos electorales no le compete determinar o cuestionar el estado civil de una persona en todos sus ámbitos.

De acuerdo con tales razones, en la inhabilidad por parentesco, lo que, en principio, debe examinar el fallador contencioso son aquellos aspectos pertinentes a la relación parental, bien sea con base en el acta o registro civil de nacimiento, o en cualquier otro medio de convicción del que pueda obtener tal certeza, pues la búsqueda de la verdad, como valor supremo de la justicia, impone al juez que no repare en nimiedades que ensombrezcan el principio de primacía de lo sustancial sobre lo formal y privilegien desmesuradamente el ritualismo.

Ahora bien, ello no obsta para reconocer la idoneidad del registro civil como prueba de la filiación por excelencia. Lo que ocurre es que cuando este no permita tener la claridad necesaria para comprobar el hecho en cuestión, el juez debe avanzar en la búsqueda de la verdad a través de los elementos de convicción que se encuentren a su alcance”.

“Así, concluye la Sala que carece de sentido la pretensión de que las inhabilidades constitucionales o legales basadas en el parentesco devengan inaplicables por la supuesta o real existencia de desafecto u otras

14 Artículo 95.4 de la Ley 136 de 1994.

15 Entendida como norma jurídica.

circunstancias que, apenas en gracia de discusión, podrían excluir la intención de mutuo apoyo entre las personas de quienes tales inhabilidades se predicán” (subrayas propias)”!

*“El señor **DON AMARIS RAMÍREZ PARIS LOBO** tiene vínculo de parentesco en segundo grado de consanguinidad, con el señor **CARLOS EDUARDO RAMÍREZ QUINTANA**, quien, dentro de los doce (12) meses anteriores a su elección como alcalde de Cúcuta ejerció autoridad civil y administrativa en el mismo municipio.*

Así las cosas, esta Sección concluye que se encontraba inhabilitado para ejercer el cargo, por incurrir en la causal prevista en el numeral 4° del artículo 95 de la Ley 136 de 1994, modificado por el artículo 37 de la Ley 617 de 2000 y, por tanto, el acto de elección contenido en el formulario E26-ALC del 8 de noviembre de 2011, emanado de la Comisión Escrutadora Municipal de Cúcuta, se encuentra viciado de nulidad, en los términos de los artículos 227 y 228 del Código Contencioso Administrativo (Decreto 01 de 1984).

Lo anterior, sin que sea necesario evaluar la calidad de la relación familiar existente entre los mencionados sujetos, con miras a inaplicar la causal de inhabilidad bajo una pretendida aplicación preferente del derecho fundamental del demandado a ser elegido, pues, como bien lo explicó la Sala en el acápite “2.8.”, de acuerdo con la jurisprudencia contenciosa y constitucional, dicha figura, en los términos debatidos en el sub lite, no tiene cabida.

*Por tal motivo, se declarará la nulidad del acto de elección del señor **DON AMARIS RAMÍREZ PARIS LOBO** como alcalde de Cúcuta para el período constitucional comprendido entre el 1° de enero de 2012 y el 31 de diciembre de 2015.*

Decisión: REVOCAR el numeral tercero de la parte resolutive de la sentencia de 20 de noviembre de 2012, proferida por el Tribunal Administrativo de Norte de Santander.

DECLARAR LA NULIDAD del acto de elección del señor **DON AMARIS RAMÍREZ PARIS LOBO** como alcalde de Cúcuta para el período constitucional comprendido entre el 1° de enero de 2012 y el 31 de diciembre de 2015, contenido en el formulario E26-ALC del 8 de noviembre de 2011, emanado de la Comisión Escrutadora Municipal de Cúcuta.

RECONOCER al doctor Mario Rafael Alario Méndez como apoderado de **DON AMARIS RAMÍREZ PARIS LOBO**.

RECHAZAR las solicitudes de Jorge Heriberto Moreno (coadyuvante), relacionadas con el reconocimiento de personerías y pruebas, en los términos de los numerales “2.1.2.1.” y “2.1.2.2.” del presente proveído, de conformidad con las razones allí explicadas.

DEVUÉLVASE el expediente al Tribunal de origen.

COMUNÍQUESE a la Sección Primera del Consejo de Estado esta decisión con la cual se dio cumplimiento al fallo de tutela de 14 de mayo de 2015, dictado dentro del expediente radicado con el número 11001-03-15-000-2014-00861.

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

LUCY JEANNETTE BERMÚDEZ BERMÚDEZ
Presidenta

ROCÍO ARAÚJO OÑATE
Consejera de Estado
CARLOS ENRIQUE MORENO RUBIO
Consejero de Estado
ALBERTO YEPES BARREIRO
Consejero de Estado

CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCIÓN QUINTA

Consejera ponente: LUCY JEANNETTE BERMÚDEZ BERMÚDEZ

Bogotá D.C, treinta y uno (31) de marzo de dos mil dieciséis (2016)

Radicación número: 25000-23-41-000-2015-00443-01

Actor: ENRIQUE ANTONIO CELIS DURÁN

Demandado: CARLOS EDGARDO BARRAGÁN VEGA - MINISTRO PLENIPOTENCIARIO, ANTE
EL GOBIERNO DEL REINO DE BÉLGICA Y EL GRAN CADUCADO DE LUXEMBURGO

Asunto: Constitución Política: artículos 6, 13, 25, 53, 83, 123 y 125 y artículos 4, 56 y 60 del Decreto Ley 274 de 2000. Poder excepcional de designar en provisionalidad cuando no exista personal de carrera con el que se pueda ocupar el cargo. Alternancia.

Extracto: “De lo anterior, resulta necesario advertir que lo expuesto por la Ministra de Relaciones exteriores, se acompasa con lo dicho por el Consejo de Estado, Sección Quinta, en la sentencia de 30 de enero de 2014 en la que se concluyó que en los casos en que se solicita la nulidad de nombramientos de cargos que hacen parte de la Carrera Diplomática y Consular, además de demostrar que existen funcionarios del mismo rango del demandado, se deberá acreditar que esas personas no están en cumplimiento del periodo de alternancia, en este sentido en el mentado fallo se plasmó:

“La hermenéutica de las normas transcritas supone entonces que la provisión de empleos con funcionarios de carrera, tanto en planta interna como externa, está sujeta al cumplimiento de un requisito muy especial, como es el periodo de alternación. Es decir que no solamente es necesario que exista personal escalafonado en el cargo cuya vacancia habrá de llenarse, sino que el mismo tenga disponibilidad en la medida en que su adscripción a una de las dos plantas de servidores con que cuenta la Cancillería, en cumplimiento de la alternación no se encuentre en curso, es decir, que se haya terminado su periodo de alternancia para poder ser nombrado.

(...)

Los mencionados funcionarios y los demás que aparecen en el listado obrante a folios 198 a 201, si bien estaban escalafonados dentro de la Carrera Diplomática y Consular, al momento en que se presentó la vacante en que fue nombrada la ahora demandada, no estaban disponibles para ocupar el cargo por estar en periodo de alternación, situación que no genera vicio alguno frente a la legalidad de la Resolución número 0387 de 2013; por consiguiente el acto acusado no transgrede entonces lo dispuesto en el Decreto Ley 274 de 2000, ya que se cumplen los requisitos para designar a la funcionaria en provisionalidad al no existir funcionarios de carrera que hayan cumplido con la alternación en el tiempo que surgió la vacante.

Por lo dicho, para la prosperidad de los cargos es menester que la parte actora acredite no solo que se realizó un nombramiento de un empleo de carrera de manera provisional con una persona que era ajena a ella, sino que además, para desvirtuar la presunción de legalidad del acto acusado debe probar que para el momento del nombramiento existía un empleado inscrito en carrera diplomática y consular que efectivamente podía ser nombrado en el cargo, no solo en razón de su inscripción sino de acuerdo con la alternación”¹. (Negritas fuera de texto).

1 Rad. número: 2013-00227-01, actor: Nancy Benítez Páez, C.P. doctora: Lucy Jeannette Bermúdez Bermúdez

Tesis reiterada en la sentencia del 16 de octubre de 2014² dictada por la Sección Quinta de esta Corporación.

*Empero, esta Corporación en fallo de tutela contra providencia judicial de 12 de marzo de 2015³, respecto a la temática plateada avaló la posición del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Primera Subsección “A”⁴, la cual si bien acoge lo dicho por el Consejo de Estado en el fallo de 30 de enero de 2014, respecto de la alternancia, expuso que se debe tener en consideración que “... si el cargo a proveer ya sea en el interior o en el exterior (i) cuenta con personal inscrito en el escalafón de la carrera diplomática en la misma categoría del empleo a ser provisto, (ii) en caso que el empleo a proveer corresponda a un cargo de la planta externa, **el funcionario escalafonado en la misma categoría si se encuentra en el exterior haya cumplido con la frecuencia de 12 meses en la sede respectiva con anterioridad al nombramiento que se haga del respectivo cargo que se encuentra vacante, aserto que deberá encontrarse debidamente probado en el plenario**” (Negrilla fuera de texto).*

En este sentido en el referenciado fallo de tutela del Consejo de Estado, al respecto, se señaló:

*“Del análisis de las consideraciones expuestas por la autoridad judicial accionada se tiene que el primer argumento, con el cual la entidad accionante pretende infirmar la sentencia, referido al ‘desconocimiento del precedente jurisprudencial’, observa la Sala que el mismo no está llamado a prosperar, toda vez, que el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Primera, Subsección ‘A’, al explicar la situación administrativa de provisionalidad, acogió los argumentos expuestos en la sentencia de la Sección Quinta del Consejo de Estado de 30 de enero de 2014, relativos a la facultad que tiene el Ministerio de Relaciones Exteriores de realizar nombramientos en provisionalidad, no solo cuando exista personal escalafonado en la categoría del cargo a proveer, sino en los casos que aun existiendo no se presenta **disponibilidad**, de éste por estar en curso el periodo de alternación.*

Sin embargo, es evidente que aun cuando acogió la ratio decidendi, aplicando la excepción contenida en el parágrafo del artículo 37 del Decreto Ley 274 de 2000, consideró que la decisión a adoptar en el caso concreto no podía ser la misma que tomó en su oportunidad esta Sección, toda vez que, si bien se trataba de un caso similar, las pruebas aportadas al expediente encaminadas a demostrar la existencia o no de un funcionario disponible para ocupar el cargo en carrera no eran iguales.

En efecto, en el caso analizado por esta Sección y que se trae como precedente desconocido había lugar al nombramiento en provisionalidad, porque de las pruebas allegadas en esa oportunidad se podía concluir que no existía personal de carrera disponible para ocupar el cargo, por el contrario, en el sub lite la autoridad accionada encontró plenamente demostrada la existencia de un funcionario que había cumplido el periodo de permanencia en el cargo en el exterior y que tenía la posibilidad de ser nombrado.

Esta circunstancia no puede ser desvirtuada por la situación expuesta por la entidad accionante, referida a que el funcionario, a su vez, venía trasladado de otro cargo en el exterior, toda vez que aún tenía posibilidad de cumplir su periodo de alternación en un cargo fuera del país en el cual debía ser nombrado para efectos de garantizar sus derechos de carrera.

En consecuencia, pese al que el precedente contenido en la sentencia proferida por la Sección Quinta del Consejo de Estado es vinculante para el Tribunal accionado, en este caso el mismo aplicó la excepción contenida en la norma jurídica que regula la materia de acuerdo a las pruebas allegadas en su oportunidad”.

2 Rad. No: 2014-00013-01, actor: Enrique Antonio Celis Durán, C.P. doctor: Alberto Yepes Barreiro

3 Rad. 2014-2418-01, actor: Ministerio de Relaciones Exteriores, C.P. doctor: Alberto Yepes Barreiro

4 Sentencia de 24 de julio de 2014, Rad. número: 2014-00018-00.

Dicha tesis según la cual, de existir prueba que demuestre que alguno de los funcionarios inscritos en carrera diplomática y consular lleve más de doce meses en el periodo de alternancia lo acredita como funcionario disponible para el nombramiento, pues, no se requiere el cumplimiento completo del periodo, encuentra su fundamento legal en el parágrafo del artículo 37 del Decreto Ley 274 de 2000, así:

“ARTÍCULO 37. FRECUENCIA. La frecuencia de los lapsos de alternación se regulará así:

a. El tiempo de servicio en el exterior será de 4 años continuos, prorrogables hasta por 2 años más, según las necesidades del servicio, previo concepto favorable de la Comisión de Personal de la Carrera Diplomática y Consular, el cual deberá tener en cuenta la voluntad del funcionario.

b. El tiempo del servicio en Planta Interna será de 3 años, prorrogables a solicitud del funcionario, aprobada por la Comisión de Personal de la Carrera Diplomática y Consular. Exceptúanse de lo previsto en este literal los funcionarios que tuvieran el rango de Tercer Secretario, cuyo tiempo de servicio en planta interna al iniciar su función en esa categoría, será de dos años contados a partir del día siguiente a la fecha de terminación del periodo de prueba.

c. La frecuencia de los lapsos de alternación se contabilizará desde la fecha en que el funcionario se posesione o asuma funciones en el exterior, o se posesione del cargo en planta interna, según el caso.

d. El tiempo de servicio que exceda de la frecuencia del lapso de alternación, mientras se hace efectivo el desplazamiento de que trata el artículo 39, no será considerado como tiempo de prórroga ni como incumplimiento de la frecuencia de los lapsos de alternación aquí previstos.

PARÁGRAFO. Los funcionarios de la Carrera Diplomática y Consular que se encontraran prestando su servicio en el exterior **no podrán ser designados en otro cargo en el exterior, antes de cumplir 12 meses en la sede respectiva**, salvo circunstancias excepcionales calificadas como tales por la Comisión de Personal de dicha Carrera o designaciones en otros cargos dentro del mismo país” (Negrilla fuera de texto).

En este sentido el Tribunal en el fallo que se cuestionaba, expuso:

“..., atendiendo la frecuencia de los lapsos de alternación, en cuanto a que los funcionarios de la Carrera Diplomática y Consular que se encuentren prestando sus servicios en el exterior no pueden ser designados en otro cargo en el exterior antes de cumplir 12 meses en la sede respectiva, y dadas las fechas de la comisión del señor JORGE ALFREDO DÍAZ BRAVO, al momento del nombramiento objeto de la presente controversia, este funcionario de carrera se encontraba disponible, y por tanto cumple con los requisitos para proveer el cargo de Consejero de Relaciones Exteriores Código 1210, Grado 11 adscrito al Consulado General de Colombia en Chicago – Estados Unidos de América para que terminara su periodo de alternación en el servicio exterior...”

Tesis nuevamente reiterada por el propio Consejo de Estado en la sentencia de tutela de 23 de abril de 2015⁵, en la que se manifestó:

“Así las cosas, la Sala puede concluir que los funcionarios de carrera diplomática se encontraban en total disponibilidad para ser nombrados en el cargo de Segundo Secretario de Relaciones Exteriores en el que nombraron al señor Fernando Núñez Cocunubio, porque habían cumplido más de los doce (12) meses prestando sus servicios en el exterior, y por lo tanto, pudieron ser designados en ese cargo, de conformidad con lo previsto en el parágrafo del artículo 37 del Decreto Ley 274 de 2000 que reza:

5 Rad. Número: 2014-02734-01, actor: Ministerio de Relaciones Exteriores, C.P. doctor: Alberto Yepes Barreiro

(...) *Los funcionarios de la Carrera Diplomática y Consular que se encontraren prestando su servicio en el exterior no podrán ser designados en otro cargo en el exterior, antes de cumplir 12 meses en la sede respectiva, salvo circunstancias excepcionales calificadas como tales por la Comisión de Personal de dicha Carrera o designaciones en otros cargos dentro del mismo país*” (Subrayas de la Sala).

Aclarado el anterior panorama jurisprudencial, corresponde verificar si en el presente caso está acreditado si alguno de los 8 funcionarios, de los cuales se afirma que estaban inscritos en carrera diplomática en el rango de Ministro Plenipotenciario, a pesar de estar en cumplimiento del periodo de alternancia, se encuentran en la circunstancia descrita en el parágrafo del artículo 37 del Decreto Ley 274 de 2000.

Sin embargo, de las pruebas solicitadas, decretadas y aportadas al expediente, la Sala debe manifestar que no se encuentran las actas de posesión de los citados funcionarios, para establecer si se cumple el periodo mencionado en el parágrafo del artículo 37 del Decreto Ley 274 de 2000.

En efecto, de conformidad con el literal c) del artículo 37 del Decreto Ley 274 de 2000 “... **la frecuencia de los lapsos de alternación se contabilizará desde la fecha en que el funcionario se posesione o asuma funciones en el exterior; o se posesione del cargo en planta interna, según el caso**”. De acuerdo con este precepto se requiere del acta de posesión para poder contabilizar el término a partir del cual el funcionario está en cumplimiento del periodo de alternancia, prueba que se extraña en el presente proceso y que valga decir no fue requerida por la parte actora. Tesis que fue reiterada por esta Sala en fallos de 5^o y 12^o de noviembre de 2015.

En esta instancia, resulta imperioso manifestar que en fallos de tutela contra providencia judicial, que datan del 8 de octubre de 2014⁸ y 12 de marzo de 2015, esta Sección, como juez constitucional, **avaló que el estudio, en el proceso electoral, se realizará solamente con apoyo en los decretos de nombramiento de los funcionarios inscritos en la Carrera Diplomática y Consular del Ministerio de Relaciones Exteriores a fin de analizar las pretensiones de la demanda; sin embargo, este hecho obedeció a que en el transcurso del proceso ordinario a dicha Cartera Ministerial se le requirió para que aportara la historia laboral de ciertos funcionarios y no cumplió con lo que se le ordenó en la medida que omitió allegar las actas de posesión, ante lo cual se decidió que:**

“Entonces a partir de lo anterior, no es válido que alegue que el Tribunal incurrió en error al fallar de acuerdo con el acervo probatorio recaudado en el proceso, pues hacían falta las actas de posesión de los funcionarios inscritos en carrera en el cargo de Consejero, cuando nunca los allegó al expediente, ni al contestar la demanda, ni en respuesta de la solicitud de pruebas y la información que suministró al contestar los requerimientos del despacho resultaron incompletos, tal como lo explicó con suficiencia argumentativa el Tribunal accionado.

Así las cosas, el anterior cargo no está tampoco llamado a prosperar al igual que el relativo al defecto sustantivo, pues en la sentencia del Tribunal se evidencia una interpretación válida y razonable de las normas del Decreto 274 de 2000, que junto con la valoración probatoria lo llevó a declarar la nulidad del acto administrativo demandado”.

“La falencia probatoria del demandante fue advertida por el a quo, en el fallo apelado; sin embargo, el recurrente considera que esta carga probatoria –allegar las actas de posesión de los presuntos funcionarios que tenían mejor derecho que el ahora demandado- puede suplirse con la certificación

6 Rad. Número: 2015-00541-01, C.P. doctora: Lucy Jeannette Bermúdez Bermúdez

7 Rad. Número: 2015-00542-01, C.P. doctor: Alberto Yepes Barreiro

8 Rad. 2014-1864-00, actor: Ministerio de Relaciones Exteriores, C.P. doctor: Alberto Yepes Barreiro, sentencia confirmada por la Sección Primera del Consejo de Estado mediante fallo del 5 de febrero de 2015

9 Rad. 2014-2418-01, actor: Ministerio de Relaciones Exteriores, C.P. doctor: Alberto Yepes Barreiro

juramentada¹⁰ de la allegada al proceso por la Ministra de Relaciones Exteriores, porque en la misma se menciona la fecha en la que los funcionarios terminan su periodo de alternación.

La Sala de manera consecuente con los antecedentes jurisprudenciales antes citados, debe insistir en que es al demandante al que le compete probar, vía actas de posesión, la fecha de iniciación de los periodos de alternancia de los funcionarios del Ministerio de Relaciones Exteriores, que en apariencia tenía mejor derecho para ocupar el cargo de Ministro Plenipotenciario y así poder determinar si hay lugar o no a dar aplicación al parágrafo del artículo 37 del Decreto Ley 274 de 2000”.

“En virtud de lo anterior, además de insistir que la carga de la prueba recae en el demandante, no sobra mencionar que en esta instancia no habría lugar a ordenar, que en virtud de la carga dinámica de la prueba, que el Ministerio de Relaciones Exteriores allegar los elementos materiales probatorios necesarios para probar los argumentos fácticos alegados en la demanda pues ya se dictó fallo de primera instancia y no obra solicitud en este sentido de las partes.

Además, en este caso, el demandante había podido cumplir con su carga probatoria limitándose a solicitar como pruebas a decretar las mencionadas actas de posesión, lo cual no requiere de mayor esfuerzo y por el contrario su inobservancia solo pone en evidencia su falta de cuidado y diligencia para probar los hechos en los que se funda su demanda electoral. Situación que también sirve de sustento para afirmar que el actor no contaba con imposibilidad alguna para obtener, bien sea directamente o por intermedio del Juez de lo Contencioso Administrativo, los elementos probatorios necesarios para demostrar sus afirmaciones.

De igual manera, para la Sala no resulta plausible que la parte actora pretenda que el juez de la segunda instancia haga uso de su facultad de decretar pruebas de oficio “no para esclarecer puntos oscuros o difusos de la contienda”¹¹ sino por el contrario para suplir su incuria a la hora de demostrar las situaciones fácticas que dan origen a las pretensiones de su demanda”

Decisión: CONFIRMAR la sentencia del 10 de diciembre de 2015 del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Primera, Subsección “B” que denegó las súplicas de la demanda.

DEVUÉLVASE el expediente al Tribunal de origen.

LUCY JEANNETTE BERMÚDEZ BERMÚDEZ
Presidenta

ROCÍO ARAÚJO OÑATE
Consejera de Estado
Ausente Con Excusa
CARLOS ENRIQUE MORENO RUBIO
Consejero de Estado
ALBERTO YEPES BARREIRO
Consejero de Estado

10 Folios 186 al 190

11 Tal y como lo dispone el inciso 2º del artículo 213 del C.P.A.C.A.

CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCIÓN QUINTA

Consejera ponente: LUCY JEANNETTE BERMÚDEZ BERMÚDEZ

Bogotá D.C., doce (12) de mayo de dos mil dieciséis (2016)

Radicación número: 11001-03-28-000-2015-00028-00

Actor: ALEXY ESPITIA MARTÍNEZ

Demandado: ABEL DOMICO DOMICO Y NACOR ESTEBAN TAPIA CARVAJAL COMO REPRESENTANTES, PRINCIPAL Y SUPLENTE, RESPECTIVAMENTE, DE LAS COMUNIDADES INDÍGENAS ANTE EL CONSEJO DIRECTIVO DE CORPOURABÁ

Asunto: El actor alega violación a normas constitucionales (los artículos 1º, 2º, 8º 10º y 40 de la Constitución Política y los artículos 2º y 6º del Convenio 169 de la OIT ineficiencia de medios de comunicación empleados) y a reglamento en la convocatoria (Res. 128/00 Minambiente) que terminó con el acto de elección de los representantes de las comunidades indígenas al Consejo Directivo de Corpourabá. El actor señala que el proceso de convocatoria adelantado por Corpourabá no fue eficaz para enterar a las comunidades indígenas asentadas en los territorios de su jurisdicción y se quebrantó lo dispuesto por el artículo 1º de la Resolución número 182 de 2000, que señala que en la convocatoria pública se indicarán los requisitos para participar en la elección. La Sala concluye que la elección se aviene a las normas constitucionales que gobiernan ese tipo de procesos, por tanto, este, al igual que el cargo por violación de la Resolución número 128 de 2000, no está llamado a prosperar.

Extracto: “Al respecto, esta Sala considera relevante resaltar que una de las obligaciones que adquirió el Estado colombiano al ratificar el Convenio 169 de la OIT fue la de adoptar “disposiciones para preservar las lenguas indígenas de los pueblos interesados y promover el desarrollo y la práctica de las mismas”¹. Una de las formas de materializar esta obligación general se encuentra establecida en el artículo 30 del mismo Convenio el cual establece que:

“Artículo 30 (...)

2. A tal fin, deberá recurrirse, si fuere necesario, a traducciones escritas y a la utilización de los medios de comunicación de masas en las lenguas de dichos pueblos.”

Lo anterior implica que las autoridades estatales deben ejercer un enfoque diferenciado en la aplicación de las normas que le atañen a las comunidades indígenas o tribales, en el sentido que no es suficiente con que se aplique la norma de forma regular, sino que se debe tener en cuenta las particularidades de estos grupos para que la comunicación y el ejercicio de sus derechos sea posible.

En el caso particular de los mecanismos que se utilicen para comunicar a las comunidades indígenas o tribales sobre eventos o situaciones que les atañen, es importante que la autoridad tenga en cuenta no solo el idioma de la comunidad, sino también que el método empleado sea uno que sea acorde con los usos y costumbres de las mismas, pues de no ser así se corre el riesgo de que el mensaje o información que se desea transmitir no sea adecuada y efectivamente comunicado a la comunidad.

Ahora bien, es de advertir que, a pesar de que la Sala es consciente de las obligaciones descritas anteriormente, en el presente caso, vistos los documentos y pruebas que obran en el proceso, no existe certeza de tal afectación para los propósitos de la demanda de nulidad electoral, pues el libelista se limitó a plantear una serie de acusaciones, dándolas por verdades, pero sin el menor grado de concreción o documentación, dado que nunca señaló con oportuna claridad cuáles fueron las comunidades que se vieron excluidas de la convocatoria o cuyos derechos de participación fueron desconocidos.

1 Numeral 3 artículo 28 Convenio 169 de la OIT.

*Empero, más allá de tal aspecto, y tomando en consideración que los límites de la congruencia judicial impiden a la Sala derivar del lenguaje empleado en el aviso radial una razón de nulidad del acto de elección acusado y que su vocación para anular el acto de elección debe ser descartada, no puede desconocerse la realidad de las comunidades y las garantías superiores que les asisten, razón por la cual, en aras de privilegiarlas, se **exhortará** a Corpourabá para que, en lo sucesivo, también difunda la convocatoria a los procesos eleccionarios que conciernen a las comunidades indígenas de su jurisdicción en las lenguas oficiales en sus territorios, empleando, además, canales de difusión que sean más acordes con las características propias de estos grupos, a efectos de potenciar su participación en tales espacios, considerando la posibilidad de coordinar previamente con ellas los mecanismos que les resulten de mayor idoneidad”.*

“Respecto de los métodos que el actor considera que dicha entidad debió emplear para la convocatoria, es preciso advertir que, de considerarse que existen mejores alternativas, no puede ser el proceso de nulidad electoral en el que se busquen escenarios para potenciar tales procesos, comoquiera que su finalidad es la de controlar la legalidad² de los actos de elección y no definir qué modelo podría ser el más efectivo para un determinado trámite eleccionario.

Por último, cabe destacar que el libelista no comprobó que las comunidades no hubieran podido asistir a la reunión de elección por dificultades de transporte o por su posición geográfica, pues para que una circunstancia como esa pueda tenerse como razón de anulación de un acto de elección, es necesario contar con los medios de convicción suficientes, pues su inasistencia puede estar asociada a otro tipo de razones que no corresponde a la Sala suponer o presumir.

4.2. Sobre la violación de las normas reglamentarias en las que debió fundarse (Resolución número 182 de 2000 del entonces Ministerio del Medio Ambiente) el acto demandado.

*A juicio de la parte accionante, el acto de convocatoria que culminó con la elección de **ABEL DOMICO DOMICO** y **NACOR ESTEBAN TAPIA CARVAJAL** como representantes, principal y suplente, respectivamente, de las Comunidades Indígenas ante el Consejo Directivo de Corpourabá, periodo 2016-2019, quebrantó lo dispuesto por el artículo 1º de la Resolución número 182 de 2000, que señala que en la convocatoria pública se indicarán los requisitos para participar en la elección.*

Pues bien, sea lo primero advertir que el artículo 26 de la Ley 99 de 1993³ determina la forma en la que se integran los consejos directivos de las corporaciones autónomas regionales, y en su literal f) precisa:

“Artículo 26 (...)

f) Un (1) representante de las comunidades indígenas o etnias tradicionalmente asentadas en el territorio de jurisdicción de la Corporación, elegido por ellas mismas”

Mediante la Resolución número 128 de 2000, el entonces Ministerio de Ambiente reglamentó dicho literal, y en el artículo 1º de esa norma consagró la forma en la que se debía adelantar la convocatoria para proveer dicho asiento:

*“Artículo 1. Convocatoria. Para la elección de los representantes y de los suplentes de las comunidades indígenas o etnias ante el Consejo Directivo de las Corporaciones Autónomas Regionales, el Director de la Corporación invitará a aquellas mediante convocatoria pública, en la cual se **indicarán los requisitos para participar en la elección**, así como el lugar, día, hora límites para la recepción de los documentos requeridos.*

2 Entendida en sentido amplio, es decir, tomando como parámetro de confrontación toda la jerarquía de normas que integran el ordenamiento jurídico.

3 Por la cual se crea el Ministerio del Medio Ambiente, se reordena el Sector Público encargado de la gestión y conservación del medio ambiente y los recursos naturales renovables, se organiza el Sistema Nacional Ambiental, SINA, y se dictan otras disposiciones.

Igualmente, deberá indicarse el lugar, fecha y hora para la celebración de la reunión en la cual se hará la elección.

La convocatoria, se publicará en dos oportunidades en un diario de amplia circulación nacional o regional. La primera con treinta (30) días y la segunda con veinte (20) días de anterioridad a la fecha establecida para la celebración de la reunión de elección y en lo posible se difundirá por medio radial, televisivo o cualquier otro medio de comunicación”.

Es este último trámite el que, según el actor, no se surtió a cabalidad, pues, en su criterio, Corpourabá, en el documento de convocatoria, no especificó a las comunidades indígenas ninguna condición o requisito para concurrir a la reunión de elección prevista para el 7 de septiembre de 2015, siendo su deber hacerlo.

Nótese que no se cuestiona quién firmó el aviso, ni las condiciones de modo tiempo y lugar de dicha reunión, sino los requisitos exigidos a sus potenciales destinatarios, por tal motivo, la Sala habrá de referirse únicamente a ese aspecto, en acatamiento del deber de congruencia que emana de la protección al debido proceso que concierne a todos los sujetos procesales en disputa.

Al respecto, conviene ilustrar que en el expediente obra escrito de convocatoria, sin fecha, firmado por Gabriel Ceballos Echeverri, anterior Director General de Corpourabá (fls. 17-18), del siguiente tenor, que fue publicado en el periódico El Mundo los días 24 de julio y 10 de agosto de 2015 (fls 20-21):

*“En lo que interesa al sub examine, el artículo 1º de la Resolución en comento precisa textualmente que en el aviso de convocatoria “... **se indicarán los requisitos para participar en la elección...**”, pero no señala a quién se indicarán –que es lo que cuestiona el demandante–, esto es, si a **las comunidades o a los candidatos**.*

Para responder ese interrogante, resulta imperioso acudir al artículo 2º de la norma ejusdem, que a la letra dice:

*“Artículo 2. Requisitos. **Las comunidades indígenas o etnias** tradicionalmente asentadas en el territorio de jurisdicción de la corporación, **que aspiren a participar en la elección** de sus representantes al Consejo directivo, allegarán a la Corporación Autónoma Regional respectiva, con anterioridad mínima de quince (15) días a la fecha establecida para la reunión de elección, los siguientes documentos:*

a) Certificado expedido por la Dirección General de Asuntos Étnicos del Ministerio del Interior o la entidad que haga sus veces, en el cual conste: denominación, ubicación, representación legal y los demás aspectos que sean necesarios para identificar la comunidad o etnia respectiva.

b) Copia del acta de la reunión en la cual conste la designación del miembro de la comunidad o etnia postulado como candidato. El candidato podrá ser el representante legal u otro miembro de la comunidad o etnia” (negritas y subrayas propias).

Así mismo, el artículo 3º ibídem plantea:

*“Artículo 3. Revisión de la documentación. La corporación revisará los **documentos presentados por las comunidades indígenas** o etnias con el fin de verificar el cumplimiento de los requisitos establecidos en el artículo anterior. Realizada la revisión, la Corporación elaborará el respectivo informe, el cual será presentado el día de la reunión de la elección”.*

*Como puede verse, la norma hace alusión a los requisitos que deben acreditar **las comunidades** para poder participar de la elección de sus representantes ante el Consejo Directivo de la corporación autónoma regional, en este caso Corpourabá.*

*Ahora, si se mira con detenimiento el aviso de convocatoria transcrito en líneas anteriores, se observa que aunque se convoca a las comunidades, se habla de los documentos que los **candidatos** deben presentar; empero, no cabe duda que estos son los mismos que la Resolución número 128 de 2000 exige a las **comunidades**.*

Se trata, entonces, de una imprecisión que en nada distorsiona el sentido de la orden emanada del artículo 1º de dicha preceptiva –que, como se evidenció, debe ser leído en conjunto con otros artículos–.

Y esto es así porque tal desavenencia, por sí sola, no tiene el potencial de viciar de nulidad el acto de elección acusado, pues, acorde con la jurisprudencia de esta Sección⁴, es necesario que ella tenga suficiente incidencia en su resultado.

Bajo esas premisas, es menester destacar que, de las pruebas arrimadas al plenario, no se advierte –y tampoco lo acusa el demandante– que alguna comunidad en específico se haya visto excluida del trámite eleccionario con motivo de falencias atribuibles a la convocatoria.

Lo más cercano a ello es la constancia dejada en acta de 18 de agosto de 2015 –fecha límite para acreditar requisitos–, en torno a que respecto del “Resguardo Arenera Doquerazabi” no se allegó la certificación del Ministerio exigida en la convocatoria y en la Resolución número 128 de 2000.

Por otro lado, el hecho de que el día de la elección se haya optado por “... adoptar como procedimiento la votación por las comunidades registradas que se encuentren presentes...” (fl. 18) no constituye un acto de arbitrariedad ni de exclusión maliciosamente premeditada, pues, como se vio, es la misma preceptiva la que imponía la acreditación previa, a más tardar 15 días antes de la reunión de elección, según su artículo 2º.

Antes, lo que advierte la Sala, en coincidencia con lo expresado por el Ministerio Público, es el desinterés de las comunidades por el proceso en cuestión, pues, de las registradas previamente, solo un número inferior se hizo presente en la reunión de elección.

Así las cosas, del reparo efectuado en el libelo, no surge la existencia de un vicio en la convocatoria que conduzca a minar la legalidad del acto de elección enjuiciado, por ende, el motivo examinado en el presente acápite no está llamado a prosperar”.

4.3. Conclusiones

Así las cosas, a juicio de la Sección, visto desde los cargos planteados por el demandante, la convocatoria para la elección de un representante principal y un suplente de las Comunidades Indígenas ante el Consejo Directivo de la Corporación para el Desarrollo Sostenible del Urabá –Corpourabá para el período 2016-2019, se aviene a las normas constitucionales que gobiernan ese tipo de procesos, por tanto, este, al igual que el cargo por violación de la Resolución número 128 de 2000, no está llamado a prosperar.

*En ese orden de ideas, no hay lugar a declarar la nulidad del acto de elección de los señores **ABEL DOMICO DOMICO** y **NACOR ESTEBAN TAPIA CARVAJAL**, contenido en el acta número 100-01-04-38-0154-2015 de 7 de septiembre de 2015 emanado de la mencionada entidad.*

Decisión: NEGAR las pretensiones de la demanda presentada por el señor Alexy Espitia Martínez.

EXHORTAR a Corpourabá para que, en lo sucesivo, también difunda la convocatoria a los procesos eleccionarios que conciernen a las comunidades indígenas de su jurisdicción en las lenguas oficiales en los territorios de estas, empleando, además, canales de difusión que sean más acordes con las características

⁴ Cfr. sentencia de 31 de julio de 2009, C. P. Mauricio Torres Cuervo, exp. 11001-03-28-000-2008-00019-00, demandado: Corporación Autónoma Regional del Valle del Cauca.

Lucy Jeannette Bermúdez Bermúdez

propias de estos grupos, a efectos de potenciar su participación en tales espacios, considerando la posibilidad de coordinar previamente con ellas los mecanismos que les resulten de mayor idoneidad.

NOTIFICAR a las partes de conformidad con el artículo 289 del CPACA.

ARCHIVAR el expediente una vez quede en firme el fallo.

ADVERTIR que contra la presente providencia no procede recurso alguno.

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

LUCY JEANNETTE BERMÚDEZ BERMÚDEZ
Presidenta

ROCÍO ARAÚJO OÑATE
Consejera de Estado
CARLOS ENRIQUE MORENO RUBIO
Consejero de Estado
ALBERTO YEPES BARREIRO
Consejero de Estado

* * *

CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCIÓN QUINTA

Consejera ponente: LUCY JEANNETTE BERMÚDEZ BERMÚDEZ

Bogotá D.C., treinta (30) de junio de dos mil dieciséis (2016)

Radicación número: 11001-03-28-000-2015-00055-00

Actor: MÓNICA NARANJO RIVERA

Demandado: FLOWER ARBOLEDA ARANA, REPRESENTANTE DE LAS ENTIDADES SIN ÁNIMO DE LUCRO ANTE EL CONSEJO DIRECTIVO DE CORTOLIMA

Asunto: se alega la vulneración de las siguientes normas: De la Constitución Política: los artículos 1º, 2º, 6, 13, 29, 79 y 209; *ii*) del C.P.A.C.A.: artículos 149 numerales 4 y 14, 229 y 275 numeral 15; *iii*) de la Ley 99 de 1993: artículos 24 literal b), 26 literal g) y párrafo 1º del literal g) y; *iv*) de la Resolución 606 de 5 de abril de 2006 del Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible: artículos 1º al 11. El demandante te alega que el candidato elegido no cumplió con los requisitos para haber sido postulado al cargo, establecidos numerales 1º y 3º del párrafo 1º del artículo 2º de la Resolución número 606 de 2006.

Extracto: *Resulta pertinente señalar que la normativa que se cita desatendida impone que se debe aportar la hoja de vida del candidato, al cargo de representante de las entidades sin ánimo de lucro ante el Consejo Directivo de la respectiva Corporación Autónoma Regional, "... con sus soportes de formación profesional y/o capacitación y experiencia en materia de recursos naturales renovables y medio ambiente".*

Esto quiere decir que el aspirante debe presentar con la hoja de vida los soportes sobre formación profesional y/o capacitación y experiencia. Salta a la vista que la disposición, objeto de análisis, no exige nada diferente a formación profesional y frente a la capacitación y experiencia simplemente refiere que esta sea en materia de recursos naturales renovables y medio ambiente, sin especificar lapsos mínimos y tampoco máximos.

Frente a este reproche, se destaca que obra en el expediente las siguientes copias¹ autenticadas², allegadas al proceso administrativo que concluyó con la elección del Representante de las Entidades Sin Animo de Lucro ante el Consejo Directivo de la Corporación Autónoma Regional del Tolima “Cortolima”, que ahora se cuestiona.”

“De conformidad con las pruebas aportadas y antes mencionadas, que fueron debidamente decretadas y luego de correr el respectivo traslado, las partes no las objetaron ni tacharon de falsas, se tiene que el señor FLOWER ARBOLEDA ARANA acreditó ser Administrador de Empresas Agropecuarias, Especialista en Producción y Transformación de la Madera y Tecnólogo Agropecuario, esto sin desconocer los demás cursos y talleres que acreditó haber cursado y aprobado, y cuenta con experiencia laboral adquirida en diferentes instituciones pero todas relacionadas con labores desarrolladas en procura del medio ambiente, la ecología y recursos hídricos, recuperación y rehabilitación de ecosistemas estratégicos, entre otros, todo lo cual permite a la Sala afirmar que, contrario al dicho de la parte actora, el demandado sí acreditó los requisitos exigidos en la norma sobre “formación profesional” y/o capacitación y experiencia exigidos.

Tal como ya ha sido señalado, la demandante consideró irregular que el candidato no allegó al momento de la inscripción al cargo de representante de las entidades sin ánimo de lucro ante “Cortolima” todos los documentos que soportaran su formación y experiencia.

Sin embargo, de acuerdo con lo antes expuesto tal omisión, sin en verdad se presentó, no tiene la entidad de afectar el acto de elección del demandado pues, se insiste, con los documentos aportados, está cumplida debidamente la disposición en la que se funda el presente cargo de violación - numeral 1º del párrafo 1º del artículo 2º de la Resolución 606 de 2006-, porque se reitera no era obligatorio anexar los soportes de todo lo señalado en la hoja de vida para el cumplimiento de dicho precepto, ya que en los términos allí establecidos, no resulta necesario, como lo pretende la demandante; por tanto, el cargo carece de vocación de prosperidad”.

Decisión: NEGAR las pretensiones de la demanda presentada, por intermedio de apoderado, por la señora MÓNICA NARANJO RIVERA.

NEGAR la excepción propuesta por el demandado, titulada “*inexistencia de fundamento de la demanda, por inexistencia de violación de norma superior*”, por las razones expuestas en la parte motiva de la presente providencia.

NOTIFICAR a las partes de conformidad con el artículo 289 del C.P.A.C.A.

ARCHIVAR el expediente una vez quede en firme el fallo.

ADVERTIR que contra la presente providencia no procede recurso alguno.

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

LUCY JEANNETTE BERMÚDEZ BERMÚDEZ
Presidenta

ROCÍO ARAÚJO OÑATE
Consejera de Estado
CARLOS ENRIQUE MORENO RUBIO
Consejero de Estado
ALBERTO YEPES BARREIRO
Consejero de Estado

1 Que fueron allegados por la parte actora con la demanda

2 Por la Subdirección Administrativa y Financiera de Cortolima

CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCIÓN QUINTA

Consejera ponente: LUCY JEANNETTE BERMÚDEZ BERMÚDEZ

Bogotá D.C., veintiuno (21) de julio de dos mil dieciséis (2016)

Radicación número: 05001-23-33-000-2015-02451-01

Actor: RAMIRO HUMBERTO GIRALDO NARANJO

Demandado: NELSON ACEVEDO VARGAS - CONCEJAL ELECTO DEL MUNICIPIO DE ITAGÜÍ - PERÍODO 2016-2019

Asunto: Doble militancia en grupo significativo de ciudadanos. Adhesión, fusión y coalición. Inciso 12 del artículo 107 de la Constitución Política y el artículo 2º de la Ley 1475 de 2011. El actor plantea que el demandado incurrió en doble militancia al haber sido elegido en representación del grupo significativo de ciudadanos llamado “UNIDOS HACEMOS MÁS POR ITAGÜÍ” como concejal del municipio para el período 2012 - 2015 y posteriormente haber sido avalado y elegido para el mismo cargo por el Partido Verde para el período 2016 - 2019.

Extracto: *Durante el proceso el actor ha alegado que el grupo significativo de ciudadanos “UNIDOS HACEMOS MÁS POR ITAGÜÍ” tomó la decisión de “adherirse” al Partido Conservador para las elecciones en el municipio correspondientes al período 2016 a 2019. Si bien el actor y las partes se han referido a dicha decisión como una “adhesión”, en la normatividad relacionada con las posibilidades que tienen los grupos significativos de ciudadanos para participar y desenvolverse como tales, dicha figura específica solo existe, como posibilidad de respaldar candidatos de otros partidos a cargos uninominales –cuando no participan en la coalición-.¹*

*En virtud de lo anterior, de acuerdo con la normativa aplicable, esta Sala de Decisión considera pertinente exponer algunas consideraciones respecto a las figuras de **coalición** y **fusión**, establecidas como posibilidades para las organizaciones políticas.*

*En el ordenamiento jurídico colombiano a pesar de no estar definido el concepto como tal de **coalición**, existe mención de la figura en la legislación desde la promulgación de la Ley 130 de 1994 “Por la cual se dicta el estatuto básico de los partidos y movimientos políticos, se dictan normas sobre su financiación y la de las campañas electorales y se dictan otras disposiciones”, que en cuanto a las reglas de financiación estatal de campañas, establece que para las coaliciones de partidos o movimientos se debe determinar previamente la forma de distribución de los aportes estatales a la campaña, y en su literalidad señala:*

Art. 13 (...) los partidos y movimientos que concurren a las elecciones formando coaliciones determinarán previamente la forma de distribución de los aportes estatales a la campaña. De lo contrario, perderán el derecho a la reposición estatal de gastos.

Así mismo la jurisprudencia de esta Sección entendió como la definición de coalición, la consagrada, aunque no explícitamente, en el artículo 9º de la misma Ley 130 de 1994, cuando se refiere a las asociaciones de todo orden y textualmente al resolver sobre el reemplazo de un alcalde elegido por una coalición indicó:

1 Artículo 29. **Candidatos de coalición.** Los partidos y movimientos políticos con personería jurídica coaligados entre sí y/o con grupos significativos de ciudadanos, podrán inscribir candidatos de coalición para cargos uninominales. El candidato de coalición será el candidato único de los partidos, movimientos y grupos significativos de ciudadanos que participen en ella. Igualmente será el candidato único de los partidos y movimientos con personería jurídica **que aunque no participen en la coalición decidan adherir o apoyar al candidato de la coalición.**

*“Cuando varios partidos o movimientos políticos o sociales se unen para obtener mayores ventajas electorales, conformando las comúnmente denominadas **coaliciones**, estaremos en presencia de las “asociaciones de todo orden” que resuelvan constituirse en movimientos políticos, las cuales están autorizadas a presentar candidatos, de conformidad con el inciso tercero del artículo 9 de la Ley 130 de 1994, que dispone al efecto: “Las asociaciones de todo orden, (incluidos los partidos y movimientos políticos, como parece obvio) que por decisión de su Asamblea General resuelvan constituirse en movimientos u organismos sociales, y los grupos de ciudadanos ... también podrán postular candidatos. “...” Para la Sala la norma transcrita regula, en forma más o menos explícita, el fenómeno de las coaliciones, por lo menos en cuanto a su conformación”². (Resaltado fuera de texto)*

Posteriormente, la Ley 996 de 2005 “por medio de la cual se reglamenta la elección de Presidente de la República, de conformidad con el artículo 152 literal f) de la Constitución Política de Colombia, y de acuerdo con lo establecido en el Acto Legislativo 02 de 2004, y se dictan otras disposiciones”, señala en el artículo 7º la posibilidad de establecer alianzas para la inscripción de candidatos a Presidente de la República:

(...)

Luego, en Sentencia del 11 de julio de 2011, previo a la promulgación de la ley 1475 de 2011, esta Sección frente a la posibilidad de acuerdos entre partidos, indicó que los candidatos que no obtuvieron las dos más altas votaciones en la primera vuelta presidencial, y apoyen en la segunda vuelta a quienes sí las obtuvieron no implica per se que dejen de pertenecer al partido o movimiento que los inscribió:

“El hecho de que ninguno de los candidatos obtenga la mitad más uno de los votos ‘que, de manera secreta y directa, depositen los ciudadanos en la fecha y con las formalidades que determine la ley’ (lo que se denomina primera vuelta), forzando la celebración de ‘una nueva votación que tendrá lugar tres semanas más tarde’ (que se conoce como segunda vuelta) y que para esas segundas elecciones algunos de los que no obtuvieron las dos más altas votaciones apoyen otro candidato, no implica, per se, que dejen de pertenecer al partido o movimiento político que los inscribió”³.

El 14 de julio de 2011, con la expedición de la Ley 1475 de 2011 “Por la cual se adoptan reglas de organización y funcionamiento de los partidos y movimientos políticos, de los procesos electorales y se dictan otras disposiciones” se establece explícitamente en la legislación la posibilidad de inscribir candidatos por coalición y se dictan normas específicas sobre los aspectos que deben contener los acuerdos, el carácter vinculante de los mismos, y la forma de proceder en caso de faltas absolutas de candidatos elegidos por coaliciones”

“Es así como, la jurisprudencia de esta Sección ha concluido, en cuanto a coaliciones, que:

*“(...) (i) las coaliciones y alianzas se toman como equivalentes en el ordenamiento jurídico interno, (ii) las mismas se pueden realizar con fines pre-electorales y post-electorales, (iii) **el requisito fundamental es el acuerdo de voluntades entre las organizaciones políticas**, (iv) se requiere que la inscripción sea avalada si la coalición o alianza se surte únicamente entre partidos y movimientos políticos con personería jurídica, pero si de la misma participa un movimiento social o grupo significativo de ciudadanos es viable que la inscripción se haga*

2 Consejo de Estado. Sección Quinta. Radicado 2406. M.P. Reynaldo Chavarro Buriticá. Actor: Carlos Luis Dávila Rosas. Sent. 4 de septiembre de 2000.

3 Consejo de Estado. Sección Quinta. M.P. Susana Buitrago Valencia. rad. 11001-03-28-000-2010-00118-00. 11 de julio de 2011. Actor: **Lenín Francisco Saavedra Saavedra**.

por firmas con la garantía de seriedad, y (v) ninguno de los coaligados puede inscribir, por separado, otra lista o candidato para el mismo certamen electoral”⁴

*“En lo que tiene que ver con la **fusión**, que existe como una posibilidad para los partidos y movimientos políticos, el legislador estatutario no hace referencia alguna (en el artículo 14 de la Ley 1475 de 2011, disposición que desarrolla las figuras de la disolución, liquidación, fusión y escisión de los partidos y movimientos políticos), a los grupos significativos de ciudadanos, lo que permite concluir que dicho derecho no fue adjudicado a estos últimos, puesto que el tratamiento legislativo otorgado a estos se caracteriza por ser diferencial y sus derechos y obligaciones no son equiparables a aquellos de los partidos y movimientos políticos, tal como se desprende del inciso segundo, del párrafo único del artículo 3º de la Ley 1475 de 2011”⁵.*

*Así mismo, de la lectura del articulado de la mencionada ley estatutaria que, cuando ha sido voluntad del legislador conceder facultades a los grupos significativos de ciudadanos, lo hace de manera expresa, verbi gracia, el artículo 5º de la mencionada ley, en el cual se da vía libre a estas formaciones políticas para acceder a los mecanismos de **consulta** y se les confiere la posibilidad de concretar **coaliciones** con otros partidos o movimientos políticos, o adberir o apoyar candidatos.*

También, esta idea se refuerza aún más si se examina el numeral 18 del artículo 4º de la comentada ley, que dispone que los estatutos de los partidos y movimiento políticos deben contener como mínimo, los siguientes asuntos: “reglas de disolución, fusión con otros partidos o movimientos políticos, o escisión y liquidación”.

Lo anterior denota que la titularidad del derecho de fusión se encuentra exclusivamente en cabeza de los partidos y movimientos políticos, siendo estos, al mismo tiempo los únicos sujetos facultados para acudir a ella. La exclusión de los grupos significativos de ciudadanos de la posibilidad de fusionarse, parece a todas luces razonable, puesto que al no contar con personería jurídica su existencia no se encuentra asegurada, lo cual impide que realice actos que requieran de una existencia formal.

Y por último, partiendo de la base de que los grupos significativos de ciudadanos no poseen una vocación de permanencia, que contrasta con la estabilidad⁶ de los partidos y movimientos políticos, la posibilidad de acceder a esta, -a diferencia de la coalición- les está vedada.

Aunado a esto, es relevante rescatar las manifestaciones de la voluntad que en varias oportunidades expresó el elegido respecto a que no deseaba ser parte del Partido Conservador, como en el escrito de 25 de marzo 2015”⁷

*“El argumento del actor según el cual se habría dado una “**adhesión**” entre el grupo significativo y el Partido Conservador, la cual conllevaría que el demandado hubiese pasado a ser miembro de ese partido, y por ende, incurrió en doble militancia al resultar elegido por el partido Alianza Verde, no es de recibo por diversas razones.*

4 Consejo de Estado. Sección Quinta. M.P. Alberto Yepes Barreiro. Rad. 250002331000201100775-02. Actor: Manuel Guillermo Suescún Basto. Sent. 12 de septiembre de 2013.

5 En el acto de reconocimiento de personería jurídica el Consejo Nacional Electoral ordenará su inscripción en el Registro Único a que se refiere esta disposición, a partir de lo cual dichas agrupaciones políticas tendrán los mismos derechos y obligaciones de los partidos y movimientos políticos con personería jurídica y se someterán, en todo lo demás, a las mismas reglas de organización y funcionamiento.

6 Ley 130 de 1994. Artículo 2. Definición. Los partidos son instituciones permanentes que reflejan el pluralismo político, promueven y encauzan la participación de los ciudadanos y contribuyen a la formación y manifestación de la voluntad popular, con el objeto de acceder al poder, a los cargos de elección popular y de influir en las decisiones políticas y democráticas de la Nación.

7 Folio 87.

La primera es que en la normativa electoral la figura de la “adhesión” entre organizaciones políticas, solo existe para apoyar candidatos a cargos uninominales. Si bien, los grupos significativos de ciudadanos, los partidos o movimientos políticos utilizan el término como estrategia política o de campaña, dicha figura, en este caso, no tiene relevancia jurídica.

De conformidad con las pruebas obrantes en el expediente, del intercambio de notas entre el partido Conservador y las decisiones que se tomaron en la Asamblea General del grupo significativo, “Unidos hacemos más por Itagüí” se tiene que, la voluntad de los fundadores y creadores, de este último, es la “adhesión” de forma absoluta y definitiva al Partido Conservador Colombiano, para hacer parte del Partido mencionado como una sola bancada, por lo que considera pertinente esta Sala de decisión acotar que, de conformidad con la normativa vigente, esta “adhesión”, como tal, no existe en nuestra legislación, por ende no tiene relevancia jurídica.

*La segunda razón es que, en la reglamentación colombiana, aparece como única posibilidad de asociación para los grupos significativos de ciudadanos las **coaliciones** como acuerdos de voluntades entre partidos, movimientos o grupos significativos de ciudadanos con la finalidad de avalar conjuntamente candidatos a cargos de elección popular uninominales (o la adhesión o apoyo, con la misma finalidad), puesto que las fusiones solo están permitidas para partidos o movimientos políticos.*

De las pruebas obrantes en las diligencias se tiene que el demandado no hizo parte de las asambleas generales en las que los fundadores del grupo significativo de personas tomaron la decisión de “adherirse” al Partido Conservador como consta en el expediente⁸, por lo que tampoco le es atribuible alguna manifestación de la voluntad por este tema, necesaria por tratarse de un Grupo Significativo de Ciudadanos y no un de un Partido Político que si cuenta con unos estatutos en los que se establecen mecanismos claros y precisos para este tipo de situaciones y que han sido aceptadas con anterioridad por el miembro o candidato cuando decidió pertenecer a dicha organización.

Por ello, en el presente caso no es posible concluir que el demandado haya pasado a ser parte de la bancada del Partido Conservador, pues como se indicó estas organizaciones políticas no se fusionaron⁹ y lo que ocurrió es que algunos miembros del grupo significativo disuelto decidieron apoyar al mencionado partido, sin que ello comprometiera la voluntad o representación del elegido.

*Por lo anterior, -que la fusión no es posible para los grupos significativos de ciudadanos- en términos jurídicos pareciera que lo que en su momento pretendió hacer alguno de los fundadores del grupo significativo de personas fue realizar una **coalicción** (adhesión o apoyo) con el Partido Conservador.*

*Tal como fue explicado en el acápite anterior, las **coaliciones** (adhesiones o apoyos) son acuerdos entre organizaciones políticas que tienen como finalidad presentar conjuntamente candidatos a cargos de elección uninominal, que aunque es una posibilidad para los grupos significativos de ciudadanos, no implica de ninguna manera que estos grupos, movimientos o partidos coaligados se conviertan en una sola entidad, como lo pretende hacer ver el actor.*

Así mismo, los acuerdos de coalición para la inscripción de candidatos tienen ciertos requisitos establecidos en el parágrafo del artículo 29 de la Ley 1475 de 2011¹⁰ -ya referenciado- que de conformidad con los documentos allegados a las diligencias tampoco se cumplieron, pues no existe prueba de que el Partido Conservador y el Grupo Significativo de Ciudadanos hayan avalado candidatos a cargos de elección mediante un acuerdo de coalición, o haya existido una adhesión o apoyo con esta finalidad.

8 Folios 196 a 221.

9 Aunque haya sido utilizada la “adehesión” como estrategia política o publicitaria, en este caso, no tienen relevancia jurídica.

10 Antes de la inscripción del candidato, la coalición debe haber determinado los siguientes aspectos; mecanismo mediante el cual se efectúa la designación del candidato, el programa que va a presentar el candidato a gobernador o alcalde, el mecanismo mediante el cual se financiará la campaña y cómo se distribuirá entre los distintos partidos y movimientos que conforman la coalición la reposición estatal de los gastos, así como los sistemas de publicidad y auditoría interna. Igualmente deberán determinar el mecanismo mediante el cual formarán la terna en los casos en que hubiere lugar a reemplazar al elegido.

*Así las cosas, en conclusión, la supuesta “adhesión”, en este caso, no puede considerarse jurídicamente una **fusión**, porque dicha figura no está permitida en la legislación para los Grupos Significativos de Ciudadanos, tal como fue expuesto, ni tampoco una **coalición** con el partido Conservador, porque no se avalaron candidatos mediante un acuerdo de coalición con el cumplimiento de los requisitos para ello, ni se efectuó adhesión para apoyar candidatos a una elección de cargo uninominal, por lo tanto el cargo de doble militancia contra el demandado no está llamado a prosperar, y por lo tanto se confirma la decisión del a quo.*

De otro lado, la Sala considera que los argumentos presentados por el actor en el recurso de apelación que se señalan como posibles quebrantamientos a la democracia no son susceptibles de análisis jurídico, pues no plantean una controversia normativa, sino que se alegan circunstancias de coyuntura y conveniencia política que escapan el ámbito de competencia de esta Sala”

Decisión: CONFIRMAR la sentencia dictada el 11 de mayo de 2016 por el Tribunal Administrativo de Antioquia, Sala Segunda de Decisión Oral, dentro del proceso seguido contra la elección del señor NELSON ACEVEDO VARGAS como Concejal del Municipio de Itagüí para período 2016-2019, por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

DEVUÉLVASE el expediente al Tribunal de origen.

LUCY JEANNETTE BERMÚDEZ BERMÚDEZ
Presidenta

ROCÍO ARAÚJO OÑATE
Consejera de Estado
CARLOS ENRIQUE MORENO RUBIO
Consejero de Estado
ALBERTO YEPES BARREIRO
Consejero de Estado

* * *

CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCIÓN QUINTA

Consejera ponente: LUCY JEANNETTE BERMÚDEZ BERMÚDEZ

Bogotá D.C., cuatro (4) de agosto de dos mil dieciséis (2016)

Radicación número: 54001-23-33-000-2016-00008-01

Actor: LUIS JESÚS BOTELLO GÓMEZ

Demandado: JOSÉ LUIS ENRIQUE DUARTE GÓMEZ, DIPUTADO A LA ASAMBLEA DEL DEPARTAMENTO DE NORTE DE SANTANDER PARA EL PERÍODO 2016-2019

Asunto: Fallo nulidad electoral de segunda instancia. El actor solicita se declare la nulidad por considerar que el demandado incurrió en las causales de incompatibilidad e inhabilidad de que trata el artículo 33 Numeral 5 de la Ley 617 del 2000, e igualmente vigente para la fecha en que se realizó la inscripción, aceptación y elección, porque José Luis Duarte Contreras (hijo del demandado) se desempeñó el cargo de profesional universitario, código 2044, grado 07, en provisionalidad, en el Departamento Administrativo Nacional de Estadística –DANE- Territorial Centro Oriental, sub sede Cúcuta, nombrado el 20 de marzo de 2013 y posesionado el 4 de abril del mismo año hasta el 29 de octubre de 2015. El demandante considera que las funciones desempeñadas por el hijo del señor Duarte Gómez constituyen autoridad civil y administrativa por lo que este quedó inhabilitado para ser candidato a la Asamblea Departamental de Norte de Santander.

Extracto: *En reciente decisión de esta Sección se efectuó una relación de los aspectos teóricos que permiten distinguir el ejercicio de la autoridad civil o administrativa. En efecto, en la sentencia del 10 de marzo de 2016 citada (Rad: 2012-00001-03), se puso de presente que en 2005 esta Corporación definió el ejercicio de esa tipología de poder como “una relación de mando obediencia, que se impone, incluso, a través de medidas coercitivas”¹.*

Como soporte de su razonamiento, en dichas providencias se acudió a los conceptos legales consignados en los artículos 188 a 190 de la Ley 136 de 1994. Así las cosas, como primer criterio interpretativo del caso la Sección acudirá a la reproducción de esas normas:

“Artículo 188o. Autoridad civil. Para efectos de lo previsto en esta Ley, se entiende por autoridad civil la capacidad legal y reglamentaria que ostenta un empleado oficial para cualquiera de las siguientes atribuciones:

- 1. Ejercer el poder público en función de mando para una finalidad prevista en esta Ley, que obliga al acatamiento de los particulares y en caso de desobediencia, con facultad de la compulsión o de la coacción por medio de la fuerza pública.*
- 2. Nombrar y remover libremente los empleados de su dependencia, por sí o por delegación.*
- 3. Sancionar a los empleados con suspensiones, multas o destituciones.*

Artículo 189o. Autoridad política. Es la que ejerce el alcalde como jefe del municipio. Del mismo modo, los secretarios de la alcaldía y jefes de departamento administrativo, como miembros del gobierno municipal, ejercen con el alcalde la autoridad política.

Tal autoridad también se predica de quienes ejerzan temporalmente los cargos señalados en este artículo.

Artículo 190o. Dirección administrativa. Esta facultad además del alcalde, la ejercen los secretarios de la alcaldía, los jefes de departamento administrativo y los gerentes o jefes de las entidades descentralizadas, y los jefes de las unidades administrativas especiales como superiores de los correspondientes servicios municipales.

También comprende a los empleados oficiales autorizados para celebrar contratos o convenios; ordenar gastos con cargo a fondos municipales; conferir comisiones, licencias no remuneradas, decretar vacaciones y suspenderlas, para trasladar horizontal o verticalmente los funcionarios subordinados; reconocer horas extras, vincular personal supernumerario o fijarle nueva sede al personal de planta; a los funcionarios que hagan parte de las unidades de control interno y quienes legal o reglamentariamente tengan facultades para investigar las faltas disciplinarias”.

Con base en ello, la jurisprudencia ha concretado la autoridad administrativa en el desempeño de actos de dirección, lo que implica un grado de autonomía decisoria con el que se ejercen las funciones encaminadas a satisfacer determinados objetivos. Como se observa, en las normas referidas se establece claramente que no todo servidor público tiene la virtualidad de ejercer esos actos de autoridad y mando pues se requiere de un grado específico otorgado por la estructura de cada entidad, a partir del cual se puedan tomar decisiones y hacerlas obedecer.

Al respecto, en la sentencia dictada en 2005 -citada- se agruparon las caracterizaciones contenidas en la Ley para dar paso a dos criterios definitorios del ejercicio de ese tipo de poder: el orgánico y el funcional. En esa oportunidad se explicó lo siguiente:

1 Sentencia del 9 de septiembre de 2005, Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta, C. P. Darío Quiñones Pinilla, exp. 41001-23-31-000-2003-01299-02(3657).

“Es claro, entonces, que para establecer si el ejercicio de determinado cargo público implica el ejercicio de autoridad administrativa, puede acudirse, o bien a un criterio orgánico, o bien a un criterio funcional. En virtud del primero, es posible entender que el ejercicio de determinado cargo conlleva el ejercicio de autoridad administrativa por tratarse de aquellos que, de conformidad con la ley, implican dirección administrativa, por ser ésta es una manifestación de dicha autoridad. Y, acudiendo al segundo, será posible concluir que las funciones propias de un determinado cargo implican el ejercicio de dicha autoridad, en atención al análisis que de dichas atribuciones haga el juzgador en el caso concreto”.

Posteriormente, teniendo en cuenta el fallo proferido por la Sala Plena el 15 de febrero de 2011², esta Sección dictó la sentencia del 19 de febrero de 2015³, en la que se ajustó el concepto de autoridad civil con las siguientes pautas:

“Sea lo primero advertir, que la noción de autoridad civil ha sufrido grandes transformaciones, pues a lo largo del tiempo la jurisprudencia del Consejo de Estado ha dotado con diverso contenido a esta acepción. No obstante lo anterior, en el año 2011 la Sala Plena de esta Corporación zanjó la discusión existente y señaló que:

“Estima la Corporación que la autoridad civil, para los efectos del artículo 179.5 CP, es una especie de la autoridad pública –como lo es la jurisdiccional, la política, la militar, la administrativa, entre otras-, y consiste en el ejercicio de actos de poder y mando, que se desarrollan mediante típicos actos de autoridad, así como a través de la definición de la orientación de una organización pública, y de sus objetivos y tareas, la cual ejerce un servidor público o un particular que cumple función pública; poder que se expresa tanto sobre los ciudadanos y la comunidad en general -expresión exógena de la autoridad civil- como al interior de la organización estatal -expresión endógena de la autoridad civil.”⁴ (Subrayas fuera de texto)

En otras palabras, la autoridad civil implica la posibilidad de tomar decisiones en materia de policía administrativa, materializadas en actos administrativos, y de hacerlas cumplir incluso en contra de la voluntad de los destinatarios⁵”.

Siguiendo la estructura de los fallos citados, con la misma orientación se pronunció esta Sección en sentencia 23 de septiembre de 2013⁶, respecto del ejercicio de autoridad administrativa de la siguiente manera:

“... no sobra recordar que en cuanto a la autoridad administrativa el artículo 190 de la Ley 136 de 1994 establece un criterio orgánico y uno funcional para determinar en qué casos se configura este tipo de dirección. Con el primer criterio los alcaldes, los secretarios de la alcaldía, los jefes de departamento administrativo y los gerentes o jefes de las entidades descentralizadas y de unidades administrativas especiales son los servidores a los que se les atribuye autoridad administrativa. Con el segundo criterio los empleados oficiales auto-

2 C. P. Enrique Gil Botero, exp. Número: 11001-03-15-000-2010-01055-00(PI), actor: Asdrúbal González Zuluaga, demandado: Noel Ricardo Valencia Giraldo.

3 C. P. Alberto Yepes Barreiro (E), exp. Número: 11001-03-28-000-2014-00045-00, actor: José Julio Arboleda Sierra, demandado: Oscar de Jesús Hurtado Pérez.

4 Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, sentencia del 11 de febrero de 2008, exp. 11001-03-15-000-2007-00287-00- CP Enrique Gil Botero, reiterado en Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, sentencia del 15 de febrero de 2011, exp. 11001-03-15-000-2010-01055-00 (PI)- CP Enrique Gil Botero.

5 Esta Corporación en sentencia del 15 de febrero 2011 radicado nº11001-03-15-000-2010-01055-00 (PI)- señaló que no es cualquier clase de decisión la que configura la autoridad civil, sino solamente aquellas que “determinan el obrar mismo del Estado” y que su ejecución o puesta en práctica demuestra el control que se ejerce sobre la administración, los ciudadanos y los demás funcionarios.

6 C. P. Lucy Jeannette Bermúdez Bermúdez, exp. Número: 41001-23-31-000-2012-00048-01, demandado: Personero de Neiva.

rizados para celebrar contratos o convenios, ordenar gastos, conferir comisiones, licencias, vacaciones, trasladar funcionarios subordinados, reconocer horas extras, vincular personal supernumerario o fijar nueva sede de trabajo son también servidores que ejercen autoridad administrativa...”⁷

A partir de la cita de esas providencias, en la sentencia dictada el 10 de marzo de 2016 se afirmó lo siguiente: “En ese contexto, queda suficientemente ilustrado el criterio que, de manera reiterada y pacífica ha decantado esta Sección en torno al ejercicio de autoridad civil y administrativa, que con los matices y variantes que ha tenido a lo largo del tiempo, sigue teniendo como eje medular la existencia de una relación de mando - obediencia que se impone incluso por la fuerza”.

De conformidad con este desarrollo, en dicho fallo se advirtió que no todo tipo de servicio público conlleva el ejercicio de la autoridad en los siguientes términos:

“Ahora bien, en este punto, debe existir total claridad en que no todo tipo de cargo, por autónomo que sea en la estructura orgánica de la administración, conlleva el ejercicio de autoridad administrativa.

Como muestra de ello, basta recordar lo resuelto por la Sección, en las sentencias de 6 de febrero⁸ y 19 de marzo de 2009⁹, en torno a la nulidad de los actos de elección de la Alcaldesa de Cartagena y el Gobernador de Santander por su parentesco con un Defensor del Pueblo Regional y un Procurador Judicial, respectivamente. En aquellas oportunidades las demandas de nulidad electoral fueron despachadas desfavorablemente porque no se acreditó el ejercicio de autoridad, a pesar del nivel de los cargos que presuntamente daban pie a las inhabilidades.

Precisamente, sobre este tema vale la pena traer a colación la sentencia dictada el 23 de septiembre de 2013 por parte de esta Sección en la que se precisó que un profesional administrativo y de gestión de la Defensoría del Pueblo no ejerce autoridad administrativa. En aquella oportunidad se explicó lo siguiente:

“En el caso sub examine resulta claro que el cargo de Profesional Administrativo y de Gestión de la Defensoría del Pueblo no se encuentra dentro de los enlistados en el inciso primero del artículo 190 de la Ley 136 de 1994, por lo que no puede afirmarse que el señor Meneses Perdomo cuando ejerció el cargo configurara la inhabilidad comentada.

Del certificado de funciones obrante en el proceso, se extrae que las funciones de coordinación y control, de supervisión del cumplimiento de las obligaciones contractuales de las personas naturales o jurídicas que hagan parte del sistema nacional de defensoría pública, de recepción y diligenciamiento de las solicitudes de usuarios en los centros de atención y de apoyo al programa de capacitación de la defensoría pública, atribuidas al demandado en virtud del cargo ejercido, no conllevaron la celebración de contratos, la ordenación de gastos o el manejo de personal y por tanto no comportaron ejercicio de autoridad administrativa¹⁰ en los términos del artículo 190 antes citado.

De igual forma, a folio 187 del expediente, aparece la certificación del Coordinador de Gestión del Talento Humano de la Defensoría del Pueblo en la que hace constar que las fun-

7 Sentencia de 23 de septiembre de 2013, C. P. Lucy Jeannette Bermúdez Bermúdez, exp. Número: 41001-23-31-000-2012-00048-01, demandado: Personero de Neiva.

8 Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta, C. P. Mauricio Torres Cuervo, exp. Número: 13001-23-31-000-2007-00803-01.

9 Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta, C. P. Susana Buitrago Valencia, exp. Número: 68001-23-15-000-2007-00704-02.

10 Ver entre otras, Sentencia Sección Quinta de enero 24 de 2013, M.P. Dra. Susana Buitrago Valencia, Rad. 2011-01789

ciones de ordenación del gasto y suscripción de contratos le corresponden a la Secretaría General de la entidad; la facultad nominadora y de administración de personal la tiene adscrita la Coordinación de Gestión del Talento Humano y la atribución disciplinaria la ejerce la Veeduría, cargos todos que no ejerció el demandado como lo certifica la propia Defensoría del Pueblo en su comunicación de abril 27 de 2012 visible a folio 188 del expediente”¹¹

En el mismo sentido es necesario tener en cuenta la sentencia dictada el 11 de julio de 2013, en la que se llegó a la misma conclusión con respecto de un notario y de un coordinador de un colegio, quienes eran familiares de una persona que había sido elegida como Diputada y cuyo acto de elección había sido demandado en virtud del artículo 33-5 de la Ley 617 de 2000. Sobre el último funcionario mencionado esta Sección argumentó lo siguiente:

“Se observa entonces que la señora (...), hermana del demandado, fue vinculada a la planta de personal del Departamento del Magdalena, y según las voces del artículo 6 del Decreto 1278 de 2002¹², el cargo de Coordinador que ocupa efectivamente está calificado como Directivo Docente. Esta situación permite concluir que no ejerce autoridad política porque no ocupa alguno de los cargos que establece la norma como aquellos en los que se ostenta ese tipo de autoridad, y que además su función se limita a “auxiliar y colaborar con el rector en las labores propias de su cargo y en las funciones de disciplina de los alumnos o en funciones académicas o curriculares no lectivas”.

Como se observa, si bien no obra en el expediente el manual de funciones del cargo, las que la norma transcrita atribuye al Coordinador, permiten concluir a la Sala que son de naturaleza académica y no administrativa o política. También la dependencia de los Jefes de Departamento y de los profesores que alegó el actor, es de este mismo carácter. Y además, el cargo carece de facultades disciplinarias sobre los docentes y de atribuciones de administración del personal pues éstas corresponden al rector¹³.

11 Sentencia del veintitrés (23) de septiembre de dos mil trece. Radicación número: 41001-23-31-000-2012-00048-01. Actor: Yamil Andrés Lima Mora y otros. Demandado: Personero del municipio de Neiva.

12 “ARTICULO 6. **Directivos docentes.** Quienes desempeñan las actividades de dirección, planeación, coordinación, administración, orientación y programación en las instituciones educativas se denominan directivos docentes, y son responsables del funcionamiento de la organización escolar.

Los cargos de directivos docentes estatales serán: director rural de preescolar y básica primaria; rector de institución educativa en educación preescolar y básica completa y/o educación media; y coordinador.

El rector y el director rural tienen la responsabilidad de dirigir técnica, pedagógica y administrativamente la labor de un establecimiento educativo. Es una función de carácter profesional que, sobre la base de una formación y experiencia específica, se ocupa de lo atinente a la planeación, dirección, orientación, programación, administración y supervisión de la educación dentro de una institución, de sus relaciones con el entorno y los padres de familia, y que conlleva responsabilidad directa sobre el personal docente, directivo docente a su cargo, administrativo y respecto de los alumnos.

El coordinador auxilia y colabora con el rector en las labores propias de su cargo y en las funciones de disciplina de los alumnos o en funciones académicas o curriculares no lectivas.”

13 Ley 715 de 2001.

“ARTICULO 10. **FUNCIONES DE RECTORES O DIRECTORES.** El rector o director de las instituciones educativas públicas, que serán designados por concurso, además de las funciones señaladas en otras normas, tendrá las siguientes: (...)

10.6. Realizar el control sobre el cumplimiento de las funciones correspondientes al personal docente y administrativo y reportar las novedades e irregularidades del personal a la secretaria de educación distrital, municipal, departamental o quien haga sus veces.

10.7. Administrar el personal asignado a la institución en lo relacionado con las novedades y los permisos. (...)

10.9. Distribuir las asignaciones académicas, y demás funciones de docentes, directivos docentes y administrativos a su cargo, de conformidad con las normas sobre la materia. (...)

10.11. Imponer las sanciones disciplinarias propias del sistema de control interno disciplinario de conformidad con las normas vigentes. (...)

Así las cosas, concluye la Sala que en este evento tampoco se encuentra probado uno de los supuestos de hecho necesarios para la configuración de la causal de inhabilidad invocada por el demandante.”

Esa misma tesis la ha sostenido esta Corporación, entre otros, para los asistentes o asesores de las Unidades de Trabajo Legislativo¹⁴ y el tesorero de una Contraloría departamental frente a la elección de un Diputado. Sobre el último vale la pena reproducir el siguiente texto:

“De acuerdo con lo expuesto, la Sala considera que es evidente que el cargo de tesorero de la Contraloría General de Santander no habilita a su titular a ejercer autoridad administrativa, como erróneamente lo plantea la parte actora. En este sentido, el señor Oscar Hernández Hernández, en desempeño de dicho cargo, no pudo ostentar esa clase de autoridad, pues ninguna de las funciones trascritas le otorgaban la competencia para ejercer poder decisorio de mando o de imposición sobre los subordinados o la sociedad, que se manifiestan, entre otras formas, a través del nombramiento o remoción del personal asignado a la respectiva dependencia, o bien mediante la imposición de sanciones, o incluso por medio de la ordenación del gasto o el diseño de las políticas de la entidad, potestades que, a las claras, no tuvo el hermano del demandado mientras permaneció en el cargo de tesorero de la Contraloría General de Santander.

Aunado a lo anterior, vale la pena resaltar que, de acuerdo con el organigrama de la Contraloría General de Santander, que obra a folio 134 del Radicación, es claro que la Tesorería se encuentra bajo la subordinación de la Secretaría General y Financiera de dicha entidad. Esta circunstancia, a juicio de la Sala, implica que la toma de decisiones de la tesorería no esté gobernada por los criterios de independencia y autonomía que se predicen de las dependencias que efectivamente ejercen poder decisorio de mando o de dirección”¹⁵.

Nótese que el ejercicio de autoridad civil y administrativa está reservado solamente para cierto tipo de funcionarios, a saber, aquellos que ostentan la posibilidad de tomar decisiones que se vean materializadas en actos administrativos que pueden ejecutarse y hacerse cumplir coercitivamente”

Decisión: CONFIRMAR la sentencia del 12 de mayo de 2016 dictada por el Tribunal Administrativo de Norte de Santander.

DEVUÉLVASE el Radicación al Tribunal de origen.

LUCY JEANNETTE BERMÚDEZ BERMÚDEZ
Presidenta

ROCÍO ARAÚJO OÑATE
Consejera de Estado
CARLOS ENRIQUE MORENO RUBIO
Consejero de Estado
ALBERTO YEPES BARREIRO
Consejero de Estado

10.16. Administrar el Fondo de Servicios Educativos y los recursos que por incentivos se le asignen, en los términos de la presente ley.”

14 Sentencia del 23 de junio de 2011, Rad: 13001-23-31-000-2010-00453-01, actor: William De Jesús Castro Watts, demandado: Duvina Torres Cohen.

15 Sentencia del 13 de noviembre de 2008, Rad: 68001-23-15-000-2007-00685-01, actor: Carolina León Villamizar, demandado: diputado a la Asamblea departamental de Santander.

CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCIÓN QUINTA

Consejera ponente: LUCY JEANNETTE BERMÚDEZ BERMÚDEZ

Bogotá D.C., cuatro (4) de agosto de dos mil dieciséis (2016)

Radicación número: 11001-03-28-000-2015-00050-00

Actor: DIEGO FELIPE URREA VANEGAS Y MATEO HOYOS BEDOYA

Demandado: JHON JAMES FERNÁNDEZ LÓPEZ - DIRECTOR GENERAL CORPORACIÓN AUTÓNOMA REGIONAL DEL QUINDÍO.

Asunto: Fallo que niega la nulidad de la elección de JHON JAMES FERNÁNDEZ LÓPEZ, Director General de la Corporación Autónoma Regional del Quindío porque la inhabilidad del artículo 2.2.8.4.1.19 del Decreto 1076 de 2015 se inaplica por inconstitucionalidad debido a la incompetencia del Presidente de la República para fijar inhabilidades por ser de reserva legal.

No existió falta de competencia temporal para la elección (párrafo 2º del artículo 1º de la Ley 1263 de 2008)

Extracto: *Es necesario indicar que esta normativa [Ley 1263 de 2008] estableció que el Director General de las Corporaciones Autónomas Regionales debería ser designado por el Consejo Directivo de la Corporación para un periodo de cuatro años, contados a partir del 1º de enero de 2012, y que el proceso de elección se realizaría en el trimestre inmediatamente anterior al inicio del periodo institucional respectivo.*

De acuerdo con la regla anterior, el periodo institucional de los Directores Generales de las CAR inició el 1º de enero de 2016, por lo que, la fecha oportuna para realizar el proceso de elección era 1º de octubre de 2015.

Se tiene entonteces que el Acuerdo número 006 fue expedido el 21 de agosto de 2015, es decir, antes del trimestre establecido por la ley, y fue este, y no la publicación de la convocatoria como lo afirmaba el demandado, el primer acto preparatorio de la actuación administrativa que originó el acto demandado.

(...)

*Para esta Sala, la competencia *ratione temporis* prevista en el párrafo 2º del artículo 1º de la Ley 1263 de 2008 impide que el procedimiento de designación de los directores generales de las CAR se realice con **posterioridad** al “trimestre inmediatamente anterior al inicio del periodo institucional respectivo”.*

Lo anterior, con el fin de que se cumpla el propósito principal de la Ley 1263 de 2008 el cual busca “establecer el término de los planes de Acción de las Corporaciones en concordancia con los Planes de Desarrollo de las entidades territoriales, fijando la coincidencia de los periodos de los Directores Generales de las Corporaciones Autónomas Regionales y de Desarrollo Sostenible con los periodos de las autoridades regionales:...”¹

*Por lo que, y en concordancia con la postura asumida por esta Sección en sentencia de 21 de julio de 2016, radicado número 11001-03- 28-000- 2015-00032- 00, con ponencia del doctor Alberto Yepes Barreiro, “esta limitación no debe ser interpretada en el sentido de que dichos procedimientos **no puedan iniciar con anterioridad al término señalado en dicha norma**”, ya que lo pretendido por parte del Consejo Directivo es, precisamente, garantizar una debida previsión y planeación del proceso*

¹ Gaceta del Congreso 906 12 de mayo 2008.

electoral y así cumplir con el fin de la Ley 1263 de 2008, es decir que el inicio de los períodos de las autoridades territoriales y de los Directores Generales de las CAR coincidan.

Se tiene entonces que el Acuerdo 006 de 21 de agosto de 2015, expedido por el Consejo Directivo de CRQ, es un acto de convocatoria general, dado que en éste se encontraban contenidas las reglas y pormenores del procedimiento de la designación de su Director General, para el período institucional 2016-2019, tales como su cronograma, los integrantes del Comité encargado de la verificación de los requisitos de los aspirantes y los criterios de evaluación que debían ser empleados, entre otros aspectos.

(...)

Son estas razones las que permiten a esta Sala concluir que si bien el Acuerdo 006 de 21 de agosto de 2015 fue expedido antes del “trimestre inmediatamente anterior al inicio del período institucional respectivo”, el mismo fue proferido con competencia por parte del Consejo Directivo y sin producir ningún vicio que afecte la validez del acto acusado.

El elegido estaría incurso en la inhabilidad establecida en el artículo 2.2.8.4.1.19 del Decreto 1076 de 2015

(...)

Se pone de presente que, respecto al cargo de estar incurso en la inhabilidad contenida en el artículo 2.2.8.4.1.19 del Decreto número 1076 de 2015, existe identidad fáctica, con el proceso de radicado 2015-00060-00, iniciado por el señor Sabel Reinerio Arévalo Arévalo contra el aquí demandado.

(...)

En la mencionada providencia esta Sala encontró probado que el señor JHON JAMES FERNÁNDEZ LÓPEZ ejerció como gobernador del departamento del Quindío y por ende como miembro de la Corporación Autónoma Regional durante los años 2012 y 2013, es decir en el período anterior a su designación como director de la CAR, por lo que desconoció el Decreto número 1076 de 2015 que señala a “los miembros del consejo directivo no podrán ser elegidos directores de las corporaciones a que pertenecen, en el período siguiente”.

Sin embargo, la Sala inaplicó el penúltimo inciso del artículo 2.2.8.4.1.19 del decreto único reglamentario 1076 de 2015, por inconstitucional, en virtud de lo dispuesto en el artículo 4º de la Carta Política, por lo cual negó las pretensiones de la demanda.

Lo anterior al encontrar que el Decreto Compilatorio 1076 de 2015 en el artículo 2.2.8.4.1.19, reprodujo la regulación contenida en el Decreto número 1768 de 1994 sobre los consejos directivos de las corporaciones autónomas regionales, incluyendo la inhabilidad para ser elegidos directores para quienes hayan sido integrantes del organismo durante el período anterior a la designación.

Pues bien, la Sala reitera nuevamente que los decretos proferidos por el Presidente en uso de sus facultades reglamentarias, no pueden establecer prohibiciones para acceder a cargos públicos, en este caso, para el cargo de director de la Corporación Autónoma Regional, ya que la fijación del régimen de inhabilidades es materia que tiene reserva legal.

Este orden de ideas, y como quiera que en el presente asunto se demandó el acto de elección del señor JHON JAMES FERNÁNDEZ LÓPEZ por estar incurso en la inhabilidad establecida en el artículo 2.2.8.4.1.19 del Decreto 1076 de 2015, cargo que ya fue analizado en forma suficiente por la Sala, es necesario estarse a lo resuelto en la sentencia de 28 de julio de 2016, Radicación 2015-00060, Consejero Ponente doctor Carlos Enrique Moreno Rubio.”.

Decisión: NEGAR las pretensiones de la demanda presentada, por los señores DIEGO FELIPE URREA VANEGAS y MATEO HOYOS BEDOYA

ESTESE A LO RESUELTO en la sentencia de 28 de julio de 2016, que INAPLICÓ, por inconstitucional, el penúltimo inciso del artículo 2.2.8.4.1.19 del Decreto 1076 de 26 de mayo de 2015, expedido por el Presidente de la República.

NOTIFICAR a las partes de conformidad con el artículo 289 del C.P.A.C.A.

ARCHIVAR el Radicación una vez quede en firme el fallo.

ADVERTIR que contra la presente providencia no procede recurso alguno.

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

LUCY JEANNETTE BERMÚDEZ BERMÚDEZ
Presidenta

ROCÍO ARAÚJO OÑATE
Consejera de Estado
CARLOS ENRIQUE MORENO RUBIO
Consejero de Estado
ALBERTO YEPES BARREIRO
Consejero de Estado

* * *

CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCIÓN QUINTA

Consejera ponente: LUCY JEANNETTE BERMÚDEZ BERMÚDEZ

Bogotá, D. C., once (11) de agosto de dos mil dieciséis (2016)

Radicación número: 50001-23-33-000-2015-00647-01

Actor: ATILANO CUESTA CONTO

Demandado: HÉCTOR AUGUSTO TEJADA ROJAS - DIPUTADO ASAMBLEA DEL GUAINÍA

Asunto: Fallo que confirma sentencia denegatoria de la nulidad de la elección de HÉCTOR AUGUSTO TEJADA ROJAS, Diputado del Departamento de Guainía (2016-2019), por no encontrar probada la inhabilidad de intervención de gestión de negocios, prevista en el artículo 33 del numeral 4° de la Ley 617 de 2000.

Extracto: “La inhabilidad constituye un impedimento para obtener un empleo u oficio o para continuar en su ejercicio cuando aquella deviene en la modalidad de sobreviniente. Supone que existen con antelación a la elección o a la inscripción, según se trate conforme a la norma. Aluden a circunstancias subjetivas que limitan el derecho de acceso a cargos públicos, en tanto tienen como propósito garantizar la prevalencia del interés general a través del mantenimiento del equilibrio en la contienda electoral (aspecto positivo), cuya contra cara, es impedir a los aventajados que ejerzan presiones e influencias que impliquen prebendas que les den la delantera frente a los demás contendientes de las justas electorales (aspecto negativo).

Ese aspecto negativo, se materializa en la imposición de una restricción al derecho a participar en la conformación del poder político, en pro del interés general democrático de cara a la comunidad como ser político, pero al limitar el ejercicio del derecho político a ser elegido, es razonable que el cumpli-

miento de sus presupuestos sea estricto y su interpretación sea restrictiva, sin visos de extensión o de analogía.

(...)

Generalidades de la intervención en gestión de negocios.

Esta inhabilidad de características preventivas y proteccionistas de la igualdad de los aspirantes a las justas electorales, tiene como propósito precaver vicios en la relación del candidato con las entidades públicas que implique la indebida utilización de esa condición de candidato en las actividades que adelante ante aquellas y, evitar, vicios de mayor trascendencia, como es que, el candidato utilice sus vínculos y relaciones con las entidades públicas en beneficio de sus intenciones electorales o que el electorado asocie, deduzca o concluya que verlo en tratativas con las entidades públicas le aventaja y con ello acreditarse ante los electores para obtener los votos¹.

La intervención en esta causal de inhabilidad se materializa en la gestión de negocios, que como su nombre lo indica es simplemente entrarse en las tratativas precontractuales, sin que se requiera en efecto la culminación o logro de la celebración del contrato o negocio jurídico de que se trate.

*La gestión de negocios, dentro de la teoría de los negocios jurídicos, se caracteriza por ser un acto libre de obligaciones y derechos para el gestor y el gestionado, ya que no existe contrato alguno que legalizar ni legalizado, esto significa que se queda en el plano de las **tratativas precontractuales y prenegociales** y, por ende no se requiere la celebración efectiva del negocio, por cuanto lo relevante es la potencialidad que la participación en diligencias ante entidades públicas le otorga al aspirante al Congreso en la obtención de ventajas respecto de los demás candidatos, quienes no tienen la misma oportunidad de tener tratativas o relaciones con entidades públicas. Además, existe un aspecto modal o de propósito: en interés propio o en el de terceros.*

*La configuración de la **intervención en la gestión de negocios**, requiere que se pruebe la participación del demandado en diligencias conducentes al logro de un negocio con entidad pública, que le aporte beneficios a sí mismo o a terceros, patrimoniales o de otra índole, para efectos del artículo 33 de la Ley 617 de 2000 (numeral 4º), así indicado textualmente por esta Sección en anteriores ocasiones².*

(...)

Frente a la causal de inhabilidad alegada, es necesario analizar uno a uno los factores para que se configure así: (i) la actividad que a juicio del demandante hace que el demandado haya estado inhabilitado para aspirar a la diputación departamental (ii) el aspecto modal del interés propio o de

1 En sesión de la Comisión 3, de abril 29 de 1991 de la Asamblea Nacional Constituyente, se indicó: “En cuanto al tema de porqué la gestión de negocios inhabilita para presentarse como candidato y para ser elegido, es un tema que muchos de los presentes han tratado y algunos no entienden la razón de ser, básicamente tiene dos cuestiones, uno es el hecho de evitar que una persona con dineros del Estado, si es contratista, haga las labores de la campaña o a través de hacer la obra en una comunidad que se siente beneficiada, adquiera la influencia necesaria para ser elegida, (...); adicionalmente, no hay duda de que la eventualidad de ser elegido a una corporación crea una situación de ventaja frente a la entidad o empleado público ante la cual una persona está gestionando (...).”. Presidencia de la República Consejería para el Desarrollo de la Constitución. Asamblea Nacional Constituyente 1991. 20 Ene 1994 Página 18.

2 Consejo de Estado. Sección Quinta. Rad. 52001-23-31-000-2011-00647-01 M.P. Susana Buitrago Valencia. Demandado: Diputado asamblea departamental del Putumayo. Sent. 28 de abril de 2013. “(...) requiere indubitadamente que se acredite la participación de quien se demanda, a través de **diligencias conducentes al logro de un negocio que le aporte beneficios**, bien con fines de lucro o extrapatrimoniales, y ante entidades públicas exclusivamente del nivel departamental. Debe precisarse que el negocio al que se refiere la norma, no necesariamente debe traducirse en la suscripción de un contrato, puesto que lo relevante de su contenido es la potencialidad que la participación en diligencias ante entidades públicas le otorga al aspirante a Diputado en la obtención de ventajas respecto de los demás candidatos, quienes no tienen las mismas posibilidades para relacionarse con entidades públicas a ese nivel”.

terceros, que implique aventajamiento en las justas electorales, (iii) el factor del nivel público de la entidad contratante requerido en la norma y su naturaleza jurídica (departamental) y (iv) el factor temporal del período inhabilitante. Y para dar lugar a su configuración, tal como ha sido indicado por esta Sección en anteriores oportunidades “los supuestos enunciados son concurrentes, de modo que si falta alguno de ellos no se configura la inhabilitad”³.

(...) el demandado asistió y participó en esa diligencia de sorteo que se llevó a cabo el 14 de agosto de 2015, por la referida empresa, conforme consta en el Acta de Sorteo Aleatorio, ... en la que el **azar** le favoreció con el número más alto de la balota, razón por la cual la entidad indicó luego del balotaje que “el proponente beneficiado con la adjudicación del proceso es WEST ARMY SECURITY LTDA”.

(...)

Pero así también evidencia que esa actividad **-sorteo mediante balotaje-** si bien es cierto, fue la última diligencia previa a la adjudicación del contrato, no fue una real intervención en la gestión negocial, pues dicha actuación debe corresponder a actividades **tendientes, determinantes o con potencialidad efectiva** de conseguir -lográndolo o no- el negocio de que se trate.

Como ya se indicó, la jurisprudencia de esta Sección ha señalado que la intervención en la gestión de negocios se encuentra en el plano de las tratativas precontractuales y prenegociales y su configuración “requiere que se pruebe la participación del demandado en diligencias **conducentes** al logro de un negocio con entidad pública que le aporte beneficios a sí mismo o a terceros, patrimoniales o extrapatrimoniales”⁴. y “lo relevante es la potencialidad que la participación en diligencias ante entidades públicas le otorga al aspirante [al Congreso] en la obtención de ventajas respecto de los demás candidatos, quienes no tienen la misma oportunidad de tener tratativas o relaciones con entidades públicas” (ibídem 5).

Pues como bien lo consideró el Tribunal a quo (...), de cara a las circunstancias que desarrollaron la etapa de selección abreviada, no fue la actividad del demandado la que determinó la adjudicación del contrato, pues quien superó todas las etapas clasificatorias y calificatorias de selección y escogencia, fue la sociedad West Army Security Ltda, con la dirección de su representante legal, sin que se haya probado injerencia alguna del demandado **TEJADA ROJAS**.

(...)

De tal suerte, que cuando la CDA, llega a la etapa de sortear al adjudicatario por el sistema de balotaje, la empresa West Army Security Ltda. **ya estaba seleccionada** entre las dos ganadoras, sólo que el sistema de evaluación arrojó un empate, equivalente a 99.65842 puntos, que conforme al pliego de condiciones, debía ser dirimido por método **aleatorio**, con su homóloga AMCOVIT LTDA.

(...)

En virtud de lo anterior, y que para que se configure la causal alegada se deben cumplir todos los requisitos exigidos en la norma prohibitiva, y en este caso no se cumple el primero, relacionado con la intervención en la gestión de negocios, por lo que la sentencia de primer grado que negó las pretensiones de la demanda amerita ser confirmada, por las razones que se explicaron en precedencia y no resulta necesario analizar los demás requisitos”.

3 Consejo de Estado. Sección Quinta. Rad. 11001-03-28-000-2014-00065-00. M.P. Alberto Yepes Barreiro. Demandado: Carlos Víctor López Romero. Sent. 12 de marzo de 2015.

4 Consejo de estado. Sección Quinta. Rad. 11001-03-28-000-2014-00051-00. Demandada: Ana María Rincón Herrera. M.P. Lucy Jeannette Bermúdez Bermúdez. Sent. 3 de agosto de 2015.

Lucy Jeannette Bermúdez Bermúdez

Decisión: CONFÍRMASE la sentencia proferida el 11 de mayo de 2016, por el Tribunal Administrativo del Meta, dentro del proceso de nulidad electoral contra el E-26ASA de la elección del señor HÉCTOR AUGUSTO TEJADA ROJAS, en calidad de Diputado del Departamento de Guainía (2016-2019).

Contra lo resuelto no PROCEDE recurso alguno.

Ejecutoriado el fallo, DEVUÉLVASE el Radicación al Tribunal de origen.

LUCY JEANNETTE BERMÚDEZ BERMÚDEZ
Presidenta

ROCÍO ARAÚJO OÑATE
Consejera de Estado
CARLOS ENRIQUE MORENO RUBIO
Consejero de Estado
ALBERTO YEPES BARREIRO
Consejero de Estado

* * *

CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCIÓN QUINTA

Consejera ponente: LUCY JEANNETTE BERMÚDEZ BERMÚDEZ

Bogotá D.C., veinticinco (25) de agosto de dos mil dieciséis (2016)

Radicación número: 11001-03-28-000-2016-00037-00

Actor: CLAUDIA MILENA CASTELLANOS AVENDAÑO

Demandado: MARTHA LUCÍA ZAMORA ÁVILA, IVÁN DARÍO GÓMEZ LEE

EXMAGISTRADOS DE LA SALA ADMINISTRATIVA DEL CONSEJO SUPERIOR DE LA JUDICATURA.

Asunto: Fallo que niega la nulidad del nombramiento en provisionalidad de Martha Lucía Zamora Ávila, Iván Darío Gómez Lee, Magistrados de la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura por que conforme al artículo 132-2 de la Ley 270 de 1996, en vacancias definitivas se permite el nombramiento en provisionalidad mientras se cumplen con los pasos para efectuar el nombramiento en propiedad.

Las censuras contra el procedimiento de selección, atinentes a la elusión del procedimiento para la elección de los magistrados, en la medida en que no se efectuó una convocatoria pública y a que los actos demandados no fueron publicados en debida forma fueron desvirtuados con las pruebas recaudadas.

Extracto: *El Presidente del Consejo Superior de la Judicatura expidió las resoluciones 5 y 6 del 5 y el 9 de febrero de 2016 en las que se nombra en provisionalidad a los ciudadanos Zamora Ávila y Gómez Lee respectivamente (...).*

En ellas se evidencia que están soportadas en los parágrafos 1º y 2º del artículo 53 y el numeral 2º del artículo 132 de la Ley 270 de 1996 y que su primer fundamento es la declaratoria de nulidad proferida por la Sala Plena del Consejo de Estado respecto de la elección de Francisco Javier Ricaurte y Pedro Octavio Munar Cadena. Asimismo se lee que fueron elevadas varias solicitudes a la Corte Suprema de Justicia para que nombrara nuevos magistrados¹ y que, como consecuencia, la Sala Plena decidió efectuar los nombramientos en provisionalidad. (...).

1 Como soporte de esta afirmación al expediente fueron allegados los siguientes documentos: (i) Oficio PSA15-5154 de fecha 28 de diciembre de 2015, dirigido al Presidente de la Corte Suprema de Justicia y firmado por el Presidente del CSJ (folio 215); (ii)

(...) la actora esgrime cuatro cargos de nulidad (...) la falta de competencia, el desconocimiento de normas y la extralimitación de funciones del CSJ, pueden ser analizados en un mismo capítulo, en la medida en que están soportados por premisas que coinciden en que la Sala Plena de esa entidad no contaba con la facultad para nombrar los magistrados de la Sala Administrativa, ya que por mandato constitucional ese poder solamente lo tiene la Corte Suprema de Justicia.

(...)

...Primer y segundo cargo: falta de competencia, desconocimiento de normas jurídicas aplicables y extralimitación de funciones del CSJ.

(...) La tesis de esta censura puede ser resumida en la siguiente construcción lógica:

- (i) Las vacancias generadas por las sentencias de nulidad dictadas por la Sala Plena del Consejo de Estado son absolutas y definitivas.*
- (ii) Los nombramientos anulados fueron efectuados por la Corte Suprema de Justicia.*
- (iii) La provisión de esas vacantes solamente puede ser efectuada por la Corte Suprema de Justicia en los términos del artículo 254 de la Constitución, así como bajo los valores establecidos en los artículos 6, 122 y 209 de ese Estatuto.*

(...)

Conforme a la evidencia probatoria allegada al proceso y las normas jurídicas aplicables al caso, esta Sala reitera los fundamentos del auto que negó la medida cautelar, lo que implica que de las censuras que se estudian no es posible concluir que hubiese una violación de las competencias y funciones adscritas al CSJ que lleve a la nulidad del acto de elección acusado.

La competencia para el nombramiento de los miembros del Consejo Superior de la Judicatura está reglamentada en los artículos 53, 77 y 132 de la Ley 270 de 1996, Estatutaria de la Administración de Justicia. En esas normas se definen los parámetros aplicables al caso concreto que, por tanto, deben ser analizados en su totalidad de forma sistemática y armónica.

La norma general en la Ley Estatutaria de Administración de Justicia, el artículo 132, determina que la provisión de cargos en la Rama Judicial se puede efectuar en propiedad, en provisionalidad y en en-cargo. Por su parte, el párrafo 1º del artículo 53 del mismo estatuto señala claramente que provisión transitoria de los magistrados del CSJ (entre otros) se hará directamente por cada Corporación y no podrá exceder el término de tres meses.

Es cierto, como lo señala la demandante, que teniendo en cuenta que las vacantes dejadas por los magistrados Francisco Javier Ricaurte y Pedro Octavio Munar son absolutas, en virtud de lo establecido en el artículo 254.1 de la Constitución Política, la competencia para elegir en propiedad a sus reemplazos está en cabeza de la Corte Suprema de Justicia.

Sin embargo, la demanda pasa por alto que el artículo 132-2 referido también prevé que las vacancias definitivas pueden ser satisfechas temporalmente a través de la figura del “nombramiento en provisionalidad”, mientras se cumplen con los pasos para efectuar el nombramiento en propiedad.

En este caso, vale la pena referirlo, es absolutamente claro que los ciudadanos Zamora Ávila y Gómez Lee fueron elegidos y nombrados en provisionalidad mientras se efectuaba la designación de los magistrados de la Sala Administrativa en propiedad por parte de la Corte Suprema de Justicia. (...) y,

más importante, el hecho de que una vez cumplida la obligación constitucional por parte de la Corte Suprema de Justicia, ellos se apartaron de la magistratura para que los elegidos por esta última ejercieran los deberes del empleo.

A pesar de lo dispuesto en el artículo 77 de la Ley Estatutaria, norma especial que rige el CSJ, en este evento los hechos demuestran que a pesar de haber transcurrido más de un año y medio desde cuando se produjo la vacancia respectiva, el nominador natural no había cumplido con su deber constitucional y legal de designar los miembros de la Sala Administrativa ya fuera en propiedad o en provisionalidad, lo que ponía en riesgo el cumplimiento de las funciones a cargo del Consejo Superior de la Judicatura.

Es claro que la competencia para elegir dos de los seis miembros de la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura es de la Corte Suprema de Justicia, pero ante la situación excepcional, que se da entre el ejercicio razonable de esa competencia y la imperiosa necesidad de que se cumpla con las funciones que la Constitución (artículos 256 y 257) y la Ley Estatutaria (artículo 85 entre otras), la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura está facultada para proveer de manera transitoria la vacante.

En otras palabras, en la medida en que la competencia establecida en el artículo 77 no fue satisfecha en un término prudencial y ante la necesidad de garantizar el servicio de la administración de justicia, la Sala Plena del CSJ podía efectuar el nombramiento en provisionalidad mientras el nominador cumplía con su deber, en los términos de los artículos 53 (parágrafo 1) y 132-2 de la Ley Estatutaria.

Como se observa, contrario a lo considerado por la demandante, esa interpretación privilegia la vigencia de la Carta Política garantizando que las instituciones (en este caso CSJ y Corte Suprema de Justicia) cumplan sus deberes a partir de la aplicación de disposiciones de carácter general (arts 53 y 132 LEAJ), cuando quiera que la competencia contenida en la regla especial (art. 77 LEAJ) no sea cumplida dentro de un lapso razonable y sea evidente la necesidad de garantizar la prestación del servicio.

Bajo esas condiciones, para esta Sección el nombramiento en provisionalidad de MARTHA LUCÍA ZAMORA ÁVILA e IVÁN DARÍO GÓMEZ LEE, como magistrados de la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura por la sala Plena de la misma Corporación no es irregular por falta de competencia, desconocimiento de las normas en que debía fundarse o extralimitación de funciones.

Esa tesis había sido definida por esta Sección en dos oportunidades. En efecto, en el auto admisorio dictado dentro del Radicación 2015-0046² se citó el desarrollo de esa regla jurisprudencial mediante la sentencia del 24 de julio de 2008 (...) :

(...) Tercer cargo: Elusión del procedimiento para la elección de los magistrados, en la medida en que no se efectuó una convocatoria pública.

La demandante solo sustentó este cargo en el artículo 1.1. de la Convención Americana de Derechos Humanos y aseveró que la ausencia de una convocatoria pública para nombrar los magistrados de la Sala Administrativa es discriminatoria.

(...) no se evidenció que el nombramiento de los demandados hubiere implicado un trato discriminatorio contra una persona o una colectividad. Por el contrario, de lo que se lee en el acta de Sala Plena del 28 de enero de 2016 (folios 37 a 73), es que a pesar de las restricciones adscritas a un proceso que tenía urgencia, fueron convocados los consejos seccionales de la judicatura del país.

Esa sola evidencia desvirtúa la censura presentada por la demandante. No obstante, vale la pena referir que los argumentos esgrimidos por los demás sujetos procesales resultan razonables en la medida en que el nombramiento efectuado por el CSJ es temporal, y una convocatoria pública general podría

2 Magistrado sustanciador: Alberto Yepes Barreiro.

resultar extensa, compleja y costosa. Es cierto que la naturaleza de ese nombramiento a la luz de los principios consignados en el artículo 209 de la Constitución, impide que se haga un trámite de grandes proporciones y, más bien, implica concentrarse en el cumplimiento de los requisitos exigidos para ser nombrado en el cargo.

(...) Cuarto cargo: Los actos demandados no fueron publicados en debida forma.

Acerca de esta censura la actora señaló que la falta de publicidad de los nombramientos de los demandados dificultan el control ciudadano e institucional sobre las decisiones que se toman por parte del CSJ.

(...)

Al respecto, vale la pena referir que a folio 74 consta la publicación efectuada por el Consejo Superior de la Judicatura en el sitio de internet www.ramajudicial.gov.co de las resoluciones 5 y 6 del 5 y el 9 de febrero de 2016. De acuerdo a lo informado por el Presidente del CSJ, esa constancia fue expedida por la directora del CENDOJ.

Finalmente, teniendo en cuenta la naturaleza particular de los actos demandados, los ciudadanos Zamora Ávila y Gómez Lee afirmaron que fueron enterados de las decisiones del CSJ y que, como consecuencia, decidieron presentar un escrito ante el Presidente de la Corte Suprema de Justicia en el que explicaron las condiciones de su nombramiento (folio 153).

(...)

En ese orden de ideas, no hay lugar a declarar la nulidad del acto de nombramiento de Martha Lucía Zamora Ávila e Iván Darío Gómez Lee, contenido en las resoluciones 5 y 6 del 5 y el 9 de febrero de 2016.”.

Decisión: NEGAR las pretensiones de la demanda presentada por Claudia Milena Castellanos Avendaño.

NOTIFICAR a las partes de conformidad con el artículo 289 del CPACA.

ARCHIVAR el Radicación una vez quede en firme el fallo.

ADVERTIR que contra la presente providencia no procede recurso alguno::

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

LUCY JEANNETTE BERMÚDEZ BERMÚDEZ
Presidenta

ROCÍO ARAÚJO OÑATE
Consejera de Estado
CARLOS ENRIQUE MORENO RUBIO
Consejero de Estado
ALBERTO YEPES BARREIRO
Consejero de Estado

CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCIÓN QUINTA

Consejera ponente: LUCY JEANNETTE BERMÚDEZ BERMÚDEZ

Bogotá, D.C., ocho (8) de septiembre de dos mil dieciséis (2016)

Radicación número: 25000-23-41-000-2014-00042-02

Actor: JAIRO ANTONIO RODRÍGUEZ CASTELBLANCO Y OTRA

Demandado: ANDREA PRINCESS GONZÁLEZ HUÉRFANO

Asunto: Fallo revoca sentencia denegatoria de pretensiones para en su lugar declararse INHIBIDA para emitir pronunciamiento de fondo en relación con la nulidad del nombramiento de ANDREA PRINCESS GONZÁLEZ HUÉRFANO, Secretaria Ad Hoc del Grupo de Trabajo de Competencia Desleal, adscrito al Despacho del Superintendente Delegado para Asuntos Jurisdiccionales de la Superintendencia de Industria y Comercio, por cuanto no existe un acto de nombramiento que pueda ser examinado mediante esta acción electoral porque se trató de una delegación de funciones que constituye la ejecución de una atribución propia del desempeño del cargo.

Extracto: *La Sala comienza por hacer referencia a que de antaño se ha considerado que el medio de control de nulidad electoral previsto en el artículo 139 del CPACA, es una especie del género del medio de control de nulidad, en cuanto comparte en esencia un atributo que las asimila como acción de naturaleza pública. De éstas se predica la posibilidad de que cualquiera persona pueda acudir en virtud del ejercicio del poder público previsto en el artículo 40 superior a ejercer la potestad concerniente con la interposición de acciones públicas en defensa de la constitución y de la ley.*

Bajo este contexto y anunciada esa identidad que hace comunes estos medios de control, es del caso resaltar que la especialidad que se predica del medio de control de nulidad electoral se concreta en que su objeto o finalidad se dirige a asegurar el respeto del principio de legalidad en el ejercicio de las funciones electorales y de la facultad nominadora asignada a las autoridades y corporaciones públicas que conforman la organización estatal.

Así, es claro que este medio judicial procede contra los actos que realicen una designación por elección, sea esta de carácter popular o no, y de aquellos que contengan un nombramiento.

(...) es evidente que en esta clase de proceso de naturaleza especial, el juicio de constitucionalidad y de legalidad no se plantea en estricto sentido por la controversia de un administrado con un acto que le es desfavorable, sino que su análisis está orientado a ejercer un control de constitucionalidad y legalidad en abstracto de esta clase de actos de elección y de nombramiento.

Así, el contencioso de nulidad electoral tiene por propósito revisar la mera legalidad objetiva o juridicidad del acto demandado, esto es, aquel declarativo de una elección o de nombramiento, pero de ninguna manera le corresponde realizar análisis sobre las conductas o las funciones que en desarrollo de tal designación realice quien resultó elegido o la persona que se nombró en un empleo, pues ello desborda su naturaleza y las particularidades de la acción especial.

Esto para referir que todas aquellas implicaciones particulares que esgrimieron los actores respecto de los perjuicios y las presuntas irregularidades que derivan del acto cuestionado con incidencia en el desarrollo y ejecución de un procedimiento de naturaleza jurisdiccional ante la Superintendencia de Industria y Comercio, desborda el objeto de este medio de control de nulidad electoral.

Características de los actos de elección y de nombramiento

(...)Por su parte, son actos de nombramiento aquellos mediante los cuales se designa a una persona para que desempeñe el ejercicio de un cargo. En esta decisión concurre la voluntad de quien en la entidad ostenta o está investido de la condición nominadora.

Bajo este entendido, fue que el legislador privilegió que mediante esta acción se controvirtiera la legalidad objetiva de esta clase de actos, pese a la condición o carácter particular de los mismos, pues implican la vinculación de una persona a la función pública. Y es que son precisamente la inspiración de los principios que gobiernan dicha vinculación lo que habilita el que cualquier persona concurra en defensa del ordenamiento jurídico a controvertir la elección o el nombramiento que se considere contrario a la ley y/o a la constitución.

(...)Recapitulando, es necesario que dada las características del medio de control de nulidad electoral, para su ejercicio se verifique que su accionar corresponde a cuestionar esta clase de actos, pues no es posible verificar la legalidad de actos que no comportan tales condiciones bajo el adelantamiento de esta acción.

Sobre el particular corresponde insistir en el siguiente concepto que da cuenta del elemento que debe estar presente en la decisión que se cuestiona, que tiene que ver con que el nombrado o elegido se convierte en sujeto pasivo de las normas que gobiernan la función pública, en el respectivo cargo en el que es designado, (...)

(...) en el medio de control de nulidad electoral es el elegido o el nombrado, quien adquiere la condición de demandado y no la entidad que produce o adopta el acto de elección o nombramiento, a quien se le vincula para que, de estimarlo procedente, acuda en defensa del acto cuestionado, en los términos del artículo 277 del CPACA.

Con estas precisiones pasa la Sala a examinar si el acto cuestionado tiene la connotación de un acto de elección o de nombramiento, susceptible de cuestionarse por este medio.

(...) análisis y estudio del acto demandado

(...) es evidente que lingüísticamente la Resolución N° 51336 encierra un “nombramiento” pero tal acto de ninguna manera se configura en un nombramiento como tal, (de acuerdo al concepto ya explicado) de la funcionaria, ANDREA PRINCESS GONZÁLEZ HUÉRFANO en un empleo o cargo público.

(...)De otra parte, se aprecia por la Sala que a la asignación de funciones de la abogada ANDREA PRINCESS GONZÁLEZ HUÉRFANO le precedía una vinculación laboral con la entidad, (...)

*(...) la señora ANDREA PRINCESS GONZÁLEZ HUÉRFANO para el 29 de agosto de 2012, cuando se le comunicó de la designación como Secretaria Ad hoc en el Despacho del Superintendente Delegado para asuntos jurisdiccionales ya se encontraba vinculada en esa institución y la función que se le asigna en virtud de la Resolución N° 51336 de 2012, no puede considerarse como un **acto de nombramiento** porque no tiene las características que lo identifican como tal.*

Se trata ni más ni menos de una asignación de determinadas funciones. Ahora bien, si se considera el contenido y naturaleza del Decreto 4886 de 2011, se aprecia que mediante éste se modificó la estructura de la entidad y se determinaron las funciones entre las diferentes dependencias de la entidad. Esta reglamentación indica que mediante dicho acto se le dotó a la Secretaria General de la SYC para que en cumplimiento de sus funciones contara con la posibilidad de designar a una secretaria ad hoc, para apoyar el cumplimiento de su catálogo funcional.

Y fue precisamente en virtud de tal atribución que incorporó mediante el acto administrativo acusado, la delegación de una de sus atribuciones a una funcionaria de la entidad, lo que de ninguna manera representa que por este motivo se considere que dicha Resolución N° 51336 de 2012, contenga un acto de nombramiento, de aquellos que pueden cuestionarse mediante esta acción de naturaleza electoral.

(...) determinación de procedencia de la acción electoral

Ha de advertirse que la procedencia de la acción electoral no puede medirse ni la representa, como en otras acciones, los motivos que esgrimen los actores para su cuestionamiento. En efecto, en este caso

Lucy Jeannette Bermúdez Bermúdez

solo se permite el reclamo de la nulidad del acto de elección y/o de nombramiento, decisión que no se compadece de ninguna manera con el contenido de la resolución demandada.

(...) el acto cuestionado no tiene la connotación de un acto de naturaleza electoral pues no declara una elección, y tampoco hace un nombramiento o una designación.

(...) constituye la ejecución de una atribución propia del desempeño de su cargo, en cuanto la habilitó para que encargara de las funciones de certificación y de aquellas relacionadas con la autenticación de documentos, a un funcionario de la entidad cuando lo estimara necesario para un mejor desempeño de la actividad que se encuentra a su cargo.

*Así, la determinación de tal delegación de funciones no es un aspecto que deba cuestionarse a través de este medio judicial, por cuanto no implica como ya se dijo, el nombramiento ni la designación de un funcionario sino la **delegación de una función** frente a la que en realidad no se opone la parte demandante, pues su reproche se centra en señalar que este acto debió ser publicado por las implicaciones en el proceso jurisdiccional que adelantó la Superintendencia de Industria y Comercio, y que culminó sin que pudiese interponer el recurso de alzada.*

(...)En esa medida, se tiene que el control de esta clase de acto no procedía en ejercicio de este proceso de naturaleza especial, en cuanto está dotado de un procedimiento preferente y sumario que riñe con el propósito del examen que aquí se pidió realizar.

Además, por cuanto la parte actora pretendió la asignación de condiciones y atributos que el acto no posee, tales como la necesidad de publicarse en un diario de amplia circulación para justificar la tardía presencia en sede judicial, con el ánimo de controvertir en últimas, una decisión dictada en desarrollo de una competencia de orden jurisdiccional, frente a la cual está exceptuado el control que cumple esta jurisdicción en los términos del artículo 105 numeral 2° del CPACA.

(...)En esta medida, al no constituir el acto acusado un nombramiento de naturaleza electoral, lo procedente como en efecto se hará, es declarar que por este motivo la Sala debe inhibirse de pronunciarse (...).

Decisión: REVÓCASE la sentencia proferida el 21 de abril de 2016, dentro del proceso de nulidad electoral contra la Resolución N° 51336 de 29 de agosto de 2012, para en su lugar, declararse INHIBIDA para emitir pronunciamiento de fondo en relación con el acto objeto de la demanda, por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

Contra lo resuelto NO PROCEDE recurso alguno.

Ejecutoriado el fallo, DEVUÉLVASE el Radicación al Tribunal de origen.

LUCY JEANNETTE BERMÚDEZ BERMÚDEZ
Presidenta

ROCÍO ARAÚJO OÑATE
Consejera de Estado
CARLOS ENRIQUE MORENO RUBIO
Consejero de Estado
ALBERTO YEPES BARREIRO
Consejero de Estado

CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCIÓN QUINTA

Consejera ponente: LUCY JEANNETTE BERMÚDEZ BERMÚDEZ

Bogotá D.C., ocho (8) de septiembre de dos mil dieciséis (2016)

Radicación número: 11001-03-28-000-2016-00018-00

Actor: MIGUEL ALEXANDER BERMÚDEZ LEMUS

Demandado: NOEL BRAVO CÁRDENAS -REPRESENTANTE SUPLENTE DE LAS ENTIDADES DEL SECTOR PRIVADO EN EL CONSEJO DIRECTIVO DE LA CORPORACIÓN AUTÓNOMA REGIONAL DEL TOLIMA.

Asunto: Fallo que niega la nulidad de la elección de NOEL BRAVO CÁRDENAS, -Representante Suplente de las Entidades del Sector Privado ante el Consejo Directivo de la Corporación Autónoma Regional del Tolima (CORTOLIMA), porque al momento de realizar su postulación, fueron cumplidos los requisitos exigidos en el numeral 3º del artículo 2.2.8.5A.1.3 del Decreto 1850 de 2015.

Se exhorta al Gobierno Nacional, compuesto por el Presidente de la República y el Ministro de Ambiente y Desarrollo Sostenible, para que, si es su propósito, dentro del marco de sus competencias y límites legales, **cualifique, en cuanto a experiencia y formación se refiere, los perfiles que deban cumplir** los aspirantes a ser representantes ante los Consejos Directivos de las Corporaciones Autónomas Regionales.

Extracto: “En términos del actor, dicha norma [numeral 3º del artículo 2.2.8.5A.1.3 del Decreto 1850 de 2015] estableció como requisitos para elegir a los representantes por las entidades del sector privado en los Consejos Directivos de las CAR, que se allegue con la postulación “...la hoja de vida con los soportes de formación y experiencia y copia del documento de la respectiva junta directiva o del órgano que haga sus veces, en la cual conste la designación del candidato...”. (...)

[Para la Sala] (...) El asunto bajo análisis, se contrae al evento en **que se desee postular una persona para que participe como candidato** a ser representante del sector privado ante dicho órgano de dirección.

En ese sentido, la norma establece diáfananamente que en tal caso se deberá adjuntar la hoja de vida del aspirante con: i) “...**sus soportes de formación y experiencia**...”; y ii), la “...**copia del documento de la respectiva Junta Directiva** o del órgano que haga sus veces, **en la cual conste la designación del candidato**...”.

De la lectura de la norma es posible establecer que frente al primer asunto, el relacionado con la hoja de vida del aspirante, **no se cualifican o cuantifican las condiciones de los soportes de formación y experiencia que se deban aportar**. Este aspecto resulta ser de interés para la Sala, pues, a priori, es posible entender que en aplicación de tal norma, deberá aceptarse que para acreditar la formación y experiencia, es válida cualquier tipo de ellas. Con ello, se descarta que estén limitadas, por ejemplo, a títulos académicos y a experiencia como profesional.

Entonces, como bien podría acreditarse formación técnica y experiencia en el mismo campo o, incluso, únicamente estudios en básica primaria, media o secundaria y experiencia en labores como la agricultura o ganadería, para este Juez de lo electoral, **la exigencia de aportar soportes sobre tales aspectos contenida en la disposición normativa en comento, analizada bajo un parámetro de razonabilidad, carece de propósito alguno para determinar el perfil idóneo que debe acreditar** quien aspire a ser elegido Representante de las entidades del sector privado en el Consejo Directivo de las Corporaciones Autónomas Regionales.

En esa medida, pudiendo ser cualquiera la experiencia y la formación exigidas para desempeñar el cargo, no contar con ninguna, o tener solo una de ellas, podría aceptarse también como válido para realizar la postulación de un aspirante. Quiere decir esto que, a juicio de la Sala, **para el cumplimiento**

to del requisito por parte del candidato basta con que toda organización del sector privado que lo postule como posible representante ante el Consejo Directivo de una Corporación Autónoma Regional, allegue, como mínimo, su hoja de vida.

Así las cosas, los soportes que se alleguen de formación y experiencia con la hoja de vida, resultan ser, si se quiere, un elemento extra a valorar al momento de realizar la elección, pero, para la Sala, se trata de algo irrelevante como “requisito” de la postulación misma y como parámetro para determinar la legalidad del acto de elección, pues, al final, en cada evento el aspirante puede participar aunque no cuente con alguna de ellas, ya que, se insiste, la norma no exige cantidad o calidad para calificar la experiencia y formación del candidato.

Ahora bien, al verificar si la postulación del demandado cumplió con el requisito referido, esto es, establecer si al momento de realizar la postulación ante CORTOLIMA se allegó su hoja de vida, la Sala advierte lo siguiente:

(...) fue aportada la hoja de vida del señor NOEL BRAVO CÁRDENAS y en ella se menciona formación de naturaleza académica y experiencia de tipo profesional.

De conformidad con lo dicho, para la Sala el demandado ha cumplido con la exigencia normativa, pues, se recuerda, cualquiera o ninguna puede ser la experiencia y formación del aspirante, sin que la falta de ambos, de uno u otro, o el cumplimiento y acreditación en cualquier campo de formación y experiencia, pueda ser visto como el incumplimiento por parte del candidato de un requisito establecido en el Decreto 1850 de 2015.

La anterior, razón también permite descartar en este punto el argumento del actor según el cual no existe congruencia entre lo que se dice en la hoja de vida del señor BRAVO CÁRDENAS: que es “Profesional en Ciencias Sociales”, y lo que indica su diploma: que es “Licenciado en Historia y Geografía”, pues tal diferencia no tiene la entidad suficiente de comprobar el incumplimiento del requisito que establece la norma invocada en cuanto a que debe aportar su hoja de vida.

En tal medida, ante el cumplimiento de la disposición invocada como transgredida, el vicio en la inscripción del candidato, señor NOEL BRAVO CÁRDENAS, no se presenta, de manera que el acto de elección debe mantenerse incólume.

De otra parte, se debe resaltar que es la redacción misma de la norma invocada como desconocida la que permite a la Sala inclinarse por la interpretación que le ha dado, pues de otra manera, esto es, de entender su aplicación de la forma restrictiva que propone el actor, se concluiría en la inobservancia del derecho fundamental a ser elegido del demandado. Y esto, valga señalar, se traduce en el deber del Gobierno Nacional de ejercer su potestad reglamentaria de manera que, para la ejecución de las leyes, evalúe las condiciones o circunstancias de manera íntegra para que sean claras las reglas que enmarcan la participación de las personas en procesos como el que involucra este proceso de nulidad electoral.

*Por lo anterior, la Sala instará al Gobierno Nacional para que, si es su propósito, dentro del marco de sus competencias y límites legales, **cualifique, en cuanto a experiencia y formación se refiere, los perfiles que deban cumplir** los aspirantes a ser representantes ante los Consejos Directivos de las Corporaciones Autónomas Regionales.*

Ahora bien, como el alegato examinado en precedencia no tuvo vocación de prosperidad, la Sala analizará a continuación los demás argumentos que formuló el accionante en contra del acto de elección del demandado.

(...)Se recuerda que el primero de sus razonamientos se refería a que en la reunión extraordinaria de la Junta Directiva de CORPORAC, donde fue postulado el nombre del demandado como candidato a ser presentado ante CORTOLIMA para ser elegido, participó como secretario ad-hoc una persona que no

pertenecía a la ONG. Y el segundo, a que la copia del acta misma donde consta dicha reunión allegada con la postulación, no tiene constancia de ser auténtica.

Pues bien, sea del caso indicar que la norma invocada por el demandante como infringida, ya vista, solamente dispone que se debe aportar "...copia del documento de la respectiva Junta Directiva o del órgano que haga sus veces, en la cual conste la designación del candidato...". En tal medida, advierte la Sala, tampoco en este caso el Legislador Extraordinario cualificó el documento que deba tener tal postulación.

Significa lo dicho que, de un lado, no se exige más que la copia simple de dicho documento, y del otro, que los elementos de su validez no resultan ser relevantes para el juez de lo contencioso administrativo en la medida en que no es un acto administrativo, sino de un documento creado con el propósito de cumplir un requisito que, para el caso concreto, siempre que contenga la manifestación de la voluntad de la organización del sector privado que postule un aspirante como posible representante ante el Consejo Directivo de una Corporación Autónoma Regional, debe tenerse por cumplido.

Así, como ocurre en este caso, tratándose de un documento privado, emitido por la Junta Directiva de una empresa del sector privado, basta que contenga la expresión de su voluntad de postular a una persona y que sea presentado ante la autoridad competente para que se pueda tener por cumplido el requisito establecido en la normativa que rige la materia ya estudiada.

Deviene de lo dicho entonces, que estos argumentos del demandante no tendrían la potencialidad de afectar el acto de elección del señor NOEL BRAVO CÁRDENAS. (...)"

Decisión: NEGAR las pretensiones de la demanda formulada por el señor MIGUEL ALEXANDER BERMÚDEZ LEMUS en contra del acto de elección del señor NOEL BRAVO CÁRDENAS, como representante suplente de las entidades del sector privado ante el Consejo Directivo de la Corporación Autónoma Regional del Tolima, contenido en el Acta F_004 de 27 de noviembre de 2015.

EXHORTAR al Gobierno Nacional, compuesto por el Presidente de la República y el Ministro de Ambiente y Desarrollo Sostenible, para que, si es su propósito, dentro del marco de sus competencias y límites legales, cualifique, en cuanto a experiencia y formación se refiere, los perfiles que deban cumplir los aspirantes a ser representantes ante los Consejos Directivos de las Corporaciones Autónomas Regionales.

LUCY JEANNETTE BERMÚDEZ BERMÚDEZ
Presidenta

ROCÍO ARAÚJO OÑATE
Consejera de Estado
CARLOS ENRIQUE MORENO RUBIO
Consejero de Estado
ALBERTO YEPES BARREIRO
Consejero de Estado

CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCIÓN QUINTA

Consejera ponente: LUCY JEANNETTE BERMÚDEZ BERMÚDEZ

Bogotá D.C., quince (15) de septiembre de dos mil dieciséis (2016)

Radicación número: 25000-23-41-000-2015-01845-02

Actor: RODRIGO ARCILA PARRA Y ALEYDA MURILLO GRANADOS

Demandado: CÉSAR ALVEIRO TRUJILLO SOLARTE -DIRECTOR REGIONAL SENA DEL VALLE DEL CAUCA

Asunto: Fallo confirma denegatoria de nulidad de la elección de CÉSAR ALVEIRO TRUJILLO SOLARTE, Director del SENA, Regional Valle del Cauca por cuanto sí acreditó la experiencia en cargo del nivel directivo relacionadas con gerencia administrativa, educativa, de formación profesional o desarrollo tecnológico y que esa experiencia debe estar vinculada con la región o departamento donde se encuentra la región respectiva, en esta caso Valle del Cauca (artículo 21 de la Ley 119 de 1994). El alcance del concepto de región.

Extracto: *El Capítulo III de esta misma ley [Ley 119 de 1994] prevé que el “SENA” contará, para el desempeño de sus regionales, (...) “artículo 15. Regionales. (...) Artículo 20. Directores Regionales. (...) Artículo 21. Selección y requisitos de los directores regionales. (...)”*

Al respecto de la misma temática, conviene mencionar que el Decreto 249 de 2004, modificado por el Decreto 2520 de 2013, “Artículo 23. Direcciones regionales y del distrito capital. (...). También es necesario revisar el contenido de la Resolución 02191 de 2011¹, ya que esta norma tiene relación con el cargo de Director Regional, grado 8, como es el caso del Valle del Cauca: (...)”

*En el caso que nos ocupa, Director Regional del Valle del Cauca, el procedimiento fue el siguiente: Mediante Resolución número 0566 de 2015² se declaró abierto el proceso de selección para conformar la terna de candidatos, entre otros, para la Dirección Regional del SENA, Valle del Cauca, “...en la condiciones del decreto 1972 de 2002³”. Como Anexo 01, de la anterior resolución, figura la Convocatoria 003 de 2015, en la que se menciona que los requisitos del cargo son: **Estudios:** Título profesional universitario **Experiencia:** Tres (3) años en cargos de nivel directivo, en áreas relacionadas con la gerencia administrativa, educativa, de formación profesional o desarrollo tecnológico.*

Estar vinculado a la región. De manera adicional se precisa que “para el análisis de antecedentes se deberá cumplir con lo estipulado en el Manual de Estudios de Antecedentes”. (...).

1 “Por la cual se modifica el Manual Específico de Funciones, Requisitos Mínimos y Competencias Laborales del SENA, en los cargos de Director de Área, Secretario General, Directores Regionales, Jefes de Oficina y Subdirectores de Centro de Formación Profesional”

2 “Por la cual se ordena la apertura de un proceso de creación de ternas para proveer empleos de Gerencia Pública, Convocatoria 003 de 2015”

3 “Por el cual se reglamenta la designación de los Directores o Gerentes Regionales o Seccionales o quienes hagan sus veces, en los Establecimientos Públicos de la Rama Ejecutiva del orden nacional”
Norma que en su artículo 1º prevé: “El Director o Gerente Regional o Seccional o quien haga sus veces **será escogido por el Gobernador del Departamento donde esté ubicada físicamente la Regional o Seccional**, de terna enviada por el representante legal del establecimiento público respectivo, la cual deberá estar integrada por personas que cumplan con los requisitos exigidos en el Manual de Funciones y Requisitos de la Entidad y sean escogidos de conformidad con el proceso de selección público abierto que se establece en el presente decreto.

Cuando el área de influencia de una Regional o Seccional abarque dos o más departamentos, el Director o Gerente Regional o Seccional o quien haga sus veces deberá ser escogido de la terna correspondiente, por votación unánime en el primer caso y por la mitad más uno de los respectivos gobernadores, en el segundo caso”.

ti) Concepto de región, de acuerdo con la estructura orgánica del “SENA”. A efectos de arribar a la definición del concepto de región, y de concluir su incidencia en la exigibilidad de los requisitos impuestos legalmente para ser nombrado Director Regional, **resulta necesario revisar la estructura interna del “SENA” y el contenido del artículo 15 de la Ley 119 de 1994, según el cual “... el SENA contará con Regionales según disponga la estructura orgánica de la entidad (...).”**

De esta forma, la determinación de **las regionales del “SENA” se encuentra sujeta a su estructura orgánica, fijada a su vez en el inciso 2º del artículo 23 del Decreto 249 de 2004, (...) “Direcciones Regionales y del Distrito Capital”. (...) Este inciso permite deducir que por cada uno de los 32 departamentos colombianos, más el Distrito Capital, existe una dirección regional en el “SENA”, lo que resulta suficiente, para que la Sala concluya que el concepto de región resulta equivalente al de departamento.**

Lo anterior se ratifica, con verificar el contenido del artículo 1º del Decreto 1972 de 2002, que dispone que la escogencia del director regional del “SENA” corresponde al gobernador departamental, de la sede en la que funcione la regional correspondiente.

Esta intervención de los representantes legales de los departamentos en la designación de los directores regionales, ha sido analizada por la Corte Constitucional en los siguientes términos: “(...) el tipo de relación que surge en relación con la intervención del gobernador para escoger a dichos funcionarios, **obedece más que todo a la idea de participación de la región en el desarrollo de las actividades de los organismos nacionales.**”⁴

En conclusión, a efectos de analizar el cargo formulado en la demanda, **para la Sala el término región corresponderá a departamento como división administrativa.**

Huelga decir, que la Sala no desconoce pero tampoco comparte la conclusión a la que arribó el Departamento Administrativo de la Función Pública, cuando fue indagado de los alcances del requisito de estar vinculado, ya que concluyó que “... cuando el área de influencia de una regional o seccional abarque dos o más departamentos, el director o gerente regional o seccional o quien haga sus veces deberá ser escogido de la terna correspondiente, por votación unánime en el primer caso y por la mitad más uno de los respectivos gobernadores, en el segundo caso para el caso concreto y considerando el concepto amplio de región que ha esbozado la Corte Constitucional (...) esta dirección considera que dentro del proceso de elección del Director de una Regional del Servicio Nacional de Aprendizaje SENA, el concepto de ‘región’ debe entenderse por el de Departamento o departamentos en los cuales tiene influencia la respectiva regional...”.

A la anterior conclusión arriba el Departamento Administrativo de la Función Pública, al acudir al inciso segundo del artículo 1º del Decreto 1972 de 2002; sin embargo, al respecto lo que primero se debe advertir es que la estructura interna vigente del “SENA” **no tiene establecido “área de influencia de una regional o seccional abarque dos o más departamentos”.** Por el contrario, de conformidad con el inciso 2º del artículo 23 del Decreto 249 de 2004, se tiene que **las direcciones regionales del “SENA” tienen como área de jurisdicción el Departamento o el Distrito Capital.**

Para corroborar, en este preciso caso basta con revisar la información que reposa en la página web oficial del “SENA”, en lo relacionado con la Dirección Regional del Valle del Cauca, en la que se afirma que esta tiene competencia en ese departamento y no alude a otro distinto, (...)”⁵.

Con lo anterior queda claro que la hipótesis que establece el inciso segundo del artículo 1º del Decreto 1972 de 2002, basta la fecha no ha sido implementada, pues por el contrario lo que se tiene es un límite impuesto por la propia estructura del “SENA” en cuanto a la jurisdicción de cada una de sus regionales.

⁴ Corte Constitucional. Sentencia C-295/95. M.P. Antonio Barrera Carbonell.

⁵ <http://www.sena.edu.co/regionales-y-centros-de-formacion/zona-pacifica/Valle/Paginas/Valle.aspx>

Sumado a lo anterior, vale anotar que de acuerdo con el procedimiento establecido y con el mismo manual de funciones del “SENA”, es claro que no existe, a efectos de escoger director regional, la posibilidad de que se presente lo que ese departamento administrativo denominó “influencia regional o seccional”, pues las potestades de cada director regional se circunscriben a la sede en la que será nombrado, es por lo mismo que el llamado a seleccionarlo es el gobernador del departamento en el cual tenga sede la respectiva regional, para lo cual basta con dar una lectura a la descripción de funciones esenciales (...) que hizo parte de la convocatoria que terminó con la expedición de la resolución que se pide dejar sin efectos.

iii) Si el requisito de experiencia profesional se debe analizar aunado al de estar vinculado a la región. Como ya se expuso los requisitos exigidos para acceder al cargo de Director Regional del SENA, están previstos en el artículo 21 de la Ley 119 de 1994, a saber: “...se requiere poseer título profesional universitario, acreditar una experiencia mínima de tres (3) años en cargos de nivel directivo, en áreas relacionadas con la gerencia administrativa, educativa, de formación profesional o desarrollo tecnológico y estar vinculado a la región”.

Para la Sala, partiendo de la claridad de la norma⁶ y de su interpretación gramatical, resulta evidente que contiene tres condiciones indispensables para el acceso al cargo objeto de análisis, cada una con **naturaleza autónoma** sin que sea dable hablar de su interrelación o dependencia, estos son a saber: **a) Requisito de estudio**, título profesional universitario. **b) Experiencia**, mínima de 3 años en cargos de nivel directivo, en áreas relacionadas con la gerencia administrativa, educativa, de formación profesional o desarrollo tecnológico, **c) Finalmente**, el legislador establece **un requisito de vinculación a la región**, que, en criterio de la Sala, materializa la voluntad del Constituyente primario de erigir a Colombia en un “estado social de derecho organizado en forma de República unitaria, descentralizada (...)”⁷, pues quien mejor que un ciudadano vinculado con el territorio, para coordinar, administrar y velar por la ejecución de las actividades del “SENA”, en la jurisdicción correspondiente. De allí que su autonomía respecto a los demás requisitos sea incuestionable.

Frente al requisito de “**estar vinculado a la región**”, conviene precisar su alcance e interpretación, para lo cual resulta plausible destacar el significado, contenido en el Diccionario de la Real Academia Española, de las expresiones que contiene dicha exigencia.

Estar: 2. intr. Dicho de una persona o de una cosa: Existir, hallarse en este o aquel lugar, situación, condición o modo actual de ser. U. t. c. prnl.

3. intr. Permanecer o hallarse con cierta estabilidad en un lugar, situación, condición, etc. U. t. c. prnl”.

Vinculado: 1. tr. Atar o fundar algo en otra cosa. (...)”.

Respecto del concepto de **región**, no sobra recordar que en esta providencia se concluyó, para el presente caso, que atendiendo a la estructura interna del “SENA”, establecimiento que dictó el acto de nombramiento que se pide anular, se equipara al de departamento de acuerdo con la división administrativa de nuestro país.

(...) el artículo 21 de la Ley 191 de 1994, al referirse a la exigencia de “**estar vinculado a la región**”, pretende que los candidatos al cargo de director regional acrediten que, al momento de la inscripción, tiene alguna relación con el departamento sede de la regional del “SENA” a la cual aspiran. Nótese que el legislador no precisó a qué vínculo se refiere, por tanto, bastará con demostrar que se tiene alguna relación con el departamento, sea cual fuera como residencia, laboral o académica, para tener por superado el mentado requerimiento.

6 Artículo 27, Código civil: “Cuando el sentido de la ley sea claro, no se desatenderá no se desatenderá su tenor literal a pretexto de consultar su espíritu.”

7 Artículo 1º Constitución Política de 1991.

En esta altura del estudio, conviene precisar que no le asiste razón a la parte actora y a su coadyuvante cuando manifiestan que el hecho de que en el Manual Específico de Funciones, Requisitos Mínimos y Competencias Laborales del “SENA”, se incluya el requisito de estar vinculado a la región en un recuadro titulado “experiencia”, pues este no deja de ser un aspecto meramente formal que no influye en la interpretación que debe hacerse a la Ley 119 de 1994, que es la norma legal que impone esta exigencia, y a la cual se le debe dar la interpretación que la Sala expone en esta providencia.

iv) caso concreto. De conformidad con los anteriores argumentos, la Sala concluye que: **i) el concepto de región**, al que alude el artículo 21 de la Ley 191 de 1994, **debe asimilarse al de departamento**, como división administrativa de Colombia, y que **ii) el requisito de estar vinculado a la región es autónomo** de las demás exigencias legales establecidas para ser nombrado Director Regional del “SENA”, además, debe estar vigente para la fecha de postulación del candidato.

*(...) solo le resta a la Sala manifestar que (...) no le asiste razón a la parte actora ni a su coadyuvante, en cuanto afirman que el demandado debía acreditar su experiencia profesional pero siempre y cuando fuera adquirida dentro de la región sede de la Dirección Regional del Valle del Cauca, pues como ya quedó explicado, el artículo 21 de la Ley 191 de 1994, al referirse a la exigencia de “**estar vinculado a la región**”, pretende que los candidatos al cargo de director regional acrediten que, al momento de la inscripción, tengan alguna relación con el departamento sede de la regional del “SENA” a la cual aspiran, pero el legislador no precisó a qué vínculo se refiere, por tanto, bastará con demostrar que se tiene alguna relación con el departamento respectivo para cumplir con esta exigencia, sin que sea dable afirmar que el mismo guarde relación con la formación profesional que se requiere para el nombramiento que se pide anular.*

*Contrario al dicho del señor Agente del Ministerio Público de la segunda instancia, considera la Sala que (...), el cargo a estudiar se limita a establecer si el requisito de formación profesional está o no ligado con la vinculación a la región, problemática que ya fue resuelta en esta providencia; empero en ningún momento se propuso en el debate la omisión del demandado de acreditar la exigencia de “**estar vinculado a la región**”.*

Por tanto, acudir a verificar si el demandado acreditó esta última exigencia -“estar vinculado a la región” de manera independiente a su formación profesional,- al momento de inscribirse para participar en el procedimiento administrativo que concluyó con el acto administrativo que se pide anular, en consideración de que no fue establecido como objeto del debate, sería exceder los límites impuestos tanto en la demanda, como en las contestaciones e intervenciones y ratificada en la audiencia inicial, al momento de fijar el litigio a resolver. Esto sin dejar de mencionar que tampoco fue objeto de reparo en los recursos de apelación que en esta instancia se resuelven, en los que se afirma que la vinculación a la región no puede ser exigida como un requisito independiente y autónomo a la experiencia (...).

Decisión: CONFIRMAR la sentencia apelada que data del 9 de junio de 2016, proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Primera, Subsección “B”, por las razones expuestas en la parte considerativa de la presente decisión.

DEVUÉLVASE el Radicación al Tribunal de origen.

LUCY JEANNETTE BERMÚDEZ BERMÚDEZ
Presidenta

ROCÍO ARAÚJO OÑATE
Consejera de Estado
CARLOS ENRIQUE MORENO RUBIO
Consejero de Estado
ALBERTO YEPES BARREIRO
Consejero de Estado

CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCIÓN QUINTA

Consejera ponente: LUCY JEANNETTE BERMÚDEZ BERMÚDEZ

Bogotá D.C. quince (15) de septiembre de dos mil dieciséis (2016).

Radicación número: 11001-03-28-000-2016-00014-00

Actor: JOSÉ GABRIEL FLÓREZ BARRERA

Demandado: JAIRO MIGUEL TORRES OVIEDO -RECTOR UNIVERSIDAD DE CÓRDOBA.

Asunto: Fallo que niega la nulidad de la elección de JAIRO MIGUEL TORRES OVIEDO, Rector de la Universidad de Córdoba (2015-2018), porque al no ser empleado público la inhabilidad prevista en el artículo 10 del Decreto 128 de 1976, siendo este el evento que reguló la entidad educativa con remisión a esta norma. El decreto en cita es propio de las entidades descentralizadas y, por regla general, no se extiende a los entes universitarios, salvo que en sus estatutos lo incluyan expresamente.

No se acreditó que el acto de elección infringiera las normas en que debía fundarse (proselitismo e inhabilidad del suplente que votó la elección).

Extracto: “La aplicación supletiva de la regulación propia de otras entidades públicas. En respuesta a esa autonomía constitucional que se predica de los entes universitario, es viable acudir al derecho supletivo (legislación aplicable a otras entidades públicas) en defecto del régimen propio (regulación de la entidad universitaria), si y solo si, así lo ha previsto expresamente. De lo contrario, no es posible acudir a otra normativa.

Así las cosas, para el operador jurídico que analiza la regulación aplicable, se impone acudir primero a las normas propias y exclusivas expedidas por la entidad académica, dentro de su autonomía de auto regulación, luego para armonizarlo o incluso para llenar el vacío de las normas propias, es viable acudir a la regulación de educación general en razón a la identidad de temática, objeto y naturaleza de la materia que converge en el gran continente de las normas sobre educación y, solo le será viable ampliar el estudio a otras normas, si la universidad consagró en forma expresa, la remisión y siempre que obviamente responda a criterios, principios y alcances acordes a los fines y misiones educacionales universitarios públicos u oficiales.

Las censuras de violación invocadas.

La demanda aseveró sobre la **INHABILIDAD DEL DEMANDADO** al encontrarse incurso en el artículo 10º del Decreto 128 de 1976, en armonía con los artículos 65 y 67 de la Ley 30 de 1992, los artículos 31 y 35 del Acuerdo 21 de 1994 del Consejo Superior universitario (Estatuto General) y el artículo 6º del Acuerdo 103 de 22 de agosto de 2014 (Reglamento Interno del Consejo Superior de la Universidad), por cuanto el demandado se desempeñaba como Representante del Sector de los Egresados ante el Consejo Superior Universitario, al momento de inscribirse y resultar elegido Rector.

La norma presuntamente infringida [art. 10º del Decreto 128 de 1976] (...) no se puede analizar de manera aislada sino que su estudio debe comenzar con establecer quiénes son sus destinatarios, para lo cual es imperioso acudir a su artículo (...) “**Artículo 1º.- Del campo de aplicación.** (...).

(...) queda claro que el decreto se dirige “...a los miembros de las juntas o consejos directivos de los Establecimientos Públicos, de las Empresas Industriales o Comerciales del Estado y de las Sociedades de Economía Mixta...”, pero que en este caso la elección cuestionada es la del Rector de la Universidad de Córdoba, quien venía desempeñándose como Representante del sector de los Egresados ante el Consejo Superior de la Universidad de Córdoba.

(...) la Universidad de Córdoba hace parte de los llamados entes autónomos y que conforme al Estatuto General que la rige, Acuerdo 0021 de 24 de junio de 1994, en su artículo 2º, determina la naturaleza ju-

ridica, (...) “creada mediante la Ley 37 de 1966, es un ente estatal universitario autónomo del orden nacional, con régimen especial, vinculado al Ministerio de Educación Nacional en lo referente a las políticas y la planeación del sector educativo. Su domicilio es la ciudad de Montería y podrá establecer seccionales en cualquier municipio del país. Posee autonomía académica, administrativa y financiera, patrimonio independiente y facultad para elaborar y ejecutar su propio presupuesto”.

(...) Del análisis sistemático de esa normativa, de cara al Decreto 128 de 1976, la Sala encuentra que en principio, por regla general, los miembros que hagan parte de los Consejos Superiores Universitarios, no son destinatarios de dicho Decreto, pues la naturaleza jurídica de las instituciones educativas oficiales no tienen el carácter de establecimiento público, ni de empresa industrial o comercial del Estado y menos de sociedad de economía mixta con participación del Estado, razón por la cual el régimen de inhabilidades allí contenido no podría ser aplicado a los entes autónomos universitarios, salvo como se viene afirmando, que sea la entidad académica quien, en ejercicio de su autonomía, indique expresamente en sus estatutos y normas propias, que así lo ha determinado.

En efecto, en el caso sub júdice, es el propio Estatuto Universitario (Acuerdo 0021 de 1994) el que conforme a las voces de la norma estatutaria (art. 31) opta, dentro de su autonomía, por la integración normativa frente a quienes teniendo la calidad de empleado público les sean aplicables frente al ente universitario: a) el régimen de prohibiciones establecidos en la ley, b) los estatutos y c) las disposiciones aplicables a los miembros y Juntas o Consejos Directivos de las Instituciones Estatales. Así que en este último grupo encuadra el Decreto 128 de 1987. (...)

La misma universidad impuso una gradación normativa, razón por la cual a partir de la norma estatutaria (art. 31 y art. 2º del Ac. 086 de 14 de octubre de 2015 mod. Ac. 88 de 23 de octubre siguiente) es claro que la remisión a las disposiciones de Juntas y Consejos Directivos de instituciones estatales se focaliza en los empleados públicos, lo cual coincide con la filosofía de la Ley 30 de 1992, que hace idéntica armonización normativa bajo parámetros de consagración que tan solo se dirigen a quienes son empleados públicos, al utilizar la siguiente expresión literal: “Los integrantes de los Consejos Superiores,... que tuvieren la calidad de empleados públicos y el Rector...”, estatus que se supone traen con ellos y ostentan previamente al momento de tomar asiento en dicho cuerpo colegiado por una vinculación legal y reglamentaria o de otra clase que les dio esa calidad en forma antelada, pero mal podrían adquirir tan solo por la membrecía en el Consejo Superior universitario.

En consecuencia, si bien es aplicable el Decreto 128 de 1976, porque así lo dispuso estatutariamente la propia universidad, tal remisión la dejó para los empleados públicos, calidad que no por vía estatutaria ni legal se predicaba del demandado, (...)

(...) En conclusión, ha sido una constante el entendimiento de que el régimen propio de las Juntas Directivas y Consejos Superiores de los entes autónomos universitarios no nutren per se su regulación con normativas propias de los demás entes descentralizados, precisamente por la diferencia en las actividades, competencias y en la naturaleza jurídica, pues en los entes educativos prepondera el principio de autonomía devenido de un valor misional superior para el interés general como es la educación, de mayor valía que el desarrollo de labores pecuniarias o focalizadas en un asunto público, de ahí la razón para que los entes educativos de educación superior aunque sean públicos, posean un margen de competencias más amplio que les permita la independencia frente a los asuntos políticos o de poder propios de lo público.

(...)

SEGUNDA CENSURA: Expedición del acto con infracción en las normas en que debería fundarse, en forma concreta, por dos circunstancias que se analizarán en forma independiente:

Violación del artículo 32 del Acuerdo 103 de 2014 y proselitismo desplegado por el demandado teniendo la condición de miembro integrante del Consejo Superior universitario, realizó actos públicos de campaña (proselitismo) tendiente a ganar la Rectoría.

El Acuerdo 103 de 2014 en la norma invocada establece: “**Artículo 32. Consultas.**” (...).

(...) son varios los supuestos de interés para resolver este cargo, a saber:

- Parámetro de inicio temporal: cuando el Consejo disponga la realización de consultas a la comunidad.
- Objeto: para la designación de autoridades académicas o administrativas.
- Sujeto activo en quien recae la norma: los miembros del Consejo.
- Conducta prohibitiva: no podrán participar en actividades políticas o proselitistas.
- Sujeto pasivo: a favor de ninguno de los aspirantes.
- Consecuencia: “Inhabilidad” para participar en la sesión que se cite para la designación del funcionario respectivo.

Varias son las circunstancias fácticas probadas que impiden encuadrar la situación del demandado **JAIRO MIGUEL TORRES OVIEDO** en la norma invocada, la primera, que presentó licencia adiada el 10 de noviembre de 2015 –acusada en su recibo el día siguiente- para separarse del cargo de representante del sector de los egresados, ante su aspiración a ocupar el cargo de Rector (...) y de las actas de reunión del Consejo se observa que de esa fecha en adelante no participó en las reuniones ni decisiones del cuerpo colegiado, pues aparece que asistió el suplente **José Luis Martínez Salazar** (...).

Ante esa probanza, se evidencia que el demandado se separó de dicho ejercicio, antes de la convocatoria a la consulta que se llevó a cabo el 11 de diciembre de 2015, sin que sea viable analizar de cara la norma invocada de la inhabilidad si estatutariamente podía solicitar licencia o no y si era necesaria la aceptación por parte de autoridad universitaria, porque la norma invocada como fundamento de la censura no prevé tal situación y la parte demandante tampoco mencionó en el capítulo de normas violadas disposición al respecto.

La Sala no encuentra tampoco sustento normativo para entender que la conducta inhabilitante fuera proscrita desde la fecha de la inscripción, pues como se vio en la norma pretranscrita, se alude a la consulta a la comunidad universitaria, sin que se advierta que el demandante haya invocado dispositivo que le diera razón a su planteamiento sobre el inicio del término para predicar la inhabilidad.

La segunda es frente a la conducta prohibitiva, supuestamente desplegada por el demandado, esto es, al proselitismo que le endilga, toda vez que no fue probada. (...).

La tercera circunstancia, es que la norma invocada prevé como única consecuencia derivada de la incursión en la prohibición que no se pueda participar en la sesión que se cite para la designación del funcionario respectivo. Así que el efecto previsto en la norma universitaria no abarca el amplio espectro que el actor pretende y es inhabilitar para aspirar al cargo de Rector. Por otra parte, desde el punto de vista de los hechos probados, se reitera que el demandado no asistió a la sesión en que fue elegido rector.

En consecuencia, para la Sala Electoral este cargo no encuentra prosperidad porque no se probó que la situación fáctica que rodeó al demandado encuadre en los supuestos previstos en ésta y en atención a la orfandad probatoria en las conductas de proselitismo endilgadas al rector elegido **TORRES OVIEDO**.

Inhabilidad del suplente que por accesoriedad y por la existencia de **conflicto de intereses** debido a la relación de amistad y sociedad de hecho que tenía con el titular.

(...) el Acuerdo 00048 de 3 de noviembre de 1998, que regula algunos aspectos atinentes a las suplencias, pero no es norma aplicable a la suplencia del Representante de los Egresados, pues en forma expresa modifica normas contenidas en el Acuerdo 0021 de 1994 y en el Acuerdo 007 de 1995 frente a los representantes de los sectores de profesores, estudiantes y empleados oficiales como miembros del Consejo Superior Universitario, el Consejo Académico y de la Comisión Veedora, sin incluir el sector de egresados.

Ahora bien, si en gracia de discusión se aceptara que el artículo 5º previsto en ese Acuerdo 0048, es una norma de aplicación general para todas las ausencias de los miembros principales, lo cierto es que sí está previsto que los suplentes actúen en ausencia del principal en casos de licencia y, que en el caso de faltas temporales, el representante principal, tan solo se le impone que debe comunicar por escrito, mínimo 24 horas “antes ante la secretaría del respectivo organismo, su ausencia temporal, anexando las certificaciones correspondientes”, sin que se advierta otro requerimiento o requisito para que el suplente ejerza su labor de reemplazar al titular.

Conforme a lo anterior, se reitera el demandado pidió licencia el 11 de noviembre de 2015 y fue suplido en el cargo de representante de los egresados ante el Consejo Superior desde que anunció su intención de participar en el proceso eleccionario de Rector. Estatutariamente, es claro que el suplente asume la representación ante la ausencia del titular, sin que normativamente se evidencie la necesaria aceptación, autorización o visto bueno para proceder al ejercicio de la suplencia.

*(...) la competencia eleccionaria del suplente incluso fue sometida al crisol de los miembros del Consejo Superior y sin que se advierta que por norma alguna el suplente debiera separarse de la elección del Rector, menos aún existe prueba de los lazos de amistad o societarios que se menciona en la demanda, tampoco que durante el ejercicio de su suplencia haya desplegado actividades o conductas de proselitismo o de participación pública a favor del demandado **TORRES OVIEDO**.*

Es claro que el tema de las inhabilidades por corresponder a un necesario recorte del derecho político a elegir y ser elegido no puede quedar en los términos de una suposición o un parecer, como se deduce del argumento del actor al plantear del suplente elector un conflicto de interés devenido de situaciones de aprecio porque su titular saliera electo y de conveniencia porque elegido el titular, él como suplente asumiría el cargo. (...).

Decisión: NIÉGANSE las pretensiones de la demanda de nulidad electoral contra el Acuerdo 118 de 18 de diciembre de 2015 que declaró electo al señor JAIRO MIGUEL TORRES OVIEDO, en calidad de Rector de la Universidad de Córdoba, para el período 2015-2018.

Contra esta decisión NO PROCEDE recurso alguno

LUCY JEANNETTE BERMÚDEZ BERMÚDEZ
Presidenta

ROCÍO ARAÚJO OÑATE
Consejera de Estado
CARLOS ENRIQUE MORENO RUBIO
Consejero de Estado
Ausente con Excusa
ALBERTO YEPES BARREIRO
Consejero de Estado

* * *

CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCIÓN QUINTA

Consejera ponente: LUCY JEANNETTE BERMÚDEZ BERMÚDEZ

Bogotá D.C., veintiuno (21) de septiembre de dos mil dieciséis (2016)

Radicación número: 68001-23-33-000-2015-01441-01

Actor: GIOVANNY REYES SILVA Y OTRO

Demandado: CLAUDIA CECILIA HERNÁNDEZ VILLAMIZAR - CONCEJAL DEL MUNICIPIO DE FLORIDABLANCA (SANTANDER)

Asunto: Fallo confirma la denegatoria de nulidad de la elección de CLAUDIA CECILIA HERNÁNDEZ VILLAMIZAR, Concejal del municipio de Floridablanca –Santander- (2016-2019), por no hallarse incurso en doble militancia. Exhorta al Consejo Nacional Electoral para que inspeccione, vigile y controle lo referente a las reglas de afiliación y retiro en los estatutos de Cambio Radical, con el objetivo de velar porque los mismos se adecuen al mandato consagrado en el ordinal 2º del artículo 4º de la Ley 1475 de 2011.

Extracto: “*La doble militancia*” [reitera pronunciamiento de 28 de septiembre de 2015, Sección Quinta. Rad. N°. 11001-03-28-000-2014-00057-00. C.P. Lucy Jeannette Bermúdez Bermúdez. Actor: Yorgin Harvey Cely Ovalle y otro].

“Sobre la sanción de la doble militancia

(...) en la Ley 1475 de 2011, que se prevé la consecuencia de la prohibición así: “El incumplimiento de estas reglas constituye doble militancia, que será sancionada de conformidad con los estatutos, y en el caso de los candidatos será causal para la revocatoria de la inscripción”. (...) el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, que entró en vigencia el 2º de julio de 2012, establece la doble militancia como causal de nulidad electoral (...).

Sobre el particular, a partir de enero de 2013, esta Sala de Decisión replanteó la concepción que traía sobre las consecuencias de la doble militancia relacionadas con los candidatos que participaran en consultas y los miembros de Corporaciones, frente a la validez del acto de elección y adoptó una nueva visión sobre el significado de esa norma y las consecuencias de la doble militancia frente a la validez del acto de elección así: “En ese orden de ideas, los eventos o situaciones de prohibición para inscribirse que prevé el Acto Legislativo 01 de 2003, implican, entonces, a contrario sensu, que quien hace caso omiso a esas limitantes, se inscribe irregularmente al contrariar norma superior expresa al respecto y la traslada al acto de elección, que, por ende, nace a la vida jurídica viciado, pues tuvo como origen una inscripción no autorizada”.

Dentro de este contexto, la posición mayoritaria de la Sala² señaló que las situaciones de prohibición para inscribirse que prevé el Acto Legislativo 01 de 2003 (con las modificaciones del Acto Legislativo 01 de 2009), implican, entonces, que quien hace caso omiso a esas limitantes, se inscribe irregularmente al contrariar norma superior expresa al respecto y la traslada al acto de elección, que, por ende, nace a la vida jurídica viciado, pues tuvo como origen una inscripción no autorizada.

(...) Así las cosas, no hay duda que actualmente la doble militancia es causal de nulidad electoral. En efecto así fue consagrado en el numeral 8º del artículo 275 de la Ley 1437 de 2011, y precisado por la Corte Constitucional en la Sentencia C-334 de 2014, en lo relacionado con el momento en que se configura la conducta, (...).

Caso concreto. (...) le corresponde a esta Sala Electoral establecer si la demandada pertenecía simultáneamente al Partido Cambio Radical y al Movimiento de Autoridades Indígenas -AICO al momento de la inscripción de su candidatura al Concejo Municipal de Floridablanca, para lo cual es necesario establecer si la renuncia realizada al Partido Cambio Radical es válida, por ende, se debe determinar cuál es la autoridad competente al interior del Partido Cambio Radical para adelantar el trámite de renuncia. (...)

Las características de la modalidad de doble militancia endilgada a la demandada. (...) las modalidades de doble militancia comprenden diversas relaciones que pueden surgir entre los ciudadanos y las agrupaciones políticas, de conformidad con el grado de participación que tengan en la respectiva organización. Así, el alcance de tal prohibición es **directamente proporcional al grado de intervención ciudadana en el seno de la agrupación política.**

1 Entre otras, ver sentencias del 7 de febrero de 2013, C.P. Susana Buitrago Valencia. Radicados: 2011-0666 y 2012-0026. 18 de noviembre de 2013, Radicación 2012-00052-01.

2 Salvamento de voto consejera Lucy Jeannette Bermúdez Bermúdez. Exp. 2012-00052-01. 18 de noviembre de 2013.

*En el caso que ocupa actualmente a la Sala, se desprende del escrito de demanda, así como de la fijación del litigio, que la modalidad de doble militancia atribuida a la señora **HERNÁNDEZ VILLAMIZAR**, es aquella que enuncia que: “En ningún caso se permitirá a los ciudadanos pertenecer simultáneamente a más de un partido o movimiento político. La militancia o pertenencia a un partido o movimiento político, se establecerá con la inscripción que haga el ciudadano ante la respectiva organización política, según el sistema de identificación y registro que se adopte para tal efecto el cual deberá establecerse conforme a las leyes existentes en materia de protección de datos.”³*

*De allí que esta Sala pueda sostener que la modalidad de doble militancia enrostrada a la demandada, se adecua al estatus de **miembro simpatizante** que ostentaba la misma, al interior del partido político Cambio Radical.*

En efecto, el artículo 4º de los estatutos del partido, (...), distingue entre militantes y miembros simpatizantes (...) para la fecha de presentación de la renuncia al partido Cambio Radical, esto es, el 11 de junio de 2015, la demandada no ostentaba la condición ni de servidora pública en un cargo de elección popular ni muchos menos era miembro de una corporación pública, lo que ratifica su condición de miembro simpatizante.

*(...) la modalidad endilgada a la demandada, se caracteriza de una parte por dirigirse a los ciudadanos en general⁴, y por otra, por cuanto, tiende a impedir que éstos puedan pertenecer **simultáneamente** a más de un partido o movimiento, restringiendo así su derecho de asociación política, **pues proscribe la facultad de los ciudadanos para inscribirse formalmente en dos de ellos al mismo tiempo**⁵.*

*(...) la única obligación que pesaba sobre la señora **HERNÁNDEZ VILLAMIZAR**, antes de formalizar su inscripción dentro del Movimiento de Autoridades Indígenas de Colombia-AICO, era formular escrito de desafiliación a Cambio Radical, debido a que, la misma hacía parte de sus filas desde el 12 de julio de 2011, fecha en la cual había solicitado aval a este partido para participar en las elecciones al Consejo, para el periodo 2012-2015. (...).*

***Del análisis de los estatutos de Cambio Radical.** (...) para resolver el cargo formulado por el recurrente en contra de la sentencia de primera instancia, se debe determinar si la dimisión presentada por la señora Hernández Villamizar, fue tramitada ante la autoridad competente al interior de la organización política Cambio Radical.*

(...) mediante la Resolución n.º. 2238 de 2013, el Consejo Nacional Electoral registró la reforma de los estatutos del partido Cambio Radical, modificación que tuvo como principal objetivo, ajustar dicha reglamentación estatutaria a las reglas que se prevén en el cuerpo normativo de la Ley 1475 de 2011.

Por lo anterior, cada uno de los capítulos de los estatutos de la mentada formación desarrollan, en principio, los diferentes numerales del artículo 4º de la citada ley estatutaria, que como se comentó en el marco normativo de esta providencia, prescribe el contenido mínimo de los estatutos de los diversos partidos y movimientos políticos.

(...) revisadas las cinco disposiciones que conforman el mencionado capítulo, la Sala encuentra que solo dos de ellas tratan el régimen de afiliación y retiro, a saber, los artículos 4º y 8º de los estatutos.

3 Artículo 2º, inciso 1º de la Ley 1475 de 2011. Este inciso replica la prohibición establecida en el inciso 2º del artículo 107 constitucional.

4 En este sentido, probado se encuentra dentro del plenario que la señora Hernández Villamizar no detentaba, para la fecha de radicación de la renuncia ante el Directorio departamental de Cambio Radical, además de la condición de miembro de corporación pública de elección popular, el estatus de directiva de la citada formación, ni tampoco había participado en consultas internas o interpartidistas organizadas por ésta.

5 Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Quinta. Rad. N.º. 11001-03-28-000-00023-00. C.P. Alberto Yepes Barreiro. Actor: Melquiades Atencia Gómez y otros.

(...) De un lado, establece, (...), una distinción entre los integrantes que conforman el partido político Cambio Radical, previendo que son militantes quienes hayan sido elegidos en corporaciones públicas o cargos de elección popular con el aval del partido.

Por el contrario, dispone que son miembros simpatizantes, todos aquellos que detentan la credencial de identificación, mediante solicitud expresa en la que se acepte obedecer los estatutos y el código de ética de la colectividad.

(...) De otro lado, se reproduce en los estatutos de la organización, el mandato constitucional contenido en el inciso primero del artículo 107, pues se efectúa una breve mención al derecho de desafiliación en beneficio de los militantes, **sin que pueda desprenderse de allí la existencia de un procedimiento especial de retiro ni mucho menos la autoridad ante quien debe adelantarse este trámite.**

Ahora bien, en relación con el artículo 8° de los estatutos, el mismo regula la inadmisión para ser miembro del partido, (...) Como bien lo observa la Sala, esta disposición atribuye una facultad al Consejo de Control Ético, en el entendido de recomendar el rechazo de las solicitudes de adhesión formuladas por personas que hayan cometido, entre otras, faltas disciplinarias, o delitos distintos de los culposos y políticos.

Empero, si bien el texto normativo fija una competencia en cabeza del Consejo de Control Ético en materia de admisión, **nada indica acerca de la competencia de este órgano para adelantar el trámite de la renuncia ni tampoco otorga función alguna a la organización del nivel central de Cambio Radical**, como lo quiere hacer parecer el recurrente en su recurso de alzada.

Así mismo, menciona el apelante los artículos 11⁶ y 12⁷ de los estatutos, pues en su criterio, de la lectura de éstos, se decanta la competencia del Comité Central en relación al trámite de renuncia.

Contrariamente a lo sostenido por el impugnante, se encuentra que, del análisis del articulado referenciado, lejos de evidenciarse la competencia de este órgano respecto a las desafiliaciones al partido, el primero de ellos establece las reglas de conformación y suplencia del Comité, mientras que el segundo consagra las diferentes atribuciones conferidas a éste.

De esta manera, esta Sala de Decisión constata la **insuficiencia de los estatutos internos de Cambio Radical, en relación con el trámite de las solicitudes de retiro de sus miembros en general, y especialmente en cuanto al órgano competente ante el cual deben formularse las mismas.**

(...) Por lo anterior, esta Sala de Decisión puede concluir que: (i) Los estatutos del partido político Cambio Radical vulneran las reglas contenidas en el artículo 4° de la Ley 1475 de 2011, por cuanto, la obligación de adecuar los estatutos al contenido mínimo previsto en esta disposición, va más allá de contar **formalmente** con una división en capítulos que mencionen los diferentes ordinales de la norma en cuestión, pues se exige que **materialmente** se desarrollen los presupuestos contenidos en ella.

El cumplimiento del mandato consagrado en la mencionada ley estatutaria, por parte de Cambio Radical, es **relativo**, ya que, si bien dedica un capítulo al desarrollo de la membresía y de la militancia, no desarrolla reglas propiamente dichas en relación con la afiliación y el retiro.

6 Artículo 11. DEL COMITÉ CENTRAL. “El Comité Central del Partido estará integrado por un número: plural de Siete (7) miembros determinado por el Comité en ejercicio, uno de los cuales es el Secretario General.”

PARÁGRAFO. La falta de sus integrantes serán suplidas por el Comité mediante la presentación de ternas por sus integrantes y escogidos en forma democrática por los mismos.”

7 Artículo 12. DE LAS FUNCIONES DEL COMITÉ CENTRAL. Son funciones del Comité Central del Partido:

(...)

4. El Comité Central, tiene la potestad de negar la solicitud de avales que se vayan a expedir para cualquier elección popular.

*En este orden, y partiendo de la incertidumbre que aqueja a los militantes y miembros activos de la citada organización política, lo cual lesiona las diferentes manifestaciones del derecho político a participar en la conformación, ejercicio y control del poder político, esta Sala Electoral **exhortará** en la parte resolutive de esta providencia al Consejo Nacional Electoral (...).*

*De lo anterior se desprende que la aceptación del partido o movimiento político **no se constituye en requisito sine qua non** para la producción de efectos de la manifestación de desafiliación formulada por cualquier de los miembros o militantes de una formación política.*

(...) En definitiva, producto de la ausencia de un procedimiento de renuncia en los estatutos del partido político Cambio Radical, la desafiliación ante la organización de nivel central de esta organización no puede ser tenida como cierta, como lo quiere hacer parecer el recurrente, con apoyo en las certificaciones expedidas por el representante legal del partido político.

De la validez de la renuncia presentada por la demandada. (...) *la Sala otorgará validez, tal como lo hizo el a quo, a la renuncia presentada por la señora Cecilia Hernández Villamizar, el día 11 de junio de 2015, ante el senador Bernabé Celis Carrillo, miembro del Directorio departamental del partido político Cambio Radical en Santander, en virtud del parágrafo segundo del artículo 43 de los estatutos, según el cual: “Se ha de incluir en el Directorio Departamental a los Senadores y Representantes a la Cámara del respectivo departamento (...).”*

En efecto, partiendo de la inexistencia de un trámite específico de renuncia en los citados estatutos, la manifestación de retiro presentada por la demandada ante el Directorio departamental, debe ser tenida como válida, por cuanto, ésta no se encontraba obligada a formular su dimisión ante el Directorio Nacional, tal y como lo quiere hacer ver el impugnante. (...) [y] de la validez de la renuncia presentada por la demandada, el 11 de junio de 2015, ante la Dirección departamental del partido, (...), dicha renuncia impide la configuración de la simultaneidad requerida para la configuración de la doble militancia (...).

Decisión: CONFIRMAR la sentencia de 17 de mayo de 2016 proferida por el Tribunal Administrativo de Santander.

EXHORTAR al Consejo Nacional Electoral para que inspeccione, vigile y controle lo referente a las reglas de afiliación y retiro en los estatutos de Cambio Radical, con el objetivo de velar porque los mismos se adecuen al mandato consagrado en el ordinal 2º del artículo 4º de la Ley 1475 de 2011.

DEVOLVER al Tribunal de origen para lo de su cargo.

LUCY JEANNETTE BERMÚDEZ BERMÚDEZ
Presidenta

ROCÍO ARAÚJO OÑATE
Consejera de Estado
CARLOS ENRIQUE MORENO RUBIO
Consejero de Estado
ALBERTO YEPES BARREIRO
Consejero de Estado

CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCIÓN QUINTA

Consejera ponente: LUCY JEANNETTE BERMÚDEZ BERMÚDEZ

Bogotá D.C, veintinueve (29) de septiembre de dos mil dieciséis (2016)

Radicación número: 05001-23-33-000-2015-02546-01

Actor: ÓSCAR ANDRÉS PÉREZ PATIÑO Y OTRO

Demandado: CÉSAR AUGUSTO SUÁREZ MIRA - ALCALDE DEL MUNICIPIO DE BELLO PARA EL PERIODO 2016-2019

Asunto: Fallo que confirma la sentencia de 20 de junio de 2016 proferida por el Tribunal Administrativo de Antioquia que negó las pretensiones de las demandas de nulidad electoral; al encontrar que no se acreditaron las causales de nulidad electoral consagradas en los numerales 1º y 2º del artículo 275 de la Ley 1437 de 2011¹ (por destrucción de documentos, elementos o material electoral, o cualquier tipo de violencia o sabotaje contra el material electoral o contra el sistema de votación, información, transmisión o consolidación de los resultados de las elecciones).

Extracto: “Al respecto, lo primero que debe destacar la Sala es la ambigüedad y vaguedad del reclamo, cuyos supuestos fácticos nunca fueron acreditados a lo largo de este contencioso de nulidad electoral.

Se refieren los mencionados actores a la existencia de unos “comunicados” que no fueron aportados junto con su petitorio iniciático. Tampoco se respaldó su existencia mediante testimonios o cualquier otro medio que diera fe de la real ocurrencia del hecho que se reputa.

(...) no es posible con esa poca información establecer las condiciones de tiempo, modo y lugar del supuesto constreñimiento, ni cuántas personas sufragaron en razón de tales conductas, y mucho menos en qué medida esos votos, si es que existieron, pudieron afectar el resultado de la contienda electoral, (...), es claro que el cargo no está llamado a prosperar.

(...) el CPACA incluyó como bienes objeto de protección y cuya afectación podría viciar la legalidad del acto electoral, ‘los sistemas de votación, información, transmisión o consolidación de los resultados de las elecciones’, lo cual constituye una verdadera novedad, que se explica en los notorios cambios suscitados entre el tipo de proceso electoral que se buscaba resguardar hacer dos décadas, y el que existe hoy en día gracias al avance de la ciencia y la tecnología, (...).

(...) tal perspicuidad se desvanece en tratándose de la hipótesis de “sabotaje contra documentos, elementos o material electoral”, pues, de entrada, no es claro si debe ser entendida como una forma de violencia o si se trata de una situación autónoma; y en este último evento, cuál es su alcance y qué traduce.

(...) la causal segunda del actual artículo 275 del CPACA no estaba prevista en el proyecto de ley inicial. No fue sino hasta la ponencia de segundo debate en el Senado de la República que se incluyó –sin que en lo sucesivo del trámite legislativo sufriera mayor modificación–, (...).

Este escenario, si bien no permite establecer con total certeza el alcance de la novedad introducida, esto es, del “sabotaje”, por lo menos sí conduce a identificar el contexto bajo el cual se desarrolló la reforma normativa y los lineamientos que orientaron su configuración.

(...) muchas de las irregularidades que se presentan durante la fase de elecciones y escrutinios recaen sobre la integridad material o ideológica de los documentos electorales, pero no todas, en sí mismas, pueden ser consideradas circunstancias constitutivas de nulidad. Es este el caso de (i) los borrones,

1 Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, en lo sucesivo, CPACA.

tachones o enmendaduras, (ii) los errores aritméticos o (iii) la falta de totalización; todos ellos en los formularios electorales.

(...)

Abora bien, lo anterior no implica que tales disconformidades no puedan ser conocidas por el juez de lo electoral; lo que ocurre es que, para ello es necesario que, primero, sean sometidas a reclamación (...) para que los actos que resuelvan –expresa o presuntamente– las correspondientes reclamaciones se examinen como preparatorios del acto de elección².

(...) en todo caso, la falsedad o apocrificidad no es predicable de un documento electoral, si este no logra trascender al que le sigue en el proceso electoral, (...)

(...) la Sala, en el trascendental fallo de 21 de enero de 2016³, determinó las condiciones para establecer otras formas de violencia psicológica contra el elector, como lo es el ofrecimiento de dádivas o corrupción al sufragante –que además es un delito–, según ya fue transcrito en acápite anteriores, (...).

‘(...) frente a los requisitos para que se estructure la causal alegada de violencia psicológica relacionada con la corrupción al elector, la jurisprudencia de esta Sección⁴ ha establecido que es necesario que se pruebe: i) las circunstancias de tiempo, modo y lugar que permitan demostrar que existió la violencia alegada, lo cual además del factor objetivo que incluye que los constreñidos ejercieron el voto en determinadas zonas, puestos y mesas, tiene un factor subjetivo, es decir que dicho voto se dio como consecuencia de las dádivas ofrecidas y/o recibidas; ii) que, en caso de violencia psicológica, las dádivas fueron otorgadas por los demandados con el propósito señalado por el demandante, es decir, para constreñir la voluntad del elector; iii) cuántos ciudadanos votaron en razón de haber recibido un pago o una promesa de dádiva; iv) que el fraude de esos votantes tuvo la potencialidad de modificar el resultado electoral’.

(...) el cambio normativo introducido por el CPACA no supuso alteración alguna en el desarrollo jurisprudencial configurado hasta el momento, pues tal entendimiento de la “violencia” (...) solo era posible en la medida en que integrara las tesis vigentes de la Sección Quinta del Consejo de Estado.

4.2.1.15. A esta tesis, sin lugar a hesitación alguna, se aviene el cuestionamiento elevado por dos de los demandantes en torno a la supuesta presencia del secretario de gobierno municipal de Bello, Hugo Alexander Díaz, en tanto aquellos lo presentan como un “...acto de poder y posición dominante ...”⁵; cosa distinta es que estos logren probar el acaecimiento de ese hecho y su incidencia en el resultado electoral.

4.2.1.17. Pues bien, la falsedad y apocrificidad tienen su origen en (i) la actuación u omisión consciente o inconsciente de sujetos legitimados para intervenir dentro de las distintas fases del proceso electoral en ejercicio de la función electoral de la que se encuentren investidos–o por lo menos con su anuencia–, bien sea de forma permanente o transitoria; o bien (ii) en una causa imputable a alguno de los elementos dispuestos para servir al proceso electoral.

2 Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta, C. P. Lucy Jeannette Bermúdez Bermúdez, 19 de septiembre de 2013, rad. 20001-23-31-000-2011-00615-01, demandados: CONCEJALES DE AGUACHICA.

3 C. P. Lucy Jeannette Bermúdez Bermúdez, rad. 11001-03-28-000-2014-00030-00, demandados: REPRESENTANTES A LA CAMARA POR GUAÍNÍA.

4 Consejo de estado. Sección Quinta. Rad. 2012-00011-01 sentencia de 26 de febrero de 2014. M.P. Lucy Jeannette Bermúdez Bermúdez. “Así pues, la ocurrencia del hecho violento (aspecto objetivo) con la afectación de la voluntad de quien es violentado (aspecto subjetivo) y/o la vulneración de la existencia física de los elementos electorales (aspecto físico o material), en concurrencia con la modificación del resultado electoral (aspecto consecuencial) son los presupuestos que deben acreditarse cuando se pretenda anular el acto de elección con base en hechos de violencia”.

5 Fl. 4 cd No: 1 exp. 2600.

Y es precisamente esta procedencia la que justifica la existencia del requisito de procedibilidad consagrado en los artículos 237 de la Constitución y 161.6 del CPACA, pues teniendo origen la causal en circunstancias atribuibles a la organización electoral –con todos sus componentes–, es lo lógico que sea esta misma la llamada a precaver las irregularidades que de suyo se adviertan en el trámite cuyo control le fue asignado legalmente.

Así, la falsedad o apocrifidad es, si se quiere, una falla del sistema electoral que encuentra su causa en ella misma, (...)

Desde esa perspectiva, la forma en la que fue redactada en el CPACA, supera la anquilosada discusión sobre la diferencia entre lo falso y lo apócrifo, pues, para su configuración lo que importa es la afectación de la verdad, entendida como la correspondencia entre el resultado reconocido por la autoridad electoral y la voluntad del elector concretada en el voto (...).

4.2.1.18. No ocurre lo mismo con la causal de violencia, cuya comisión escapa a la voluntad y a las atribuciones conferidas a dichas autoridades y, por demás, se abstrae de cualquier dependencia con los elementos que integran la estructura electoral misma (...).

4.2.1.19. Así las cosas, entender que un comportamiento atribuible a las autoridades encargadas de reflejar esa voluntad popular –jurados, escrutadores, etc.– pueda ser explicado en términos de “sabotaje” implicaría, por un lado, vaciar de contenido la causal tercera del artículo 275 del CPACA –apocrifidad y falsedad–, y con ello enervar el mandato que en torno a ella se yergue, (...). Y por el otro, significaría enervar el alcance que el legislador quiso darle al procedimiento electoral, pues, se recuerda que el proyecto de ley que culminó con la expedición del CPACA se restructuró durante el segundo debate para armonizar el juicio electoral con la reforma política introducida con el Acto Legislativo 01 de 2009 (...).

4.2.1.20. Por otro lado, el hecho de que el “sabotaje”, en el numeral 2° del artículo 275 de la codificación ibídem, comparta un mismo esquema de redacción con la “violencia”, permite asimilar algunos aspectos de ambas figuras, uno de ellos, como ya se dijo, es que no están sometidos al presupuesto procesal de que trata el artículo 161.6 de la mencionada norma. Y otro, que se materializan a través de acciones de terceros, ajenos al proceso eleccionario, que ataquen su orden natural.

4.2.1.22. Ergo, la diferencia entre “sabotaje” y “violencia” podría estar dada en términos en la presencia o no de ese ingrediente. Al punto que la primera de tales categorías tendría que ser concebida como el daño, deterioro, obstrucción u oposición que, de manera disimulada –por decir lo menos– se hace sobre las “cosas” que, en su conjunto, permiten materializar el proceso electoral.

En ese orden, la hipótesis que mejor se aviene al deber estatal de asegurar la democracia, para estos particulares eventos, es aquella que tiende a conjurar todo daño, deterioro, oposición y obstrucción que se pueda irrogar al aparato electoral y a sus componentes por medio de prácticas disimuladas, sutiles, artificiosas, engañosas, subrepticias y demás, que, por estar desprovistas de fuerza, encuadran en la categoría de “sabotaje”, y no en la de “violencia”.

Para esta Sección, no cabe duda que lo cuestionado por la parte demandante se encuadra en la alteración de documentos electorales, en este caso las tarjetas de votación, con el propósito de modificar los resultados de la contienda, configurando con ello una eventual falsedad material de los documentos destinados a servir de soporte al acta de escrutinio de mesa (E-14).

Así las cosas, en principio, no es posible que esta Corporación se pronuncie sobre tales irregularidades, pues no se agotó el requisito de procedibilidad (art. 161.6 CPACA). (...) lo cual, ante la preclusión y eventualidad que gobierna este tipo de procesos, impide que la Sala vuelva a examinar tal aspecto.

Sin embargo, (...) en oportunidades pretéritas la Sala se ha pronunciado sobre la falsedad de las actas de escrutinio y de los documentos que con base a ellas se producen; empero, esta vez se acusa la adulteración de los votos en sí mismos con el propósito de hacerlos nulos (...).

Por otro lado, los apelantes sostienen que el comportamiento de la señora Yazmín Maritza Mesa Martínez es, además, demostrativo de la alteración sistemática de los resultados de la contienda electoral, y que, en su sentir, esto se corrobora con el análisis de los formularios E-14 que tanto demandantes como coadyuvantes aportaron.

No obstante, esta Sección considera que esos formularios, (...), por sí solos, no reflejan la existencia de circunstancias constitutivas de la nulidad electoral, pues para llegar a alguna conclusión sobre los resultados de la contienda es necesario cotejarlos con los correspondientes Formularios E-24 mesa a mesa (...) y, en la medida de lo posible, también con las actas que acompañan tal actuación.

(...), queda por decir, en cuanto concierne a la presunta participación del secretario de gobierno Hugo Alexander Díaz en los escrutinios de la zona 2, es lo cierto que ninguno de los documentos que reposan en el Radicación dan cuenta de ese hecho. Al contrario, en el acta general de escrutinios que acompaña una de las demandas no figura ninguna situación de esa stirpe.

Y del material fotográfico allegado al plenario tampoco es posible vislumbrar condiciones de modo, tiempo y lugar que permitan establecer de manera clara, certera y unívoca ese hecho, o la falta de sellos en algunas de las urnas el día de las elecciones.”

Decisión: CONFIRMAR la sentencia de 20 de junio de 2016 proferida por el Tribunal Administrativo de Antioquia que negó las pretensiones de las demandas de nulidad electoral.

DEVUÉLVASE el Radicación al Tribunal de origen.

LUCY JEANNETTE BERMÚDEZ BERMÚDEZ
Presidenta

ROCÍO ARAÚJO OÑATE
Consejera de Estado
CARLOS ENRIQUE MORENO RUBIO
Consejero de Estado
ALBERTO YEPES BARREIRO
Consejero de Estado

* * *

CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCIÓN QUINTA

Consejero Ponente: LUCY JEANNETTE BERMÚDEZ BERMÚDEZ

Bogotá D.C, veintinueve (29) de septiembre de dos mil dieciséis (2016)

Radicación número: 11001-03-28-000-2016-00001-00

Actor: JOHN ALEXANDER RAMÍREZ VEGA, HIDELEBRANDO ÁNGEL BOHÓRQUEZ CÁREDENAS, JESÚS DAVID TORRES ÁVILA

Demandado: CARLOS ANDRÉS AMAYA RODRÍGUEZ COMO GOBERNADOR DEL DEPARTAMENTO DE BOYACÁ (2016-2019)

Asunto: Fallo que estudia la legalidad del acto de elección del Gobernador de Boyacá (2016-2019) y niega las pretensiones de la demanda por: i) en relación con el otorgamiento del aval y la inscripción de la candidatura: el actor, frente a esta censura incumplió con la carga de invocar la norma vigente; ii) inhabilidad por intervenir en celebración de contratos: el contrato se celebró un día antes de empezar a correr el término que lo inhabilitaba, por lo que tal censura tampoco prospera; iii) inhabilidad por desempeñar empleo público, con ejercicio de autoridad: no es empleado al carecer de vinculación legal reglamentaria; el contrato celebrado con el Ministerio de Educación, tampoco le da ese estatus ya que

se hizo conforme a la ley 80 de 1993 y no se probaron los elementos de subordinación propios de la relación laboral pública.

Extracto: *La parte actora indicó que existieron vicios en el acuerdo de coalición de los partidos Liberal Colombiano y Alianza Verde para otorgar el aval al candidato por parte de la coalición, que vician la inscripción, incurriendo en la violación de las normas invocadas y, en particular, de los artículos 95, 97 y 98 de la Resolución 658 de 2002 (...)*

(...) antes de proceder al estudio de fondo que ese particular tema, requiere de la Sala, la determinación de la norma estatutaria vigente para el momento de los hechos (...)

Justamente se retoman las consideraciones del reciente pronunciamiento de la Sala Electoral proferido el 1º de septiembre de 2016¹, en el que se definió la vigencia de las normas estatutarias del Partido Liberal Colombiano, de cara a la decisión en acción popular², las cuales resultan ilustrativas y definitorias para el caso que se analiza, al indicarse, en forma clara, cómo entender el tránsito de la norma propia de esa colectividad, que se generó ante la ilegalidad de los Estatutos expedidos en el año 2011 y en la que se determinó que los efectos del fallo se extendían en el tiempo, siendo evidente que los estatutos aplicables para las actuaciones anteriores al 5 de agosto de 2015, eran los de 2011.

(...) se evidencia (...), que el otorgamiento del aval y la inscripción de la candidatura de la coalición, frente al Partido Liberal Colombiano se regenta por los Estatutos del Partido del 2011, contenidos en la Resolución 2895 de 7 de octubre de 2011, por cuanto (...), la inscripción del demandado aconteció el 17 de julio de 2015, es decir, antes del 5 de agosto de 2015.

Al respecto, se constata que el Partido Liberal Colombiano, al responder al requerimiento del Consejo de Estado para que aportara los Estatutos vigentes para la época del otorgamiento de los avales para las elecciones de 25 de octubre de 2015 indicó que eran los contenidos en la Resolución 2895 de 7 de octubre de 2011. (...)

En este caso, se evidencia que el demandante invocó como normas violadas las de índole estatutaria no vigentes, es decir, los artículos 95, 97 y 98 del Estatuto del Partido Liberal del año 2002³ (Resolución 658 de 9 de abril de 2002), lo que para la Sala es suficiente para declarar no próspera la censura que se basa en la supuesta irregularidad en la expedición del aval para la inscripción con la que pretendía incidir en el acto definitivo declaratorio de la elección.

1 Radicación 70001233300020150051601. Actor: Edison Bioscar Ruiz Valencia. Demandado: Lisset Paola González Oviedo (Concejal de Sincelajo – Sucre). C.P. Dra. Lucy Jeannette Bermúdez Bermúdez.

2 Ibidem Nota al pie 9.

3 Los referidos artículos que corresponden a los estatutos de 2002, en sus textos establecen:

“Artículo 95. Competencia. Los avales los expedirá única y exclusivamente, la Dirección Nacional Liberal, para el candidato a la Presidencia de la República y los candidatos al Congreso de la República.

Del mismo modo, única y exclusivamente, los directorios departamentales, municipales y del Distrito Capital, expedirán los avales para los otros cargos de elección popular que se escojan en su respectiva circunscripción”.

“Artículo 97. Alianzas y Acuerdos. El Partido Liberal Colombiano podrá realizar alianzas, coaliciones electorales y acuerdos programáticos con otros partidos o movimientos independientes para luchar por objetivos comunes, lo mismo que para participar en procesos electorales. Las alianzas, coaliciones y acuerdos deberán ser aprobados por las correspondientes instancias o autoridades partidistas y en ningún caso podrán ser pactados por grupos o individuos”.

“Artículo 98. Autorización. El Partido solo autorizará coaliciones a través del Congreso Nacional, las asambleas departamentales, municipales o del Distrito Capital de la colectividad, según corresponda, para la Presidencia de la República, las gobernaciones y las alcaldías.

El Partido podrá autorizar, a través de sus directivas territoriales, la conformación de coaliciones con otros movimientos o partidos con personería jurídica, para las elecciones de corporaciones públicas, siempre y cuando la lista sea inscrita con el aval del Partido y sea expresa la mención del mismo, de tal manera que siempre aparezca su nombre en la tarjeta electoral”.

3.1.2. La impugnación de la inscripción de la candidatura previamente a acudir a la jurisdicción de lo Contencioso Administrativo.

Conforme al contenido del artículo 7º de la Ley 130 de 23 de marzo de 1994 “Por la cual se dicta el Estatuto Básico de los partidos y movimientos políticos, se dictan normas sobre su financiación y la de las campañas electorales y se dictan otras disposiciones”, (...) no contiene la perentoriedad ni impone la obligación procesal de la solicitud previa como antesala para poder acudir a la jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, (...).

Así las cosas, lo cierto es la supuesta irregularidad de la inscripción atribuida por la parte demandante a los vicios en la expedición del aval por parte de la coalición, no era necesario agotarlo mediante postulación previa ante la autoridad administrativa electoral, precisamente porque se reitera, no existe imposición e ley generadora de consecuencia procesal frente al ejercicio del medio de control.

Aunado a lo anterior, debe aclararse que la competencia otorgada al CNE, en materia de revocatoria de la inscripción de candidaturas, se circunscribe a los eventos constitutivos de inhabilidad, no a los requisitos de inelegibilidad, conforme las voces del artículo 108 superior cuando dice: “Toda inscripción de candidato incurso en causal de inhabilidad será revocada por el CNE, con respeto al debido proceso”.

3.1.3. El supuesto fáctico alegado y su adecuación a la causal de nulidad electoral del artículo 275 numeral 5º del CPACA.

Precisamente, por la connotación de obligatoriedad de la norma estatutaria es que la Sala recaba en que el demandante se basó en el estatuto no vigente, como ya se explicó, lo cual imposibilita al juez de la nulidad electoral asumir el estudio, en atención a los siguientes derroteros, a saber: i) el acto electoral está cobijado por la presunción de legalidad, así que es al interesado en quebrarla para proteger el ordenamiento objetivo electoral y democrático el llamado a desplegar toda la argumentación que integra en un todo con las normas transgredidas y el concepto de la violación; ii) el acto se juzga conforme a las normas vigentes al momento de su expedición, en tanto al materialización del debido proceso de cara al acto es la norma preexistente al momento de su génesis, y iii) a la característica de rogada de la jurisdicción de lo Contencioso Administrativo frente a los actos, que imponen al actor postular en forma correcta su argumentación, a fin de dar las herramientas al operador del acto para realizar el análisis de la legalidad del acto frente a su normativa superior.

5. La inhabilidad por intervención en la celebración de contratos.

Esta inhabilidad de características preventivas y proteccionistas de la igualdad de los aspirantes a las justas electorales, tiene como propósito precaer vicios en la relación del candidato con las entidades públicas que implique la indebida utilización de esa condición de candidato en las actividades que adelante ante aquellas y, evitar, vicios de mayor trascendencia, como es que, el candidato utilice sus vínculos y relaciones con las entidades públicas en beneficio de sus intenciones electorales o que el electorado asocie, deduzca o concluya que verlo en tratativas con las entidades públicas le aventaja y con ello acreditarse ante los electores para obtener los votos⁴.

4 En sesión de la Comisión 3, de abril 29 de 1991 de la Asamblea Nacional Constituyente, se indicó: “En cuanto al tema de porqué la gestión de negocios inhabilita para presentarse como candidato y para ser elegido, es un tema que muchos de los presentes han tratado y algunos no entienden la razón de ser, básicamente tiene dos cuestiones, uno es el hecho de evitar que una persona con dineros del Estado, si es contratista, haga las labores de la campaña o a través de hacer la obra en una comunidad que se siente beneficiada, adquiere la influencia necesaria para ser elegida, (...); adicionalmente, no hay duda de que la eventualidad de ser elegido a una corporación crea una situación de ventaja frente a la entidad o empleado público ante la cual una persona está gestionando (...)”. Presidencia de la República Consejería para el Desarrollo de la Constitución. Asamblea Nacional Constituyente 1991. 20 Ene 1994 Página 18.

*Es claro para la Sala que para que se configure la causal alegada se deben cumplir **absolutamente todos los requisitos exigidos en la norma prohibitiva**, y en este caso no se acreditó el **factor temporal** de la inhabilidad previsto en la norma desde su celebración, así que del análisis realizado se impone indiscutiblemente, que la causal de inhabilidad endilgada no se halla estructurada, no encuentra prosperidad la censura y, por ende, no incide en el acto declaratorio de elección demandado.*

6. Inhabilidad del demandado al haber fungido en empleo público con ejercicio de autoridad.

*(...) resta tan solo abordar un tema que fue planteado en forma un poco vedada, dentro del argumento que nutrió esta censura y es el sentir de la parte actora de que el demandado **CARLOS ANDRÉS AMAYA RODRÍGUEZ**, tuvo la calidad de empleado público al suscribir el contrato de prestación de servicios 775 de 24 de octubre de 2014 con el Ministerio de Educación Nacional.*

*Para la Sala este argumento no es de recibo porque precisamente el contenido de dicho contrato arroja toda la información necesaria para concluir que se trata de un **contrato estatal sin vinculación acorde al empleo público o legal y reglamentaria alguna**, es decir, sin connotaciones laborales públicas. En efecto, de lo pactado por las partes contratantes se evidencia que está sometido a la regulación de la Ley 80 de 1993 y 1150 de 2007, que está sujeto a cláusulas excepcionales de caducidad, interpretación, modificación y terminación unilateral (cláusulas 11 y 9, véanse fls. 157 a 168 cdno. ppal. 1 exp. 002), liquidable potestativamente por la entidad pública (cláusula 21). (...)*

Razón por la cual invocaciones normativas de la parte actora como las referidas al artículo 5^o del Decreto 3135 de 1968 y su reglamentario Decreto 1848 de 1969, en el artículo 2^o; el artículo 3^o del Decreto 1950 de 1973, 1^o de la Ley 909 de 2004, no pueden ser descontextualizadas, sin armonizar-

5 Decreto 3135 de 26 de diciembre de 1968 “por el cual se prevé la integración de la seguridad social entre el sector público y el privado y se regula el régimen prestacional de los empleados públicos y trabajadores oficiales” “Artículo 5^o.- Empleados Públicos y Trabajadores Oficiales. Las personas que prestan sus servicios en los Ministerios; Departamentos Administrativos, Superintendencias y Establecimientos Públicos son empleados públicos; sin embargo, los trabajadores de la construcción y sostenimiento de obras públicas son trabajadores oficiales. Las personas que prestan sus servicios en las Empresas Industriales y Comerciales del Estado son trabajadores oficiales; sin embargo, los estatutos de dichas empresas precisarán qué actividades de dirección o confianza deban ser desempeñadas por personas que tengan la calidad de empleados públicos”.

6 Decreto 1848 de 4 de noviembre de 1969 “por el cual se reglamenta el decreto 3135 de 1968” “Artículo 2^o. Empleados públicos. 1. Las personas que prestan sus servicios en los ministerios, departamentos administrativos, superintendencias, establecimientos públicos y unidades administrativas especiales, son empleados públicos”.

7 Decreto 1950 de 24 de septiembre de 1973 “por el cual se reglamentan los Decretos- Leyes 2400 y 3074 de 1968 y otras normas sobre administración del personal civil” (...) “Artículo 3^o. Las personas que presten sus servicios en los ministerios, departamentos administrativos, superintendencias y establecimientos públicos, son empleados públicos; sin embargo los trabajadores de la construcción y sostenimiento de obras públicas son trabajadores oficiales. En los estatutos de los establecimientos públicos se precisará qué actividades pueden ser desempeñadas por personas vinculadas mediante contrato de trabajo.

Las personas que prestan sus servicios en las empresas industriales y comerciales del Estado son trabajadores oficiales; sin embargo, los estatutos de dichas empresas precisarán qué actividades de dirección o confianza deben ser desempeñadas por personas que tengan calidad de empleados públicos”.

8 Ley 909 de 23 de septiembre de 2004 “por la cual se expiden normas que regulan el empleo público, la carrera administrativa, gerencia pública y se dictan otras disposiciones” (...) “Artículo 1^o. Objeto de la ley. La presente ley tiene por objeto la regulación del sistema de empleo público y el establecimiento de los principios básicos que deben regular el ejercicio de la gerencia pública.

Quienes prestan servicios personales remunerados, con vinculación legal y reglamentaria, en los organismos y entidades de la administración pública, conforman la función pública. En desarrollo de sus funciones y en el cumplimiento de sus diferentes cometidos, la función pública asegurará la atención y satisfacción de los intereses generales de la comunidad.

De acuerdo con lo previsto en la Constitución Política y la ley, hacen parte de la función pública los siguientes empleos públicos:

a) Empleos públicos de carrera;

Lucy Jeannette Bermúdez Bermúdez

las con el alcance que se ha analizado de tiempo atrás de que el contrato de prestación de servicios, per se, no genera vinculación con la administración pública en el estatus de empleado público.

Así las cosas, al no encontrar probada la calidad de empleado público derivado del citado contrato, es claro que tampoco el supuesto atribuido al demandado encuadra en la causal del numeral 3º artículo 30 de la Ley 617 de 2000.

Decisión: NEGAR las pretensiones de las demandas acumuladas dentro del medio de control de nulidad electoral contra el acto de elección del señor CARLOS ANDRÉS AMAYA RODRÍGUEZ, en calidad de Gobernador del Departamento de Boyacá (2016-2019), contenido en el E-26GOB de 4 de noviembre de 2015.

Contra lo resuelto NO PROCEDE recurso.

LUCY JEANNETTE BERMÚDEZ BERMÚDEZ
Presidenta

ROCÍO ARAÚJO OÑATE
Consejera de Estado
CARLOS ENRIQUE MORENO RUBIO
Consejero de Estado
ALBERTO YEPES BARREIRO
Consejero de Estado

* * *

CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCIÓN QUINTA

Consejera ponente: LUCY JEANNETTE BERMÚDEZ BERMÚDEZ

Bogotá D.C, seis (6) de octubre de dos mil dieciséis (2016)

Radicación número: 50001-23-33-000-2016-00077-01

Actor: YENNY MORENO HENAO

Demandado: LUCY FERNANDA TAMAYO FIERRO - DIPUTADA POR EL DEPARTAMENTO DEL META (2016-2019)

Asunto: Fallo que confirma la decisión de primera instancia que negó las pretensiones de la demanda de nulidad electoral, al no encontrar que la elegida como Diputada por el Departamento del Meta (2016-2019) hubiera incurrido en doble militancia por brindar apoyo a candidatos pertenecientes a otros partidos distintos al suyo. Artículo 275.8 CPACA – doble militancia – artículo 2º Ley 1475 de 2011 – no se demostró apoyo a candidatos de otros partidos.

Extracto: *Ahora, sobre el particular, es menester precisar que, en un caso de aristas similares a las del sub examine, esta Sala de lo electoral indicó que los elementos que determinan la configuración de la prohibición prevista en el inciso 2º del artículo 2º de la Ley 1475 de 2011, según se lee de la propia norma, son, de manera concurrente:*

‘i) Un sujeto activo (...)

b) Empleos públicos de libre nombramiento y remoción;

c) Empleos de período fijo;

d) Empleos temporales”.

ii) Una conducta prohibitiva (...)

iii) Un elemento temporal, (...).¹

(...) no se encuentra en discusión que la ciudadana LUCY FERNANDA TAMAYO FIERRO pudiera ser sujeto activo de la prohibición, en tanto, el acto enjuiciado (fl. 49) y el formulario E-6 AS radicado el 2 de marzo de 2015 ante la respectiva autoridad electoral (fl. 61), muestran que fue inscrita por el Partido Cambio Radical la elección de diputados (...).

No obstante, no ocurre lo mismo respecto de las restantes condiciones, comoquiera que en torno a ellas es que estriba la discusión trabada en esta segunda instancia ya que, contrario a lo resuelto por el a quo, la parte recurrente insiste en que los videos, las fotos y la decisión de 19 de febrero de 2017 –y las que le preceden– adoptadas por el Comité Central del Partido Cambio Radical dan cuenta de que la diputada accionada apoyó las aspiraciones políticas de candidatos a cargos uninominales del Meta que fueron inscritos por agrupaciones políticas distintas a la suya, sin que para ello haga falta acudir a otro tipo de pruebas, como son los informes contables de las respectivas campañas.

En relación con los videos, encuentra la Sala que el llamado “video número 1”, como bien lo expresó el Ministerio Público, no podía ser valorado como prueba porque no está acreditado que la demandada hubiere manifestado su consentimiento para ser grabada y menos con fines judiciales.

Con respecto a este tipo de situaciones, esta Sección, en sentencia de 21 de enero de 2016², puntualizó que resulta violatorio del derecho al debido proceso y del derecho a la intimidad el uso de videos dentro de un proceso judicial que hayan sido presentados al mismo o grabados sin el consentimiento de la persona en contra de la cual se aducen. En ese orden, tales elementos se constituyen en pruebas nulas de pleno derecho que por tal motivo no pueden ser consideradas por el juzgador.

En este caso, contrario a lo evidenciado en el “video 2”, la demandada sostiene una conversación espontánea con dos personas que no se identificaron plenamente en la grabación –cuya duración no supera los 2 minutos 15 segundos–, sin dirigirse al micrófono que se encuentra próximo a ella, como sí lo hace en el “video 2” en el que en lugar de conversar desprevenidamente, dirige su voz al micrófono y responde preguntas concretas.

(...) la actora, en sus diferentes intervenciones –cfr. contestación y alegatos– reiteró que ninguno de los videos contó con su anuencia, lo cual, ciertamente, nunca se desvirtuó durante el trámite del proceso; pues, más bien, se pone en evidencia esta irregular situación con la certificación de 13 de noviembre de 2015, firmada por el señor Bray Martínez Ariza, a quien el actor presenta como director del programa radial “TV+OPINIÓN” –calidad que no se acreditó– allegada por la propia demandante, (...)

(...) lo primero que hay que acotar es que en dicho documento se habla de un solo video y es el que se puede ubicar a través del enlace virtual que allí se exhibe. Y más importante aún es el hecho que esa dirección electrónica dirige a un video que en su contenido es idéntico al que reposa en el Radicación con el rótulo de “video 2”, en el que, por demás, la entrevistada nunca aludió al candidato a la alcaldía de Acacias por el Partido Verde, y mucho menos a cómo incidió en el triunfo de aquel.

Ante ese panorama es claro que el llamado “video 1” resulta violatorio del debido proceso y del derecho a la intimidad de la encartada, razón por la cual no puede ser considerado como prueba dentro de este proceso.

1 C. P. Alberto Yepes Barreiro, 29 de septiembre de 2016, rad. 730001-23-33-000-2015-00806-01, demandado: Diputado del Tolima.

2 C. P. Lucy Jeannette Bermúdez Bermúdez, rad. 11001-03-28-000-2014-00030-00, demandados: REPRESENTANTES A LA CÁMARA POR GUAINÍA.

De otra suerte, en lo que concierne al “video 2” frente al cual la Sala ya se ha pronunciado, cabe decir que tampoco resulta demostrativo de que la señora LUCY FERNANDA TAMAYO FIERRO hubiese brindado su apoyo, en época de campaña, a la candidatura de la señora Claudia Marcela Amaya García, gobernadora electa por la coalición entre los partidos Liberal y Verde.

(...) si bien le asiste razón a la demandante cuando sostiene que la diputada enjuiciada habló de haber dado su voto a la gobernadora electa por un partido que no era el suyo, no es menos cierto que la Sala no puede interpretar esa afirmación más que como un lapsus, toda vez que, inmediatamente la demandada corrigió en el sentido de referirse no a las personas “que dimos”, sino a las “que dieron” su voto por aquella, y de lo que en el fondo se trató fue de exaltar que se refería a una mujer.

Adicionalmente, cabe destacar que la entrevista, según se vio en precedencia, tuvo lugar el 30 de octubre de 2015, es decir, después de las elecciones, que tuvieron lugar el 25 de octubre del mismo año, por ende, en el eventual caso de tomarse el dicho de la señora TAMAYO FIERRO como constitutivo del apoyo brindado a otros partidos entre la inscripción de su candidatura y las elecciones, habría que asimilarlo a una confesión; y claramente aquella manifestación no reúne los requisitos que, para su validez, establece el artículo 191 del CGP, pues el solo hecho de carecer del carácter consciente, expreso y libre de la misma, así lo impone.

(...), si bien las fotografías aportadas podrían tomarse por documentos auténticos en el evento de no ser tachados o desconocidos, es lo cierto que las que obran en el plenario no permiten a esta Sala Electoral la representación de las indebidas manifestaciones de apoyo político que se endilgan a la demandada.

Lo anterior, habida cuenta que no existe certeza alguna respecto de quién las tomó, dónde, cuándo y en qué circunstancias. (...) tampoco podría deducirse que la mera convergencia de dos candidatos en eventos públicos sea demostrativa del apoyo que prohíbe la norma, pues existen casos en los que, por ejemplo, estos son citados a contiendas y debates que tienen por objeto, precisamente, enfrentar a los contendores políticos. Es por ello que el favorecimiento a candidatos de otros partidos debe emerger con tal contundencia que el juzgador pueda, más allá de toda duda razonable colegir que la presunción de legalidad del acto electoral que se enjuicia ha sido enervada, y que la voluntad del electorado ha sido viciada.

Finalmente, en relación con las decisiones del Consejo de Control Ético del Partido Cambio Radical y su Comité Central, en las que se resolvió sobre la investigación adelantada a la diputada LUCY FERNANDA TAMAYO FIERRO por hechos similares a los que ahora convocan a la Sala, es menester precisar que el recurrente sostiene que tales decisiones demuestran la doble militancia en la que, a su entender, incurrió la demandada.

Al respecto, conviene acotar que el trámite que se surte a instancia de los partidos tiene un propósito muy diferente al del sub examine, toda vez que, en primer lugar, el análisis de aquel recae sobre el juicio ético que se siguió a la demandada al interior de su partido por la presunta doble militancia en la que incurrió; mientras que la presente nulidad electoral corresponde a un estudio objetivo de legalidad del acto de elección, que debe ser resuelto dentro de los contornos de la litis trabada por las partes e intervinientes.

Por ello, lo discurrido al interior del Partido Cambio Radical, sin lugar a dudas, no se acompasa en nada con el problema jurídico que corresponde desentrañar a la Sección Quinta del Consejo de Estado y, en todo caso, tampoco resulta determinante para que la Sala forje su convicción sobre la configuración de la causal alegada, teniendo en cuenta la naturaleza de aquel procedimiento de control interno y la del presente trámite jurisdiccional.

En ese orden de ideas, para esta ad quem resulta evidente que ninguna de las pruebas que en la apelación se estimaron mal valoradas permite demostrar que la ciudadana LUCY FERNANDA TAMAYO FIERRO hubiera incurrido en doble militancia por brindar apoyo a candidatos pertenecientes a partidos distintos del suyo, por ende, confirmará la sentencia de 24 de junio de 2016 proferida por el Tribunal Administrativo de del Meta, que negó las pretensiones de la demanda de nulidad electoral

Lucy Jeannette Bermúdez Bermúdez

Decisión: CONFIRMAR la sentencia del 24 de junio de 2016 proferida por el Tribunal Administrativo del Meta, que negó las pretensiones de la demanda de nulidad electoral.

DEVUÉLVASE el Radicación al Tribunal de origen.

LUCY JEANNETTE BERMÚDEZ BERMÚDEZ
Presidenta

ROCÍO ARAÚJO OÑATE
Consejera de Estado
CARLOS ENRIQUE MORENO RUBIO
Consejero de Estado
ALBERTO YEPES BARREIRO
Consejero de Estado

* * *

CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCIÓN QUINTA

Consejera ponente: LUCY JEANNETTE BERMÚDEZ BERMÚDEZ

Bogotá D.C, seis (6) de octubre de dos mil dieciséis (2016)

Radicación número: 11001-03-28-000-2016-00030-00

Actor: RENZO EFRAÍN MONTALVO JIMÉNEZ

Demandado: EDUARDO IGNACIO VERANO DE LA ROSA COMO GOBERNADOR DEL ATLÁNTICO 2016-2019

Asunto: Fallo que niega las pretensiones de la demanda de nulidad electoral al encontrar que no hubo inhabilidad por celebración de contratos, conforme al artículo 30 de la Ley 617 de 2000, pues no se probó la suscripción del contrato que tendría la potencialidad de inhabilitar al demandado.

Extracto: Resulta imperioso manifestar que la configuración de la causal endilgada **requiere de la celebración del contrato.**

*(...) el cargo que se le endilga al demandado, es estar inhabilitado, de conformidad con el numeral 4º del artículo 30 de la Ley 617 de 2000, porque, presuntamente, **intervino en la celebración de contratos.***

Lo anterior, por haber intervenido de manera personal y activa, como representante legal y gerente de la Concesión Sociedad Portuaria Bocas de Cenizas S.A., “...en actos dirigidos a celebrar la modificación del objeto y del plazo del contrato de concesión con CORMAGDALENA, entidad pública del nivel nacional” (Negrilla y subraya fuera de texto), dentro del periodo inhabilitante.

*De acuerdo con lo expuesto, antes de entrar a analizar los presupuestos: **i)** temporal, **ii)** material y; **iii)** subjetivo, ya descritos, la Sala **verificará la existencia del contrato que debió suscribirse para lograr la configuración de la inhabilidad endilgada al demandado**, pues la firma del citado contrato, es el punto de partida desde el cual se puede advertir la existencia de los mentados requisitos.(...)*

*Conviene precisar que el contrato¹, al que alude el demandante, era de concesión portuaria, **data del 21 de agosto de 1998** y fue suscrito por la Superintendencia de General de Puertos y la Sociedad Portuaria Bocas de Cenizas S.A.*

1 Folios 587 al 611

*En lo referente a los actos que, presuntamente, realizó el demandado, en procura de la celebración de la modificación del objeto y del plazo del contrato, el demandante alude a la suscripción del oficio de 24 de febrero de 2015¹, suscrito por el demandado **EDUARDO VERANO DE LA ROSA**, en calidad de gerente general de la Sociedad Portuaria Bocas de Ceniza S.A., en la que le pidió al Director (E) de la Corporación Autónoma Regional “CORMAGDALENA”, la “...modificación Contrato de Concesión Portuaria identificado con el número 23, firmado inicialmente el día 21 de agosto de 1998”,*

De acuerdo con lo anterior se advierte que hubo una primera suscripción contractual que data de agosto de 1998, por fuera del término inhabilitante, y alejado del cargo formulado por el actor, pues se recuerda que lo que aduce es la participación del ahora gobernador en los actos tendientes a la modificación en cuanto al objeto y plazo del contrato primigenio.

*Así las cosas, de conformidad con el derrotero trazado por el proyecto para entrar a determinar la existencia de los elementos que configuran la inhabilidad de **intervención en la celebración de contrato**, se debe probar la suscripción del mismo. (...), resulta evidente, de conformidad con las pruebas que obran en el Radicación, que no existe contrato suscrito por el demandado, dentro del periodo inhabilitante, por el contrario se demostró que la modificación contractual que pretendía el actual gobernador **EDUARDO VERANO DE LA ROSA**, hasta agosto del presente año, no se ha finiquitado como tampoco se enrostró la suscripción de contrato diferente al ya mentado que data de agosto de 1998.*

Lo anterior implica, como lo sostuvo el Agente del Ministerio Público, que la parte actora omitió cumplir con su carga de probar la configuración de la inhabilidad que endilgó en contra del demandado, pues afirmó que estaba inhabilitado para ser elegido Gobernador del Atlántico por haber intervenido en la celebración de contrato pero en momento alguno probó a esta Sala la existencia del contrato que debe suscribirse para tenerla por configurada, según se expone en la presente providencia.

*Las razones expuestas, relevan a la Sala del estudio de los demás presupuestos: **i)** temporal, **ii)** material y; **iii)** subjetivo, necesarios para la configuración de la inhabilidad de **intervención en la celebración de contrato**, enrostrada al señor **EDUARDO VERANO DE LA ROSA**, pues como ya se expuso el demandante no probó la suscripción del contrato que tendría la potencialidad de inhabilitar al demandado.(...)*

Decisión: NEGAR las pretensiones de la demanda presentada por el señor RENZO EFRAÍN MONTALVO JIMÉNEZ.

NOTIFICAR a las partes de conformidad con el artículo 289 del C.P.A.C.A.

ARCHIVAR el Radicación una vez quede en firme el fallo

ADVERTIR que contra la presente providencia no procede recurso alguno

LUCY JEANNETTE BERMÚDEZ BERMÚDEZ
Presidenta

ROCÍO ARAÚJO OÑATE
Consejera de Estado
CARLOS ENRIQUE MORENO RUBIO
Consejero de Estado
ALBERTO YEPES BARREIRO
Consejero de Estado

¹ Folio 24

CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCIÓN QUINTA

Consejera ponente: LUCY JEANNETTE BERMÚDEZ BERMÚDEZ

Bogotá D.C, trece (13) de octubre de dos mil dieciséis (2016)

Radicación número: 05001-23-33-000-2015-02447-01

Actor: JHON JAIRO CARDONA GIL

Demandado: LUIS FERNANDO VALENCIA GARCÍA COMO ALCALDE DEL MUNICIPIO DE COPACABANA (2016-2019)

Asunto: Fallo nulidad electoral de segunda instancia, que confirma la decisión del Tribunal, al encontrar que no se configuró la inhabilidad invocada por el demandante. Inhabilidades consagradas en los numerales 2 y 3 del artículo 43 de la Ley 136 de 1994, modificada por el artículo 40 de la Ley 617 de 2000.

Extracto: “La inhabilidad consagrada en el numeral 2º del artículo 43 de la Ley 136 de 1994 fue modificada por el artículo 40 de la Ley 617 de 2000. Bajo esa condición la norma dispone lo siguiente:

“Artículo 43.- Inhabilidades. No podrá ser inscrito como candidato ni elegido concejal municipal o distrital:

(...)

2. Quien dentro de los doce (12) meses anteriores a la fecha de la elección haya ejercido como empleado público, jurisdicción o autoridad política, civil, administrativa o militar, en el respectivo municipio o distrito, o quien como empleado público del orden nacional, departamental o municipal, haya intervenido como ordenador de gasto en la ejecución de recursos de inversión o celebración de contratos, que deban ejecutarse o cumplirse en el respectivo municipio o distrito”.

*Como se puede observar, esa disposición contiene dos supuestos de hecho¹ sobre los que se estructura la causal de inelegibilidad para un empleado público: la primera por el **ejercicio de autoridad** y la segunda por intervenir como **ordenador del gasto** o en la **celebración de contratos**. En la medida en que en este caso se invocó el primero de estos escenarios, se procederá a desarrollar sus principales componentes:*

3.1. Para que se configure esta causal de inhabilidad se requiere que el elegido haya ejercido como empleado público jurisdicción civil, política, administrativa o militar, dentro de los 12 meses anteriores a la elección, en el municipio o distrito donde resultó elegido, (...)

(...) La Sala observa que los argumentos presentados por el actor para sustentar el recurso son insuficientes para impugnar el fallo de primera instancia en lo que se refiere a esta causal de inhabilidad.

*Esto, en la medida en que los planteamientos y las pruebas del demandante se limitaron a referir la posible estructuración de un **empleo público transitorio** en cabeza del demandado, olvidando sustentar -así fuere de manera sucinta- las demás exigencias de la norma, que como se pudo observar, además de este componente es necesario referir y probar el ejercicio de alguna forma de **autoridad civil, política, administrativa o militar**.*

El aquo negó el acaecimiento de esta inhabilidad por no haberse evidenciado la existencia de una forma de autoridad, y en la medida en que este componente no fue siquiera abordado en la apelación,

1 Diferentes a los establecidos en el artículo 43 de la Ley 136 de 1994

la Sección considera que no existe fundamento para que la inhabilidad sea analizada de conformidad con el artículo 320 del C.G.P, aplicable por remisión expresa del artículo 306 del CPACA, (...)

Así las cosas, en la medida que el apelante no refirió argumento alguno frente al elemento de jurisdicción, necesario para la configuración de la causal endilgada, no se estudiará el cargo.

4. Segunda causal invocada: La inhabilidad consagrada en el numeral 3º del artículo 43 de la Ley 136 de 1994, modificada por el numeral 3º del artículo 40 de la Ley 617 de 2000.

Al igual que en el cargo anterior, la inhabilidad consagrada en el numeral 3º del artículo 43 de la Ley 136 de 1994 fue modificada por el artículo 40 de la Ley 617 de 2000. (...)

En el presente caso la demanda de nulidad incoada y el recurso de apelación han hecho referencia (...) que el actor celebró y ejecutó un contrato de práctica con el municipio de Copacabana. (...)

Dicha causal de inhabilidad, al igual que la reseñada en el acápite anterior, tiene 4 elementos necesarios para su configuración, los cuales deben confluír para que se pueda endilgar la incursión del elegido en la causal inhabilitante, estos son: temporal, material, subjetivo y territorial, (...)

En lo que se refiere al primero de los elementos jurídicos de la inhabilidad, es decir, el temporal, se requiere que la intervención en la celebración de contratos se dé dentro de los 12 meses anteriores a la elección, y ni las actividades anteriores ni las posteriores tienen la virtualidad de constituir la causal inhabilitante, así señalado por esta sección en sentencia del 18 de febrero de 2010:

“(...) De esta forma no configuran intervención en la celebración de contratos aquellas actividades efectuadas antes de que inicie la operación contractual, ni aquellas que se verifiquen luego de que se haya suscrito el respectivo negocio jurídico”² (negritas fuera de texto original). (...)

4.3 En lo que se refiere al acaecimiento de esta causal, en el caso concreto, el demandante indicó que la norma incluye cualquier tipo de vínculo contractual, a la vez que insistió en que aunque su celebración se efectuó antes del periodo inhabilitante, la ejecución se extendió por un periodo que sí es cobijado por la norma; por último refirió que con esa situación el demandado se benefició en perjuicio de los demás candidatos.

En este caso es evidente que no se cumple con el primer requisito de la inhabilidad consagrada en el numeral 3º del artículo 43 de la Ley 136 de 1994, modificada por el artículo 40 de la Ley 617 de 2000.

*Ello debido a que es indudable, fue aceptado por las partes y no fue objeto de la apelación, el hecho de que el demandado suscribió el contrato de práctica el **25 de septiembre de 2014** (fl. 11), es decir, **trece meses antes de la fecha de la elección** (25 de octubre de 2015, fl. 68). (...)*

*Atendiendo la naturaleza de la norma, es decir, en la medida en que la misma limita el ejercicio de varios derechos constitucionales, su interpretación debe ser restrictiva, lo que implica que el juez debe evitar darle un alcance diferente de lo que literalmente haya dispuesto el legislador. En esta medida y teniendo en cuenta que el artículo 43 de la Ley 136 de 1994, numeral 3º, modificado por el numeral 3º del artículo 40 de la Ley 617 de 2000, establece el término de inhabilidad en **un año** contado entre las fechas de la elección y en la que se celebre el contrato, es indiscutible que **no se configura la inhabilidad invocada por el demandante.***

Decisión: CONFIRMAR la sentencia del 3 de junio de 2016 dictada por el Tribunal Administrativo de Antioquia, Sala Tercera de Oralidad.

2 Sección Quinta. 18 de febrero de 2010. Radicación 50001233100020070112901. Actor: Román Felipe Acosta Guzmán y otros. Demandado: Concejales del Municipio de Villavicencio. C.P. Dr. Filemón Jiménez Ochoa.

DEVUÉLVASE el Radicación al Tribunal de origen.

LUCY JEANNETTE BERMÚDEZ BERMÚDEZ
Presidenta

ROCÍO ARAÚJO OÑATE
Consejera de Estado
CARLOS ENRIQUE MORENO RUBIO
Consejero de Estado
ALBERTO YEPES BARREIRO
Consejero de Estado

* * *

CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCIÓN QUINTA

Consejera ponente: LUCY JEANNETTE BERMÚDEZ BERMÚDEZ

Bogotá D.C, trece (13) de octubre de dos mil dieciséis (2016)

Radicación número: 11001-03-28-000-2015-00048-00

11001-03-28-000-2015-00047-00

Actor: FREDY ANTONIO MACHADO LÓPEZ Y PABLO BUSTOS SÁNCHEZ

Demandado: JUAN CARLOS GRILLO POSADA, GLORIA STELLA LÓPEZ JARAMILLO Y LAURA EMILSE MARULANDA TOBÓN, MIEMBROS PERMANENTES DEL CONSEJO DE GOBIERNO JUDICIAL

Asunto: Sentencia por la cual se declara la nulidad del Acuerdo 009 de 9 de noviembre de 2015, que declaró elegidos a los señores JUAN CARLOS GRILLO POSADA, GLORIA STELLA LÓPEZ JARAMILLO, LAURA EMILSE MARULANDA TOBÓN, en calidad de Miembros Permanente con dedicación exclusiva del Consejo de Gobierno Judicial. INEXEQUIBILIDAD DEL ACTO LEGISLATIVO 02 DE 2015 – No impide conocer de la legalidad del acto electoral mientras estuvo vigente. EXPEDICIÓN IRREGULAR – por infracción en las normas de la convocatoria en que debió basarse fijan las reglas y condiciones de selección, ponderación y elección de los aspirantes. Omitir estos parámetros es violatorio de los principios constitucionales del artículo 126 superior.

Extracto: “se advierte que las censuras de las demandas serán estudiadas mediante agrupación conforme a la coincidencia argumentativa en la postulación, advirtiendo que en caso en encontrar prosperidad a alguna de ellas con vocación de anular el acto declaratorio de elección, la Sala se relevará de estudiar las restantes.

*En principio, se plantean como ejes temáticos en primer término los de espectro general, para finalizar con los focalizados en alguno de los dispositivos en concreto, a saber: 3.1) El **pronunciamiento del juez de la nulidad electoral** aun cuando el fundamento constitucional del acto electoral fue declarado inexecutable; 3.2) **infracción de las normas en las que debió fundarse** –arts. 231, 15 y 18 del Acto Legislativo 02 de 2015 y los principios constitucionales que gobiernan tal proceso electoral, como los de transparencia, publicidad, debido proceso, contradicción y mérito-, que generó la **expedición irregular del acto demandado** por irregularidades como: 3.5.1. En la Convocatoria Pública 01 de 2015, que dio lugar al acto de elección contenido en el Acuerdo N° 009 de 2015, a saber, entre otros fundamentos porque 3.2.1. No se fijaron las reglas sobre **asignación de puntajes** y 3.2.2. No se **publicaron** los resultados obtenidos por los candidatos en las distintas fases del mismo.*

3.1. EL PRONUNCIAMIENTO DEL JUEZ DE LA NULIDAD ELECTORAL AUN CUANDO EL FUNDAMENTO CONSTITUCIONAL DEL ACTO ELECTORAL FUE DECLARADO INEXEQUIBLE.

El Acto Legislativo 02 de 2015 es causa primigenia del Acuerdo 009 de 2015 demandado, así como de la Convocatoria 01 de 2015 como bitácora subyacente, así que la declaratoria de inexecutable

dad que efectuara la Corte Constitucional en sentencia C-285 de 2016¹, impacta en forma importante a aquellos, pues se está frente a la pérdida de fuerza ejecutoria del fundamento normativo superior.

Específicamente, fueron retirados del ordenamiento constitucional y jurídico el artículo 15 y el artículo 18 Transitorio del Acto Legislativo en cita, soporte constitucional y fundamento jurídico primigenio del Consejo de Gobierno Judicial y de los actos que éste expidió, a fin de ejercer las funciones de administrador de la Rama Judicial y, cuyas decisiones ha conocido el Consejo de Estado en diferentes secciones y bajo la égida de distintos medios de control, como la nulidad del acto de contenido electoral² y la nulidad por inconstitucionalidad³.

La Sección Quinta deja en claro que debe pronunciarse sobre la legalidad del acto electoral subjudice, por cuanto se trata de aquel que declaró la elección sobre sujetos particulares, así que el análisis objetivo de legalidad, se realiza conforme al régimen vigente al momento de la expedición del acto.

Esa posición frente al acto administrativo, aplicable al acto electoral, encontró su mejor antecedente jurisprudencial el año de 1991, que en su parte medular consideró, luego de hacer un recorrido sobre las disímiles posiciones de las Secciones al tratar el tema de la competencia sobre el acto administrativo retirado del ordenamiento, (...)

(...) la competencia del juez de lo Contencioso- Administrativo frente a la legalidad del acto administrativo retirado del ordenamiento jurídico pende de la temporalidad en la que éste tuvo existencia, ante la necesidad de evaluar y decidir sobre la legalidad del acto, así éste al momento de proferirse la decisión judicial ya no esté vigente, para dar cabida precisamente al principio constitucional de legalidad que se advierte en la garantía del debido proceso que por años se ha soportado en uno de sus más importantes pilares como es el derecho de los administrados del “juzgamiento” conforme a la ley pre-existente.

Se advierte de la decisión de la Corte Constitucional que sus efectos son a futuro, como también son aquellos cuando el acto administrativo o electoral se suprime del ordenamiento jurídico, bien sea por derogatoria, o por la pérdida de vigencia del acto, o la pérdida de fuerza ejecutoria y el decaimiento del acto (artículo 91 numeral 2º del CPACA), dejando incólume las decisiones frente a situaciones particulares y concretas anteriores a la ocurrencia del acto sustraído del ordenamiento jurídico o de aquellas que el acto produjo, las cuales pueden judicializarse.

Lo cierto es que el operador Contencioso-Administrativo detenta su competencia frente a los actos administrativos derivados o soportados en el acto general. Y en ambos casos, el análisis debe hacerse de cara a la normativa vigente al momento que fueron expedidos.

1 Sentencia de 1º de junio de 2016. Exp. D-10990. Demanda de inconstitucionalidad contra los artículos 15, 16, 17, 18, 19 y 26 (parcial) del Acto Legislativo 2 de 2015, “por medio del cual se adopta una reforma de equilibrio de poderes y reajuste institucional y se dictan otras disposiciones”. Actor: Carlos Santiago Pérez Pinto. M.P Dr. Luis Guillermo Guerrero Pérez.

2 Sección Quinta. Auto de 28 de julio de 2016. Exp. Número: 11001032800020150001800. Actor: Federico González Campos. Demandado: Nación (Rama Judicial - DEAJ). C.P. Dra. Lucy Jeannette Bermúdez Bermúdez, en el que se declaró terminado el proceso de nulidad por sustracción de materia.

3 Sala Plena de lo Contencioso Administrativo. Sentencias de 19 de julio de 2016. Exp. 1001032800020150002100. Actor: Federico González Campos. Demandado: Nación (Rama Judicial -DEAJ). C. P. Dra. Lucy Jeannette Bermúdez Bermúdez. En esta, se declaró la sustracción de materia frente a la demanda de nulidad por inconstitucionalidad contra algunas de las normas contenidas en el Acuerdo 06 de 2015 y su anexo y en el Acuerdo número 07 de 2015 (elecciones de representantes de funcionarios y empleados de la Rama Judicial; y Exp. 11001032500020150104200. Demandante: María Teresa Vergara Gutiérrez. En esta se declaró la sustracción de materia frente a la demanda de nulidad por inconstitucionalidad contra la Convocatoria Pública 01 de 30 de septiembre de 2015, expedida por el extinto Consejo de Gobierno Judicial (elección de los 3 primeros miembros permanentes de dedicación exclusiva).

(...), la declaratoria de inconstitucionalidad de los artículos 15 y 18 Transitorio del Acto Legislativo reformativo de la Constitución, creadores del Primer Consejo de Gobierno Judicial, implica que desaparecieron los fundamentos soporte de la existencia de dicho ente, en tanto su base constitucional y acto creador no existe, pero se permite al operador jurídico, como ya se indicó, cotejar el acto de elección demandado con la normativa vigente al momento de expedirlo, incluido el Acto Legislativo que fue retirado, parcialmente, del ordenamiento porque debe juzgarse su legalidad mientras estuvo vigente.

Esta Sala, a título conclusivo, estima que el Acto Legislativo 02 de 2015, si bien es causa primigenia del Acuerdo demandado, la declaratoria de inconstitucionalidad de aquel, tiene efectos a futuro, lo cual posibilita, conocer del acto electoral demandado, por cuanto las decisiones incluidas las de asuntos electorales, se juzgan conforme a la normativa vigente al momento de su expedición y es innegable que el Acto Legislativo 02 de 9 de noviembre de 2015, fecha de la expedición del acto aquí demandado, se encontraba vigente. Igual sucede con la Convocatoria N° 01 de 2015 de 30 de septiembre de esa anualidad, en tanto el Acto Legislativo 02 de 2015 fue retirado del bloque de constitucionalidad el 1° de junio de 2016.

Aunado a lo anterior, los efectos de los fallos proferidos por la Corte Constitucional son a futuro, salvo que ella lo indique de otra forma, lo cual no aconteció en este caso al observar la parte resolutive de la decisión y el acto que se conoce en este caso produjo plenos efectos, toda vez que quienes fungieron como miembros permanentes en el Primer Consejo de Gobierno Judicial se posesionaron, asumieron el cargo y ejercieron sus funciones.

Huelga recordar que conforme quedó delimitado en la fijación del litigio esta censura se materializó, además de otros supuestos fácticos, en la **INEXISTENCIA DE REGLAS SOBRE ASIGNACIÓN DE PUNTAJES**, censura que tiene relación con el cargo imputado al acto de elección referente a que **NO SE PUBLICARON LOS RESULTADOS OBTENIDOS POR LOS CANDIDATOS EN LAS DISTINTAS FASES**.

(...) si bien el Consejo de Gobierno Judicial dejó en claro los tiempos y fases en que se desarrollaría el sistema de selección, omitió ab initio determinar o presentar en forma determinable, los parámetros cualitativos y/o cuantitativos que acompañarían el sistema eleccionario de semi-cooptación. Ello se refleja en las actas de las sesiones en las que abogados a la avalancha de hojas de vida presentadas por los aspirantes, en un total de 103, asignaron a los Secretarios Generales de cada Alta Corte, proceder a la evaluación, selección o rechazo de las hojas de vida, sin que sea claro para nadie, en forma previa, cuáles serían los factores de ponderación para adoptar tales decisiones. Luego, se menciona que la ponderación iría determinada por los estudios pos graduales realizados, en su orden, especialización, maestría y doctorado y, finalmente, se escogen 15 aspirantes, que se dividieron en grupos de 5 a partir de la afinidad profesional, posteriormente, y ante la inminencia de que no se estaba cumpliendo con la Ley de cuotas, se permite el ingreso y escogencia de 9 hojas de vida más y, luego, de las 24 hojas de vida, se entrevista a los seleccionados y de ellos, el Consejo de Gobierno, escogió a los 3 miembros permanentes.

La Sala Electoral viene explicando a partir de su jurisprudencia reiterada que en el caso de las convocatorias públicas, no se trata de cumplir con los estrictos parámetros y fases o etapas del concurso de méritos que se emplea para los cargos de carrera, pues precisamente el artículo 126 superior en cita, hace diferenciables y escindibles ambos procedimientos, uno el proceso de selección propio o propiamente dicho, reglado y regulado de manera estricta y que es propio de los concursos regulados en la ley y para la provisión de los cargos de carrera y, otro, el proceso de selección impropio, que se emplea para los concursos no regulados en la ley, que por regla general, no son aplicables a los cargos de carrera, pero que por teleología reciente del Constituyente, se pretende cumplan, dentro de su propia dinámica y alcances, con los principios que establece la norma, con una especie de objetividad en su ponderación y sobre todo con la meritocracia.

(...) al tratarse de un concurso no regulado en la ley, porque así lo determinó el Acto Legislativo 02 de 2015, para la elección de servidores públicos atribuida a corporaciones públicas, es decir, de los miembros permanentes del Primer Consejo de Gobierno Judicial, debía estar precedida de una convocatoria pública en la que se fijaron los requisitos, como en efecto aconteció en este caso, pero a diferencia de lo previsto en la norma constitucional en cita, no se dejaron previstos los procedimientos

de mérito, a partir de factores o métodos objetivos, determinados o determinables de evaluación, para la selección de los elegidos, pues no se tuvieron claros los criterios objetivos de clasificación ni de ponderación de las hojas de vida, ni de los preseleccionados, de la lista de elegibles original y la agregada para cumplir con la Ley de cuotas, ni de los designados como miembros permanentes.

Esas las razones por las cuales al hacer el estudio objetivo de legalidad del acto de elección de cara a las normas en que debió fundarse, se tiene que la convocatoria vulneró las normas en que debía fundamentarse y, por ende, esa irregularidad evidenciada afecta la totalidad de la convocatoria devenida de la inobservancia del artículo 126 superior; incide y genera la nulidad del acto declaratorio de elección por expedición irregular y así habrá de declararlo en la parte resolutive de esta providencia.

Así las cosas y como se esbozó en la parte inicial de las consideraciones, en atención a la prosperidad de una de las censuras, la Sala se releva de estudiar las restantes, aunado a que resulta innecesario asumirlas, incluso desde una óptica pedagógica, en atención a la actual inexistencia del Consejo de Gobierno Judicial y anuncia que la declaratoria de nulidad se limitará al acto declaratorio de elección sin otra manifestación interpretativa, pues se reitera al predicarse la inexistencia del extinto Consejo de Gobierno Judicial no hay lugar a restituir el proceso de selección.

Decisión: DECLÁRASE la nulidad del Acuerdo 009 de 9 de noviembre de 2015, que declaró elegidos a los señores JUAN CARLOS GRILLO POSADA, GLORIA STELLA LÓPEZ JARAMILLO, LAURA EMILSE MARULANDA TOBÓN, en calidad de Miembros Permanente con dedicación exclusiva del Consejo de Gobierno Judicial.

Contra esta decisión NO PROCEDE recurso.

LUCY JEANNETTE BERMÚDEZ BERMÚDEZ

Presidenta

(Aclaración de Voto)

ROCÍO ARAÚJO OÑATE

Consejera de Estado

CARLOS ENRIQUE MORENO RUBIO

Consejero de Estado

ALBERTO YEPES BARREIRO

Consejero de Estado

(Aclaración de Voto)

Aclaración de Voto de la consejera Lucy Jeannette Bermúdez

Extracto: “Con el acostumbrado respeto, manifiesto las razones por las que aclaro mi voto a la decisión de la Sala, que declaró la nulidad electoral de los miembros permanentes del Consejo de Gobierno Judicial y de la que fui ponente, las cuales se concretan en mi postura, en cuanto que en todo caso es necesario resolver de fondo cada uno de los cargos que desde la fijación del litigio haya definido el marco de decisión que corresponde a la sentencia. Así, aunque comprendo la posición de la Sala mayoritaria conforme a la que hallado próspero un cargo de los propuestos, no se ve necesario continuar con el análisis de los demás, creo que por pedagogía y por cerrar plenamente la congruencia que debe existir entre la fijación del litigio y el fallo debe hacerse.”

Aclaración de voto del consejero Alberto Yepes Barreiro

Extracto: “La providencia objeto de aclaración argumenta, con ese propósito, que los actos acusados en los expedientes antes referenciados eran actos generales y que, este, por el contrario, se trataba de uno particular y concreto. Sobre el punto, lo primero que debe precisarse es que el acto electoral no tiene tal naturaleza pues no puede decirse que el elegido sea su único destinatario, afectado o interesado.

Esto es así debido a que aseverar que el acto a través del cual se designó a los miembros permanentes del extinto Consejo de Gobierno Judicial es un acto particular y concreto desconoce que aquel no se expidió en el marco de la función administrativa, sino en la de la función electoral, siendo esta diferencia fundamental a la hora de determinar la naturaleza de esta clase de actos.

En efecto, no se puede perder de vista que el acto electoral no puede ser asemejado a un acto administrativo ya que aunque comparten ciertos rasgos, aquellos no son idénticos, especialmente, porque en el acto electoral no se consagra la voluntad de la autoridad encargada de declarar la elección, “sino que éste plasma el querer de los electores exteriorizado a través del voto.” Luego, sería errado sostener que aquel es un acto particular y concreto, pues lo cierto es que el acto electoral no solo materializa el derecho al acceso al poder público de una determinada persona, sino que además concreta la democracia representativa, esto es, el derecho a elegir de los electores.

Así pues, es claro que en el acto electoral no solo confluyen los derechos del elegido, sino también principios fundamentales en el marco de un sistema democrático tales como pro electoratem (electorado) o pro sufragium (electores) razón por la que no, cabe duda, que aquel no es en sentido estricto un acto particular y concreto. Es de señalar que esta tesis no solo aplica a los actos electorales producto de una votación popular, sino también a actos producidos por cuerpos colegiados, pues incluso ahí tienen plena relevancia no solo los derechos de la persona designada, sino también de quienes conforman el órgano electoral y fungen como sufragantes.

Por lo anterior, según mi criterio, sostener como lo hace la providencia objeto de aclaración que el acto a través del cual se eligió a los miembros permanentes del Consejo de Gobierno Judicial desdibujaría tantas páginas de jurisprudencia especializada que se han escrito sobre el carácter autónomo de la función electoral y desconocería que, tanto afectan estos actos a la ciudadanía en general, que: (i) aquellos se publican y no notifican (art. 164.2.a. del CPACA) y (ii) que se controlan a través de una acción de naturaleza pública. (...)”

* * *

**CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCIÓN QUINTA**

Consejera ponente: LUCY JEANNETTE BERMÚDEZ BERMÚDEZ

Bogotá, trece (13) de octubre de dos mil dieciséis (2016)

Radicación número: 11001-03-28-000-2015-00016-00

Actor: MUNICIPIO DE GIRARDOT

Demandado: RESOLUCIÓN NÚMERO 15189 DE 30 DE OCTUBRE DE 2014

Asunto: Fallo que declara la nulidad de la Resolución número 15189 de 30 de octubre de 2014. “Por la cual se fija el número de concejales que puede elegir cada municipio de la Circunscripción Electoral de CUNDINAMARCA”. Expedición con falsa motivación en lo que respecta al Municipio de Girardot.

Extracto: “Corresponde a la Sala determinar cuál era el dato poblacional que debió ser tenido en cuenta por la Registraduría Nacional del Estado Civil, al expedir la Resolución N°. 15189 de 2014, “Por la cual se fija el número de concejales que puede elegir cada municipio de la Circunscripción Electoral de CUNDINAMARCA”, especialmente para el Municipio de Girardot, en las elecciones del 25 de octubre de 2015, con el fin de decidir sobre el cargo de falsa motivación formulado en la demanda.

A este cuestionamiento, las partes respondieron de manera diversa, como pasa a esbozarse a continuación:

La parte actora sostuvo que, en su obligación de determinar oportunamente el número de cabildantes que puede elegir cada municipio, y particularmente el Municipio de Girardot, la Registraduría

Nacional del Estado Civil debió fundarse en la **proyección de población emitida por el Departamento Administrativo Nacional de Estadística –DANE- para el año 2014**. Ello, por cuanto, dicha proyección es aquella que refleja con mayor precisión la realidad demográfica del municipio, lo cual conllevaba a un aumento en el número de miembros a elegir. Por lo tanto, solicitó la declaratoria de nulidad del acto administrativo accionado.

Por su parte, la Registraduría Nacional del Estado Civil, partiendo de la idea según la cual, adoptar el censo de población y vivienda de 1985, como base de la Resolución N°. 15189 de 2014, acarrearía la disminución de concejales en la mencionada circunscripción, optó por conservar el precedente de la fijación del número de concejales para las elecciones de 2011, **con base en los datos poblacionales certificados para la contienda electoral de 2007**.

(...)

Analizado este panorama, y teniendo en cuenta las consideraciones anteriormente expuestas, esta Sala Electoral encuentra que efectivamente el dato poblacional a emplear por parte de la autoridad electoral, era el que se obtenía del Censo Nacional de Población y Vivienda de 1985, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 54 transitorio de la Constitución Política de 1991, (...)

No obstante, dichos datos estadísticos no son el resultado de un censo nacional de población y vivienda adoptado o aprobado, de conformidad con el procedimiento legislativo descrito en el artículo 7º de la Ley 79 de 1993. De allí se desprende que, para la época de expedición del acto demandado, el censo de población vigente era aquél efectuado en 1985, pues como claramente lo prescribe la Constitución de 1991, para todos los efectos constitucionales y legales, es éste el que se debe adoptar.

(...)

Por lo anterior, esta Sala de Decisión accede a las pretensiones de la demanda, en el sentido de declarar la anulación del acto administrativo acusado, pues resulta evidente que, en el caso subjudice, la causal de nulidad enrostrada – falsa motivación – se encuentra configurada.

La falsa motivación se configura cuando el acto administrativo acusado ha sido proferido en flagrante incongruencia con las razones, motivos y pensamientos que en la realidad debieron fundar el acto. En este sentido, esta Sala Electoral, en sentencia de 8 de octubre de 2014¹, (...)

Asumir que en todo caso la representación política está directamente ligada al criterio poblacional, sería tanto como decir que el mínimo de concejales no debería ser 7 para el caso de poblaciones que no excedan de 5.000 habitantes, sino un número inferior de miembros. O que el máximo tampoco podría ser 21 para las ciudades con datos poblacionales elevados como Barranquilla, que cuenta con 1.223.967² habitantes, Cali con 2.394.870³, o Medellín que tiene 2.486.723⁴.

(...)

Bajo este contexto, y partiendo de la idea según la cual, las irregularidades que abren la puerta a la declaratoria de nulidad son concomitantes al surgimiento mismo del acto administrativo, la jurisprudencia de esta corporación ha erigido, como regla general, el carácter retroactivo de los efectos de la

1 Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Quinta. 8 de octubre de 2014. Rad.11001-03-28-000-2013-00060-00. C.P. Lucy Jeannette Bermúdez Bermúdez. Actor: Carlos Mario Isaza Serrano.

2 DANE. Proyecciones de población municipales por área 2005-2020.

3 Ibidem.

4 Ibidem.

Lucy Jeannette Bermúdez Bermúdez

anulación, lo cual conlleva a que el acto se repunte como inexistente⁵, retrotrayendo la “situación al estado en que se encontraba antes de haberse proferido el acto anulado”⁶.

Ahora bien, y a pesar de que esta posición continua vigente en tratándose de los medios de control de nulidad simple y nulidad y restablecimiento del derecho, la misma ha sido exceptuada en materia de nulidad electoral. (...)

Decisión: DECLARAR la nulidad de la Resolución N°. 15189 de 30 de octubre de 2014, “Por la cual se fija el número de concejales que puede elegir cada municipio de la Circunscripción Electoral de CUN-DINAMARCA”, expedida por la Registraduría Nacional del Estado Civil, con los efectos señalados en esta providencia.

EXHORTAR al Gobierno Nacional -Presidente de la República y el Director del Departamento Administrativo Nacional de Estadística – DANE - para que dé cumplimiento a la sentencia del 15 de octubre de 2015, dentro de la acción de cumplimiento radicado número 08001-23-33-000-2014-00835-01(ACU) que ordenó presentar al Congreso de la República el proyecto de ley mediante el cual se adopten los resultados del censo general 2005, a más tardar el primer día del segundo periodo de la actual legislatura, es decir, el 16 de marzo de 2016.

ORDENAR a la Registraduría Nacional del Estado Civil que en todos los casos en que se tenga que dar aplicación al dato poblacional del Censo adecúe sus actos, conforme a lo establecido en esta providencia

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

LUCY JEANNETTE BERMÚDEZ BERMÚDEZ
Presidenta

ROCÍO ARAÚJO OÑATE
Consejera de Estado
CARLOS ENRIQUE MORENO RUBIO
Consejero de Estado
ALBERTO YEPES BARREIRO
Consejero de Estado

* * *

CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCIÓN QUINTA

Consejera ponente: LUCY JEANNETTE BERMÚDEZ BERMÚDEZ

Bogotá D.C., catorce (14) de octubre de dos mil dieciséis (2016)

Radicación número: 11001-03-28-000-2016-00046-00

Actor: RODRIGO ALFREDO MARIÑO MONTOYA

Demandado: FIDALGO JAVIER ESTUPIÑÁN CARVAJAL MAGISTRADO DE LA SALA DISCIPLINARIA DEL CONSEJO SUPERIOR DE LA JUDICATURA

Asunto: Fallo de única instancia que negó la nulidad del nombramiento en provisionalidad de FIDALGO JAVIER ESTUPIÑÁN CARVAJAL como magistrado de la Sala Disciplinaria del Consejo Superior de la Ju-

5 Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Quinta. Rad: 68001-23-15-000-2007-00677-02. C.P. María Nohemí Hernández Pinzón. Actor: Joaquín Alberto Neira Rondón.

6 Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Quinta. Rad: 11001-03-28-000-2010-00014-00. C.P. Alberto Yepes Barreiro. Actor: Edgar Daniel Bohórquez Enciso y otros

dicatura. Encontró la Sala que: i) el Consejo Superior de la Judicatura tiene competencia para designar en dicho cargo en condición de provisionalidad hasta tanto el nominador realice el nombramiento en propiedad y ii) era posible este nombramiento en razón a que si bien, sobre esa Corporación, se adelantó una reforma constitucional, las modificaciones introducidas no entraron en vigencia de inmediato. Inclusive y con posterioridad dicha normas que eliminaron a la Sala Administrativa del CSJ fueron declaradas inexecutable.

Extracto: *Al Consejo Superior de la Judicatura le compete entre otras funciones asignadas legalmente, la contenida en el inciso final del artículo 76 de la Ley 270 de 1996, relativa a que “El Consejo en Pleno cumplirá las funciones que le atribuye la presente ley”, entre las que se encuentra la de proveer, de forma provisional, las vacantes que surjan con ocasión de las faltas que se presenten debido a la ausencia de los magistrados que la conforman.*

(...) la provisión en propiedad de un cargo le corresponde directamente a su nominador, en este caso, al Congreso de la República; sin embargo, también es cierto que la ley permitió a esa Corporación en pleno para proveer dicha vacante absoluta de manera transitoria mientras se cumple la designación bajo el sistema que la Constitución previó para el efecto.

A tal conclusión se llega porque la Ley Estatutaria de Administración de Justicia estableció como instrumento para garantía de la función judicial que tiene a su cargo, la posibilidad de proveer transitoriamente las vacantes absolutas al interior de las salas que integran el Consejo Superior de la Judicatura.

(...) De estas disposiciones (artículo 53 y 132 de la Ley 270/1996) se aprecia que a las Corporaciones Judiciales, entre éstas, el Consejo Superior de la Judicatura, se les ha otorgado una autorización general para proveer de manera transitoria y en provisionalidad los cargos vacantes que ocasione el retiro de uno de sus miembros. Ello, dadas las eventualidades que pueden presentarse durante el desarrollo del correspondiente proceso electoral, en el que generalmente participan diversas autoridades a efectos de lograr la elección por el mecanismo constitucional previsto con tal fin.

Debe decirse que esta herramienta facilita la realización de los fines del Estado, pues la garantía de acceso a la administración judicial, constituye una función pública estatal de naturaleza esencial y fundamental del sistema democrático social de derecho. En éste se debe garantizar que el ejercicio de la atribución judicial que promueve la resolución de los asuntos a su cargo se realice por las autoridades de manera responsable, imparcial, independiente, autónoma, ágil, eficiente y eficaz, y ello presume que, los cargos encargados de cumplir esta función, se encuentren provistos en todo tiempo, para el logro de tales propósitos.

“De la vigencia del Consejo Superior de la judicatura para realizar el nombramiento de magistrado de la Sala Disciplinaria de esa Corporación. Declaratoria de inexecutable de las disposiciones que lo eliminaron”

Sobre el particular es de aclarar que el argumento del actor se sustenta en la presunta eliminación ipso facto del Consejo Superior con la entrada en vigencia del referido acto legislativo.

(...) si bien las reformas constitucionales se encuentran permitidas, el poder reformativo de la norma superior se enmarca en un control que la Corte Constitucional ejerce para evaluar la constitucionalidad de los actos legislativos a la luz de criterios competenciales, que tienen por fin determinar si fueron suprimidos o no elementos definitorios del ordenamiento superior, a efectos de establecer o descartar vicios de competencia, mediante un juicio de sustitución que permita darle validez jurídica normativa a las reformas que se emprendan y que descarten las existencia de cambios que involucren elementos esenciales o definitorios de la Constitución Política.

En este caso, se tiene, que las instituciones que integraban el Consejo Superior de la Judicatura (Sala Administrativa y Sala Jurisdiccional Disciplinaria) fueron objeto de reforma por el mencio-

nado Acto Legislativo 02 de 2015, donde se determinó que en adelante las funciones a su cargo le correspondían al Consejo de Gobierno Judicial y la Comisión Nacional de Disciplina Judicial.

Comoquiera que la integración de estos órganos y su funcionamiento pendía de la necesidad de que se dictaran las normas que resolverían sobre el mecanismo para su designación o se realizaran los procedimientos fijados con tal fin, el Constituyente derivado contempló que mientras ello ocurriera se diera cumplimiento a las normas de carácter transitorio que posibilitaran su puesta en funcionamiento.

Respecto del Consejo de Gobierno Judicial baste señalar que el acuerdo por el cual se convocó a los Magistrados de Tribunales y Jueces de la República y Empleados de la Rama Judicial para elegir su representante y conformar el Consejo de Gobierno¹, fue objeto de la medida cautelar de suspensión provisional mediante auto dictado por esta Sección el 25 de agosto de 2015 en el proceso de simple nulidad radicado bajo el N° 11001032800020150001800 lo que implicó entre cosas, que los miembros de la Sala Administrativa continuaran en el ejercicio de sus funciones y que luego, con la expedición de la sentencia C-285 de 2016 encontrará su deceso por encontrar la Corte Constitucional inexecutable su creación².

En lo que respecta a la Comisión Nacional de Disciplina Judicial hasta la fecha no existe pronunciamiento sobre su exequibilidad, lo que implica que respecto de ésta se deba analizar lo contemplado en el párrafo transitorio³ del artículo 19 del mencionado acto legislativo, que sometió a que su entrada en operatividad se defiriera en el tiempo durante un año y, por tal motivo, las funciones a cargo de los magistrados que integran la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura las cumplieran incluso hasta que los miembros de la referida comisión, se posesionaran.

Lo anterior, para explicar que no le asiste razón al demandante en cuanto a que el Consejo Superior de la Judicatura desapareció del ordenamiento jurídico por efecto de la promulgación y

1 Asimismo se encuentran en trámite los procesos de nulidad electoral que se siguen contra el Acuerdo N° 11 de 2 de septiembre de 2015, que contiene la elección de los Representante de los Jueces y Magistrados la Rama Judicial y el Acuerdo N° 009 de 2015 del Consejo de Gobierno Judicial “Por el cual se declaran elegidos los tres (3) miembros de dedicación exclusiva para conformar el Consejo de Gobierno Judicial”, actos que fueron suspendidos provisionalmente por esta Sección en decisiones proferidas en los radicados N°s 110010328000201500026-00 y 11001032800020150048-00.

2 En orden a tal declaratoria de inexecutable el auto del 28 de julio de 2016, dictado en el proceso 11001032800020150001800, señaló: “Es claro, entonces, que esa entidad de fugaz creación, tanto en su versión definitiva como en su primera implementación, ya no se encuentra en el ámbito jurídico, al haber sido declarada inexecutable y, en atención a que lo expulsado del ordenamiento jurídico fue su propio acto de creación y de desarrollo de implementación, su existencia quedará tan solo como un hecho histórico dentro de la normativa constitucional, en tanto perdió su fundamento de derecho, de esencia y de existencia, como lo es el acto de creación (artículo 91 literal b) CPACA). No existiendo entonces el órgano o la autoridad creada por el propio Acto Legislativo debido a su contrariedad con la Constitución Política, aunado a que el Primer Consejo de Gobierno Judicial nunca se conformó ni ejerció funciones, tampoco se materializó como entidad que efectivamente asumiera las competencias constitucionales asignadas en forma transitoria y, ante la declaratoria de inexecutable, lo cierto es que la norma transitoria de creación, no está llamada a tener efectos, y menos los actos generales demandados por ser regulatorios de la elección de dos de los miembros de una entidad que ya no existe y no está produciendo efecto alguno por cuanto los representantes de los jueces y magistrados y empleados que harían parte del ente transitorio no fue posible que se materializara.” C.P. Lucy Jeannette Bermúdez Bermúdez.

3 “PARÁGRAFO TRANSITORIO 1° Los Magistrados de la Comisión Nacional de Disciplina Judicial deberán ser elegidos dentro del año siguiente a la vigencia del presente acto legislativo. Una vez posesionados, la Comisión Nacional de Disciplina Judicial asumirá los procesos disciplinarios de la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura. Los actuales Magistrados de la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura, ejercerán sus funciones hasta el día que se posesionen los miembros de la Comisión Nacional de Disciplina Judicial. Las Salas Disciplinarias de los Consejos Seccionales de la Judicatura serán transformadas en Comisiones Seccionales de Disciplina Judicial. Se garantizarán los derechos de carrera de los Magistrados y empleados de las salas disciplinarias de los Consejos Seccionales de la Judicatura quienes continuarán conociendo de los procesos a su cargo, sin solución de continuidad.”

publicación del Acto legislativo N° 2 de 2015, pues dado a que esta entidad constitucionalmente le corresponde el ejercicio de las funciones de administración de la Rama Judicial, respecto de la Sala Administrativa, y el examen de la conducta de los funcionarios judiciales y de los abogados, en lo que corresponde a la Sala Jurisdiccional Disciplinaria, como atribuciones principales de las conferidas por el artículo 256 Superior y aquellas otras legalmente asignadas por la Estatutaria de Administración de Justicia, encuentra sentido para esta Sala, que su integración a la estructura estatal se debía realizar gradualmente, y previo el cumplimiento y desarrollo normativo que se contempló con tal fin.

(...) Respecto de la Sala Jurisdiccional Disciplinaria, se extendió su vigencia a un plazo mientras se da la puesta en marcha y la posesión de los miembros de la Comisión Disciplinaria Judicial.

Precisamente, respecto de esta última conclusión, la Corte Constitucional se pronunció mediante Auto 278 de 2015⁴ en el que resolvió un conflicto de competencia y señaló que con ocasión de tales medidas transitorias se permitió la continuidad en el ejercicio de las funciones del Consejo Superior de la Judicatura, hasta tanto las mismas sean asumidas por los respectivos órganos llamados a reemplazarlo.

Decisión: NEGAR la pretensión de nulidad electoral presentada por el actor Rodrigo Alfredo Mariño Montoya, atendiendo a lo dispuesto en la parte motiva de esta providencia

NOTIFICAR a las partes de conformidad con el artículo 289 del CPACA.

TERCERO.- ADVERTIR que contra la presente providencia no procede recurso alguno

ARCHIVAR el Radicación una vez quede en firme la presente decisión.

LUCY JEANNETTE BERMÚDEZ BERMÚDEZ
Presidenta

ROCÍO ARAÚJO OÑATE
Consejera de Estado
CARLOS ENRIQUE MORENO RUBIO
Consejero de Estado
ALBERTO YEPES BARREIRO
Consejero de Estado

⁴ Mediante Auto 278 de 2015, la Sala Plena de la Corte Constitucional determinó el alcance del Acto Legislativo 02 de 2015, especialmente, frente a la competencia de la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura para conocer sobre conflictos de competencia suscitados entre distintas jurisdicciones.

En dicho auto, la Sala indicó que las modificaciones introducidas por el Acto Legislativo 02 de 2015, al Capítulo 7 del Título VIII de la Constitución Política, se estructuraron de la siguiente forma: en primer lugar, el ejercicio de la jurisdicción disciplinaria fue asignado a la Comisión Nacional de Disciplina Judicial y a las Comisiones Seccionales de Disciplina Judicial, órganos creados en dicha reforma (artículo 19); en segundo lugar, los conflictos de competencia que surjan entre las distintas jurisdicciones serán resueltos por la Corte Constitucional (artículo 14); y, en tercer lugar, según lo dispuesto por el artículo 19, la Comisión Nacional de Disciplina Judicial y las cinco Comisiones Seccionales de Disciplina Judiciales “no serán competentes para conocer de acciones de tutela”. Igualmente, la Sala sostuvo que el Acto Legislativo 02 de 2015 dispuso unas medidas transitorias con el fin de permitir la continuidad en el ejercicio de las funciones del Consejo Superior de la Judicatura, hasta tanto las mismas sean asumidas por los respectivos órganos llamados a reemplazarlo. Entre estas medidas, destacó la dispuesta por el artículo 19, el cual fijó el término de un (1) año, contado a partir de la expedición del acto legislativo, para adelantar la elección de los Magistrados que harán parte de la Comisión Nacional de Disciplina Judicial, y además, en el transcurso de este lapso, los actuales Magistrados de la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura “ejercerán sus funciones hasta el día que se posesionen los miembros de la Comisión Nacional de Disciplina Judicial”.

CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCIÓN QUINTA

Consejera ponente: LUCY JEANNETTE BERMÚDEZ BERMÚDEZ

Bogotá, veintisiete (27) de octubre de dos mil dieciséis (2016)

Radicación número: 63001-23-33-000-2016-00055-01

63001-23-33-000-2016-0043-00 (Acumulados)

Actor: PAULO CÉSAR RODRÍGUEZ FRANCO Y JUAN SEBASTIÁN ARBELÁEZ QUIROGA

Demandado: JAMES MEDINA URREA, COMO CONTRALOR MUNICIPAL DE ARMENIA (2016 – 2019)

Asunto: Fallo que confirma la sentencia del 5 de agosto de 2016, dictada por la Sala de Decisión Segunda del Tribunal Administrativo del Quindío, que negó las pretensiones de la demanda de nulidad electoral; al encontrarse que dentro del proceso de elección del Contralor de Armenia, sí se establecieron pautas diferenciales para valorar objetivamente las capacidades de cada uno de los aspirantes.

Extracto: “*el Constituyente derivado modificó el régimen de elección de los contralores territoriales, que en antaño eran elegidos de una terna enviada por la Rama Judicial (el Tribunal Superior [2] y el Tribunal de lo Contencioso Administrativo [1] correspondientes), para que desde el año 2015 fueran elegidos a partir de una “convocatoria pública” regida por la ley y presidida por la Asamblea o el Concejo respectivo. El Acto Legislativo 2 de 2015 (art. 23) introdujo este mandato en los siguientes términos:*

‘Los Contralores departamentales, distritales y municipales serán elegidos por las Asambleas Departamentales, Concejos Municipales y Distritales, mediante convocatoria pública conforme a la ley, siguiendo los principios de transparencia, publicidad, objetividad, participación ciudadana y equidad de género, para periodo igual al del Gobernador o Alcalde, según el caso’.

(...) el mismo Acto Legislativo modificó el artículo 126 Superior, en el que definió los componentes básicos de las convocatorias, diferenciándolas de los concursos públicos (art. 125 CP) y estableciéndolas como la regla general para la elección de los servidores a cargo de las corporaciones públicas en los siguientes términos:

‘Salvo los concursos regulados por la ley, la elección de servidores públicos atribuida a corporaciones públicas deberá estar precedida de una convocatoria pública reglada por la ley, en la que se fijen requisitos y procedimientos que garanticen los principios de publicidad, transparencia, participación ciudadana, equidad de género y criterios de mérito para su selección’.

Sin embargo, la ley general o específica que oriente la convocatoria para elegir a los contralores territoriales no ha sido expedida por el Congreso de la República¹ lo cual -ha sostenido esta Sección- implica que “no existe actualmente un mecanismo que permita determinar el procedimiento que debe seguirse a partir de la convocatoria pública que corresponde hacer a las corporaciones territoriales para la elección, en este caso, de los contralores”².

(...)

1 Ver auto del 30 de junio de 2016, MP Lucy Jeannette Bermúdez Bermúdez, Rad: 2016-00063-01, Actor: Carlos Andrés Sanabria Gómez y otro. Demandado: Contralor del departamento de Casanare.

2 Consejo de Estado. Sección Quinta. Rad. 70001-23-33-000-2016-00011-02. Fallo del 29 de septiembre de 2016. M.P. Alberto Yepes Barreiro.

(...) de conformidad con el artículo 8³ de la Ley 153 de 1887, que fue declarado exequible en la sentencia C-083 de 1995, se señaló que la analogía puede ser usada en el ámbito del derecho administrativo siempre que se tengan en cuenta los límites de la figura⁴. Bajo esta condición concluyó que la elección de los contralores territoriales sí puede ser orientada mediante la analogía, por las normas que reglan el concurso de los personeros (Ley 1551 de 2012 y el Decreto Reglamentario 2485 de 2014), ya que estas disposiciones garantizan el cumplimiento de los principios enlistados en el artículo 272 inciso 4 de la Constitución. (...)

Como consecuencia de lo anterior se expidió la Circular Conjunta 100-005-2015 el 24 de noviembre de 2015, por parte del Ministerio del Interior, el Departamento Administrativo de la Función Pública y la ESAP. Mediante este acto simplemente se reiteró la conclusión del Concepto emitido por la Sala de Consulta y Servicio Civil en los siguientes términos:

“(…), las actuales Asambleas Departamentales y los Concejos Municipales y Distritales deberán adelantar la convocatoria pública para la elección de contralores por parte de los miembros de las Corporaciones que se posesionen el 1º de enero de 2016, siguiendo el procedimiento señalado en la Ley 1551 de 2012 y en el Decreto 1083 de 2015”.

(...), en contraste con el reparo de la apelación, es evidente y categórico que, salvo disposición legal en contra, los conceptos que profiere la Sala de Consulta y Servicio Civil son meramente ilustrativos y que, por tanto, para el caso de la elección de los contralores territoriales esta Sección consideró que la aplicación analógica de las reglas que regulan el concurso de méritos de los personeros constituye una **mera posibilidad**, es decir, es una potestad de las corporaciones territoriales decidir si aplican esas normas o si expiden otras disposiciones que cumplan con los principios establecidos en la Constitución y que permitan elegir al contralor.

Ante la ausencia de una ley especial que rija la convocatoria pública, lo procedente es maximizar las funciones y la autonomía de las entidades territoriales para que sean ellas mismas las que concreten con claridad los términos en que será elegido el contralor; para lo cual deben tener en cuenta como soporte mínimo o pauta básica obligatoria el procedimiento administrativo general regulado en la parte primera del CPACA.

(...) se tendrá que tener presente que la convocatoria pública tiene como finalidad diferenciadora del concurso que “al final de proceso de selección las corporaciones públicas conservan la posibilidad de valorar y escoger entre los candidatos que han sido mejor clasificados”. (...)

(...) toda vez que el Concepto es ilustrativo y que la Circular se limitó a informar a las corporaciones públicas sobre la conclusión tomada en aquel, la Sección comprueba que la Circular Conjunta 100-005-2015 tampoco puede ser considerada como obligatoria y, por tanto, la entidad territorial contaba con la autonomía derivada directamente de la Constitución Política para estructurar la convocatoria teniendo en cuenta los artículos 126 y 272 constitucionales y la parte primera del CPACA.

Bajo esas condiciones la Sección deduce que el reparo formulado en la apelación no tiene fundamento, ya que la Resolución 00508 de 2015, dictada por el Concejo de Armenia, no incurrió en una falsa motivación en la medida en que podía aplicar o no los argumentos y las conclusiones consagradas en el

3 ARTÍCULO 8. Cuando no hay ley exactamente aplicable al caso controvertido, se aplicarán las leyes que regulen casos o materias semejantes, y en su defecto, la doctrina constitucional y las reglas generales de derecho.

4 Al respecto, en el Concepto se argumentó lo siguiente: “Particularmente, la primera y más importante limitación tiene que ver, como ha advertido el Consejo de Estado, con la imposibilidad de asignar competencias a una autoridad pública por analogía (...) También por virtud del principio de legalidad y de las garantías al debido proceso, la jurisprudencia ha considerado que la analogía tiene restricciones en materia tributaria³⁷, sancionatoria³⁸, de inhabilidades e incompatibilidades³⁹ y, en general cuando se utiliza para extender el ámbito de aplicación de normas exceptivas⁴⁰ o prohibitivas⁴¹”.

Lucy Jeannette Bermúdez Bermúdez

Concepto del 10 de noviembre de 2015, dictado dentro de la Rad: 2274, así como la Circular Conjunta 100-005-2015 (...)

(...) vale la pena tener en cuenta que la Corte Constitucional ha definido al mérito como un factor cardinal dentro del procedimiento de ingreso al servicio público a partir del cual se valoran mediante pautas objetivas a todos los participantes y se desechan las variables ajenas a las cualidades y las capacidades de las personas para ocupar determinado cargo. (...)

Bajo dichas condiciones, teniendo en cuenta que el apelante no aportó reparos más específicos al incumplimiento del principio del mérito, para esta Sección es evidente que dentro del proceso de elección del Contralor de Armenia, si se establecieron pautas diferenciales para valorar objetivamente las capacidades de cada uno de los aspirantes, lo que permite inferir el cumplimiento del principio constitucional mencionado (...)

Decisión: CONFIRMAR la sentencia del 5 de agosto de 2016, dictada por la Sala de Decisión Segunda del Tribunal Administrativo del Quindío.

DEVUÉLVASE el Radicación al Tribunal de origen.

LUCY JEANNETTE BERMÚDEZ BERMÚDEZ
Presidenta

ROCÍO ARAÚJO OÑATE
Consejera de Estado
CARLOS ENRIQUE MORENO RUBIO
Consejero de Estado
ALBERTO YEPES BARREIRO
Consejero de Estado

* * *

CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCIÓN QUINTA

Consejera ponente: LUCY JEANNETTE BERMÚDEZ BERMÚDEZ

Bogotá D.C., veintisiete (27) de octubre de dos mil dieciséis (2016)

Radicación número: 11001-03-28-000-2014-00130-00

Actor: WALDIR CÁCERES CUERO Y OTROS

Demandado: EDGARDO JOSÉ MAYA VILLAZÓN COMO CONTRALOR GENERAL DE LA REPÚBLICA PARA EL PERÍODO 2014-2018

Asunto: Se negó la pretensión de nulidad del acto de elección del señor Contralor General de la República para lo cual se analizaron los siguientes temas: i) violación al reglamento de la Corte Constitucional, ii) incursión en la prohibición del “yo te elijo, tú me eliges”, iii) inhabilidad por desempeño como conjuetz, iv) aproximación a la edad de retiro forzoso, v) expedición irregular del acto de postulación, vi) violación de principios constitucionales y legales, vii) infracción de las normas en que debía fundarse el acto demandado, viii) excepción de inconstitucionalidad al reglamento de la Corte y ix) desconocimiento del principio de legalidad

Extracto: *La Sala debe empezar diciendo que dicho proceso eleccionario se llevó a cabo bajo el marco del artículo 126 primigenio de la Constitución que, a diferencia del modificado por el Acto Legislativo 02 de 2015, no prefijaba la convocatoria pública como ingrediente del trámite en cuestión, razón por la cual, ha de señalarse que era potestativo del alto Tribunal apelar a dicho mecanismo.*

Claro ello, es menester precisar que el párrafo del mencionado artículo 77, también citado en el vértice inicial del presente acápite, a la letra, dice:

“Párrafo. Cuando al votarse no se obtenga la mayoría requerida, la votación se repetirá; pero si hubieren sido más de dos los candidatos, ésta se contraerá a los dos que hubieren obtenido el mayor número de votos. También se repetirá la votación cuando, siendo uno o dos los candidatos, ninguno obtuviere dicha mayoría. La Corte, previo un receso de cinco minutos, decidirá por mayoría de los asistentes, si se hace una tercera, exclusivamente sobre los nombres que hayan figurado en la anterior, efectuada la cual, si ningún candidato obtuviere la mayoría señalada, se prescindirá de los nombres de todos los candidatos anteriores y la siguiente votación se bará, en la misma sesión o en otra, con nuevos nombres, salvo que se anuncie un acuerdo con mayoría legal sobre alguno de los candidatos que han participado en el debate o sobre uno distinto” (subrayas propias).

(...) En este punto, ya comienzan las dificultades interpretativas, amén de que con la sola literalidad de ese aparte no es posible establecer a qué “nuevos nombres” se refiere la norma; y la forma para desentrañar tal dubitación no es otra que confrontarlo con la excepción que en lo sucesivo del texto reglamentario se plantea, esto es, la que ora: “... **salvo** que se anuncie un acuerdo con mayoría legal sobre **alguno de los candidatos que han participado en el debate**...”.

Nótese que esta última expresión empieza por una conjunción adversativa; quiere decir ello que la corte debe optar por la alternativa que antecede al vocablo “**salvo**”, o por la opción que sucede el mismo. En otras palabras, o escoge nuevos nombres, o escoge alguno de los candidatos que han participado del debate.

Y este entendimiento debe concatenarse a su vez con la previsión decantada en las reglas “(iii)” y “(iv)”, previamente descritas en el decurso de la presente consideración, que ordena, en caso de votaciones fallidas, prescindir de “**todos los candidatos anteriores**”.

Con la integración de estos tres elementos, el razonamiento debe conducir a que los nuevos “**nuevos nombres**” a los que alude la norma sean diferentes de los dos que hicieron parte de la segunda votación, pero también de los que participaron de la primera votación, en la cual, se recuerda, pudieron ser sometidos a consideración, en el mismo acto deliberativo, un número superior de candidatos –3 o más–En otras palabras, cuando la norma habla de descartar “**todos los candidatos anteriores**” se refiere a todos los de la lista y no solo a los que estuvieron enfrentados en votación durante las rondas finales.

Y esto tiene que ser así porque, de lo contrario, escoger entre los “**nuevos nombres**” o entre “**alguno de los candidatos que han participado en el debate**”, serían acciones equivalentes, y ya se dijo que no lo son, porque están entrelazadas por una conjunción adversativa –la palabra “**salvo**”–.

Dicho de otro modo, así suene tautológico, si por “**nuevos nombres**” se entienden todos aquellos que, a pesar de ser candidatos previamente inscritos, no hicieron parte de las últimas rondas de votación, se incurriría, entonces, en un equivoco, porque estos mismos podrían encuadrarse en la categoría de “**candidatos que han participado en el debate**”, con lo cual se destruiría el efecto útil de la norma.

En suma, cuando la Corte opte por deliberar sobre “**nuevos nombres**”, necesariamente tiene que acudir a listas completamente distintas a las que dieron lugar a las votaciones fallidas.

(...) Lo anterior trae como consecuencia que, en caso de que el alto Tribunal se incline, más bien, por acudir a la salvedad referida, es decir, anunciar “un acuerdo con mayoría legal sobre **alguno de los candidatos que han participado en el debate**”, puede barajar entre cualquiera de los que hayan sido considerados previamente, sin importar en qué nivel de las votaciones lograron situarse, siempre y cuando no enfrente a los mismos de la última ronda fallida, pues desconocería lo esgrimido en la regla “(iv)”.

(...) Cabe acotar que, finalmente, si la Corte decide no escoger ninguna de las alternativas hasta ahora planteadas, aun puede inclinarse por terner a un “candidato distinto”. Sin embargo, sobre esta hipótesis esta Sala de lo Electoral no hará mayores precisiones, por cuanto, según se reseñó, en el trámite eleccionario dicho colegiado prescindió de utilizar esta fórmula.

(...) la Corte disponía de un amplio abanico de posibilidades para superar las dificultades acaecidas por haber adelantado dos convocatorias infructuosas, y finalmente se decantó, en cuanto a los acontecimientos que son objeto de censura en el presente acápite, por una de las posibilidades que le brindaba el reglamento: establecer –en el marco de un ciclo de elecciones distinto al de la primera y segunda convocatoria, las cuales, se recuerda, no estaba obligada a realizar– un consenso con alguno de los candidatos que participó del debate.

(...) el cargo que aquí se analiza no está llamado a prosperar, por haberse descartado que la Corte haya violado su reglamento.

“Favoritismo electoral, “yo te elijo, tú me eliges”, en contravía del artículo 126 de la Constitución Política”

(...) si bien el artículo 126 prohibía a los servidores públicos nombrar a los familiares que intervinieron en su designación, era apenas obvio, así no lo señalara expresamente, que tampoco podía nombrar al funcionario que había intervenido en su propia designación.

Se buscó, entonces, evitar que la norma pudiera interpretarse de tal manera que estimulara el pago de favores en las diferencias instancias del Estado (clientelismo).

(...) Recientemente, en fallo de 7 de septiembre de 2016¹, también de Sala Plena, la Corporación consideró que al artículo 126 Superior, tal y como estaba concebido denotaba una condición de inelegibilidad para el servidor público que, teniendo la aspiración de ser reelegido en un cargo –pues los humanos son seres pensantes capaces de proyectar sus acciones hacia el futuro–, optara por ejercer su poder de nominación respecto de familiares de funcionarios “competentes para intervenir” en la designación con la que pretende resultar favorecido, esto es, la reelección.

En aquella oportunidad el Consejo de Estado contempló la prohibición en términos de potencial inhabilitante, lo que quiere decir que el solo nombramiento por parte del servidor que pretende ser reelegido que recaiga sobre un familiar de su futuro nominador o postulador, inhabilita al aspirante, independientemente de quien fue beneficiado (indirectamente) con el nombramiento de su pariente, así ejerza materialmente o no su función electoral.

No obstante, la decisión se adoptó en términos de la “incidencia de los votos”, esto es, tomando en cuenta el número de magistrados de la Corte Suprema - quien ternó al entonces demandado - cuyos familiares fueron nombrados, sin atender expresamente que con uno solo se materializaba la inhabilitación, que era para el aspirante a la reelección y no para el postulante o nominador².

(...) los nombramientos que la parte demandante endilga a la potestad nominadora que tenía el demandado carecen de soporte probatorio dentro del Radicación, ya que nunca fueron acreditadas, por ninguno de los sujetos procesales, las supuestas designaciones que en el Ministerio Público recibieron los doctores Gabriel Mendoza y Alberto Rojas, o los familiares del doctor Jorge Pretelt, ni mucho menos que estos hubieran sido efectuados por el hoy demandado y que, aun en caso de que le fueran atribuibles, no tuvieran como sustento la carrera especial o el mérito; lo cual, valga aclarar, tampoco puede ser asumido como un hecho notorio que debiera conocer esta Sección Quinta, pues ninguna

1 C. P. ROCÍO ARAÚJO OÑATE, rad. 11001-03-28-000-2013-00011-00, demandado: Alejandro Ordoñez Maldonado como PROCURADOR GENERAL DE LA NACIÓN reelecto para el período 2013-2017.

2 En aquella oportunidad aclararon su voto los consejeros de esta Sala Lucy Jeannette Bermúdez Bermúdez, Carlos Enrique Moreno Rubio y Alberto Yepes Barreiro.

norma establece que el señor Procurador General deba informarle cada nombramiento que haga en la entidad que representa.

(...) cualquier otra consideración adicional en torno a la participación de los mencionados togados en el trámite de postulación del demandado sería innecesaria.

“Violación del inciso 8 del artículo 267 C.P. con el ejercicio del “cargo público” de Conjuez por parte del demandado en el año inmediatamente anterior a la elección”

(...) la Sala encuentra que el tema de los conjueces ha sido ampliamente positivizado en las normas transcritas que fueron el sustento del concepto de violación de las demandas, sin que se advierta en forma expresa la naturaleza jurídica del mismo.

En efecto, conforme a la normativa transcrita en pies de página, la figura de los conjueces tiene un triple propósito: (i) suplir las faltas de los Magistrados titulares cuando sean separados del conocimiento por impedimentos o recusaciones; (ii) desempatar las decisiones jurisdiccionales y (iii) completar el quórum decisorio.

En todo caso, dice el CPACA, en forma clara, que no podrán ser miembros de las corporaciones públicas, empleados o trabajadores de ninguna entidad que cumpla funciones públicas, durante el período de sus funciones; incluso, esta norma plantea la remuneración y les asigna los mismos deberes, atribuciones y responsabilidades que a los Magistrados.

*(...) Pues bien, lo cierto es que las demandas pretenden, con base en la normativa invocada, demostrar que el conjuez ejerce un cargo público, para efectos de encuadrar la situación del elegido en el campo de la inhabilidad por el ejercicio de cargo público durante el año inmediatamente anterior a su designación, conforme a los votos del artículo 267 constitucional, en lo que dispone: “No podrá ser elegido Contralor General quien haya ocupado **cargo público** alguno del orden nacional, salvo la docencia, en el año inmediatamente anterior a la elección” (subrayas y negrillas fuera de texto).*

(...) Para la Sala, la inconformidad de la parte actora, tal y como fue planteada es impropia, toda vez que el ejercicio de la actividad de conjuez no puede ser asimilada a la ocupación de un cargo público en los términos de la prohibición constitucional, razón por la cual la hipótesis propuesta por los actores no se compadece con el supuesto fáctico de la norma.

(...) la situación del conjuez es completamente distinta a la del magistrado, toda vez que si bien tienen los mismos deberes y responsabilidades –como lo apuntan varios actores–, no puede considerarse que así también igual régimen de inhabilidades e incompatibilidades. Ello, entre otras cosas, en vista de que estas son taxativas y no pueden aplicarse de forma analógica o extensiva, lo que significa que si el legislador no realizó una previsión en tal sentido, mal podría aplicarse a los conjueces tales limitaciones.

*(...) Nótese que las prohibiciones de esta última norma - se refiere al artículo 61 de la Ley 270/96 - se ven, en buena parte, reflejadas en el precitado artículo 151. No obstante, nada se dice respecto de otro tipo de actividades como el comercio o el ejercicio de la profesión, lo cual se explica en que, como se dijo, **el conjuez** no es un servidor que ocupa un **cargo público** sino un particular investido transitoriamente de función pública, al que no se le pueden aplicar las mismas restricciones que a aquellos, dado que, de ser así, se les anularía toda posibilidad de ejercer las actividades propias de su profesión, como el litigio por ejemplo, u otras de las que puedan derivar su sustento, como el comercio o la docencia, lo cual resultaría, además, gravemente desproporcionado, tomando en consideración que la actividad del conjuez es eventual y que una interpretación tan restrictiva llevaría a someterlos a la total inactividad, aun ante el evento de que nunca lleguen a ser llamados a ejercer la función, bien porque el órgano judicial respectivo durante el tiempo que dure la designación del conjuez nunca requiera de sus servicios, o porque su nombre, por razones del azar, nunca emerja de los correspondientes sorteos.*

Ahora bien, lo anterior no quiere decir que en todos los casos los particulares que cumplan función pública estén exentos de incurrir en inhabilidades e incompatibilidades, lo que ocurre es que, en el subexamine, no es posible aplicar extensivamente e integralmente a los conjuces el régimen que para tales efectos fue dispuesto para los servidores judiciales –principalmente los magistrados– (i) dado el carácter diferencial que existe entre unos y otros, pero, especialmente, (ii) por el hecho de que la prohibición consagrada en el artículo 267 de la Constitución entraña el ejercicio de un “cargo público” que aquellos –conjuces– no ostentan, dado que su actividad no es asimilable a la ocupación de uno de tales, sino al ejercicio de una “función pública”.

(...) Por ende, aunque artículos como el 116 del CPACA expresen que “...el conjuce, deberá tomar posesión del cargo...”, en aplicación del principio pro homine, se debe privilegiar la interpretación que surge de la norma disciplinaria (i) por tener mayor afinidad con el tema bajo análisis, (ii) por ser menos lesiva del derecho fundamental a ser elegido (art. 40 C. P.) y todas sus variantes y (iii) porque el propio artículo 116 del CPACA, a continuación del fragmento que se cita, indica que “...cuando fuere sorteado [el conjuce] bastará la simple comunicación para que asuma sus funciones...”; lo que significa que allí también se apela al carácter funcional, que descarta la inhabilidad que invocan los demandantes del proceso de la referencia, más allá del orgánico que, como se explicó, para estos efectos, resulta inaplicable.

(...) Por lo anterior, no se puede reputar al conjuce como titular (ni siquiera transitorio) de cargo público, y ello impide que el reparo aquí estudiado prospere.

En consecuencia, la censura que sustentan varios demandantes no logra desvirtuar la presunción de legalidad del acto electoral y, por ende, no hay lugar declarar la pretendida nulidad con fundamento en ella.

“Ejercicio de cargo de Contralor General de la República por parte de funcionario próximo a cumplir la edad de retiro forzoso”

(...) esta Sección se ha pronunciado sobre la supuesta nulidad que se predica de aquellas elecciones en las que la persona, al momento de su designación, se encontraba próxima a la edad de retiro forzoso, de suerte que, aquella pudiera acaecer durante el período para el cual haya sido elegido.

(...) De ahí que, quien es designado en el cargo sin cumplir aún la edad de retiro no tiene impedimento presente y menos concurrente, pues no ha llegado a la edad de retiro forzoso al momento de ser elegido o nombrado –suponiendo que esta le cobije–. En otras palabras, la proximidad con la edad de retiro forzado, en el mejor de los casos, de resultar aplicable, podría llegar a configurar una imposibilidad de continuar en el cargo, pero nunca un vicio con entidad para provocar la nulidad del acto electoral.

(...) comoquiera que la presunta condición de inelegibilidad que se endilga al ciudadano MAYA VILLAZÓN tiene como supuesto su proximidad con la edad de retiro forzoso, y no el cumplimiento de la misma antes del acto de designación, es claro que el cargo analizado en el presente acápite no está llamado a prosperar; máxime cuando revisada la documentación arrojada por la Registraduría Nacional del Estado Civil, es claro que el actor contaba con menos de 65 años de edad al momento de la elección, que es el parámetro que orienta la queja de varios de los actores.

“Expedición irregular del acto que designó al demandado como candidato a la terna”

(...) el reparo que sobre esta causal se yergue parte de tres premisas, que van concatenadas al trámite electoral dispuesto en el artículo 77 del reglamento interno de la Corte Constitucional, frente al cual, en acápites pretéritos del presente proveído, la Sala ya tuvo la oportunidad de pronunciarse.

No obstante, con el propósito de abondar en razones y abarcar de mejor manera los planteamientos de la parte demandantes, este juzgador considera pertinente recordar que, sobre el particular, se

contraen en que (i) el demandado fue postulado “en el desarrollo de una segunda convocatoria” de la cual no hizo parte, (ii) el alto Tribunal consideró los nombres de los candidatos que participaron de la primera y de la segunda convocatoria, a pesar de que solo podía votar frente al último grupo y (iii) respecto de los cuales no se realizó la “tercera votación”, que la Corte confundió con “tercera convocatoria”.

(...) A pesar de la amplitud de algunos de sus contenidos, el referido reglamento sí es claro en establecer:

“Cuando al votarse no se obtenga la mayoría requerida, **la votación se repetirá**; pero si hubieren sido más de dos los candidatos, ésta se contraerá a los dos que hubieren obtenido el mayor número de votos. También **se repetirá la votación** cuando, siendo uno o dos los candidatos, ninguno obtuviere dicha mayoría. La Corte, previo un receso de cinco minutos, decidirá por mayoría de los asistentes, si se hace una tercera, exclusivamente sobre los nombres que hayan figurado en la anterior” (énfasis propio).

Del texto transcrito, emerge con claridad que la alta Corporación debe realizar, por lo menos, dos rondas de votaciones, que fue lo que, en efecto, hizo, y que, agotadas estas, “... decidirá (...) si se hace una tercera...”. Ergo, como se mira del tenor literal de la norma, es claro que esta última era facultativa. Así como también era facultativa una “tercera convocatoria”, pues agotadas las votaciones reglamentarias, lo que ordena dicha preceptiva es la votación sobre “nuevos nombres”, salvo que se llegue a un consenso dando aplicación a la medida exceptiva que permite la obtención “... un acuerdo con mayoría legal sobre alguno de los candidatos que han participado en el debate o sobre uno distinto”.

(...) Ante ese estado de cosas, la Sala considera que no se probó la expedición irregular (...).

“Violación de los principios de buena fe, confianza legítima, respeto y acato al acto propio, moralidad, prohibición de trato desigual sin justificación objetiva y razonable, debido proceso, transparencia e igualdad”

(...) La noción de confianza legítima está estrechamente ligada a la preocupación de proteger a los particulares contra aquellas modificaciones normativas, de criterios y posturas que, aun siendo legales, se tornan jurídicamente inadmisibles en razón de su carácter sorpresivo.

(...) puede aludirse también al principio de **respeto por el acto propio**, cuyos supuestos, en palabras de la Corte Constitucional, comportan significativas diferencias respecto de la confianza legítima, que se resumen en tres condiciones:

“(i) una conducta inicial, relevante y eficaz, es decir, un acto o una serie de actos que revelen la actitud de una persona respecto de intereses vitales de otra, de donde surge la confianza en la seriedad de su proceder; (ii) una conducta posterior y contradictoria: puede tratarse de una nueva conducta o de un acto nuevo por el que se manifiesta una pretensión que, pudiendo ser lícita, resulta inadmisibile por ser opuesta a la primera, y por lesionar la confianza generada por aquella. La confianza es en ese sentido, lo que caracteriza a la primera conducta; en tanto que la segunda, se determina por su finalidad; (iii) el ejercicio de una facultad o derecho subjetivo por quien crea la situación litigiosa debido a la contradicción; (iii) la identidad del sujeto o centros de interés que se vinculan en ambas conductas. Es decir, que el emisor y receptor de la conducta sean los mismos”.

(...) en lo que concierne a la **igualdad**, para lo que incumbe a los fines del presente acápite habrá que decir que es el valor, principio, derecho, deber y condición que obliga a la Corporación postulante a dispensar a todos los interesados en la convocatoria de gozar de las mismas oportunidades dentro de la contienda electoral. Aunque se trata de un concepto muy amplio y polivalente, es esta la acepción a la que debe acudir la Sala para desentrañar el problema jurídico propuesto, se insiste, por ser la que guarda relación con el concepto de violación que se endilga al acto electoral enjuiciado.

*Bajo la misma égida, hay que decir que la **transparencia** se concibe como la garantía de que el proceso eleccionario se llevará a cabo siguiendo parámetros objetivos y precaviendo toda posibilidad de que el resultado pueda ensombrecerse por la presencia de prácticas, o cualquier clase de elementos, que atenten contra la integridad del certamen. Uno de sus principales fines es la erradicación de la corrupción, a través de las diferentes instituciones e instrumentos que ofrece el ordenamiento, uno de ellos el carácter informado y publicitado de los procedimientos electorales, que permiten a través del control ciudadano, la preservación de la **moralidad pública** (...)*

(...) Pues bien, dentro de este contexto fue que se demarcó la actuación de la Corte Constitucional, habida cuenta que, contrario a lo que sugieren los demandantes, la elección de la persona que conformaría la terna con la cual el Congreso de la República debía elegir al Contralor General de la República atendió criterios objetivos.

*(...) mal podría hablarse de simulación de la elección cuando todas y cada una de las actuaciones de dicha Corporación fueron públicas y debidamente justificadas, al punto de que luego de adoptar la decisión de terner al señor **EDGARDO JOSÉ MAYA VILLAZÓN**, inmediatamente emitió el comunicado de prensa número 24 de junio 26 de 2014 en el que explicó pasó a paso el porqué del trámite que se le impartió al tercer ciclo de votaciones, con las constancias que el mismo documento exhibió respecto de la disidencia de los magistrados María Victoria Calle Correa y Jorge Iván Palacio Palacio en relación con el procedimiento escogido para el tercer ciclo eleccionario; opiniones si bien merecen todo el respeto por su rigor jurídico, son apenas el reflejo de una de las tantas interpretaciones que la cabían al reglamento del colegiado al que pertenecen y que, valga recordar fue derrotada, no de manera arbitraria, sino a través de una discusión que conllevó un ejercicio democrático en el que se impusieron 5 de los 9 magistrados que lo componen (...)*

(...) tampoco es cierto que, por el hecho de la Corte no haber realizado una tercera convocatoria, o haber circunscrito su votación final a la lista conformada con los candidatos de la segunda, pudiera hablarse de la violación de la confianza legítima, la imparcialidad, el respeto por el acto propio, y los demás principios mencionados por los demandantes.

Y ello es así porque la Corte, en todo momento, actuó ceñida al reglamento que le permitía, votar sobre nuevos nombres, que fue lo que hizo al fracasar la primera convocatoria, o llegar a un acuerdo con base en la excepción prevista en el artículo 77 de su reglamento, opción a la que acudió ante el resultado fallido de la segunda convocatoria.

(...) Los candidatos que hicieron parte de la segunda lista, al igual que los de la primera en su momento, tuvieron la misma oportunidad de someter a consideración de la Corte Constitucional sus hojas de vida y, así mismo, de que cada uno de sus nombres fuera objeto de votación; y no pueden entenderse defraudados en sus expectativas, como lo pretenden varios de los demandantes, por el hecho de no haber obtenido los consensos que se exigían para adoptar la decisión de rigor, ni mucho menos aspirar a que esa segunda lista se votara indefinidamente hasta que alguno de sus miembros resultara favorecido, comoquiera que ello, en cambio, sí generaría una desigualdad injustificada frente a los que diligentemente participaron de la primera convocatoria y, de contera, vaciaría de contenido el pluricitado precepto reglamentario al desconocer que era a la Corte a quien le correspondía definir, en armonía con las facultades que le confirió el ordenamiento jurídico, la forma de superar el impase acudiendo al acto propio (reglamento).

(...) la Corte, ante la premura, acudió válidamente a una de las diferentes alternativas que le ofrecía su reglamento y las interpretaciones que de él se derivan, para descartar la realización de una tercera convocatoria, que no estaba obligada a efectuar por el simple hecho de ya haber realizado otras dos dentro del mismo trámite de postulación del candidato a la terna de Contralor General de la República, que resultaron fallidas, pues se recuerda, que en el contexto normativo en el que se desarrollaron (art. 126 C. P. original) eran potestativas del Alto Tribunal.

En ese orden de ideas, para la Sala es diáfano que, al menos por las razones que se aducen en los libelos genitores del presente proceso de nulidad electoral, no han sido quebrantados los principios de buena

fe, confianza legítima, respeto y acato al acto propio, moralidad, prohibición de trato desigual sin justificación objetiva y razonable, debido proceso, transparencia e igualdad. Ello, impone despachar negativamente el cargo analizado en este capítulo.

“Infracción de las normas en que debía fundarse”

(...) Artículos 1, 13 y 40 de la Constitución Política, 23.C de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y 25 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos

Las referidas prescripciones normativas aluden al derecho a elegir y ser elegido, en el marco de contiendas que permitan a todos los interesados en acceder a un cargo público hacerlo condiciones de igualdad.

(...) la Sala advierte que lo que tiene que ver con la presunta insinuación presidencial al Congreso será estudiado en el capítulo siguiente, dada la identidad que guarda con el núcleo del reparo que allá se enrostra.

(...) Artículos 113, 117 y 267 de la Constitución Política

(...) la Sala anticipa que no se adentrará en precisiones conceptuales con miras a determinar la forma en la que el Presidente de la República podría alterar la estabilidad y armonía institucionales, mediante supuestas presiones.

Lo anterior, en vista de la comprobada precariedad que, en materia probatoria, acompaña las acusaciones esgrimidas.

Sobre el particular, esta Sección encuentra que las afirmaciones del memorialista no logran trascender el campo de la especulación, ya que, en primer lugar, junto con la demanda no se aportó ningún documento encaminado a demostrar tal aserto.

Y en segundo lugar, las declaraciones recaudadas a lo largo del proceso, más bien, dan cuenta de que no le asiste razón al memorialista en su dicho.

(...) Las anteriores razones resultan suficientes para descartar la vulneración de las normas invocadas por el referido actor.

(...) Artículos 29 y 83 de la Constitución Política, 3° –numerales 2, 3, 4 y 8– del CPACA y 3° de la Ley 489 de 1998

Bajo las mismas consideraciones, la Sala concluye que el reparo aquí examinado tampoco está llamado a prosperar.

“Excepción de inconstitucionalidad del artículo 77 del Acuerdo 05 de 1992 -Reglamento de la Corte Constitucional -”

El artículo 4° de la Constitución Política previene que “En todo caso de incompatibilidad entre la Constitución y la ley u otra norma jurídica, se aplicarán las disposiciones constitucionales”.

Este es el fundamento normativo de lo que por vía jurisprudencial se ha denominado excepción de inconstitucionalidad.

(...) Comoquiera que se demostró, a través del análisis de los cargos precedentes, que con la forma en que la Corte dio aplicación a su reglamento, más precisamente al parágrafo del artículo 77, no se violó ninguna de las normas de orden constitucional que fueron invocadas por el promotor de este cargo, salta a la vista que no hay lugar a aplicar la pretendida excepción de inconstitucionalidad.

Y por las mismas razones tampoco hay lugar a aplicar el control por vía de excepción de que trata el artículo 148 del CPACA, toda vez que tampoco se acreditó que una ley de la República o cualquier otra norma hubieran sido quebrantadas.

“Violación del principio de legalidad –art. 6º de la Constitución Política–”

Bajo argumentos similares a los expuestos en el capítulo que antecede se debe descartar que haya habido transgresión del principio de legalidad, pues, si el motivo expresado por el demandante del proceso 2014-00136 para justificar su queja fue que, siendo norma de obligatorio cumplimiento, la Corte Constitucional no acató su propio reglamento en el trámite de la convocatoria, sobradas razones existen para ratificar, con asaz holgura, que jamás fue irrespetado el mencionado bien jurídico, o por lo menos no por las razones expuestas por el extremo activo de esta Litis.

Y en conclusión, el cargo que aquí se examina también merece ser despachado negativamente.

Decisión: NEGAR las pretensiones de las demandas de nulidad electoral.

NOTIFICAR a las partes e intervinientes de conformidad con el artículo 289 del CPACA.

Aceptar la renuncia de la doctora Diana Carolina Paredes Salazar al poder otorgado por el Congreso de la República de conformidad con el artículo 76 del CGP.

ARCHIVAR el Radicación una vez quede en firme el fallo.

ADVERTIR que contra la presente providencia no procede recurso alguno

LUCY JEANNETTE BERMÚDEZ BERMÚDEZ
Presidenta
Aclara de Voto

ROCÍO ARAÚJO OÑATE
Consejera de Estado
CARLOS ENRIQUE MORENO RUBIO
Consejero de Estado
ALBERTO YEPES BARREIRO
Consejero de Estado

Aclaración de voto de la consejera Lucy Jeannette Bermúdez Bermúdez

Asunto: Aclaración de voto a la sentencia aprobada por la Sala en relación con la elección de Contralor General de la República, bajo el entendido que debieron examinarse todos los planteamientos que sostenían el cargo de “Ejercicio de cargo de Contralor General de la República por parte de funcionario próximo a cumplir la edad de retiro forzoso”, para, luego, concluir que el Contralor General de la República no está sometido a una edad de retiro forzoso.

Extracto: “Obviamente que como ponente comparto la decisión adoptada, pero debo aclarar mi voto, en relación con el cargo analizado en el numeral “4.4. Ejercicio de cargo de Contralor General de la República por parte de funcionario próximo a cumplir la edad de retiro forzoso” de la parte considerativa.

Sobre el particular, la mayoría optó por considerar que debía despacharse de forma desfavorable porque el demandado, al momento de la expedición del acto de elección demandado, no había llegado a la edad de retiro forzoso establecida en 65 años de edad.

Aunque comparto la tesis que subyace a dicho motivo, cual es que el cumplimiento de los requisitos para un cargo se mira es con respecto a la fecha de la elección, considero que, en el proceso de la re-

ferencia, era necesario que la Sala determinara si el cargo de Contralor General de la República está sometido o no a una edad de retiro forzoso.

Lo anterior, de un lado, por cuanto para concluir que el demandado no estaba incurso en edad de retiro al momento de la elección, era preciso saber, de antemano, cuál era dicho parámetro; y del otro, porque fue uno de los aspectos propios de la litis trabada, comoquiera que tanto la parte demandante como la demandada ofrecieron argumentos en uno y otro sentido”.

“En ese orden de cosas es claro que el cargo de Contralor General de la República, por ser de período fijo, no está sujeto a las reglas que gobiernan la edad de retiro forzoso, según lo planteado. Por tal, lo basta aquí discurrido era suficiente para descartar que pueda haber una causal de inelegibilidad para quien aspira a dicho cargo, en razón de la descartada limitación”

* * *

CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCIÓN QUINTA

Consejera ponente: LUCY JEANNETTE BERMÚDEZ BERMÚDEZ

Bogotá D.C., veintisiete (27) de octubre de dos mil dieciséis (2016)

Radicación número: 76001-23-33-000-2015-01395-01

Actor: FLOWER ENRIQUE ROJAS TORRES

Demandado: HORACIO NELSON CARVAJAL HERNÁNDEZ - CONCEJAL DE CALI, PERÍODO 2016-2019.

Asunto: Sentencia de segunda instancia que confirma parcialmente la dictada por el Tribunal Administrativo del Valle del Cauca, mediante la cual se declaró la nulidad del acto de elección de un Concejal del Valle, al haberse probado que el elegido incurrió en inhabilidad predicable del ejercicio de autoridad por parte de su pariente en el territorio para el cual resultó elegido. Revoca los numerales 3º y 4º en relación con los efectos de la nulidad ordenada por el Tribunal a quo.

Extracto: *Según esta disposición - se refiere al El numeral 4º del artículo 43 de la Ley 136 de 1994, modificado por el artículo 40 de la Ley 617 de 2000 -, los elementos que conforman la inhabilidad para ser elegido como Concejal son:*

- a. Elemento de parentesco o vínculo: que exista vínculo por matrimonio, o unión permanente, o de parentesco en segundo grado de consanguinidad, primero de afinidad o único civil, con un funcionario.*
- b. Elemento temporal: que el referido funcionario haya ejercido autoridad dentro de los 12 meses anteriores a la elección.*
- c. Elemento espacial o territorial: que la autoridad se haya ejercido en el respectivo municipio o distrito.*
- d. Elemento objetivo o de autoridad: que haya un ejercicio de autoridad civil, política, administrativa o militar en las condiciones anteriores.*

(...) La inhabilidad por el ejercicio de autoridad por parte de pariente es una de las prohibiciones para el acceso a casi todos los cargos de elección popular. En tal escenario, y aun cuando no se trate de la elección de la persona que detenta y ejerce la autoridad civil, política, administrativa o militar, su propósito es el de evitar que el candidato se valga de las prerrogativas de su pariente, so pena de comprometer la igualdad en la contienda electoral frente a los demás candidatos.

- a. **Elemento de parentesco o vínculo con funcionario** (...) Para la Sala, este elemento se encuentra plenamente probado no solo por lo señalado por el apoderado de la parte demandada en cuanto aceptó que el señor **HORACIO NELSON CARVAJAL HERNÁNDEZ** y la señora María del Pilar Carvajal Hernández son hermanos, es decir, que tienen un parentesco de consanguinidad en segundo grado, y que ésta última es una funcionaria pública del orden departamental debido a que se posesionó en el cargo de Secretaria de Gestión Humana y Desarrollo Organizacional en el Departamento del Valle del Cauca, lo que se puede corroborar a partir de los registros civiles de nacimiento¹ y el acta de posesión² obrantes en el Radicación, por lo anterior, este elemento se encuentra configurado.
- b. **Elemento temporal** (...) en el presente caso las elecciones territoriales en las que se eligió a gobernadores, alcaldes, diputados y concejales se realizaron el 25 de octubre de 2015, ha de concluirse que el periodo inhabilitante terminó ese día y empezó el 25 de octubre de 2014.

Este elemento también se encuentra configurado en el sub iudice, toda vez que la hermana del demandado, señora María del Pilar Carvajal Hernández, se posesionó como Secretaria de Despacho Código 020, Grado 03, en la Secretaría de Gestión Humana y Desarrollo Organizacional, el 1° de noviembre 2013 hasta el 31 de diciembre de 2015, es decir dentro del periodo inhabilitante, lo cual se puede corroborar a partir de la respectiva acta de posesión obrante en el Radicación³, del certificado de servicios⁴ y el Decreto número 1809 del 22 de diciembre de 2015 “Por medio del cual se acepta la renuncia de un funcionario de la Planta de Cargos de la Gobernación del Departamento del Valle del Cauca”.⁵

- c. **Elemento objetivo o de autoridad** De acuerdo con el numeral 4° del artículo 43 de la Ley 136 de 1994, modificado por el artículo 40 de la Ley 617 de 2000, para que se configure esta inhabilidad se requiere demostrar que el pariente del demandado haya ejercido autoridad civil, política, administrativa o militar.

(...) Acorde con lo anterior, la Sala entrará a analizar si el Secretario de Gestión Humana y Desarrollo Organizacional del Departamento del Valle del Cauca ejercen autoridad administrativa en los términos de artículo 190 de la Ley 136 de 1994, para lo cual debe analizarse la naturaleza del cargo o las funciones propias del mismo.

Se tiene que el orgánico se configura, ya que según la certificación expedida por el Subsecretario de Recursos Humanos de la Secretaría de Gestión Humana y Desarrollo Organizacional de la Gobernación del Departamento del Valle del Cauca⁶, el cargo ejercido por la señora María del Pilar Carvajal Hernández tenía las siguientes funciones:

“1. Administrar los recursos físicos, financieros y de talento humano asignados a la Secretaría, en función de los objetivos institucionales, los procesos administrativos, los planes, programas y proyectos y las normas que la regulen. (...)”

5. Ordenar los gastos y celebrar los contratos necesarios para el cumplimiento de los objetivos y funciones de la Dependencia, conforme a la delegación otorgada por el Gobernador y las normas legales vigentes. (...)”

De acuerdo con lo anterior, para esta Sección es claro que de las funciones propias del cargo de la Secretaria de Gestión Humana y Desarrollo Organizacional de la Gobernación del Departamento del Valle del Cauca ejerce funciones de autoridad administrativa puesto que i) Administra los recursos

1 Ver folios 29 y 30.

2 Ver folios 31

3 Acta de posesión número 0554 del 25 de octubre de 2016, visible a folio 31

4 Visible a folio 17 del cuaderno de pruebas

5 Ver folio 211 del cuaderno de pruebas.

6 Visible a folios 18 y 19 del cuaderno de pruebas.

físicos, financieros y de talento humano, y ii) Ordena los gastos y celebrar los contratos necesarios para el cumplimiento de los objetivos y funciones, entre otros.

De igual forma, el Decreto 0797 de 25 de agosto de 2014, expedido por el Gobernador del Valle del Cauca⁷ delegó funciones propias del Gobernador para el Secretario de Gestión Humana y Desarrollo Organizacional del Departamento del Valle del Cauca tramite y resuelva de fondo situaciones administrativas, dentro de las cuales se destacan las siguientes:

1. *Licencia no remuneradas hasta nivel profesional*
2. *Incapacidades*
3. *Permisos sindicales*
4. *Vacaciones hasta de nivel profesional*
5. *Pagos anticipados de cesantías y cesantías definitivas*
6. *Ejecución de sanciones por orden judicial o proceso disciplinario*
7. *Pago de nómina por recursos propio o (S.G.P)*
8. *Pago de aportes a la seguridad social*
9. *Encargos sin efectos fiscales*
10. *Retiro forzoso del servicio*
11. *Peticiones sobre reajuste pensionales*
12. *Peticiones sobre sanciones moratorias por no pago dentro del término legal*
13. *Auxilio funerario*

*Se evidencia que dentro de las funciones delegadas se encuentran varias de las que menciona el artículo 190 de la Ley 136 de 1994, como lo son “**conferir comisiones, licencias no remuneradas**” Por lo que se concluye sin lugar a dudas que la señora María del Pilar Carvajal Hernández, en su calidad de Secretaria de Gestión Humana y Desarrollo Organizacional del Departamento del Valle del Cauca, ejerció autoridad administrativa.*

- d. **Elemento territorial o espacial**⁸ Ahora bien, sobre el elemento territorial consagrado en la Ley para la configuración de la mentada inhabilidad, se encuentra que es necesario que la autoridad se ejerza en el respectivo municipio o distrito.

⁷ Ver folios 23 y 24 del cuaderno de pruebas

⁸ Sin embargo la postura que se desarrollará a continuación no aplica para Bogotá, puesto que, acorde con lo estipulado por los artículos 322 al 327 de la Constitución Política, en concordancia con el Decreto Ley 1421 de 1993, “*Por el cual se dicta el régimen especial para el Distrito Capital de Santa Fe de Bogotá*”, la ciudad Bogotá se organiza como Distrito Capital y goza de autonomía para la gestión de sus intereses, así como de independencia política, en razón a que, los ciudadanos inscritos en el censo electoral del Distrito Capital no pueden participar en las elecciones de Gobernador y de diputados a la Asamblea Departamental de Cundinamarca.

Por lo anterior, no es posible que la autoridad administrativa que se ejerce desde el departamento involucre a Bogotá puesto que no existe una coordinación administrativa entre uno y otro ente territorial que implique actuaciones conjuntas y a pesar de que el departamento de Cundinamarca y Bogotá comparten el mismo territorio y por mandato Constitucional, no confluyen los mismos votantes

*Por lo tanto, en el presente caso, para que se configure el elemento espacial, es preciso que la autoridad del pariente del demandado se haya ejercido en el municipio correspondiente a la corporación para la cual fue elegido el señor **HORACIO NELSON CARVAJAL HERNÁNDEZ**.*

(...) en la jurisprudencia de esta Sección y Corporación, la autoridad administrativa que se ejerce desde el departamento también involucra a los municipios que lo, integran esto es debido a que: i) pueden ejercer influencias indebidas sobre el electorado para hacer elegir a determinadas personas, ii) la coordinación administrativa entre uno y otro ente territorial implica actuaciones conjuntas, dentro del mismo espacio geográfico y iii) el departamento y los municipios comparten el mismo territorio y por ende los mismos votantes.

De acuerdo con lo anterior así como con lo probado la señora María del Pilar Carvajal Hernández, en su calidad de Secretaria de Gestión Humana y Desarrollo Organizacional, ejerció autoridad administrativa en todo el Departamento del Valle del Cauca es claro que también lo ejerció en el municipio de Santiago de Cali.

*(...) la Sala considera que se encuentran configurados los elementos de la inhabilidad consagrada en el numeral 4º del artículo 43 de la Ley 136 de 1994, modificado por el artículo 40 de la Ley 617 de 2000, por lo que declarará la nulidad del acto de elección del señor **HORACIO NELSON CARVAJAL HERNÁNDEZ** como Concejal del municipio de Santiago de Cali para el período constitucional 2016-2019.*

Del reproche contra los numerales 3 y 4 de la parte resolutive

*El apoderado del señor **HORACIO NELSON CARVAJAL HERNÁNDEZ**, en la sustentación del recurso de apelación interpuesto contra la sentencia de primera instancia, solicitó que se declare la nulidad de los numerales 3 y 4 de la parte resolutive de la sentencia, por cuanto se desconoció lo establecido en la Ley 136 de 1994, en lo referente a que cuando hay falta absoluta del concejal elegido, quien está llamado a designar su reemplazo es el Presidente del Concejo Municipal de Cali (...).*

La Sala considera que deben revocarse los numerales tercero y cuarto de la parte resolutive de la decisión recurrida por los siguientes motivos:

De acuerdo con lo dispuesto en el numeral 3º de esta norma - se refiere al del artículo 288 del CPACA -, en las sentencias que dispongan la nulidad del acto de elección por causales subjetivas, el Juez debe ordenar la nulidad del acto y la cancelación de la respectiva credencial que se bará efectiva a la ejecutoria de la sentencia, sin que sea posible ordenar la elección de quienes resulten finalmente elegidos, consecuencia prevista en el numeral 2º para los procesos de nulidad electoral por causales objetivas.

Decisión: CONFIRMAR la sentencia de 10 de junio de 2016 dictada por el Tribunal Administrativo del Valle del Cauca, en el sentido de DECLARAR LA NULIDAD del acto de elección del señor **HORACIO NELSON CARVAJAL HERNÁNDEZ** como Concejal del Municipio de Santiago de Cali para el período constitucional 2016-2019, contenido en el formulario E26-CON del 2 de noviembre de 2015, emanado de la Comisión Escrutadora Municipal de dicha circunscripción electoral.

REVOCAR los numerales tercero y cuarto de la parte resolutive de la sentencia dictada por el Tribunal Administrativo del Valle del Cauca en la sentencia de 10 de junio de 2016, por las razones expuestas en esta providencia.

COMUNICAR esta providencia al Consejo Nacional Electoral y al Concejo Municipal de Santiago de Cali para lo de su competencia

DEVOLVER el Radicación al Tribunal de origen para lo de su competencia.

ADVERTIR que contra esta providencia no procede recurso alguno

LUCY JEANNETTE BERMÚDEZ BERMÚDEZ
Presidenta

ROCÍO ARAÚJO OÑATE
Consejera de Estado
CARLOS ENRIQUE MORENO RUBIO
Consejero de Estado
ALBERTO YEPES BARREIRO
Consejero de Estado

* * *

**CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCIÓN QUINTA**

Consejera ponente: LUCY JEANNETTE BERMÚDEZ BERMÚDEZ

Bogotá D.C., veintisiete (27) de octubre de dos mil dieciséis (2016)

Radicación número: 11001-03-28-000-2016-00038-00

Actor: TANIA INÉS JAIMES MARTÍNEZ

Demandado: MARÍA ROCÍO CORTÉS VARGAS, MARTHA PATRICIA ZEA RAMOS, ADOLFO LEÓN CASTILLO ARBELAÉZ Y RAFAEL ALBERTO GARCÍA ADARVE

Asunto: Sentencia dictada en única instancia por medio de la cual se anulan las resoluciones N°. 1º, 2º, 3º y 4º de 28 de enero de 2016, por las cuales se nombró, en provisionalidad, a los demandados como magistrados de la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura, por encontrarse viciadas de nulidad por infracción de los artículos 126 y 209 constitucionales.

Extracto: *El problema jurídico a resolver (...) radica en determinar si las resoluciones mencionadas son nulas por violación de las normas constitucionales en que debían fundarse, esto es, los artículos 126 y 209 superior, por cuanto, los demandados participaron en la postulación y elección de sus propios nombres para proveer las vacantes de la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura, adelantada en sesión de 28 de enero de 2016 al interior de la Sala Plena de la misma corporación, incurriendo de esta forma en la modalidad de favorecimiento electoral conocida como “yo te elijo, tú me eliges”.*

(...) 8.1.- Cuestión previa

Antes de entrar a proveer sobre el fondo del asunto, la Sala considera pertinente pronunciarse respecto a la solicitud de terminación y archivo del proceso, (...) fundamentado en la supuesta inocuidad del proceso de nulidad electoral, comoquiera que los demandados renunciaron irrevocablemente al cargo de magistrados de la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura; renuncia aceptada por la Sala Plena de esta misma Corporación el día 4 de abril de 2016.

(...) la pérdida de efectos jurídicos de un acto electoral, no releva al juez natural en la materia de pronunciarse respecto a la legalidad de éste, con fundamento en las siguientes consideraciones:

- *Al ser una acción de carácter objetivo, la finalidad del medio de control de nulidad electoral se circunscribe a restablecer el orden jurídico eleccionario luego de que el mismo es lesionado por el actuar de la administración, sin que dicho objetivo pueda ser enervado por la cesación de los efectos jurídicos del acto de elección o nombramiento enjuiciado. (...)*
- *Si bien la renuncia conlleva la cesación de los efectos jurídicos de los actos acusados hacia el futuro, ello no implica la desaparición de los producidos con antelación a ella. Por lo anterior, se hace imperativo analizar la legalidad de los efectos que los actos demandados*

generaron durante el periodo en el que rigieron, de conformidad con la jurisprudencia de esta Corporación¹.

- *El análisis de legalidad operado por el juez se presenta como la única medida efectiva para el restablecimiento del ordenamiento jurídico vulnerado, comoquiera que la renuncia no cuenta con la identidad jurídica para ello, pues solo la decisión del juez, que los anula o los declara ajustados a derecho, cuenta con dicha potencialidad². (...)*
- *Finalmente, una interpretación contraria vaciaría de cualquier sentido la acción de nulidad electoral, pues bastaría con la renuncia del elegido o nombrado para enervar el control jurisdiccional, que sobre la función electoral de la administración, adelanta el juez de lo contencioso administrativo.*

En consecuencia, esta Sala de Decisión despachará desfavorablemente dicha solicitud, lo cual se verá reflejado en la parte resolutive de esta providencia.

(...) 8.3.- De la evolución normativa y jurisprudencial de la prohibición de favorecimiento electoral del “yo te elijo, tú me eliges”

En aras de garantizar la transparencia y objetividad en el ejercicio de la facultad de nominación de los servidores públicos, el artículo 126 constitucional, modificado por el A.L. 02 de 2015³, consagra un cúmulo de prohibiciones tendientes a erradicar y eliminar los favorecimientos electorales que, por causa de parentesco o amistad, hacen nugatorio, entre otros, el derecho político de los ciudadanos a acceder, en igualdad de condiciones, al desempeño de funciones y cargos públicos⁴.

*(...) esta Sala Electoral advierte que el servidor público incurrirá en la prohibición descrita, cuando nombre o en general designe a quienes **hubieren intervenido** en su postulación o elección, es decir que, para que se materialice esta salvaguarda, en los términos del actual inciso 2º del artículo 126 constitucional, se requiere que **quien ahora es candidato haya participado efectivamente** en la elección de quien ostenta la calidad de elector.*

*Se trata en estos términos de una prohibición de carácter general que **apareja una inelegibilidad objetiva**, denominador común del régimen de inelegibilidades electorales, por cuanto, solo es necesario que se cumpla con las condiciones contempladas en la norma prohibitiva para que se cristalice automáticamente la inelegibilidad⁵. Aunado a ello, el desconocimiento de la prohibición conlleva inexorablemente la nulidad del acto de nombramiento o elección.*

8.4.- De la existencia de la prohibición implícita “yo me postulo, yo me elijo” en el texto del artículo 126 constitucional

(...) En el caso que ocupa actualmente a la Sala, coexisten destacados argumentos de tipo semántico, sistemático, finalista y lógico para advertir, sin hesitación alguna, que de la redacción actual del texto

1 Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Primera. 16 de febrero de 2001. Rad. N°. 3531 C.P. Olga Inés Navarrete. “Esta corporación ha precisado que, no obstante haber perdido su vigencia el acto demandado, es imperativo el estudio de fondo del mismo, en atención a los efectos que pudo producir durante el tiempo en el que rigió.”

2 Consejo de Estado. Sala Plena de lo Contencioso Administrativo. 14 de enero de 1991. C.P. Carlos Gustavo Arrieta Padilla: “un acto administrativo, aun si ha sido derogado, sigue amparado por el principio de legalidad que le protege, y que solo se pierde ante pronunciamiento anulatorio del juez competente, de donde se desprende que lo que efectivamente restablece el orden vulnerado no es la derogatoria del acto, sino la decisión del juez que lo anula, o lo declara ajustado a derecho.”

3 Artículo 2º.

4 Numeral 7º del artículo 40 constitucional.

5 Aclaración de voto. Consejero Alberto Yepes Barreiro. Consejo de Estado. Sala Plena de lo Contencioso Administrativo. Rad. N°. 11001-03-28-000-2013-00011-00 (SU). C.P. Rocío Araújo Oñate. 7 de septiembre de 2016.

del artículo 126 constitucional se decanta la existencia de una prohibición para el funcionario público, en el entendido de que no podrá utilizar su potestad de designación para favorecerse a sí mismo.

(...) negar la presencia implícita de la prohibición del “yo me postulo, yo me elijo” en el texto del artículo 126 constitucional, traiciona entonces la intención del constituyente, la cual estriba en impedir la aparición de cualquier clase de ventaja injustificada que haga nugatorio el acceso equitativo a los cargos en el Estado, así como los principios que orientan la función administrativa, y su subespecie la función electoral⁶, prescritos en el artículo 209 constitucional.

(...) la prohibición del artículo 126 superior no se limita a los vínculos de consanguinidad, maritales o de unión permanente entre elector y aspirante, sino que incluye la condición de este último como elector o postulante de sí mismo. (...)

8.5.1.- Los artículos 126 y 209 constitucionales: preceptos reguladores de los nombramientos efectuados el 28 de enero de 2016 por parte de la Sala Plena del Consejo Superior de la Judicatura

(...) en el desempeño de su función electoral, la Sala Plena del Consejo Superior de la Judicatura debía acatar los mandatos de los artículos 126 y 209 constitucionales, (y) el procedimiento adelantado por la Sala Plena del Consejo Superior de la Judicatura debía someterse irremediabilmente a las restricciones impuestas por el Constituyente. (...)

(...) y sin importar la pretendida grandilocuencia de la finalidad perseguida por los demandados en la sesión de 28 de enero de 2016, esta Corporación ha manifestado que “no todo vale”⁷ para el acceso a la función pública; que el artículo 126 superior “fija límites y restricciones al actuar de los servidores públicos”⁸, los cuales no pueden ser ignorados por éstos en el ejercicio de la función electoral, por cuanto de su observancia depende la límpida participación de los ciudadanos en la conformación y control del poder público. (...)

8.5.2.2- De la vulneración de las disposiciones constitucionales

(...) esta Sala de Decisión observa que en la sesión llevada a cabo el 28 de enero de 2016 por parte de la Sala Plena del Consejo Superior de la Judicatura, los demandados fungieron en su calidad de magistrados de la Sala Jurisdiccional Disciplinaria de esta misma Corporación, tal como se desprende del acta de sesión, obrante a folios 55 y subsiguientes del Radicación:

“EDGAR CARLOS SANABRIA MELO – Presidente

Sala Jurisdiccional Disciplinaria:

José Ovidio Claros Polanco – Presidente

Adolfo León Castillo Arbeláez

María Rocío Cortés Vargas

Julia Emma Garzón de Gómez

Rafael Alberto García Adarve

6 Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Quinta. Rad. número 11001-03-28-000-2014-00110-00. 4 de febrero de 2016. C.P. Alberto Yepes Barreiro. Demandante: Carlos Nery López Carbone:

7 Consejo de Estado. Sala Plena de lo Contencioso Administrativo. Rad. N°. 11001-03-28-000-2013-00011-00 (SU). C.P. Rocío Araújo Oñate. 7 de septiembre de 2016.

8 Ibídem.

Lucy Jeannette Bermúdez Bermúdez

Pedro Alonso Sanabria Buitrago

Martha Patricia Zea Ramos

Sala Administrativa:

José Agustín Suárez Alba

Ricardo Monroy Church

Néstor Raúl Correa Henao⁹ (subrayas propias)

En este mismo sentido, la Sala constata que, actuando como magistrados de la Sala Jurisdiccional Disciplinaria, los accionados votaron afirmativamente porque se abordara el punto 7º del orden del día, relativo a las “vacantes en el Consejo Superior de la Judicatura”, antes que el 6º correspondiente a la “elección de dignatarios de la Corporación para el período 2016-2017”¹⁰.

*En relación con la provisión de las vacantes existentes en el seno de la Corporación, el magistrado José Ovidio Claros Polanco sometió a consideración de la Sala Plena las hojas de vida de los señores **MARÍA ROCÍO VARGAS, MARTHA PATRICIA ZEA RAMOS, ADOLFO LEÓN CASTILLO ARBELÁEZ y RAFAEL ALBERTO GARCÍA ADARVE**, (...)*

De lo anterior se decanta, sin dubitación alguna, que los demandados votaron afirmativamente para que sus propios nombres fueran considerados para la definición de los nombramientos en provisionalidad que, en lo sucesivo de la audiencia, tendrían lugar.

Así las cosas, resulta incontrovertible para la Sección que los magistrados que habían sido nombrados en provisionalidad por una de las Salas de esa Corporación, a saber, la Jurisdiccional Disciplinaria, postularon no solamente sus propios nombres para la elección que, seguidamente, iba a tener lugar en la Sala Plena, sino al mismo tiempo intervinieron en la postulación de quienes, recíprocamente, votaron las suyas, contraviniendo de esta forma tanto la prohibición implícita del “yo me postulo, yo me elijo” como la explícita del “yo te elijo, tú me eliges”, contenidas en el artículo 126 de la Constitución.

Si bien es cierto dichas irregularidades en el procedimiento eleccionario cuestionado disponen de la entidad jurídica suficiente para viciar de nulidad los actos de nombramiento, por medio de los cuales la Sala Plena del Consejo Superior de la Judicatura designó a los demandados como magistrados de la Sala Jurisdiccional Disciplinaria, esta Sala Electoral considera pertinente proseguir con el análisis del mentado trámite eleccionario, comoquiera que las trasgresiones al texto constitucional no se reducen a la etapa de la postulación.

Tal procedimiento, incluido el resultado y forma de votación, se repitió con estos tres magistrados; por ende, es obvio que en la etapa de elección, los demandados se eligieron entre sí, incurriendo en la prohibición, consagrada en el inciso 2º del artículo 126 superior, conocida como “yo te elijo, tú me eliges”.

Expresado de otro modo y con el ánimo de ilustrar con mayor claridad el escenario antes descrito, la Sala se permite presentar el siguiente esquema:

A	postuló a	A, B, C, D
A	fue nombrada por	B, C, D y otros
B	postuló a	A, B, C, D
B	fue nombrada por	A, C, D y otros

9 Folio 55 del plenario

10 Folio 56 del expediente.

<i>C</i>	<i>postuló a</i>	<i>A, B, C, D</i>
<i>C</i>	<i>fue nombrado por</i>	<i>A, B, D y otros</i>
<i>D</i>	<i>postuló a</i>	<i>A, B, C, D</i>
<i>D</i>	<i>fue nombrado por</i>	<i>A, B, C y otros</i>

Así las cosas, esta Sala de Decisión considera que no existe la menor duda de que el comportamiento de los magistrados demandados se encuadra perfectamente dentro de las prohibiciones contenidas en el actual artículo 126 de la Constitución Política, que, desde luego resulta aplicable al sub examine, pues el mismo entró en vigencia a partir del 2 de julio de 2015.

Lo anterior, por cuanto cada uno de ellos fue nombrado por las personas en cuya respectiva postulación y elección, a su turno, éste participó, incurriendo de esta forma en la prohibición de favorecimiento conocida como “yo te elijo, tú me eliges”, la cual acarrea, correlativamente, el quebrantamiento de los parámetros de moralidad pública, imparcialidad e igualdad, prescritos en el artículo 209 constitucional.

En efecto, la Sala Plena del Consejo Superior de la Judicatura, lejos de garantizar un trámite de acceso a la función pública en condiciones de mérito, equidad e imparcialidad, adelantó un procedimiento que, en modo alguno, aseguró un trato igualitario a los posibles postulantes al cargo de magistrado de la Sala Jurisdiccional Disciplinaria.

(...) si en gracia de discusión se analizara la incidencia de los votos en la designación de los magistrados de la Sala Jurisdiccional Disciplinaria, la conclusión sería la misma, por cuanto, cada uno de los demandados fue nombrado en razón de ocho votos afirmativos¹¹, de los cuales, en todos los casos, tan solo cinco son atribuibles a los magistrados titulares, y tres a los magistrados nombrados en provisionalidad que se auto-ratificaron, a través del inusitado procedimiento descrito.

Resulta imprescindible precisar que la Sala Plena del Consejo Superior de la Judicatura, acorde con lo previsto por el artículo 76 de la Ley 270 de 1996¹², se conformaba¹³ por los 6 magistrados de la Sala Administrativa y los 7 de la Jurisdiccional Disciplinaria, razón por la cual, alcanza su quorum deliberatorio y decisorio con 7 de los 13 miembros, según se desprende de lo normado en el artículo 54¹⁴ ibídem y el 26¹⁵ del Reglamento interno de esa Corporación.

De conformidad con lo anterior, si se anulan los 3 votos de los magistrados implicados sobre los 8 votos afirmativos, se evidencia de manera clara que la votación no es suficiente para que los demandados hubiesen sido designados, pues como se explicó anteriormente el reglamento exige la aprobación de 7 magistrados para la toma de decisiones y, en este caso, solo se contaría con la aprobación de 5 de ellos. (...)

8.5.3.- Del análisis de las consideraciones que justificarían la violación de los preceptos constitucionales

Dentro de las consideraciones expuestas por los demandados para enervar la infracción de los artículos 126 y 209 de la Constitución Política se tienen:

11 Téngase en cuenta que en el acta de la correspondiente sesión quedó constancia de que los magistrados en propiedad Edgar Carlos Sanabria Melo y Ricardo Monroy Church no emitieron votos afirmativos.

12 Estatutaria de la Administración de Justicia.

13 A.L 2 de 2015.

14 ARTÍCULO 54. QUÓRUM DELIBERATORIO Y DECISORIO. Todas las decisiones que las Corporaciones judiciales en pleno o cualquiera de sus salas o secciones deban tomar, requerirán para su deliberación y decisión, de la asistencia y voto de la mayoría de los miembros de la Corporación, sala o sección.

15 ARTICULO 26. Quórum. La Sala podrá deliberar con la asistencia de la mitad más de uno de sus miembros. Este mismo número: constituirá la mayoría para adoptar cualquier decisión.

a) Los nombramientos acusados se dieron en cumplimiento de una orden de la Sección Quinta

(...) el tenor literal del mandato judicial impartido se expresó, de manera clara y contundente, en los siguientes términos: “SEGUNDO: DECRETAR la suspensión provisional del acto acusado”. (...) nada se dijo en la providencia en comento sobre el procedimiento que debía seguirse para corregir el yerro – falta de competencia de la Sala Jurisdiccional Disciplinaria para suplir las vacantes existentes en su interior -, ni tampoco los términos en los que debía desarrollarse dicha elección.

b) Los nombramientos acusados se inspiraron en “fines altruistas”

(...) si el propósito de los nombramientos acusados hubiese sido la materialización de ciertos “fines altruistas”, la elección se hubiera podido llevar a cabo **sólo** con los 7 magistrados en propiedad, debido a que esta situación no constituía **un obstáculo insalvable** para que la Sala Plena proveyera los cargos, tal como se decanta de la literalidad del artículo 54 de la Ley 270 de 1996¹⁶, por cuanto ese número se avenía al quorum requerido para tomar las decisiones del caso (...)

c) Los demandados no postularon y votaron sus propios nombramientos

Los accionados niegan cualquier participación en la postulación y elección de sus nombres, pues afirman que “(...) cada uno de los nombrados estuvo ausente y fuera del recinto (...)”. No obstante, en el acta de sesión de 28 de enero de 2016, se puede comprobar la participación de los demandados –fungiendo como magistrados en provisionalidad de la Sala Jurisdiccional Disciplinaria – quienes votaron, a su vez, afirmativamente la proposición del magistrado José Ovidio Claros Polanco de someter a votación sus nombres.

Luego, aunque como lo advirtió la Sala precedentemente, los demandados no votaron su respectiva designación como magistrados de la Sala Jurisdiccional Disciplinaria, estos sí se postularon a sí mismos y a los 3 magistrados en provisionalidad restantes.

(...) Pues bien, en el caso bajo examen, los dos sujetos de la premisa en cuestión (el que postula y el que es postulado) convergen en una misma persona y en un mismo espacio-tiempo.

d) La participación de la señora **MARTHA PATRICIA ZEA RAMOS** estaba justificada

(...) Para esta Sala Electoral, dicho argumento no es válido, por cuanto, como lo ha reiterado¹⁷ este cuerpo colegiado, el recurso de reposición interpuesto, por ministerio de la ley, se concedió en el efecto devolutivo, –arts. 236, 243 y 277 del CPACA–, lo que significa que la participación de la demandada era ilegal.

Decisión: DECLÁRASE la nulidad de las resoluciones 1, 2, 3 y 4 de 28 de enero de 2016, por medio de las cuales la Sala Plena del Consejo Superior de la Judicatura nombró, en provisionalidad, a los señores MARTHA PATRICIA ZEA RAMOS, MARÍA ROCÍO CORTÉS VARGAS, ADOLFO LEÓN CASTILLO ARBELAEZ y RAFAEL ALBERTO GARCIA ADARVE, respectivamente, como magistrados de la Sala Jurisdiccional Disciplinaria de esta misma corporación.

Como consecuencia de la decisión anulatoria declarar que la medida de suspensión provisional de los efectos de los actos de elección enjuiciados, que se había impuesto como medida cautelar, se torna en definitiva.

¹⁶ Estatutaria de la Administración de Justicia.

¹⁷ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Quinta. 23 de junio de 2016. Rad. N°. 11001-03-28-00-2016-00024-00. C.P. Lucy Jeannette Bermúdez Bermúdez. Demandado

LUCY JEANNETTE BERMÚDEZ BERMÚDEZ
Presidenta

Rocío Araújo Oñate
Consejera de Estado
CARLOS ENRIQUE MORENO RUBIO
Consejero de Estado
ALBERTO YEPES BARREIRO
Consejero de Estado
(Salvamento de Voto)

Salvamento de voto del consejero Alberto Yepes Barreiro

Asunto: La posición de disenso a la sentencia dictada radica en tres motivos: i) debió declararse la terminación del proceso por carencia actual del proceso; (ii) la prohibición del “yo me postulo, yo me elijo” no puede desprenderse del artículo 126 de la Constitución Política, modificado por el Acto Legislativo 02 de 2015 y (iii) precisiones sobre la prohibición del “yo me elijo, tú me eliges”.

Extracto: “A continuación expondré las razones de mi desacuerdo frente a la posición mayoritaria de la Sala, para lo cual seguiré el siguiente orden: (i) en primer lugar, explicaré las razones por las cuales considero que la Magistrada Ponente debió haber declarado la terminación del proceso por carencia actual del proceso; (ii) en segundo lugar, presentaré los motivos por los que considero que la prohibición del “yo me postulo, yo me elijo” no puede desprenderse del artículo 126 de la Constitución Política, modificado por el Acto Legislativo 02 de 2015 y que, en todo caso, en el presente caso dicha situación no se materializó; y, (iii) por último, haré algunas precisiones sobre la prohibición del “yo me elijo, tú me eliges” contenida en el artículo 126 de la Constitución Política, modificado por el Acto Legislativo 02 de 2015

(...)

En el caso concreto seguir adelante con el trámite de la demanda instaurada contra la elección de los demandados, no satisface los derechos del electorado, pues como se explicó, los actos acusados perdieron su fuerza ejecutoria con la renuncia de los demandados y, por lo tanto, cualquier pronunciamiento que juez realice entorno a su legalidad se torna inane.

En este orden de ideas, no tiene sentido alargar el proceso electoral de la referencia, pues fuere cual fuere la decisión a la que arribare la Sección, aquélla no tendría efectos prácticos, pues no existe una razón lógica para llevar el proceso hasta la sentencia o fallo definitivo, cuando durante el proceso, el juez arriba al convencimiento de que su intervención se tornaría innecesaria, porque el acto que impulso a activar el aparato judicial ha dejado de producir efectos jurídicos

(...)

Desde el punto de vista semántico, de la literalidad de la norma no se observa la existencia de una prohibición que impide a una persona postularse y luego participar en su elección.

En efecto, la disposición transcrita prohíbe las siguientes conductas, sin que gramaticalmente se pueda desprender la existencia de la prohibición denominada como “yo me postulo, yo me elijo”: (i) “nombrar, postular, ni contratar con personas con las cuales tengan parentesco hasta el cuarto grado de consanguinidad, segundo de afinidad, primero civil, o con quien estén ligados por matrimonio o unión permanente”; (ii) “nombrar ni postular como servidores públicos, ni celebrar contratos estatales, con quienes hubieren intervenido en su postulación o designación”; y. (iii) “ni con personas que tengan con estas los mismos vínculos señalados en el inciso anterior”.

Ahora bien, de acuerdo con la la ponencia se argumenta que una lectura conjunta y sistemática de los artículos 126 y 209 de la Constitución Política permite inferir que en virtud del principio de la morali-

dad administrativa, se debe extraer de la lectura de la primera de estas normas la prohibición del “yo me postulo, yo me elijo”.

Tampoco comparto este argumento sistemático, pues lo cierto es que la conducta denominada como “yo me postulo, yo me elijo” no conlleva el ejercicio de prácticas nepotistas o clientelistas, o la devolución de favores que pueda vulnerar el principio de moralidad administrativa. Bajo este mismo argumento, también considero que se debe descartar que tal prohibición esté implícita en el artículo 126 de la Constitución Política, modificado por el Acto Legislativo 02 de 2015, desde un criterio finalista.

Para explicar lo anterior, basta poner de ejemplo las designaciones de los presidentes de la Altas Cortes, en las cuales quien aspira a ser elegido en dicha dignidad participa en su postulación y posterior elección. En dichos casos no se observa que la participación en la postulación y posterior elección de quien aspira a ser elegido viole la moralidad administrativa, o pueda dar lugar a prácticas nepotistas, clientelistas o de pago de favores, como sucede en la prohibición del “yo te elijo, tú me eliges” consagrada en el artículo 126 de la Constitución Política, aún antes de su modificación por el Acto Legislativo 02 de 2015.

Por último, aún si se aceptara que el artículo 126 de la Constitución Política, modificado por el Acto Legislativo 02 de 2015, lleva implícito la prohibición del “yo me postulo, yo me elijo”, lo cual no comparto por las razones expuestas, lo cierto es que en el caso concreto dicha situación no se materializó.

(...)

La prohibición del “yo te elijo, tú me eliges” contenida en el artículo 126 de la Constitución Política, modificado por el Acto Legislativo 02 de 2015, genera una inhabilidad objetiva, característica propia del régimen de inhabilidades electorales.

En tal sentido que basta que se cumplan los supuestos de hecho de carácter prohibitivo, para que se configure la inhabilidad ipso-jure, por lo que en la providencia se incurre en error al asociar esta prohibición con la incidencia que pudiera tener el resultado de la votación, en tanto que una sola designación de quien hubiere intervenido en la respectiva elección de algunos de los demandados materializa la conducta inhabilitante. (...)

* * *

CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCIÓN QUINTA

Consejera ponente: LUCY JEANNETTE BERMÚDEZ BERMÚDEZ

Bogotá D.C., tres (3) de noviembre de dos mil dieciséis (2016)

Radicación número: 70001-23-33-000-2016-00044-01

Actor: EDISON BIOSCAR RUÍZ VALENCIA

Demandado: JAIRO DANIEL BARONA TABOADA - DIPUTADO DE SUCRE

Asunto: Sentencia dictada en segunda instancia. Se confirmó la decisión apelada que negó la pretensión de nulidad del acto de elección del elegido Diputado, bajo la consideración de que quien otorgó el aval para su inscripción estaba facultado por los estatutos del Partido Liberal Colombiano.

Extracto: *Para la Sala resulta importante indicar, desde ya, que le asiste razón al demandado y al Ministerio público en lo que a sus aseveraciones se refieren relacionadas con la formulación de nuevos cargos en el escrito de apelación por parte del demandante.*

(...) mal podría entenderse que como con la demanda se alegó la violación del numeral 5º del artículo 275 del CPACA¹, que se refiere al cumplimiento de calidades del demandado, a lo cual se ciñó el Tribunal a la hora de fijar el litigio; entonces ello también incluye analizar si quien otorgó el aval al demandado actuó mediante “delegación de delegación”, como lo afirmó el apelante.

En este sentido, tal como ocurrió en el proceso 2015-0513-01, donde se dictó sentencia del 14 de julio de 2016², la Sala encuentra que se trata de “...un cargo nuevo que no fue incluido en la demanda y por lo mismo tampoco fue objeto de análisis y decisión por el Tribunal Administrativo, [por ende] no hará pronunciamiento sobre el particular...”. (...)

(...) 3.1. Efectos de la sentencia de 5 de marzo de 2015 de la Sección Tercera del Consejo de Estado con número de radicado 25000-23-1-000-2013-00194-01 dentro del medio de control de la acción popular

(...) una de las discusiones centrales es precisamente cuáles eran los estatutos vigentes al momento en que se concedió el aval, pues de ello depende en cabeza de quién, al interior del Partido Liberal, estaba la potestad para otorgar los avales.

El debate gira en torno a la sentencia de 5 de marzo de 2015 de la Sección Tercera del Consejo de Estado, proferida dentro del radicado número 25000-23-41-000-2013-00194-01, pues con ella fueron declarados nulos los estatutos del Partido Liberal que se expidieron en el 2011, contenidos en la Resolución 2895.

(...) Visto el contenido de la decisión de la Sección Tercera del Consejo de Estado, la Sala advierte que se otorgó un mes, contado desde la ejecutoria de la sentencia, para que: i) el Partido Liberal dejara de aplicar los estatutos de 2011 y empezara a regirse por los anteriores; y, ii) el Consejo Nacional Electoral adoptara las medidas para dejar sin efecto el registro de esos estatutos declarados ilegales.

Con el propósito de establecer la fecha de ejecutoria de dicha sentencia, la Sala encuentra que, primero, el fallo de 7 de marzo de 2015 cobró ejecutoria el 8 de julio de 2015³, de manera que tendrían el Partido Liberal y el Consejo Nacional Electoral hasta el 8 de agosto de 2015 para dejar de aplicar los estatutos anulados y que recobraran su vigencia los anteriores estatutos.

*El análisis ofrecido por la Sección permite concluir que solo desde el **5 de agosto de 2015** los estatutos del Partido Liberal de 2002 recobraron vigencia. Esto a su vez implica que las actuaciones anteriores a esa fecha se regían con los estatutos de 2011, pues ello es consecuencia de los efectos de la sentencia dispuestos por el Consejo de Estado, Sección Tercera.*

De conformidad con lo expuesto, siendo que la inscripción del demandado como candidato a la Asamblea Departamental de Sucre ante la Registraduría Nacional del Estado Civil – Delegación Departamental de Sucre se produjo el 31 de julio de 2015, fecha anterior a la dispuesta para que surtiera efectos (8 de agosto de 2015) y se diera cumplimiento al fallo de la acción popular (5 de agosto de 2015), entonces, es posible determinar que el acto mediante el cual se le otorgó el aval es también previo al momento en que efectivamente recobraron vigencia los estatutos del 2002 del Partido Liberal.

1 Dice la norma en concreto “ARTÍCULO 275. CAUSALES DE ANULACIÓN ELECTORAL. Los actos de elección o de nombramiento son nulos en los eventos previstos en el artículo 137 de este Código y, además, cuando:
(...)

5. Se elijan candidatos o se nombren personas que no reúnan las calidades y requisitos constitucionales o legales de elegibilidad o que se hallen incursas en causales de inhabilidad.
(...)”.

2 Demandante: Edison Bioscar Ruiz Valencia

Demandado: Jairo Daniel Barona Taboada (Diputado Asamblea de Sucre)

3 Un certificado de la Sección Tercera del Consejo de Estado, que daba cuenta de ello, se encuentra en el expediente a folio 87.

(...) una vez analizó varios actos del Partido Liberal y del Consejo Nacional Electoral, la Sala concluye mediante la Resolución número 3186 de 10 de febrero de 2015, la Dirección Nacional hizo la delegación al Secretario como representante legal del partido. No obstante, la Sala entendió que “...el alcance de dicho reconocimiento debe entenderse a partir de la solicitud que realizó el propio Partido cuando manifestó que el Secretario ‘ejercerá sus funciones de conformidad con los artículos 24 y 25 de los Estatutos de la Colectividad, delegando la ordenación general del gasto, celebrando contratos y convenios a nombre de la Dirección Nacional Liberal del Partido Liberal Colombia’...”, con lo que concluyó que el propósito del partido político con esta delegación era circunscribirlo “...a la celebración de contratos y convenios, mas no de la función para otorgar el aval...”

Pero ocurre que, previamente, mediante Resolución número 2498 de 26 de septiembre de 2012, el Consejo Nacional Electoral registró la decisión del Partido Liberal Colombiano de “...deleg[ar] las funciones de representación legal del Partido Liberal Colombiano en cabeza del Secretario General, doctor Héctor Olimpo Espinosa Oliver...”. En esta oportunidad, se advierte, no obra restricción alguna para la representación de la colectividad.

(...) De la prueba que obra en el Radicación se evidencia que el aval al señor **JAIRO DANIEL BARONA TABOADA**, lo otorgó directamente el Secretario General y representante legal del Partido Liberal Colombiano, quien estaba facultado por los estatutos de dicha colectividad para ello, por ende, se concluye, el aval fue expedido en debida forma por lo que se torna necesario confirmar la decisión del a quo con la cual negó las pretensiones de la demanda.

3.3. Los requisitos para la inscripción de candidaturas

En lo que a este aspecto concierne, la Sala considera importante reiterar su jurisprudencia sobre los requisitos para la inscripción de candidaturas. Al respecto, en cuanto corresponde al “formulario de solicitud para la inscripción de candidato y constancia de aceptación de candidatura”⁴ esta Corporación⁵ (...)

Entonces, la Sala reitera que la inscripción de una candidatura no requiere la suscripción del formulario E-6 por el representante legal del partido o movimiento político con personería jurídica, o su delegado, pues dicha voluntad queda expuesta en el aval que se expide a favor del respectivo candidato.

En efecto, recientemente sobre el particular la Sección indicó:

“...entonces, no es condición sine qua non que la solicitud de inscripción de candidatos se realice por el representante legal del partido o movimiento político o por su delegado, **siempre y cuando se observe con la exigencia constitucional y legal de aportar el respectivo aval, este sí, expedido por el representante legal o el delegado por este...**”⁶ (Negrillas de la Sala).

Decisión: CONFIRMAR la sentencia de 5 de agosto de 2016, mediante la cual el Tribunal Administrativo de Sucre negó las pretensiones de la demanda, por las consideraciones expuestas en la presente sentencia.

DEVOLVER al Tribunal de origen para lo de su cargo.

LUCY JEANNETTE BERMÚDEZ BERMÚDEZ
Presidenta

⁴ Formulario E-6

⁵ Consejero Ponente: Alberto Yepes Barreiro. Sentencia del 18 de julio de 2013. Radicación número: 76001-23-31-000-2011-01779-02. Radicado Interno Número: 2011-1779. Demandante: Moisés Orozco Vicuña. Demandado: Fernando David Murgueitio Cárdenas – Alcalde municipio de Yumbo - Valle

⁶ CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCIÓN QUINTA. Consejero Ponente: Susana Buitrago Valencia. Sentencia del 5 de septiembre de 2013. Radicación número: 76001-23-31-000-2012-00007-01. Radicado Interno Número: 2012-00007. Demandante: Sergio David Becerra. Demandado: Jorge Eliecer Valencia Montenegro.

ROCÍO ARAÚJO OÑATE
Consejera de Estado
Aclara Voto
CARLOS ENRIQUE MORENO RUBIO
Consejero de Estado
ALBERTO YEPES BARREIRO
Consejero de Estado

Aclaración de voto de la consejera Roció Araújo Oñate

Asunto: Manifiesta su disenso en razón a que estima que el fundamento fáctico y jurídico de este específico caso, es estructuralmente distinto a los casos fallados con N° de expediente 70001-23-33-000-2015-0070001-23-33-000-2016-00045-00508-01, 70001-23-33-000-2016-00046-00 y 70001-23-33-000-2016-00047-00. Esto para explicar con fundamento en ellos se restringió el objeto de la apelación y había lugar a analizar esos argumentos.

Extracto: PRIMERO. Cargo de la demanda, concepto de la violación y fijación del litigio

(...) según lo que aparece en el expediente, no hay duda de que (i) este fue un asunto planteado desde sus inicios por el demandante⁷, (ii) fue también incluido en el litigio fijado con toda precisión en la audiencia inicial⁸, y (iii) fue aspecto que dio expreso sustento a la sentencia de primera instancia⁹. Por lo tanto, no constituye cargo nuevo alguno.

(...) el requisito que siempre se cuestionó fue el de la existencia del aval y la constitucionalidad y legalidad del mismo y, por lo mismo, el hecho de que en el escrito de apelación que dio origen a esta instancia el demandante haya hecho énfasis en la prohibición de la delegación de delegación como sustento de su petición de revocación de la sentencia apelada, no constituye nada distinto a un argumento que suma para sustentar sus originales pretensiones, y que se ajusta en estricto sentido al marco establecido por la fijación del litigio. Por tanto, no hay violación alguna de derechos y garantías cuando se presenta y analiza en estas condiciones un argumento que viene a dar soporte a un mismo cargo que se encuentra perfectamente claro desde el principio.

(...) Por todo lo anterior, el demandante presentó como uno de los argumentos en que sustentó el recurso de apelación que dio origen a la segunda instancia, el cuestionamiento respecto de la legalidad de esa sub delegación que realizó el secretario general del partido de la función de otorgar avales que el mismo había previamente recibido por delegación de la Dirección Nacional Liberal.

No cabe duda entonces de que el tema de la legalidad del aval fue planteado en la demanda, fue incluido en la fijación del litigio y constituyó sustento de la sentencia de primera instancia. Entonces, en cuanto hace a la competencia para otorgar avales este tema necesariamente cobija la legalidad de la subdelegación de la facultad de otorgar avales, corresponde a un elemento que hace parte del cuestionamiento sobre la legalidad del aval y no se trata - se repite - de ningún cargo nuevo sino de un argumento adicional para dar sustento a un cargo que hace parte del presente proceso desde el principio, por cuanto el demandante con toda claridad se refiere a la ilegalidad del aval por violación del artículo 108 de la Constitución Política y en la fijación del litigio se señala el posible incumplimiento de las normas constitucionales y legales relativas a la causal prevista en el artículo 275-5 de la Ley 1437 de 2011. Igualmente, ello fue parte de la decisión de primera instancia y del recurso de apelación presentado contra esta, como se acaba de describir.

Por supuesto, en virtud del principio de congruencia y para efectos de ofrecer plenas garantías de los derechos de contradicción y defensa, el juez al momento de decidir está atado a los cargos. No así a los

7 Folios 1 a 16

8 Folios 212 a 215

9 Folios 285 a 296

argumentos de las partes, de manera tal que –como ocurre con toda frecuencia porque es de la esencia de la función judicial- la sentencia puede acoger los cargos con fundamento en argumentos estructuralmente distintos a los presentados por el demandante, así como puede desecharlos con sustento en argumentos completamente diferentes a los presentados por la parte demandada.

SEGUNDO. Representación legal y facultad para expedir avals

La Dirección Nacional Liberal, en su condición de titular de la representación legal del partido, adoptó la resolución número 3272 del 5 de mayo de 2015 a través de la cual expresa y puntualmente - como corresponde - delegó en el Secretario General del partido la facultad de expedir avals “a los candidatos que en representación del Partido participarán en las elecciones de autoridades locales que se llevarán a cabo el 25 de octubre de 2015 período 2016-2019”.

Para la expedición de avals, como se vio, el artículo 108 de la Constitución Política dispuso que la facultad la tiene el representante legal del partido o quien él delegue.

(...) Esta resolución es entonces el fundamento específico que legitimó al Secretario General para expedir esos específicos avals, porque constituyó una delegación expresa y puntual para esos efectos, de manera que el fundamento no es la resolución número 2498 de 2012 que supuestamente habría entregado la representación legal general del partido al Secretario General, como lo sostiene la sentencia de cuyas consideraciones me aparto.

(...) Se concluye que el 31 de julio de 2015, fecha en la que se le habría otorgado el aval al demandado como candidato a la asamblea departamental de Sucre, el señor Héctor Olimpo Espinosa Oliver, por delegación, estaba legitimado para expedir avals en los términos de lo dispuesto en la Constitución Política, los estatutos aplicables a esa fecha y la resolución número 3272 de 2015.

Como así ocurrió en este específico y especial caso porque -en efecto- dada la particular circunstancia de que uno de los inicialmente avalados por el comité departamental renunció a la candidatura, fue directamente el Secretario General del Partido Liberal Colombiano quien expidió el aval al demandado para reemplazar en la lista de candidatos a quien previamente había renunciado¹⁰, por esta particular razón –repito- en este caso el aval fue otorgado por quien tenía facultad para ello. Por eso se cumplió para el demandado ese requisito constitucional de elegibilidad y, por lo mismo, no se configuró la causal de nulidad electoral invocada por el demandante.

Estas son las razones por las cuales estoy de acuerdo con la parte resolutive del fallo aprobado por la sala en esta ocasión, no así con todas las justificaciones de dicha decisión, según se acaba de explicar.

* * *

CONSEJO DE ESTADO SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO SECCIÓN QUINTA

Consejera ponente: LUCY JEANNETTE BERMÚDEZ BERMÚDEZ

Bogotá D.C., tres (3) de noviembre de dos mil dieciséis (2016)

Radicación número: 70001-23-33-000-2015-00508-01

Actor: EDISON BIOSCAR RUÍZ VALENCIA

Demandado: GABRIEL ANTONIO ESPINOSA ARRIETA (DIPUTADO DE SUCRE)

Asunto: Sentencia dictada en segunda instancia. Se confirmó la decisión apelada que negó la pretensión de nulidad del acto de elección del elegido Diputado, bajo la consideración de que quien otorgó el aval para su inscripción estaba facultado por los estatutos del Partido Liberal Colombiano.

¹⁰ Resolución número 3710 del 31 de julio de 2015.

Extracto: *Para la Sala resulta importante indicar, desde ya, que le asiste razón al demandado y al Ministerio público en lo que a sus aseveraciones se refieren relacionadas con la formulación de nuevos cargos en el escrito de apelación por parte del demandante.*

(...) mal podría entenderse que como con la demanda se alegó la violación del numeral 5º del artículo 275 del CPACA¹, que se refiere al cumplimiento de calidades del demandado, a lo cual se ciñó el Tribunal a la bora de fijar el litigio; entonces ello también incluye analizar si quien otorgó el aval al demandado actuó mediante “delegación de delegación”, como lo afirmó el apelante.

En este sentido, tal como ocurrió en el proceso 2015-0513-01, donde se dictó sentencia del 14 de julio de 2016², la Sala encuentra que se trata de “...un cargo nuevo que no fue incluido en la demanda y por lo mismo tampoco fue objeto de análisis y decisión por el Tribunal Administrativo, [por ende] no hará pronunciamiento sobre el particular...”.

Así, el estudio que corresponde a la Sala estará limitado al asunto relacionado con que la inscripción del demandado no se realizó en debida forma y con que, en virtud de los efectos de la sentencia proferida por la Sección Tercera del Consejo de Estado, el aval del demandado debió otorgarlo el directorio municipales y no el Secretario General del Partido, o el Presidente del Comité de Acción Liberal de Sucre.

(...) 3.1. Efectos de la sentencia de 5 de marzo de 2015 de la Sección Tercera del Consejo de Estado con número de radicado 25000-23-1-000-2013-00194-01 dentro del medio de control de la acción popular

Ahora bien, en el presente caso una de las discusiones centrales es precisamente cuáles eran los estatutos vigentes al momento en que se concedió el aval, pues de ello depende en cabeza de quién, al interior del Partido Liberal, estaba la potestad para otorgar los avalués.

El debate gira en torno a la sentencia de 5 de marzo de 2015 de la Sección Tercera del Consejo de Estado, proferida dentro del radicado número 25000-23-41-000-2013-00194-01, pues con ella fueron declarados nulos los estatutos del Partido Liberal que se expidieron en el 2011, contenidos en la Resolución 2895.

(...) Visto el contenido de la decisión de la Sección Tercera del Consejo de Estado, la Sala advierte que se otorgó un mes, contado desde la ejecutoria de la sentencia, para que: i) el Partido Liberal dejara de aplicar los estatutos de 2011 y empezara a regirse por los anteriores; y, ii) el Consejo Nacional Electoral adoptara las medidas para dejar sin efecto el registro de esos estatutos declarados ilegales.

Con el propósito de establecer la fecha de ejecutoria de dicha sentencia, la Sala encuentra que, primero, el fallo de 7 de marzo de 2015 cobró ejecutoria el 8 de julio de 2015³, de manera que tendrían el Partido Liberal y el Consejo Nacional Electoral hasta el 8 de agosto de 2015 para dejar de aplicar los estatutos anulados y que recobraran su vigencia los anteriores estatutos.

El análisis ofrecido por la Sección permite concluir que solo desde el 5 de agosto de 2015 los estatutos del Partido Liberal de 2002 recobraron vigencia. Esto a su vez implica que las actuaciones anteriores a esa fecha se regían con los estatutos de 2011, pues ello es consecuencia de los efectos de la sentencia dispuestos por el Consejo de Estado, Sección Tercera.

1 Dice la norma en concreto “ARTÍCULO 275. CAUSALES DE ANULACIÓN ELECTORAL. Los actos de elección o de nombramiento son nulos en los eventos previstos en el artículo 137 de este Código y, además, cuando:

(...) 5. Se elijan candidatos o se nombren personas que no reúnan las calidades y requisitos constitucionales o legales de elegibilidad o que se hallen incurso en causales de inhabilidad. (...)”.

2 Demandante: Edison Bioscar Ruiz Valencia

Demandado: Jairo Daniel Barona Taboada (Diputado Asamblea de Sucre)

3 Un certificado de la Sección Tercera del Consejo de Estado, que daba cuenta de ello, se encuentra en el expediente a folio 87.

De conformidad con lo expuesto, siendo que la inscripción del demandado como candidato a la Asamblea Departamental de Sucre ante la Registraduría Nacional del Estado Civil – Delegación Departamental de Sucre se produjo el 31 de julio de 2015, fecha anterior a la dispuesta para que surtiera efectos (8 de agosto de 2015) y se diera cumplimiento al fallo de la acción popular (5 de agosto de 2015), entonces, es posible determinar que el acto mediante el cual se le otorgó el aval es también previo al momento en que efectivamente recobraron vigencia los estatutos del 2002 del Partido Liberal.

(...) así, en lo que al caso concreto concierne, en el expediente obra la Resolución 0055 de 24 de julio de 2015 (fls. 22-25), del Partido Liberal Colombiano, “Por la cual el Comité de Acción Liberal Departamental de SUCRE otorga avals a candidatos a la Asamblea Departamental en el Departamento de SUCRE para las elecciones del 25 de octubre de 2015 periodo 2016-2019 y delega la función de inscripción de la lista”.

Con la anterior resolución, el Presidente del Comité de Acción Liberal del Departamento de Sucre, señor MARIO ALBERTO FERNÁNDEZ ALCOCER, otorgó los “... avals para los candidatos que conforman la lista a Asamblea Departamental en SUCRE periodo 2016-2019...”. Entre los nombres visibles en el numeral primero de tal acto, figura el del accionado, señor GABRIEL ANTONIO ESPINOSA ARRIETA.

Sobre el punto, vale reseñar que con Resolución número 3647 de 23 de julio de 2015, el Secretario General y representante legal del Partido Político conformó la lista de candidatos y “... dele[ó] la función al Comité de Acción Liberal del Departamento de Sucre para que otorgue avals a los candidatos que en representación de esta Colectividad participarán en los comicios electorales del mes de octubre de 2015 periodo 2016-2019 a la dignidad de DIPUTADOS A LA ASAMBLEA DEPARTAMENTAL DEL SUCRE...”.

Luego, en desarrollo de tal atribución delegada, el Presidente del Comité de Acción Liberal del Departamento de Sucre expidió la Resolución 0055 de 24 de julio de 2015, ya señalada, con la que otorgó los avals a los candidatos a Diputado, entre los que se encontraba el nombre del actor.

Así, a la Sala le resta concluir que el aval otorgado al señor GABRIEL ANTONIO ESPINOSA ARRIETA fue conferido por el delegado del representante legal del partido quien estaba facultado por los estatutos de dicha colectividad para ello, por ende, se concluye, el aval fue expedido en debida forma por lo que se torna necesario confirmar la decisión del a quo con la cual negó las pretensiones de la demanda.

3.2. Los requisitos para la inscripción de candidaturas

En lo que a este aspecto concierne, la Sala considera importante reiterar su jurisprudencia sobre los requisitos para la inscripción de candidaturas. Al respecto, en cuanto corresponde al “formulario de solicitud para la inscripción de candidato y constancia de aceptación de candidatura”⁴ (...) la inscripción de una candidatura no requiere la suscripción del formulario E-6 por el representante legal del partido o movimiento político con personería jurídica, o su delegado, pues dicha voluntad queda expuesta en el aval que se expide a favor del respectivo candidato.

Decisión: CONFIRMAR la sentencia de 5 de agosto de 2016, mediante la cual el Tribunal Administrativo de Sucre negó las pretensiones de la demanda, por las consideraciones expuestas en la presente sentencia.

DEVOLVER al Tribunal de origen para lo de su cargo.

LUCY JEANNETTE BERMÚDEZ BERMÚDEZ
Presidenta

ROCÍO ARAÚJO OÑATE
Consejera de Estado
Salva Voto

CARLOS ENRIQUE MORENO RUBIO

Consejero de Estado

ALBERTO YEPES BARREIRO

Consejero de Estado

Salvamento de voto de la consejera Rocío Araújo Oñate

Asunto: Manifiesta su disenso en razón a que estima que en la ponencia que le fue negada guarda identidad fáctica, probatoria y jurídica con un proceso que fue decidido por la misma Sección Quinta el pasado 1º de septiembre de 2016⁵, de manera que, era necesario, que se reiteración el precedente judicial allí contenido.

Extracto: (...) *El fallo adoptado ahora por la Sala plantea un cambio de posición acudiendo a un elemento procesal para venir a sostener ahora que el tema de la subdelegación no había sido planteado en la demanda, ni había sido incluido en la fijación del litigio y, por lo tanto, constituía un cargo nuevo, lo anterior para desechar sin más el estudio de fondo de dicho tema. Esa nueva situación procesal esgrimida mayoritariamente por la Sala constituye un cambio de posición porque en el reseñado fallo del 1º de septiembre de 2016, con unos mismos supuestos fácticos, probatorios y jurídicos la misma Sala había asumido la posición exactamente contraria y considerando que el tema de la subdelegación era materia del proceso.*

(...) *Que el tema de la legalidad del aval fue planteado en la demanda, fue incluido en la fijación del litigio y constituyó sustento de la sentencia de primera instancia. Entonces, en cuanto hace a la competencia para otorgar avales este tema necesariamente cobija la legalidad de la subdelegación de la facultad de otorgar avales, corresponde a un elemento que hace parte del cuestionamiento sobre la legalidad del aval y no se trata de ningún cargo nuevo sino de un argumento adicional para dar sustento a un cargo que hace parte del presente proceso desde el principio, (...)*

(...) *corresponde entonces responder es: ¿El señor Mario Alberto Fernández Alcocer, quien habría otorgado el aval al demandado, estaba legitimado por el ordenamiento jurídico para otorgar dicho aval?*

Así las cosas, queda claro (i) que el Secretario General del Partido Liberal Colombiano no estaba facultado por el ordenamiento jurídico para delegar la función de otorgar avales a él delegada; (ii) que tal autorización que pretendió darle el Directorio Nacional Liberal se ha de tener por no escrita, por vulneratoria del ordenamiento superior; (iii) que, en esas condiciones, cuando el comité de acción liberal de Sucre pretendió otorgar aval al demandado no tenía legitimación para ejercer esa función; y (iv) que, por lo tanto, dicho aval no existió.

Se deduce de todo lo anterior que el aval constituye requisito constitucional sustancial de elegibilidad y, por ende, su incumplimiento configura expresa causal de nulidad del acto de elección en los precisos términos de lo dispuesto en el artículo 275-5 de la ley 1437 de 2011.

SEGUNDO. Representación legal y facultad para expedir avales

Para resolver el segundo de los aspectos reseñados es pertinente contestar una pregunta: ¿Quién estaba legitimado para expedir avales el día en que se le habría otorgado el aval al demandado?

(...) *Así las cosas, en el marco de estos estatutos de 2011 está claro que el único órgano titular de la representación legal del Partido Liberal Colombiano es su Dirección Nacional Liberal o el Director del Partido Liberal. Está claro también que esa dirección, en aplicación de tales estatutos, podía delegar en el Secretario General la representación legal del partido lo mismo que diversas funciones.*

5 Consejo de Estado, Sección Quinta, sentencia de 1-09-2016, C.P. Lucy Jeannette Bermúdez Bermúdez, Radicación 70001-23-33-000-2015-00516-01

*Pues bien, mediante la resolución número 0577 del 21 de abril de 2015 el Consejo Nacional Electoral registró la designación de Héctor Olimpo Espinosa Oliver como Secretario General y representante legal del Partido Liberal Colombiano. Como consta en el cuerpo de esta misma resolución del CNE, su expedición obedece a la solicitud de registro que en el mismo sentido elevó la Dirección Nacional Liberal a través de oficio del 12 de marzo de 2015, solicitud que, a su vez, tuvo como fundamento la resolución número 3186 del 10 de febrero anterior, mediante la cual dicha dirección ratificó al señor Espinosa Oliver como Secretario General del partido y **delegó** en él “la representación legal de la colectividad y la ordenación general del gasto, celebración de contratos y convenios a nombre de la Dirección Nacional Liberal”.*

Por tanto, hasta aquí no es jurídicamente posible sostener que con fundamento en dicha resolución número 3186 del 12 de marzo de 2015 de la Dirección Nacional Liberal, el señor Espinosa Oliver habría adquirido la titularidad de la representación legal del partido, pues obtuvo esta representación por delegación y únicamente para las precisas materias antes citadas. No hay duda de que la delegación en manera alguna puede significar el cambio en la titularidad de la representación ni de la función.

Así, mal podría interpretarse que la resolución número 3186 de 2015 comprende una determinación generalizada de la representación legal del partido por lo siguiente:

2.2 Delegación de la facultad de expedición de avales

(...) La Dirección Nacional Liberal, en su condición de titular de la representación legal del partido, adoptó la resolución número 3272 del 5 de mayo de 2015 a través de la cual expresa y puntualmente –como corresponde– delegó en el Secretario General del partido la facultad de expedir avales “a los candidatos que en representación del Partido participarán en las elecciones de autoridades locales que se llevarán a cabo el 25 de octubre de 2015 período 2016-2019”.

Para la expedición de avales, como se vio, el artículo 108 de la Constitución Política dispuso que la facultad la tiene el representante legal del partido o quien él delegue.

(...) La siguiente pregunta que cabe hacer, según lo que se ha expuesto, es: ¿alguien más dentro del Partido Liberal Colombiano estaba legitimado el 16 de julio de 2015 para expedir avales?

La respuesta es: no existe prueba en el expediente que muestre que la Dirección Nacional Liberal, en su condición de titular de la representación legal del partido, haya delegado en otro empleado esa función.

Se pretende ahora que se entienda que la facultad otorgada por delegación al secretario general del partido para expedir avales no se desprende de esta resolución número 3272 del 5 de mayo de 2015 que expresa y puntualmente se la otorgó, sino de resoluciones anteriores que le delegaron la representación legal, cuando es evidente que ninguna de las resoluciones en las que se pretende sustentar ahora la legalidad del aval aparece expuesta allí como fundamento de dicho aval.

(...) Así las cosas, la Sección Quinta, en respeto de los directos y concretos antecedentes que la comprometen como juez, según se citaron atrás, debió revocar el fallo impugnado bajo los supuestos jurídicos aquí establecidos para, en su lugar, declarar la nulidad del acto de elección del demandado como concejal municipal de Sincelejo para el período 2016-2019 contenido en el formulario E-26 CON del 30 de octubre de 2015, porque está probada la configuración de la causal de nulidad electoral establecida en el artículo 275-5 de la Ley 1437 de 2011, por el incumplimiento de requisito constitucional de elegibilidad, por inexistencia de aval.

**CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCIÓN QUINTA**

Consejera ponente: LUCY JEANNETTE BERMÚDEZ BERMÚDEZ

Bogotá D.C, diez (10) de noviembre de dos mil dieciséis (2016)

Radicación número: 11001-03-28-000-2016-00043-00

Actor: JUAN GUILLERMO BELTRÁN AMORTEGUI

Demandado: DAVID YOANNY VIVAS BARRAGÁN, WILLIAM HERNANDO POVEDA WALTEROS, GUILLERMO ALFONSO JARAMILLO MARTÍNEZ Y HENER EDUARDO SALINAS MARTÍNEZ, MIEMBROS DEL CONSEJO DIRECTIVO DE LA CORPORACIÓN AUTÓNOMA REGIONAL DEL TOLIMA (CORTOLIMA)

Asunto: Fallo dictado en una instancia. Se niega la solicitud de nulidad de la elección de cuatro alcaldes como miembros del Consejo Directivo de Cortolima, periodo 2016 - 2017, contenido en el Acuerdo 001 de 2016 proferido por la Asamblea Corporativa de Cortolima, por cuanto se encontró que no se violaron las normas constitucionales y legales que se invocaron como trangredidas.

Extracto: *El primer reparo referido por el actor se circunscribe a que con la elección de los miembros del Consejo Directivo de Cortolima se desconoció el sistema de cuociente electoral en la medida en que el voto no fue secreto.*

(...) la Sala evidencia que aunque las normas referidas sí imponen el sistema de cuociente electoral como fórmula para organizar la elección, en ninguna de ellas se establece que el voto de cada uno de sus integrantes deba ser secreto. De esta manera se acredita que el motivo de nulidad formulado por el demandante parte de un presupuesto errado ya que el esquema para la asignación de los cargos de elección no implica obligatoriamente una modalidad determinada de participación o una fórmula específica de decisión.

(...) No se acredita que entre las figuras citadas por el demandante exista una conexión inescindible. Por tanto, ante la indefinición legal y estatutaria sobre el tipo de voto que rige la elección de los miembros del Consejo Directivo era legítimo que la Asamblea Corporativa adoptara la regla establecida en la Constitución en el artículo 133 para las decisiones que toman los “miembros de cuerpos colegiados de elección directa”, teniendo en cuenta que esta garantizaba la transparencia y la publicidad de la elección.

(...) En conclusión, atendiendo que la votación nominal con la que la Asamblea Corporativa de Cortolima eligió a los miembros del Consejo Directivo no es contraria a la Constitución, la ley o los Estatutos de la Corporación, se desestima el primer motivo de nulidad.

3.2. Segundo y Quinto motivos de nulidad

Para el demandante el desempate de 9 votos entre las planchas 3 y 4 no debió haberse efectuado con una nueva votación sino a través de balota, cara y sello o el azar. Esta situación sería contraria a los

artículos 15 (citado), 26¹ y 27 (citado) de los Estatutos de Cortolima, los artículos 25 (citado) y 26 lit d)² de la Ley 99 de 1993 y el artículo 183³ del Código Electoral.

Adicionalmente, el demandante considera que ese debió haberse efectuado únicamente por los alcaldes que habían votado por ellas en la primera votación. Sin embargo, el nuevo voto llevó a que 29 alcaldes votaran doblemente.

De manera similar al cargo anterior, esta Sección advierte que de las normas mencionadas no se logra deducir la infracción alegada. Es evidente que ni en los Estatutos de la Corporación y tampoco en la Ley 99 de 1993 se indica o sugiere una fórmula para resolver el desempate que se presentó entre las planchas mencionadas.

Solamente el artículo 183 del Código Electoral incluye una regla que podría adecuarse a la situación fáctica planteada. Sin embargo, para la Sala esa normativa no era de obligatorio acatamiento por parte de la Asamblea Corporativa de la Corporación Autónoma en la medida en que allí se regula el empate que se presenta dentro de una elección popular y no la igualdad que acaece dentro de la elección que efectúa un órgano colegiado.

Dada la autonomía de Cortolima, ante la situación presentada con la votación de las planchas 3 y 4 la Asamblea podía aplicar la regla del azar alegada por el demandante o, mejor aún, podía legítimamente privilegiar la participación de todos los alcaldes para tomar una decisión a través del mecanismo del voto (art. 103 Constitución).

Es lógico que el Código Electoral prevea el desempate a través del azar, teniendo en cuenta que la organización de unas nuevas elecciones de carácter territorial en caso de empate requeriría la puesta en marcha de una estrategia compleja, costosa y lenta. En este caso la situación era bien diferente. La Asamblea Corporativa, dada su composición limitada, podía implementar cualquiera de los mecanismos de toma decisiones de manera que se privilegiaran los componentes atados al principio democrático (art. 1º Constitución).

- 1 “ARTICULO 26. Conformación del Consejo Directivo. Es el órgano de administración de la Corporación y está conformado teniendo en cuenta las disposiciones de la Ley 99 de 1993 y las demás que la modifiquen o reformen, por: 1. El Gobernador del Tolima, o su delegado quien será el encargado de presidir el Consejo Directivo. 2. Un representante del Presidente de la República. 3. Un representante del Ministerio de Ambiente, y Desarrollo Sostenible. 4. Cuatro (4) alcaldes de los municipios comprendidos dentro del territorio de su jurisdicción, todos elegidos por la Asamblea Corporativa, para períodos de un (1) año por el sistema de cuociente electoral, de manera que queden representadas distintas regiones que integren la Corporación. Los alcaldes elegidos no sólo actuarán en representación de su municipio o región sino consultando el interés de todo el territorio de la jurisdicción. 5. Dos (2) representantes del sector privado, elegidos por los integrantes del mismo sector, por un periodo de cuatro (4) años o el periodo que establezca la ley. 6. Un representante de las comunidades indígenas o etnias tradicionalmente asentadas en el territorio de la jurisdicción de la Corporación, elegido por ellas mismas para períodos de cuatro (4) años o el periodo que establezca la ley. 7. Dos (2) representantes de las entidades sin ánimo de lucro, que tengan su domicilio en el área de jurisdicción de la Corporación, cuyo objeto principal sea la protección del medio ambiente y los recursos naturales renovables, elegidos por ellas mismas, para períodos de cuatro (4) años o el periodo que establezca la ley.” (Negrilla fuera de texto original)
- 2 “Artículo 26º.-Del Consejo Directivo. (Modificado por la Ley 1263 de 2008) Es el órgano de administración de la Corporación y estará conformado por: (...) d) Hasta cuatro (4) alcaldes de los municipios comprendidos dentro del territorio de la jurisdicción de la Corporación, elegidos por la Asamblea Corporativa, para períodos de un (1) año por el sistema de cuociente electoral, de manera que queden representados todos los departamentos o regiones que integran la Corporación. Si el territorio de la Corporación comprendiese un número plural de departamentos, la participación será definida en forma equitativa de acuerdo con el reglamento que al efecto expida el Gobierno Nacional.”.
- 3 “ARTÍCULO 183. Si el número de votos a favor de dos (2) o más candidatos o listas fuere igual, la elección se decidirá a la suerte, para lo cual, colocadas en una urna las papeletas con los nombres de los candidatos o de quienes encabezan las listas que hubiesen obtenido Igual número de votos, un ciudadano designado por la corporación escrutadora extraerá de la urna una de las papeletas. El nombre que ésta contuviere será el del candidato o lista a cuyo favor se declara la elección.”

(...) para esta Sala no es cierto que los alcaldes que participaron en el procedimiento de desempate bayan incurrido en una doble votación. Lo anterior debido a que las decisiones se presentaron en dos circunstancias diferentes, ambas de competencia del pleno de la Asamblea Corporativa. La primera acaeció en la votación ordinaria cumpliendo los parámetros del cuociente electoral. El segundo procedimiento decisorio, diferente aunque atado al primero, se limitó a definir la plancha que debía resultar ganadora para terminar de componer los miembros del Consejo Directivo.

No sobra agregar que el criterio del demandante en este aspecto lleva a un absurdo en la medida en que mantener la forma de decisión llevaría a que el empate se mantuviera hasta el infinito sin que se pudiera dirimir:

Bajo esas condiciones queda desvirtuado el cargo presentado por la demandante.

3.3. Tercer motivo de nulidad

Para el demandante el Acuerdo 001 del 26 de febrero de 2016 no se sometió a la aprobación de la Asamblea Corporativa, como sí se llevó a cabo con el Acuerdo 002 de 2016 en el que se designó al Revisor Fiscal, lo cual es contrario a los artículos 23-2⁴ y 24⁵, párrafo 2, de los Estatutos de Cortolima.

Respecto de este motivo de nulidad la Sala considera, al igual que el concepto de la Procuraduría General de la Nación, que no tiene ningún fundamento legal o fáctico por lo que será desestimado.

(...) Como se puede notar, en ninguna de las normas invocadas por el demandante se incluye una nueva aprobación o refrendación por parte de dicho órgano. Adicionalmente, aunque la simple comparación entre los actos no configure nulidad, se evidencia que la adopción del Acuerdo 002 (fl. 39) siguió un procedimiento similar que el Acuerdo 001 (fls. 36 y 37), tal y como se dejó constancia en los respectivos actos y en el Acta de Asamblea Corporativa número 01 de 2016 (fls. 125 a 142). En los acuerdos referidos se incluyó la siguiente consideración:

Acuerdo 001 de 2016	Acuerdo 002 de 2016
<i>“Que en sesión ordinaria de Asamblea Corporativa de fecha 26 de febrero de 2016, fueron elegidos los cuatro (4) alcaldes que conformarán el Consejo Directivo durante el periodo 2016-2017”.</i>	<i>“Que en sesión ordinaria de la Asamblea Corporativa de fecha 26 de febrero de 2016, fue elegido con 29 votos, el Dr ISRAEL MIRANDA TORO, como Revisor (a) Fiscal para el periodo 2016-2019, con honorarios mensuales equivalentes al 80% del Salario Básico del Director General, sin IVA incluido”.</i>

Finalmente, no sobra indicar que tanto los acuerdos como el acta fueron suscritos por la presidenta y el secretario de la Asamblea Corporativa.

3.4. Cuarto motivo de nulidad.

El demandante refiere que la competencia de la Corporación está organizada sobre 5 regiones pero que con los resultados de la Asamblea, solamente quedaron representadas las regiones centro (con tres

4 “ARTICULO 23. Funciones del Secretario de la Asamblea. Son funciones del Secretario: (...) 2. Dar lectura a las proposiciones, proyectos de Acuerdo y toda clase de documentos que deban ser leídos en la respectiva sesión.”

5 “ARTICULO 24. Denominación de los actos de la Asamblea Corporativa. Todas las deliberaciones y decisiones de la Asamblea Corporativa deberán constar por escrito en un acta que para tales efectos será levantada con indicación de la fecha, hora y lugar de su celebración, y deberá ser suscrita por el presidente y el secretario de la Asamblea Corporativa.

Las decisiones que adopte la Asamblea Corporativa estarán contenidas en actos que se denominarán “Acuerdos de Asamblea Corporativa”. Estos actos deberán llevar una numeración sucesiva e incorporar la fecha de su aprobación, y serán suscritos por el Presidente de la Asamblea y su respectivo Secretario”.

alcaldes) y norte (con un alcalde). Considera que esta situación desconoce los Estatutos de Cortolima (art. 26) así como la Ley 99 de 1993 (art. 26, lit d)).

Como se había indicado, las dos normas invocadas regulan la composición del Consejo Directivo y, puntualmente, respecto de la elección de los cuatro alcaldes ordenaron lo siguiente:

Ley 99 de 1993	Estatutos Cortolima
d) Hasta cuatro (4) alcaldes de los municipios comprendidos dentro del territorio de la jurisdicción de la Corporación, elegidos por la Asamblea Corporativa, para periodos de un (1) año por el sistema de cuociente electoral, de manera que queden representados todos los departamentos o regiones que integran la Corporación . Si el territorio de la Corporación comprendiese un número plural de departamentos, la participación será definida en forma equitativa de acuerdo con el reglamento que al efecto expida el Gobierno Nacional; (negrilla fuera de texto original)	4. Cuatro (4) alcaldes de los municipios comprendidos dentro del territorio de su jurisdicción, todos elegidos por la Asamblea Corporativa, para periodos de un (1) año por el sistema de cuociente electoral, de manera que queden representadas distintas regiones que integren la Corporación . Los alcaldes elegidos no sólo actuarán en representación de su municipio o región sino consultando el interés de todo el territorio de la jurisdicción. (Negrilla fuera de texto original).

En lo pertinente las dos normas claramente ordenan que las diferentes regiones y departamentos que hacen parte de la Corporación Autónoma deben tener representación dentro del Consejo Directivo. En este caso tanto el demandante como la Procuraduría consideraron que las disposiciones fueron desconocidas ya que la elección de los alcaldes solamente llevó a la representación de dos de las cinco zonas que componen la jurisdicción de Cortolima.

Ahora bien, sin perjuicio de la evidente relevancia constitucional de esas disposiciones, se debe destacar que su alcance está limitado expresamente a cierto tipo de formas de organización territorial: los departamentos y las regiones. Esto implica que no toda forma de agrupación entre las municipalidades que componen la Corporación tiene el poder de afectar la forma de elección de los representantes ante el Consejo Directivo.

(...) Esta Sala evidencia que las fórmulas territoriales mencionadas se encuentran concretamente definidas en la Constitución y la Ley⁶ lo que implica que la obligación de la Asamblea Corporativa se limitaba a garantizar la representatividad en esos casos específicos.

Análisis del motivo de nulidad en el caso concreto. El demandante probó que la Corporación Regional del Tolima se encuentra dividida en la sede centro y en cuatro direcciones territoriales que comprenden los 47 municipios del Departamento del Tolima⁷, a través de certificado expedido por la Subdirectora Administrativa y Financiera (fl. 69). Este documento, además, especifica cuáles son los municipios que comprende cada dirección territorial.

A su vez, en el Acta de Asamblea Corporativa (fl. 137) y en los hechos aceptados por las partes, se precisó que los alcaldes que fueron elegidos para hacer parte del Consejo Directivo son los siguientes:

Cajamarca: WILLIAM HERNANDO POVEDA WALTEROS.

Ibagué: GUILLERMO ALFONSO JARAMILLO MARTÍNEZ.

6 Constitución Política, artículo 285 y siguientes, especialmente el artículo 306. Ley 1454 de 2011: “Por la cual se dictan normas orgánicas sobre ordenamiento territorial y se modifican otras disposiciones”.

7 Art. 3 de la Ley 10 de 1981 (Por la cual se crea la Corporación Autónoma Regional del Tolima y se dictan otras disposiciones): “La Corporación tendrá jurisdicción en el territorio del Departamento del Tolima y su sede será la ciudad de Ibagué”.

Palocabildo: HENNER EDUARDO SALINAS MARTÍNEZ.

Rovira: DAVID YOANNY VIVAS BARRAGÁN.

A partir del certificado mencionado se puede comprobar que el municipio de Palocabildo hace parte de la dirección territorial norte, mientras que Cajamarca, Ibagué y Rovira pertenecen a la sede central. Todos los municipios referidos hacen parte del mismo Departamento y respecto de ninguno de ellos se probó que se haga parte de una región específica, creada en los términos de la Ley 1454 de 2011.

Ese contexto demuestra que la elección de los cuatro alcaldes miembros del Consejo Directivo de Cortolima es compatible con la exigencia del artículo 26, literal “d)” de la Ley 99 de 1993, lo que llevará a que este cargo también sea desestimado. Es evidente que la organización de los municipios a través de diferentes “direcciones territoriales” es una forma de distribución meramente administrativa establecida en virtud del artículo 6º de los Estatutos de la Corporación Autónoma⁸ que no puede equipararse a la conformación de regiones ni departamentos en las condiciones establecidas por la Constitución y la ley.

En efecto, esta Sala evidencia que Cortolima está compuesta únicamente por municipios del Departamento del Tolima (art. 3 de la Ley 10 de 1981 citado) y que, por tanto, no comprende más departamentos o regiones que obliguen a garantizar su representatividad en los términos de las disposiciones invocadas por el demandante.

Decisión: NEGAR las pretensiones de la demanda presentada por JUAN GUILLERMO BELTRÁN AMORTEGUI.

NOTIFICAR a las partes de conformidad con el artículo 289 del CPACA.

ARCHIVAR el expediente una vez quede en firme el fallo.

ADVERTIR que contra la presente providencia no procede recurso alguno

LUCY JEANNETTE BERMÚDEZ BERMÚDEZ
Presidenta

ROCÍO ARAÚJO OÑATE
Consejera de Estado
CARLOS ENRIQUE MORENO RUBIO
Consejero de Estado
ALBERTO YEPES BARREIRO
Consejero de Estado

* * *

CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCIÓN QUINTA

Consejera ponente: LUCY JEANNETTE BERMÚDEZ BERMÚDEZ

Bogotá D.C., diecisiete (17) de noviembre de dos mil dieciséis (2016)

Radicación número: 70001-23-33-000-2016-00047-01

Actor: EDISON BIOSCAR RUÍZ VALENCIA

Demandado: ROGER VERGARA CHADID (CONCEJAL DE SINCELEJO)

Asunto: Nulidad electoral por irregularidades en el otorgamiento del aval. Fallo de segunda instancia. Violación del numeral 5º del artículo 275 del CPACA, cumplimiento de calidades del candidato. Formalidades de la inscripción luego de la sentencia del 5 de marzo de 2015 de la Sección Tercera del Consejo

8 “Domicilio. La Corporación tiene como domicilio principal la ciudad de Ibagué, sede de sus órganos administrativos principales. No obstante, el Consejo Directivo podrá establecer subsedes en donde por las necesidades del servicio así lo requiera y para los fines que se determinen en sus respectivos Acuerdos”.

de Estado, proferida dentro del radicado número 25000-23-41-000-2013-00194-01, en la que se declaró la nulidad de los estatutos del Partido Liberal.

Extracto: *la Sala encuentra que, primero, el fallo de 7 de marzo de 2015 cobró ejecutoria el 8 de julio de 2015¹, de manera que tendrían el Partido Liberal y el Consejo Nacional Electoral hasta el 8 de agosto de 2015 para dejar de aplicar los estatutos anulados y que recobraran su vigencia los anteriores estatutos.*

El análisis ofrecido por la Sección permite concluir que solo desde el 5 de agosto de 2015 los estatutos del Partido Liberal de 2002 recobraron vigencia. Esto a su vez implica que las actuaciones anteriores a esa fecha se regían con los estatutos de 2011, pues ello es consecuencia de los efectos de la sentencia dispuestos por el Consejo de Estado, Sección Tercera.”

el punto, vale reseñar que con Resolución número 3559 de 15 de julio de 2015, el Secretario General y representante legal del Partido Político “...deleg[ó] en los Comités de Acción Liberal Departamentales y Ciudades Capital, la función de conformación de listas, otorgamiento de avales e inscripción de candidaturas; en sus respectivas circunscripciones electorales, para candidatos que aspiran a las corporaciones públicas de Concejos Municipales (...) en las elecciones del 25 de octubre de 2015 periodo 2016-2019.”

Luego, en desarrollo de tal atribución delegada, el Presidente del Comité de Acción Liberal del Departamento de Sucre expidió la Resolución 0062 de 16 de julio de 2015, ya señalada, con la que otorgó los avales a los candidatos a Concejal de Sincelejo, entre los que se encontraba el nombre del actor.”

(...)

“la Sala reitera que la inscripción de una candidatura no requiere la suscripción del formulario E-6 por el representante legal del partido o movimiento político con personería jurídica, o su delegado, pues dicha voluntad queda expuesta en el aval que se expide a favor del respectivo candidato.

(...)

Por las razones expuestas la Sala confirmará la sentencia denegatoria de pretensiones proferida por el Tribunal Administrativo de Sucre.”

Decisión: CONFIRMAR la sentencia de 24 de junio de 2016, mediante la cual el Tribunal Administrativo de Sucre negó las pretensiones de la demanda, por las consideraciones expuestas en la presente sentencia.

DEVOLVER al Tribunal de origen para lo de su cargo.

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

LUCY JEANNETTE BERMÚDEZ BERMÚDEZ
Presidenta

ROCÍO ARAÚJO OÑATE
Consejera de Estado
Salva Voto

CARLOS ENRIQUE MORENO RUBIO
Consejero de Estado
ALBERTO YEPES BARREIRO
Consejero de Estado

1 Un certificado de la Sección Tercera del Consejo de Estado, que daba cuenta de ello, se encuentra en el Radicación a folio 87.

Salvamento de voto de la consejera Rocío Araújo Oñate

Asunto: Manifiesta disenso por considerar que un caso similar anterior había sido decidido de otra manera.

Extracto: “El fallo adoptado ahora por la Sala plantea un cambio de posición acudiendo a un elemento procesal para venir a sostener ahora que el tema de la subdelegación no había sido planteado en la demanda, ni había sido incluido en la fijación del litigio y, por lo tanto, constituía un cargo nuevo, lo anterior para desechar sin más el estudio de fondo de dicho tema. Esa nueva situación procesal esgrimida mayoritariamente por la Sala constituye un cambio de posición porque en el reseñado fallo del 1º de septiembre de 2016, con unos mismos supuestos fácticos, probatorios y jurídicos la misma Sala había asumido la posición exactamente contraria y considerando que el tema de la subdelegación era materia del proceso, como pasará a explicarse con detalle en seguida.

(...) el demandante presentó como uno de los argumentos en que sustentó el recurso de apelación que dio origen a esta instancia, el cuestionamiento respecto de la legalidad de esa sub delegación que realizó el secretario general del partido de la función de otorgar avales que el mismo había previamente recibido por delegación de la Dirección Nacional Liberal.

No cabe duda entonces de que el tema de la legalidad del aval fue planteado en la demanda, fue incluido en la fijación del litigio y constituyó sustento de la sentencia de primera instancia. Entonces, en cuanto hace a la competencia para otorgar avales este tema necesariamente cobija la legalidad de la subdelegación de la facultad de otorgar avales, corresponde a un elemento que hace parte del cuestionamiento sobre la legalidad del aval y no se trata de ningún cargo nuevo sino de un argumento adicional para dar sustento a un cargo que hace parte del presente proceso desde el principio, por cuanto el demandante con toda claridad se refiere a la ilegalidad del aval por violación del artículo 108 de la Constitución Política y en la fijación del litigio se señala el posible incumplimiento de las normas constitucionales y legales relativas a la causal prevista en el artículo 275-5 de la Ley 1437 de 2011. Igualmente, ello fue parte de la decisión de primera instancia y del recurso de apelación presentado contra esta, como se acaba de describir con detalle.

Por supuesto, en virtud del principio de congruencia y para efectos de ofrecer plenas garantías de los derechos de contradicción y defensa, el juez al momento de decidir está atado a los cargos. No así a los argumentos de las partes, de manera tal que –como ocurre con toda frecuencia porque es de la esencia de la función judicial- la sentencia puede acoger los cargos con fundamento en argumentos estructuralmente distintos a los presentados por el demandante, así como puede desecharlos con sustento en argumentos completamente diferentes a los presentados por la parte demandada.

(...)

(...) el aval otorgado en las condiciones descritas no existió porque la delegación de delegación no está permitida por el ordenamiento jurídico, y como sustento de su argumento citó la reciente sentencia de esta Sección del 1º de septiembre de 2016².

En efecto, esta Corporación en la sentencia citada, en la que resolvió un caso igual, dictó conforme a sus propios precedentes una jurisprudencia que aquí ha debido reiterarse en elemental cumplimiento del deber de respeto del acto propio que a esta Sala le atañe, como derivación fundamental del deber jurídico de ceñir sus actuaciones a los postulados de la buena fe, en los claros términos de lo dispuesto en el artículo 83 constitucional, teniendo para ello en cuenta que (i) ningún yerro se ha señalado en dicha decisión y (ii) los supuestos fácticos, probatorios y jurídicos que se tuvieron entonces son prácticamente idénticos (de hecho, el acto a través del cual se pretendió otorgar el aval es exactamente la misma resolución, y el fundamento normativo de toda la actuación es el mismo también).

2 Consejo de Estado, Sección Quinta, sentencia de 1-09-2016, C.P. Lucy Jeannette Bermúdez Bermúdez, Radicación 70001-23-33-000-2015-00516-01

(...)

Así las cosas, queda claro (i) que el Secretario General del Partido Liberal Colombiano no estaba facultado por el ordenamiento jurídico para delegar la función de otorgar avales a él delegada; (ii) que tal autorización que pretendió darle el Directorio Nacional Liberal se ha de tener por no escrita, por vulneratoria del ordenamiento superior; (iii) que, en esas condiciones, cuando el comité de acción liberal de Sucre pretendió otorgar aval al señor Roger Vergara Chadid no tenía legitimación para ejercer esa función; y (iv) que, por lo tanto, dicho aval no existió.

Se deduce de todo lo anterior que el aval constituye requisito constitucional sustancial de elegibilidad y, por ende, su incumplimiento configura expresa causal de nulidad del acto de elección en los precisos términos de lo dispuesto en el artículo 275-5 de la ley 1437 de 2011.

(...)

*(...) en el marco de estos estatutos de 2011 está claro que el único órgano titular de la representación legal del Partido Liberal Colombiano es su Dirección Nacional Liberal o el Director del Partido Liberal. Está claro también que esa dirección, en aplicación de tales estatutos, podía **delegar** en el Secretario General la representación legal del partido lo mismo que diversas funciones.*

(...)

Por tanto, hasta aquí no es jurídicamente posible sostener que con fundamento en dicha resolución número 3186 del 12 de marzo de 2015 de la Dirección Nacional Liberal, el señor Espinosa Oliver habría adquirido la titularidad de la representación legal del partido, pues obtuvo esta representación por delegación y únicamente para las precisas materias antes citadas. No hay duda de que la delegación en manera alguna puede significar el cambio en la titularidad de la representación ni de la función.

Así, mal podría interpretarse que la resolución número 3186 de 2015 comprende una determinación generalizada de la representación legal del partido (...)

(...)

(...) una conclusión contraria implicaría partir del supuesto –erróneo– de que el ordenamiento jurídico permite delegar una representación legal por vía general. Por supuesto que una delegación de representación legal es por esencia limitada a aspectos específicos, que implican restricción en cuanto excepción que es; no sólo porque de suyo hay funciones no delegables sino también porque permitir por vía de interpretación lo contrario defraudaría el sentido genuino de los institutos de la representación legal y de la delegación; por lo mismo, se requiere señalamiento expreso de las facultades anejas en la representación legal delegada y a la delegación.

(...)

Se concluye que el 16 de julio de 2015 (fecha en la que se le habría otorgado el aval al señor Roger Vergara Chadid como candidato al concejo municipal de Sincelejo), el señor Héctor Olimpo Espinosa Oliver, por delegación, estaba legitimado para expedir avales en los términos de lo dispuesto en la Constitución Política, los estatutos aplicables a esa fecha y la resolución número 3272 de 2015.

(...)

Así las cosas, la Sección Quinta, en respeto de los directos y concretos antecedentes que la comprometen como juez, según se citaron atrás, debió revocar el fallo impugnado bajo los supuestos jurídicos aquí establecidos para, en su lugar, declarar la nulidad del acto de elección del señor Roger Vergara Chadid como concejal municipal de Sincelejo para el período 2016-2019 contenido en el formulario E-26 CON del 30 de octubre de 2015, porque está probada la configuración de la causal de nulidad electoral establecida en el artículo 275-5 de la Ley 1437 de 2011, por el incumplimiento de requisito constitucional de elegibilidad, por inexistencia de aval legalmente otorgado.

En los anteriores términos, dejo expuesto mi salvamento de voto”.

CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCIÓN QUINTA

Concejera ponente: LUCY JEANNETTE BERMÚDEZ BERMÚDEZ

Bogotá D.C., veinticuatro (24) de noviembre de dos mil dieciséis (2016)

Radicación número: 54001-23-33-000-2015-00533-01

Actor: FÉLIX ADOLFO MUÑOZ LUNA

Demandado: OSWALDO RINCÓN USCÁTEGUI – CONCEJAL DE CÚCUTA 2016-2019

Asunto: Fallo electoral de segunda instancia. causal de anulación electoral: diferencias entre formularios E-14 y E-24. principio de eficacia del voto.

Extracto: “(...) la diferencia injustificada entre formularios E-14 y E-24 CON del escrutinio “auxiliar” es la que permite que se evidencie y declare la existencia de un incremento o disminución de votos que a su vez posibilita, siempre que incida en el total de votos que determinaron la elección, ordenar la nulidad del acto con el cual con ello fue declarado.

Pero, además, ocurre que son los formularios E-24 CON del escrutinio “auxiliar”, los que podrían tenerse en cuenta para realizar las comparaciones, pues son ellos los que contienen el número de votos “mesa a mesa”. En cambio, los formularios E-24 CON del escrutinio “municipal/distrital”, que pretende el apelante se tomen en cuenta, tan solo tienen los valores por zona, esto es, el que resulta de haber sumado, primero, la totalidad de mesas que componen cada puesto, y segundo, los resultados de los puestos que pertenecen a cada zona en el municipio. De esta manera, difícilmente podría realizarse la verificación que amerita el cargo alegado, pues los formularios E-14 consignan los resultados del escrutinio de mesa a cargo de los jurados de votación y los E-24 “municipal/distrital”, los resultados del escrutinio con la sumatoria de los puestos de votación (compuestos en su mayoría de varias mesas), entonces, las cifras no serían comparables ya que no reflejan la misma información. Se insiste: el primero, E-14, contiene información de las mesas, y el segundo, E-24 “municipal/distrital”, datos de las zonas donde no es posible establecer los votos de cada una de las mesas que componen cada puesto que a su vez pertenecen a cada zona”.

(...)

“(...) la experiencia ha demostrado que a pesar de que exista el deber legal de que los dos ejemplares del formulario E-14 sean iguales en su contenido, con frecuencia ocurre que ello no siempre es así. Esas divergencias complejizan el examen del cargo de falsedad por diferencias injustificadas entre los formularios E-14 y E-24. En tal sentido, la comparación entre tales documentos solo es posible una vez se ha definido el E-14 que tiene mayor mérito probatorio.

(...) indicó la Sala que el formulario E-14 Claveros prevalece siempre que al momento de analizar el cargo se encuentren diferencias con el E-14 Delegados. Igualmente, se estableció que solo en caso de no contar con el E-14 Claveros, es posible que el juez de lo contencioso electoral tenga en cuenta para el examen los datos reportados en el formulario E-14 Delegados que, conforme a lo previsto en el artículo 142 del C.E. (Mod. Lev 6/90 Art. 12), ostenta la presunción propia de los documento públicos en materia de igualdad y validez”.

(...)

“la Sala estableció que el Tribunal sí “comprobó” la documentación electoral a fin de establecer si se incrementaron votos a favor del demandado o disminuyeron en perjuicio del accionante, resta concluir que no le asiste razón al recurrente, por ende, ningún juicio adicional sobre tales cargos se amerita de parte de este juez de lo contencioso electoral, de manera que el examen que efectuó el juez de primera instancia se debe mantener incólume.

De otra parte, a esta altura para la Sala resulta relevante indicar que no es cierto, como lo indicó el apoderado del demandado en su escrito de alegatos, que el Tribunal hubiese realizado un examen parcial de los cargos alegados por el accionante de falsedad por diferencias injustificadas entre formularios E-14 y E-24. Así, la totalidad de mesas señaladas en la demanda, salvo una (1) que fue la que revisó la Sala en esta providencia bajo el punto 4.2.2.1.- de esta parte considerativa, fueron analizadas por el Tribunal.”

(...)

“aunque es cierto que la falsedad en los documentos de escrutinio afecta la verdad electoral, lo cierto es que el análisis que se haga en tal sentido solo puede traer una consecuencia general derivada del proceso jurisdiccional: la nulidad del acto de elección. En este sentido, se recuerda que, en primer lugar, los procesos de nulidad electoral donde se alegan causales de naturaleza objetiva, como la falsedad en los registros electorales, tienen como propósito que se declare la ilegalidad de la elección y no, necesariamente, la de los documentos electorales mismos.

Y segundo, los documentos electorales del escrutinio contienen la información de toda la votación, esto es, reflejan la voluntad del electorado como manifestación del principio democrático. Por ende, al encontrar como consecuencia de una demanda de nulidad electoral que ciertos datos son falsos, no puede el juez de lo contencioso, automáticamente, concluir en que todos los escrutinios y las actas que reflejan tal proceso son igualmente artificiales.

Es por ello que jurisprudencialmente, en desarrollo del mandato contenido en el numeral 3º del artículo 1º del Código Electoral¹, se ha dado observancia al principio de la eficacia del voto en el resultado de las votaciones.”

(...)

“Este asunto, sin mayores elucubraciones, permite a la Sala concluir que el estudio realizado por el Tribunal, en tanto determinó que no existió incidencia en la legalidad del acto de elección, tampoco debía afectar el principio democrático.”

(...)

No sobra indicar que evidenciada la falsedad en materia electoral, ello podría resultar de suma relevancia dentro de procesos de responsabilidad penal o disciplinaria. En tal medida, recuerda la Sala, con el propósito de que se investiguen las conductas que pudieron dar lugar a ello, fue que el Tribunal en la decisión de primera instancia proferida dentro de este proceso optó por remitir copias de los documentos a las autoridades correspondientes para que dentro del marco de sus competencias legales y constitucionales, verifiquen tales cuestiones.”

Decisión: CONFIRMAR la sentencia de 1º de septiembre de 2016, proferida por el Tribunal Administrativo de Norte de Santander.

DEVOLVER al Tribunal de origen para lo de su cargo.

1 Dice la norma en lo pertinente: “ARTICULO 1o. El objeto de este código es perfeccionar el proceso y la organización electorales para asegurar que las votaciones traduzcan la expresión libre, espontánea y auténtica de los ciudadanos y que los escrutinios sean reflejo exacto de los resultados de la voluntad del elector expresada en las urnas.

En consecuencia, el Consejo de Estado, el Consejo Nacional Electoral y, en general, todos los funcionarios de la organización electoral del país, en la interpretación y aplicación de las Leyes, tendrán en cuenta los siguientes principios orientadores:

(...)

3. Principio de la eficacia del voto. Cuando una disposición electoral admita varias interpretaciones, se preferirá aquella que dé validez al voto que represente expresión libre de la voluntad del elector.

(...).

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

LUCY JEANNETTE BERMÚDEZ BERMÚDEZ
Presidenta

ROCÍO ARAÚJO OÑATE
Consejera de Estado
CARLOS ENRIQUE MORENO RUBIO
Consejero de Estado
ALBERTO YEPES BARREIRO
Consejero de Estado
Aclara Voto

Aclaración de voto del consejero Alberto Yepes Barreiro

Asunto: Agotamiento del requisito de procedibilidad en materia electoral.

Extracto: *La Sala, mediante auto de 28 de enero de 2016, por decisión mayoritaria sentó su posición respecto de la exigibilidad al agotamiento del requisito de procedibilidad, la cual no comparto por las razones que tuve la oportunidad de exponer en el respectivo salvamento de voto.¹*

Sin embargo, manifiesto que respeto y acato el precedente sentado en el auto de 28 de enero de 2016, el cual es acogido en el presente caso al exigirse el agotamiento del requisito de procedibilidad respecto de la causal de nulidad electoral dispuesta en el numeral 3º del artículo 275 del C.P.A.C.A., con la advertencia de que mi posición personal respecto de esta materia se encuentra plasmada en el salvamento de voto en comento.

Fecha ut supra,

* * *

CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCIÓN QUINTA

Consejera ponente: LUCY JEANNETTE BERMÚDEZ BERMÚDEZ

Bogotá, D.C., veinticuatro (24) de noviembre de dos mil dieciséis (2016)

Radicación número: 76001-23-33-000-2015-01577-02

Actor: GEIMI BELTRÁN FERNÁNDEZ

Demandado: ALBEIRO ECHEVERRY BUSTAMANTE - CONCEJAL DE CALI

Asunto: Aplicación de la inhabilidad del numeral 4º del artículo 43 de la Ley 136 de 1994, modificada por el artículo 40 de la Ley 617 de 2000. Prueba de la posesión en un cargo.

Extracto: *La Sala considera que la prueba de oficio no es evento de decreto probatorio a disposición de la postulación de las partes, pues es facultad potestativa del operador jurídico al utilizar la expresión “podrá” y con un propósito focalizado y único que la “considere necesarias para el esclarecimiento de la verdad”, conforme al artículo 213 del CPACA.*

En este tema de la prueba de oficio, de interés resulta observar las dos aristas del por qué la prueba de oficio, fue redactada en el CPACA quedó como un híbrido entre la oficiosidad, la carga probatoria

¹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta. Radicación 6300123330002015-00318-01. Salvamento de voto del auto de 28 de enero de 2016.

a cargo de los sujetos procesales y el propósito misional del operador jurídico de esclarecer la verdad, sin vulnerar la rogación como característica de la jurisdicción de lo Contencioso Administrativo y la presunción de legalidad que cobija al acto administrativo y al acto electoral.

(...)

En ejercicio de esta potestad judicial, encontrándose el proceso para fallo y como se sintetizó en los antecedentes de esta decisión, mediante auto de mejor proveer de la Sala de 27 de octubre de 2016, el cual reposa en folios 553 a 569 del cuaderno 2, se ordenó la práctica, con fines de incorporación probatoria de las pruebas digitales referidas en el literal e) anterior y con éstas se completó el vademécum probatorio con base en el cual se analiza este proceso.

(...)

(...) el documento electrónico tiene la misma capacidad probatoria e importancia que cualquiera otro medio de prueba y, como tal, está sometido a los mismos presupuestos probatorios que se exigen para poder valorar la prueba documental, se hace referencia a aspectos como la autenticidad, que alude a la autoría de quien proviene y a la certeza de su contenido. Le es predicable, por ende, el calificativo de documento electrónico público o privado dependiendo de su origen, pues en efecto, “el documento electrónico, se aporta al proceso y tiene entidad propia. No es necesario apuntalarlo desde el principio con otra prueba, como la prueba pericial. Otra cosa es que se impugne y sea necesario averiguar si fue adulterado o no”². Así mismo, su decreto y práctica corren la misma dinámica de la incorporación probatoria de cualquier medio probatorio, sólo que conforme a sus características propias de provenir o estar contenido en medio electrónico, digital o virtual.

(...)

Encuentra la Sala que en la memoria USB y en la copia imborrable del CD adjunto, que obran a folio 595 del cuaderno 2, aparece el video de la posesión de la referida señora, el cual incluso se advierte en acto público con la presencia de muchas personas y empieza con la mención exacta del cargo a desempeñar en calidad de Secretaria de Comercio y Turismo del Departamento del Valle y la toma del juramento a la funcionaria, quien se observa suscribe documento e incluso manifiesta sus propósitos al vincularse en el cargo y trabajar de la mano del entonces Gobernador del Valle Ubeimar Delgado Blandón.

En efecto, por ser un documento representativo, de pública observancia en un archivo digital, la Sala ha verificado desde el enlace respectivo, que corresponde a la Gobernación del Valle, intitulado “Bien hecho”, y que en éste reposa dicha reproducción visible en las informaciones del lunes 25 de mayo de 2015 y que fue duplicada en la USB y en el CD que se mencionan, obrantes en folio 418 del cuaderno principal del expediente del Tribunal y que se solicitará, para el efecto de compulsas de copias a las autoridades penales, que la Secretaría de la Sección Quinta con apoyo en la oficina de soporte custodie copia de dicha reproducción en video con la respectiva certificación de que fue obtenida desde el archivo original.”

(...)

Pues es innegable que la información del medio audiovisual es o fue cobonestado, apoyado, aceptado y colgado por la propia Gobernación Departamental.

Ahora bien, se encuentran en tensión los medios probatorios digital o electrónico con los documentales vertidos en actos administrativos, la Sala se refiere a la revocatoria del nombramiento en el que clara-

2 “El documento electrónico y su alcance probatorio”. Conferencia del dr. Jairo Parra Quijano. Universidad Externado de Colombia. Departamento de Informática Jurídica y Dirección de Posgrados. Facultad de derecho. I Convención Internacional de Derecho Informático, Documentación y Documento Electrónico. Octubre 18, 19 y 20 de 2006.

mente se indica que Echeverry Rodríguez no aceptó el nombramiento y, por ende, no se posesionó y, las distintas certificaciones y constancias del departamento de Recursos Humanos.

Conforme a lo visto en la parte de explicación del valor probatorio del medio electrónico, la Sala encuentra que este también proviene de la Gobernación del Departamento del Valle, solo que es representativo, pero con la misma fuerza de convicción y validez que sus homólogos escritos. Nada diferente, puede concluirse de cara a las normas que dan totalmente validez para efectos probatorios a los medios electrónicos, en tanto responde a parámetros de integridad, completitud e inalterabilidad en su génesis o generación, por su proveniencia, su autenticidad y confiabilidad –lo que no sucedía con las noticias de prensa de los medios de comunicación privados que motivaron la confirmación en la denegatoria de la medida cautelar-. Tanto así que ahora se pretende en las postulaciones argüir que eso es un acto protocolario mas no formal.

(...)

*La Sección Quinta, lo que observa es que existe una realidad transgresora incluso del deber procesal que se predica de los sujetos procesales y de los servidores públicos que remitieron documentos al proceso al ser requeridos por el operador jurídico y otros que ya no estando suscribieron actos que tergiversaron la realidad de los acontecimientos, no solo la del proceso sino la de la mayoría de la comunidad, que al emerger el medio electrónico de prueba, se busca matizar con la expresión de que el “protocolario acto” de posesión no es el “formal acto” de posesión, para así contrastarlo en su fuerza de convicción de cara al hecho de la posesión de **Jéssica Echeverry**, que fue visto, publicado, entendido por sendos medios de comunicación y que materializó el hecho de que era la Secretaria de Turismo y Comercio Departamental.*

*Así que no solo faltaron a la verdad sino que alteraron la realidad de los fundamentos fácticos, que en principio inclinaban la balanza en el convencimiento del juez, de que la señora **Echeverry Rodríguez** nunca se posesionó **ni protocolaria ni formalmente** -para utilizar las mismas expresiones del demandado- en el cargo, dando a entender que si bien fue nombrada al no haber aceptado el cargo, se revocó el nombramiento y nunca fungió como Secretaria Departamental, la Sala encuentra que el factor de desempeño en cargo público con autoridad, que consagra el artículo 43 de la Ley 136 de 1994 modificado por el artículo 40 de la Ley 617 de 2000, por parte del pariente que inhabilita al elegido, se encuentra acreditado.*

(...)

Así las cosas, y en cumplimiento del deber legal de denuncia, la Sección Quinta, considera que en ejercicio de sus funciones como operador de la nulidad electoral, conoce de presuntas conductas punibles que remitirá a la autoridad penal y disciplinaria, que investiguen los hechos que se analizaron.

Decisión: REVÓCASE la sentencia denegatoria de pretensiones proferida el 14 de julio de 2016 por el Tribunal Administrativo del Valle del Cauca. En consecuencia:

DECLÁRASE la nulidad del E-26CON de 2 de noviembre de 2015, en cuanto declaró elegido al señor ALBEIRO ECHEVERRY BUSTAMANTE, en calidad de Concejal Municipal de la ciudad de Santiago de Cali. Esta nulidad implica la cancelación de la respectiva credencial, de conformidad con el artículo 288 del CPACA.

COMPÚLSESE copias autenticadas, a las autoridades penales y disciplinarias y contra la ética profesional, de esta providencia junto con copias de los soportes documentales que custodia la Secretaría, para que investiguen los posibles hechos punibles, disciplinarios y profesionales, tal y como se explicó en consideraciones de este fallo, concretamente frente a los señores: FABIAN ALEXANDER CABAL AGUILAR, quien en calidad de Subsecretario de Recursos Humanos de la Gobernación del Valle del Cauca, el entonces, Gobernador del Valle UBEIMAR DELGADO BLANDÓN. Igualmente, en caso de encontrar que al demandado ALBEIRO ECHEVERRY BUSTAMANTE o a su apoderado judicial RAIMUNDO ANTONIO TELLO BENÍTEZ.

COMUNICAR esta decisión a la mesa directiva del Concejo Municipal de Santiago de Cali y al Partido Conservador Colombiano para lo de su competencia.

Contra esta decisión NO PROCEDE recurso.

Lucy Jeannette Bermúdez Bermúdez

DEVOLVER el expediente al Tribunal de origen.

LUCY JEANNETTE BERMÚDEZ BERMÚDEZ
Presidenta

ROCÍO ARAÚJO OÑATE
Consejera de Estado
CARLOS ENRIQUE MORENO RUBIO
Consejero de Estado
ALBERTO YEPES BARREIRO
Consejero de Estado

* * *

CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCIÓN QUINTA

Consejera ponente: LUCY JEANNETTE BERMÚDEZ BERMÚDEZ

Bogotá D. C., veinticuatro (24) de noviembre de dos mil dieciséis (2016)

Radicación número: 11001-03-28-000-2016-00010-00

Actor: ÁLVARO DE JESÚS MOLINA PABÓN

Demandado: EDUARDO IGNACIO VERANO DE LA ROSA – GOBERNADOR DEL ATLÁNTICO

Asunto: Nulidad electoral por violencia y diferencias injustificadas entre formularios E14 y E24.

Extracto: *Visto el cuerpo y contenido de la solicitud, la Sección Quinta observa que el actor expuso unos hechos que no fueron precisados frente a las mesas que pretendía cuestionar, puesto que no especificó la ubicación de las mismas mediante las referencias de zona y puesto.*

*Se afirma de esa forma por la Sala Electoral, porque el Acta de Escrutinio de la Comisión Escrutadora Auxiliar 2 de Sabanalarga, tuvo a su cargo el conteo cualificado o escrutinio de **74 mesas en total**, así que en censuras de violación del debido proceso, del derecho de contradicción o de transgresión al principio de la doble instancia, cuando se está frente al escrutinio de las mesas, debe precisarse e individualizarse, pues cada mesa tiene su propia dinámica, incluso desde la época preelectoral mediante su propio censo de mesa (E-10), la relación de personas aptas para votar o registro general de votantes (E-11¹), sus propios formularios e incluso sus propios jurados de votación.*

3.1.4.2. *La mayoría de las mesas censuradas por la parte actora, dentro de la circunscripción municipal de Sabanalarga, no encuentran soporte probatorio a favor de las disertaciones del accionante, que conlleven a la Sección Quinta a tener por ciertas las irregularidades afirmadas en la demanda.*

En ello quiere hacer claridad la Sala Electoral, pues analizadas todas las pruebas obrantes en el proceso, y que se recuerda fueron decretadas en la audiencia inicial, en la cual las partes participaron, no se encuentra probanza que permita evidenciar el dicho del actor, pues el acto electoral –sea preparatorio o definitivo– goza de la presunción de legalidad del acto administrativo, que implica que quien quiera anularlo es quien debe propender por acreditar, en este caso, ante el juez de la nulidad electoral, la razón de sus censuras.

*En la realidad de los hechos, la Comisión Escrutadora Auxiliar deja claro que en el **preconteo**, realizado se realiza conforme al artículo 163 ibidem, al iniciarse el escrutinio en la Comisión Escrutadora, el funcionario de la Registraduría, quien funge como secretario de la respectiva Comisión, procede a abrir los sobres que contienen las tarjetas electorales y se dejan las constancias en el E-23 y en el acta*

1 Conforme al artículo 134 del Código Electoral, el E-11 es el registro general de votantes.

general, del estado de los sobres, el término de recibo, las condiciones del E-14 (tachaduras, enmendaduras o borrones), cotejó oficioso tendiente a verificar la exactitud o diferencias de las cifras obtenidas, si las actas están firmadas por el número mínimo de jurados requerido.

Pues es precisamente en este estadio del proceso administrativo electoral, que la Comisión Escrutadora Auxiliar subsana la situación, encontrando además y en forma consecuencial el error aritmético, cuya consecuencia jurídico-práctica es proceder a su corrección (véase artículo 192-11 del C.E.), como en efecto, lo hizo.

Se advierte entonces que las actuaciones de la Comisión Escrutadora Auxiliar estuvieron acorde al Código Electoral y, por ende, no se advierte que se haya incurrido ni en violación a los derechos al debido proceso, derecho de defensa ni principio de la doble instancia, razón por la cual no encuentra recibo a la censura de la parte actora.

De tal suerte que por otra parte, en cuanto a la censura de que se coartó el principio de la doble instancia, al no haberle concedido recurso de alzada a la decisión, la Sala encuentra que en efecto, en el contenido del auto referido así se manifestó por parte de la Comisión Escrutadora.

Lo cierto es que el escrutinio que recae sobre el Gobernador de un Departamento, la declaratoria de la elección corresponde a la Comisión Escrutadora Departamental o General, así que las impugnaciones contra las decisiones que emitan las Comisiones Escrutadoras son susceptibles de apelación ante la que le sigue dentro de la logística electoral, tal y como lo prevé el artículo 166 del Código Electoral.

La Sección Quinta, como operador jurídico de la nulidad electoral, considera como ya se explicó, que la sustancialidad de la reclamación en su postulación fue errada, razón por la cual el rechazo de plano que de ella hiciera la Comisión fue la decisión adecuada, siendo inane vulnerar dicho acto en su legalidad, así como el trámite pos decisión de no remitir la apelación.

(...) se aprecia que al demandante no se le violó el derecho al debido proceso, pues como se evidencia a lo largo del proceso, ejerció su derecho de audiencia y defensa, toda vez que las Comisiones Escrutadoras de Sabanalarga en audiencia pública atendieron las reclamaciones presentadas y sobre las cuales hubo decisión por parte de las mismas”.

3.2. Cargo segundo: Nulidad electoral por violencia - Artículo 275 numeral 2. CPACA

Se tiene entonces que desde el año 1992² hasta la fecha el desarrollo jurisprudencial muestra como evolucionaron los hechos que se podía catalogar como violencia, por ejemplo no se declaraba la nulidad por hechos violentos contra electores, por no estar prestablecido como causal de nulidad en la Ley, en otras ocasiones no se declaraba la nulidad porque no se demostraron hechos físicos de violencia³, estos conceptos a través de los años fueron transformándose, es así que se comenzó aceptar como causal de nulidad la violencia física o psicológica⁴. En el año 2002 hubo un giro importante en cuanto a la violencia, puesto que se incluyó como causal de nulidad la violencia contra los electores⁵ en concordancia con el artículo 40 del Estatuto Superior, que fue la garantía a todos los ciudadanos de elegir y ser elegidos.

Dentro de esta evolución, la Sala en sentencia del año 2005⁶, dio una aplicación más amplia a la violencia, en la que estableció que “la violencia, cualquiera que fuera su forma, para provocar la nulidad de la elección, además de su incidencia en el resultado electoral, se debe ejercer “... con la finalidad de alterar o manipular el resultado electoral; pues si de violencia sobre los escrutadores se trata, ella (...)

2 C. P. Luis Eduardo Jaramillo Mejía, rad. 0811, demandado: ALCALDE DE ANCUYA.

3 C. P. Mario Alario Méndez, rad. 1399, demandado: ALCALDE DE ARBBOLETE.

4 C. P. Roberto Medina López, rad. 05001-23-31-000-2000-4427-01, demandado: ALCALDE DE TURBO.

5 C. P. Darío Quiñones Pinilla, rad. 27001-23-31-000-2001-0641-01, demandado: ALCALDE DE MEDIO BAUDÓ.

6 C. P. María Nobemí Hernández Pinzón, rad. 08001-23-31-000-2003-02943-01, demandados: CONCEJALES DE MALAMBO.

debe dirigirse a doblegar la voluntad de la comisión de escrutadores, mutando el auténtico resultado electoral...”

*Es decir para configurar este cargo se requiere que se acrediten los siguientes presupuestos para que se declare la nulidad de una elección: “(…), la ocurrencia del hecho violento (aspecto objetivo) con la afectación de la voluntad de quien es violentado (aspecto subjetivo) y/o la vulneración de la existencia física de los elementos electorales (aspecto físico o material), en concurrencia con la modificación del resultado electoral (aspecto consecuencial) son los presupuestos que deben acreditarse cuando se pretenda anular el acto de elección con base en hechos de violencia”.*⁷

Con fundamento en las anteriores consideraciones, la Sala observa que el cargo de violencia no cumple con los criterios esbozados, puesto que la violencia generada en los escrutinios del municipio de Ponedera no afectó los resultados electorales, por lo que dicho cargo no está llamado a prosperar.

3.3. Cargo Tercero: Diferencias injustificadas entre formularios E-14 y E-24.

Está causal de nulidad ha sido analizada por la Sala en fallo de 29 de agosto de 2010⁸, en el que se explicó en que situaciones se ve afectada la verdad electoral señalando que ello ocurre, “cuando en los distintos documentos electorales se registran votos que (i) física o (ii) jurídicamente no existen, como cuando en tales documentos se inventan o se fabulan votos o cuando se computan éstos - los votos -, no obstante que se hallan relacionados en registros no válidos”

(...) siendo un cargo objetivo de incidencia particular, es viable analizarlo desde la votación obtenida por quienes están en la contienda. De tal suerte, que el interesado además de precisar la mesa mediante la determinación exacta de la ubicación, la zona y el puesto y de acreditar el agotamiento del requisito de procedibilidad por tratarse de un hecho constitutivo de falsedad electoral (art. 161-6 del CPACA y parágrafo del art. 237 Superior), está obligado a cumplir con los siguientes requisitos: i) especificar frente a cuáles formularios es que presenta disconformidad; ii) precisar los candidatos sobre los que advierte el diferencial y a cuál de los partidos o movimientos políticos pertenecen y iii) determinar la diferencia numérica de votos, esto con el fin de que el operador de la nulidad electoral evidencie si la alegación del interesado tendrá incidencia en el resultado total y definitivo de los escrutinios al punto de mutar el resultado de la elección, de cara a la aplicación del principio de la eficacia del voto.

*En el caso concreto, el actor si bien invocó como causa subyacente de la diferencias entre E-14 y E-24 a los hechos constitutivos de violencia, que como ya se vio no fue acreditada, ante esa orfandad probatoria, el análisis siguiente era enfocarse en el cargo de diferencias entre E-14 y E-24, el cual devino en imposible de estudio porque el actor, por una parte, no fue claro en indicar quiénes eran los candidatos en contienda ni a qué partido pertenecían, tan solo mencionó al demandado y, por otra, **no precisó la diferencia de las votaciones**, omisiones que no pueden ser subsanadas por el juez de la nulidad electoral porque el yerro proviene de la postulación de la censura por el interesado.*

Decisión: NEGAR las pretensiones de la demanda de nulidad electoral presentada, por el señor ÁLVARO DE JESÚS MOLINA PABÓN contra el acto declaratorio de elección del señor EDUARDO IGNACIO VERA-NO DE LA ROSA en calidad de Gobernador del Departamento del Atlántico (2016-2019), contenido en el E-26GOB de la Comisión Escrutadora Departamental, generado el 19 de noviembre de 2015.

Contra la presente providencia NO PROCEDE recurso alguno.

ARCHIVAR el expediente una vez quede en firme el fallo.

7 Consejo de estado. Sección Quinta. Rad. 2012-00011-01. C.P. Lucy Jeannette Bermúdez Bermúdez, demandado: ALCALDE DE PEREIRA.

8 Consejo de estado. Sección Quinta. Rad. 2012-00050-00 sentencia de 29 agosto de 2012. M.P. Mauricio Torres Cuervo

LUCY JEANNETTE BERMÚDEZ BERMÚDEZ
Presidenta

ROCÍO ARAÚJO OÑATE
Consejera de Estado
CARLOS ENRIQUE MORENO RUBIO
Consejero de Estado
ALBERTO YEPES BARREIRO
Consejero de Estado

* * *

**CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCIÓN QUINTA**

Consejera ponente: LUCY JEANNETTE BERMÚDEZ BERMÚDEZ

Bogotá D.C., primero (1) de diciembre de dos mil dieciséis (2016)

Radicación número: 73001-23-33-000-2016-00079-03

Actor: ARLID MAURICIO DEVIA MOLANO

Demandado: JULIAN ANDRÉS PRADA BETANCOURT - PERSONERO MUNICIPAL DE IBAGUÉ PARA EL PERÍODO 2016-2019

Asunto: Confirma nulidad del acto de elección – inhabilidad por celebración de contratos aplica a personeros elegidos por concurso de méritos. Causal de inhabilidad contemplada en los artículos 174 literal g) y 95 numeral 3º de la Ley 136 de 1994 modificado por el art. 37 de la Ley 617 de 2000.

Extracto: *Más allá de lo atractivo que resulta el planteamiento de los apelantes en torno a la inaplicación de la inhabilidad por; presuntamente, resultar innecesaria en razón del concurso de méritos, es lo cierto que al juzgador concierne aplicar las normas constitucionales y legales, y en este caso en particular las consignadas en el artículo 174 de la Ley 136 de 1994 y aquellas del artículo 95 ejusdem, en lo que le sean compatibles, en la elección de Personero Municipal, por tratarse de normas que se presumen legales y que resultan acordes con el ordenamiento jurídico mientras no se demuestre lo contrario; lo cual, valga decir, no ocurre en este caso, pues los apelantes no brindaron los insumos suficientes para que esta Sala pudiera concluir que aquella resulta contraria al orden constitucional vigente.*

Siguiendo los planteamientos de la Sección, la derogatoria tácita sólo puede ser el fruto de una regulación íntegra de la materia o provenir de la expedición de una norma especial sobre la materia, guardando armonía con el apotegma de que la norma especial prefiere a la general.

La derogatoria tácita por regulación íntegra de la materia queda de plano descartada, ya que la Ley 1551 de 2012 no se expidió para regular el régimen de inhabilidades para alcaldes, concejales y personeros municipales, según su objeto se trató de una ley que busca “modernizar la normativa relacionada con el régimen municipal, dentro de la autonomía que reconoce a los municipios la Constitución y la ley, como instrumento de gestión para cumplir sus competencias y funciones.”; así, es palmaria la inexistencia de identidad temática entre esta ley y la Ley 136 de 1994, razón que de suyo fundamenta la consideración de no tratarse de una norma que in integrum regule el tema de las inhabilidades en cita.

Por lo que es dable concluir que el régimen de inhabilidades de personeros municipales, contenido en la Ley 136 de 1994 aún está vigente en el nuestro ordenamiento jurídico siendo posible y por demás imperiosa su aplicación en el caso concreto; máxime cuando no resultan incompatibles, en la medida en que es potestativo del legislador establecer y suprimir las inhabilidades, que son situaciones que buscan garantizar el recto funcionamiento de los distintos órganos del Estado, y entre otros aspectos, la transparencia, la igualdad y la probidad en la provisión del empleo público.

Así las cosas, es claro que, aún en el evento en que se evaluara la posibilidad de inaplicar la causal de inhabilidad endilgada al demandado en razón de elementos teleológicos, ello tampoco podría tener alguna vocación de prosperidad, pues, siendo el fin de la causal de inelegibilidad en cuestión garantizar la igualdad de oportunidades entre los aspirantes al cargo de Personero Municipal¹, impidiendo que se puedan producir ventajas en razón del aprovechamiento de recursos públicos en razón de la celebración de un contrato, es claro que la configuración del mencionado concurso no logra disipar el desequilibrio que podría generar la influencia del contratista respecto de la voluntad del respectivo concejo municipal, bien sea en las fases previas al concurso –direccionamiento– o en la designación misma –favorecimiento–, independientemente de quien lleve a cabo el concurso, pues la celebración de convenios interadministrativos para sus ejecución no despoja a la duma municipal de dicha atribución.

6. Configuración de la causal de inhabilidad electoral en el acto de elección atacado

De acuerdo con su tenor literal, la inhabilidad alegada exige que el contrato en cuestión “deba ejecutarse o cumplirse en el respectivo municipio”, lo que, a primera vista, supone que el contrato que configura la inhabilidad es aquel celebrado para ser ejecutado en el municipio correspondiente, con independencia del lugar en que, efectivamente, se ejecute o cumpla la prestación debida.

Por lo que, según esta premisa, es evidente que la mencionada exigencia no resulta confusa en aquellos casos en que el lugar pactado como de ejecución del contrato concuerda con aquel en que efectivamente tiene lugar el cumplimiento de las obligaciones contractuales; situación que, como es razonable, corresponde al escenario en que normalmente se debe desarrollar cualquier relación contractual. Sin embargo, no en todos los casos es de recibo tal presunción, sino únicamente en aquellos en que no se discute la coincidencia de lugares anotada.

Así las cosas y siguiendo la postura de la Sección, para entender configurado el presupuesto territorial de la causal de inhabilidad prevista en el literal g) del artículo 174 de la Ley 136 de 1994, en aquellos eventos en que no sea posible presumir que el lugar en donde efectivamente se ejecutó el contrato corresponde al previsto para ello, será suficiente comprobar que el lugar convenido por las partes para la ejecución de las obligaciones contractuales es el municipio para el cual se hizo la elección.

Ahora bien, no hay duda de que las pruebas oportunamente aportadas al proceso dan cuenta de que el contrato de prestación de servicios número 901 de 5 de junio de 2015 se celebró para ser ejecutado, entre otros, en el Municipio de Ibagué, “sin perjuicio de que en forma excepcional el contratista deba trasladarse en cumplimiento de su objeto contractual a otras ciudades y/o municipios. Para todos los efectos judiciales y extrajudiciales, las partes declararan la ciudad de Ibagué – Departamento del Tolima como su domicilio contractual”², esto es, se celebró para ser ejecutado, principalmente, en el Municipio donde resultó elegido el demandado”.

Decisión: CONFIRMAR la sentencia de 23 de mayo de 2016 dictada por el Tribunal Administrativo del Tolima.

DEVOLVER el expediente al Tribunal de origen para lo de su competencia.

ADVERTIR que contra esta providencia no procede recurso alguno.

1 C. P. Alberto Yepes Barreiro, rad. 50001-23-31-000-2011-00688-01, demandado: DIPUTADO DE GUAINÍA. En el mismo sentido, se pueden consultar las sentencias de esta Sección: (i) C. P. Susana Buitrago Valencia, 19 de febrero de 2009, rad. 13001-23-31-000-2007-0700-00, Demandado: ALCALDE DE MAGANGUÉ; (ii) C. P. Susana Buitrago Valencia, 14 de febrero de 2013, rad. 68001-23-31-000-2012-00115-01, demandado: PERSONERO DE BUCARAMANGA; (iii) “en igual sentido, las sentencias 2143 de 11 de febrero de 1999 y de 24 de agosto de 2001, radicación 2583, así como los fallos de 3 de septiembre de 1998 y de 11 de febrero de 1999, Radicados 1954 y 2143, Consejeros Ponentes, Doctores Miren de la Lombana de Magyaroff y Oscar Aníbal Giraldo Castaño, respectivamente”.

2 Contrato visible a folios 48-54

LUCY JEANNETTE BERMÚDEZ BERMÚDEZ
Presidenta

ROCÍO ARAÚJO OÑATE
Consejera de Estado
Salva Voto

CARLOS ENRIQUE MORENO RUBIO
Consejero de Estado
ALBERTO YEPES BARREIRO
Consejero de Estado

Salvamento de voto de la consejera Rocío Araújo Oñate

Asunto: Manifiesta su disenso por cuanto la inhabilidad aplicada fue derogada por la Ley 1551 de 2012.

Extracto: *“Considero que no había razón jurídica para anular el acto de elección del personero de Ibagué porque la inhabilidad invocada no hace parte ya del ordenamiento jurídico, por haber sido derogada tácitamente con la entrada en vigencia de la Ley 1551 de 2012.*

En efecto, la inhabilidad en cuestión fue establecida por el legislador en la Ley 136 de 1994, época para la cual la elección de personeros municipales era facultad discrecional de los respectivos concejos municipales, de manera que resultaba perfectamente razonable y proporcionada la consagración de este instrumento para evitar que contratistas que pudieran tener una posibilidad concreta de influencia en el nivel territorial específico llegaran así a impulsar su propia candidatura a la personería, en detrimento de los principios de transparencia y moralidad que rigen la función pública.

En otras palabras, si la finalidad de la inhabilidad prevista en el literal g) del artículo 174 de la Ley 136 de 1994 era evitar que por vía del contrato la persona pueda favorecer su aspiración posterior al cargo de personero, es evidente que dicha norma pierde sentido por completo con lo consagración del concurso de méritos en el artículo 35 de la Ley 1551 de 2012, porque por las estrictas normas que de acuerdo con la ley y la doctrina constitucional suponen la realización de un concurso de méritos, necesariamente ha de quedar neutralizada cualquier posibilidad concreta de influencia que pueda afectar la transparencia, que es el objeto de protección de tal inhabilidad.

(...) el criterio normativo fundamental de la derogatoria tácita es el de la incompatibilidad sustantiva de los contenidos normativos³, que es el que ocurrió en este caso, como se acaba de demostrar; y, en segundo lugar, porque la regla de prevalencia de la norma especial sobre la general es un criterio de interpretación, no de derogación⁴. Y si bien la otra norma que fija reglas de derogatoria⁵ se refiere a la especialidad, claramente lo hace para reforzar el criterio de que la derogatoria tácita ocurre por incompatibilidad, no simplemente por la especialidad.”

En los anteriores términos dejo expuesto mi salvamento de voto.

3 (Art. 71. Código Civil). “Es tácita, cuando la nueva ley contiene disposiciones que no pueden conciliarse con las de la ley anterior”.

4 (Art. 5. Ley 57 de 1887). “La disposición relativa a un asunto especial prefiere a la que tenga carácter general”.

5 (Art. 3. Ley 153 de 1887). “Estímase insubsistente una disposición legal por declaración expresa del legislador, ó por incompatibilidad con disposiciones especiales posteriores, o por existir una ley nueva que regula íntegramente la materia a que la anterior disposición se refería”. (Negrillas fuera del texto)

CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCIÓN QUINTA

Consejera ponente: LUCY JEANNETTE BERMÚDEZ BERMÚDEZ

Bogotá, D.C., primero (1) de diciembre de dos mil dieciséis (2016)

Radicación número: 15001-23-33-000-2016-00185-01

Actor: WILFREDO RAMIREZ CASTIBLANCO, FABIAN CAMILO MORANTES HIGUERA Y MARCELA NAVARRETE SEPÚLVEDA

Demandado: WILMER JAHIR SIERRA FAGUA - PERSONERO DEL MUNICIPIO DE SOGAMOSO BOYACÁ-PERÍODO 2016-2020

Asunto: Nulidad electoral - Segunda Instancia - Elección de personero por concurso de méritos y aplicación de la inhabilidad para los alcaldes establecida en el numeral 2 del artículo 95 de la Ley 136 de 1994, modificado por el artículo 37 de la Ley 617 de 2000.

Extracto: “(...) esta Sección concluye e insiste en que para el caso de los personeros se aplica, en principio, el régimen especial de inhabilidades establecidas en el artículo 174 de la Ley 136 de 1994.

En síntesis, de los argumentos citados se pueden derivar las siguientes premisas finales:

El literal “a)” del artículo 174 de la Ley 136 de 1994 que remite a las inhabilidades consagradas para los alcaldes para limitar la elección de los personeros no puede ser aplicado cuando exista una regla especial que haya definido la limitación aplicable a quienes aspiran a ser personeros.

Por esa razón el numeral 2 del artículo 95 de la Ley 136 de 1994, modificado por el artículo 37 de la Ley 617 de 2000, no es aplicable a los personeros, ya que estos tienen definida dentro del artículo 174 literal “b)” de la misma normativa una causal de inhabilidad soportada en haber desempeñado cierto tipo de función pública.

(...) esta Sección considera que en este caso la inhabilidad que puede ser aplicada a los personeros por haber ocupado un cargo dentro del servicio público, es la establecida en el literal “b)” del artículo 174 de la Ley 136 de 1994, lo que excluye la posibilidad de remitirse a las inhabilidades consagradas para los alcaldes, en razón a que como ya lo explicara este fallo, la norma especial conlleva la imposibilidad de remisión a otro dispositivo legal.

Lo anterior, en la medida en que sumar las normas de inelegibilidad que tienen origen en una misma situación conlleva a un planteamiento hermenéutico contrario a la interpretación estricta de los límites para hacer parte del servicio público.

Aunque dicha sentencia había definido las condiciones de aplicación de las inhabilidades de los personeros, esta Sala advierte que la situación que tuvo que abordar el Concejo de Sogamoso al momento de elegir a ese funcionario puede ser considerada un caso difícil, en la medida en que normativamente no estaban fijadas claramente las condiciones para derivar las causales de inelegibilidad.

Como se observa, las dos causales de inhabilidad citadas tienen componentes esenciales en común que hacen innecesario acudir a la remisión establecida en el literal “a)” del artículo 174 de la Ley 136 de 1994. En efecto, las dos restringen el acceso al cargo por el término de un año y las dos comprenden el haber ocupado un “empleo público” dentro del municipio. Lo anterior demuestra que el literal “b)” del artículo 174 sí regula de manera especial y completa la restricción aplicable al personero por haber hecho parte de la administración pública, por lo que no es necesario ni legítimo remitirse al régimen de inhabilidades del alcalde.”

Decisión: REVOCAR a sentencia del 24 de agosto de 2016, dictada por el Tribunal Administrativo de Boyacá, Sala de Decisión número 2 y, en su lugar, DECLARAR la nulidad de la elección del ciudadano

WILMER JAHIR SIERRA FAGUA como personero del municipio de Sogamoso para el periodo 2016-2019, contenida en el acta de sesión plenaria ordinaria número 008-2016, del 10 de enero de 2016.

DEVUÉLVASE el expediente al Tribunal de origen.

LUCY JEANNETTE BERMÚDEZ BERMÚDEZ
Presidenta

ROCÍO ARAÚJO OÑATE
Consejera de Estado
CARLOS ENRIQUE MORENO RUBIO
Consejero de Estado
ALBERTO YEPES BARREIRO
Consejero de Estado

* * *

CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCIÓN QUINTA

Consejera ponente: LUCY JEANNETTE BERMÚDEZ BERMÚDEZ

Bogotá, D.C., primero (1) de diciembre de dos mil dieciséis (2016)

Radicación número: 76001-23-33-000-2016-00056-01 - 76001-23-33-007-2016-00099-00

Acumulados

Actor: ALBENIS ZUÑIGA CURACA Y JAIME ANDRÉS AMU VALOY

Demandado: JUAN CARLOS ECHEVERRI RODRÍGUEZ - PERSONERO JAMUNDÍ, VALLE DEL CAUCA- PERIODO 2016-2020

Asunto: Fallo electoral de segunda instancia, niega pretensiones, reitera que en caso de reelección de personero no aplican las inhabilidades de los alcaldes. Artículo 174 de la Ley 136 de 1994, en concordancia con el numeral 2º del artículo 37 de la Ley 617 de 2000.

Extracto: “(...) la Sala manifiesta que dichos pronunciamiento se dictaron antes de la normativa que impuso el concurso de mérito para la elección de personero, pues datan de 27 de noviembre de 1998¹, 30 de noviembre de 2001², 7 de marzo de 2000³ y 7 de junio de 2002⁴.

Además en reciente sentencia⁵, esta Sección ya analizó y fijó su postura respecto de las inhabilidades, a las que alude la parte actora, endilgadas a los personeros que resultan reelegidos en virtud del concurso de méritos, partiendo de que la figura de la reelección no está legalmente prohibida, esto en virtud del artículo 1º de la Ley 1031 de 2006⁶.

(...)

(...) esta Sección valoró que en razón de la modificación de las circunstancias que anteceden la elección de los personeros municipales o distritales, quienes ahora deben superar las etapas y requisitos

1 Rad. 2103, C.P. Jorge Antonio Saade Marquez

2 Rad. 2001-0099-01, C.P. Reinaldo Chavarro Buriticá

3 Rad. S-069, C.P. Silvio Escudero Castro

4 Rad. 2001-0205-01, C.P. Mario Alario Méndez

5 Del 29 de septiembre de 2016, Rad. número 2016-00051-01, actor: Fernando Antonio Chacón Lebrún contra Personero de Barranquilla, C.P. Alberto Yepes Barreiro

6 Por la cual se modifica el período de los personeros municipales, distritales y el Distrito Capital

de un concurso público abierto de méritos, conllevan a que la inhabilidad en cuestión, establecida para los alcaldes que son elegidos por voto popular, no les aplique, esto en virtud del mérito y de los procesos en los que se evalúan objetivamente las competencias para desempeñar el cargo, a los aspirantes a personero no les son exigibles las mismas condiciones de elegibilidad establecidas, antes de la entrada en vigencia de la Ley 1551 de 2012¹”.

Decisión: CONFIRMAR la sentencia apelada que data del 23 de agosto de 2016, proferida por el Tribunal Administrativo del Valle del Cauca, de conformidad con las razones expuestas en la parte considerativa de la presente decisión.

DEVUÉLVASE el expediente al Tribunal de origen.

LUCY JEANNETTE BERMÚDEZ BERMÚDEZ

Presidenta

ROCÍO ARAÚJO OÑATE

Consejera de Estado

CARLOS ENRIQUE MORENO RUBIO

Consejero de Estado

ALBERTO YEPES BARREIRO

Consejero de Estado

* * *

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCIÓN QUINTA

Consejera ponente: LUCY JEANNETTE BERMÚDEZ BERMÚDEZ

Bogotá D.C., siete (7) de diciembre de dos mil dieciséis (2016)

Radicación número: 52001-23-33-000-2016-00016-0

Actor: GLADYS GRACIELA DELGADO PALACIOS, JULIO CÉSAR RIVERA CORTÉS Y DIEGO ALEXANDER ANGULO MARÍNEZ

Demandado: MARÍA EMILSEN ANGULO GUEVARA - COMO ALCALDESA DE TUMACO 2016-2019

Asunto: Fallo electoral de segunda instancia que confirma la nulidad de la elección de la señora MARÍA EMILSEN ANGULO GUEVARA como Alcaldesa de Tumaco para el período 2016-2019 por estar incurso en la inhabilidad contenida en el numeral 4 del artículo 37 de la Ley 617 de 2000, que modificó el artículo 95 de la Ley 136 de 1994.

Extracto: “(...) 8.3. *Asuntos previos*

8.3.1. La apelación presentada por el Consejo Nacional Electoral estuvo limitada por la supuesta falta de coherencia de la sentencia de primera instancia, en la medida en que ordenó, como consecuencia de la nulidad de la elección de la Alcaldesa, que la organización electoral efectuara un “nuevo escrutinio”. Sin importar la decisión final que sea tomada en esta providencia, es evidente que ese mandato fue modificado por el Tribunal a quo mediante auto del 15 de septiembre de 2016 en el que se dispuso que, en su lugar, se convoque a nuevas elecciones. Bajo esta condición, en la medida en que el fundamento del reparo ya no existe, no habrá lugar a emitir pronunciamiento sobre el mismo.

8.3.2. Por otra parte, el recurso presentado por la Registraduría Nacional del Estado Civil reitera su solicitud de desvinculación del proceso debido a la falta de legitimación en la causa por pasiva, ya que

1 “Por la cual se dictan normas para modernizar la organización y el funcionamiento de los municipios”.

esa entidad no profirió el acto demandado y no tendrá el deber de asumir ninguna responsabilidad en caso de que la sentencia del a quo sea confirmada.

Siguiendo los parámetros establecidos por esta Sala en procesos semejantes al presente² y atendiendo las pautas y deberes establecidos en la Ley 1475 de 2011, se evidencia que las funciones electorales de la RNEC son la verificación de requisitos formales³ y, en cuanto a las inhabilidades, su obligación se limita a obtener los certificados de inhabilidad que expiden las autoridades correspondientes, en los términos del artículo 33 de la Ley Estatutaria citada⁴. Por ende, se declarará probada la excepción de falta de legitimación en la causa por pasiva respecto de esa entidad.

En el expediente obra (fl. 31) la copia del formato E-26 ALC del 7 de noviembre de 2015, correspondiente a los resultados del escrutinio de las elecciones del 25 de octubre de 2015 en el municipio de Tumaco, en el que se declara la elección como Alcaldesa de esa ciudad a MARÍA EMILSEN ANGULO GUEVARA⁵. Ahora bien, teniendo en cuenta el artículo 95 numeral 4 de la Ley 136 de 1994 (modificado por la Ley 617 de 2000) se procederá a comprobar la existencia de la inhabilidad citada por los demandantes.

Cumplimiento del primer requisito de la inhabilidad: existencia de unión marital de hecho entre MARÍA EMILSEN ANGULO GUEVARA y JAIRO GUAGUA CASTILLO.

Frente a este elemento de la inhabilidad el apoderado de la demandada se limitó a afirmar que no fue probado el vínculo, en la medida en que la unión marital de hecho no ha sido declarada por alguno de los medios consignados en el artículo 4º de la Ley 979 de 2005, es decir, por escritura pública, acta de conciliación o sentencia judicial.

En contraste con ese argumento y siguiendo las pautas jurisprudenciales de la Corte Constitucional y de esta Corporación, se debe aclarar que la unión marital de hecho es una situación jurídica que surge a partir de la decisión libre de la pareja que decide constituir una familia a partir de una vida común. Su carácter informal ha sido reconocido en reiteradas oportunidades ya que su existencia depende de los actos desplegados por la pareja. La declaratoria citada por el apoderado de la demandada solo establece un mecanismo eminentemente potestativo para que, quienes lo deseen, puedan solemnizar su vínculo. Lo anterior no implica que ante la existencia de la convivencia, el proyecto de vida conjunto y el soporte mutuo, la unión deje de existir porque no ha sido declarada por alguno de los medios citados.

Sería contrario a la naturaleza constitucional de ese tipo de relación, el condicionar la existencia de los derechos y deberes de la pareja a la existencia del acto formal que echa de menos el apoderado de la demandada.

2 Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Quinta. Consejero Ponente: Rocío Araújo Oñate. Diez (10) de marzo de dos mil dieciséis (2016). Radicación número: 50001-23-33-000-2015-00625-01. Actor: JIMMY GUTIERREZ PINTO. Demandado: Concejal del Municipio de Villavicencio.

3 El artículo 32 de la ley mencionada ordena lo siguiente: “*Aceptación o rechazo de inscripciones.* La autoridad electoral ante la cual se realiza la inscripción verificará el cumplimiento de los requisitos formales exigidos para la misma y, en caso de encontrar que los reúnen, aceptarán la solicitud suscribiendo el formulario de inscripción en la casilla correspondiente.

La solicitud de inscripción se rechazará, mediante acto motivado, cuando se inscriban candidatos distintos a los seleccionados mediante consultas populares o internas, o cuando los candidatos hayan participado en la consulta de un partido, movimiento político o coalición, distinto al que los inscribe.

Contra este acto procede el recurso de apelación de conformidad con las reglas señaladas en la presente ley. En caso de inscripción de dos o más candidatos o listas se tendrá como válida la primera inscripción, a menos que la segunda inscripción se realice expresamente como una modificación de la primera.”

4 Artículo 33. *Divulgación.*(...) Dentro del mismo término las remitirá a los organismos competentes para certificar sobre las causales de inhabilidad a fin de que informen al Consejo Nacional Electoral, dentro de los tres (3) días hábiles siguientes a su recibo, acerca de la existencia de candidatos inhabilitados, en especial las remitirá a la Procuraduría General de la Nación para que previa verificación en la base de sanciones e inhabilidades de que trata el artículo 174 del Código Disciplinario Único, publique en su página web el listado de candidatos que registren inhabilidades.

5 Documentos que también fueron allegados autenticados por los Delegados del Registrador Nacional en Nariño, folios 239 y 240.

En lo que se refiere a la inhabilidad invocada por los demandantes, la norma exige que exista una “unión permanente” que no es otra cosa que la existencia de un vínculo capaz de crear familia a partir de una comunidad de vida permanente y singular, acompañada de trabajo, ayuda y socorro mutuos.

En este caso el vínculo alegado por los demandantes, es decir, la unión capaz de generar la inhabilidad consagrada en el artículo 95 de la Ley 136 de 1994, se encuentra probado por los siguientes medios:

Fue aceptado por las partes y se encuentra debidamente probado con el registro civil de nacimiento con el IS 50605451 y con el NUIP 1.087.194.237 (fl. 33), que la menor Laura Sofía Guagua Angulo, nacida el 29 de octubre de 2010, tiene como madre a MARÍA EMILSEN ANGULO GUEVARA y como padre a JAIRO GUAGUA CASTILLO⁶.

Adicionalmente existen las DECLARACIONES ante notario de Alex Jair Cifuentes Quiñones, Esmeralda Restrepo Sánchez, Maria Elena Rodríguez, John Wilson Guevara Portocarrero y Otto Antonio Quiñones Casanova, en las que en diferentes circunstancias aseguran conocer a la pareja conformada por MARÍA EMILSEN ANGULO GUEVARA y JAIRO GUAGUA CASTILLO, quienes son reconocidos como familia desde hace más de 5 años por convivir bajo el mismo techo y ser los padres de una niña (fls. 62 a 67). Varias de esas declaraciones fueron ratificadas a través de las audiencias de pruebas y allí se reiteró que la demandada exteriorizó en varias ocasiones que JAIRO GUAGUA era su pareja. Es importante referir que estas manifestaciones provienen de personas que han conocido a la demandada y al señor GUAGUA en diferentes circunstancias (amigos, compañeros de trabajo y vecinos), quienes advierten que como consecuencia de este proceso judicial ellos se distanciaron en apariencia pero que luego retomaron la relación para contraer matrimonio católico.

En la misma medida a partir de la solicitud de la demandada, se practicaron varias pruebas testimoniales que, en síntesis, permiten evidenciar que MARÍA EMILSEN y JAIRO son simplemente amigos y que se comportan de manera cariñosa debido a la hija que tienen en común. En varias ocasiones se explicó que aproximadamente desde 2012 terminaron la relación que sostenían desde la universidad pero que la retomaron al terminar el proceso de elección a la Alcaldía de Tumaco lo que culminó con el matrimonio católico. Estas declaraciones fueron tachadas por los demandantes debido a la subordinación con la demandada y el parentesco con el señor GUAGUA. Bajo los términos del artículo 211 del Código General del Proceso el a quo comprobó la existencia de los factores que afectan la credibilidad de estos testigos, sin que en la apelación se presentara algún argumento para desvirtuar esta inferencia por parte de la demandada.

*Adicionalmente, en los extractos de la declaración juramentada de bienes y rentas que se encuentran sin numerar con posteridad al folio 58, se puede notar que para el 1º de julio de 2013 el señor GUAGUA CASTILLO afirmó que su cónyuge era MARÍA EMILSEN ANGULO GUEVARA. A diferencia de la primera instancia, esta prueba será tenida en cuenta en la medida en que son **datos públicos** según lo consagra el artículo 3º, numeral 2 del Decreto 1377 de 2012 entre otros el estado civil de las personas, su profesión u oficio y su calidad de comerciante o de servidor público y, a diferencia de lo considerado por el actor ese dato no constituye información de carácter sensible⁷. En concordancia, en el anexo número 3 -cuaderno 4 del expediente se pueden apreciar los documentos correspondientes a la historia laboral de MARÍA EMILSEN ANGULO GUEVARA, allegados al expediente como consecuencia de la prueba decretada por el a quo. En la declaración juramentada de bienes y rentas del 6 de enero de 2012 (folio 65) ella afirmó que su cónyuge era JAIRO GUAGUA CASTILLO.*

⁶ Este documento también fue allegado por la Registraduría Nacional del Estado Civil, folios 236 a 238.

⁷ En la misma medida se debe tener en cuenta el artículo 227 del Decreto Ley 19 de 2012 en el que se indica lo siguiente: “Quien sea nombrado en un cargo o empleo público o celebre un contrato de prestación de servicios con el Estado deberá, al momento de su posesión o de la firma del contrato, registrar en el Sistema de Información y Gestión del Empleo Público -SIGEP-administrado por el Departamento Administrativo de la Función Pública, la información de hoja de vida, previa habilitación por parte de la unidad de personal de la correspondiente entidad, o ante la dependencia que haga sus veces. Además, los servidores públicos deberán diligenciar la declaración de bienes y rentas de que trata el artículo 122 de la Constitución Política”.

En la audiencia de pruebas fue arrimado un certificado de matrimonio expedido por la Diócesis de Tumaco, Parroquia Nuestra Señora de Las Mercedes, el viernes 6 de mayo de 2016, en donde se da cuenta de la celebración de ese vínculo el domingo 27 de diciembre de 2015, entre JAIRO GUAGUA CASTILLO y MARÍA EMILSEN ANGULO GUEVARA (fl. 321⁸).

A lo anterior hay que sumar la propaganda de la campaña política de MARÍA EMILSEN ANGULO a la alcaldía (“Todos por un nuevo Tumaco icon mirada de mujer!, la cual no fue tachada de falsa y fue debidamente cotejada por el perito fotógrafo) en la que se afirmaba que “nació un 14 de noviembre de 1984. Hija de dos personas humildes (...) con sus hermanos conforman una gran familia, su hogar lo comparte con Jairo Guagua, de esta unión su hija Laura (...)” (folio 23 cdno 5).

Bajo esas condiciones la Sala concluye que entre MARÍA EMILSEN ANGULO GUEVARA y JAIRO GUAGUA CASTILLO se ha mantenido la unión marital por lo menos desde el año 2012, lo cual llevó a que la relación fuera reafirmada a través del matrimonio católico. Ellos mismos se consideraron compañeros permanentes (en 2012 y 2013) e incluso durante el desarrollo de la campaña el señor GUAGUA fue mencionado como parte de su hogar. Todo esto se ratificó formalmente con la celebración del rito católico que se efectuó días después de la elección como Alcaldesa.

En efecto esta Sala evidencia que entre MARÍA EMILSEN y JAIRO sí existía la unión permanente en la medida en que las pruebas permiten inferir que su relación no es solo de amistad y que no se limita a compartir la crianza de su hija. La existencia de esta, así como la celebración del matrimonio católico constituyen indicios de un vínculo más estrecho y permanente, lo cual es corroborado por los testimonios, así como por las afirmaciones contenidas en las historias laborales de la pareja (correspondientes a los años 2012 y 2013) y que son reafirmadas por la propaganda electoral correspondiente a la campaña de 2015 “Todos por un nuevo Tumaco ¡Con mirada de Mujer!

De lo anterior se puede inferir que contrario a lo sostenido por la demandada y por los testigos que ella citó, después del nacimiento de la menor hija en 2010 la relación se ha mantenido y existen documentos en donde ellos reconocen la existencia de la unión.

Cumplimiento del segundo requisito de la inhabilidad: que la relación se haya sostenido con funcionario dentro de los doce (12) meses anteriores a la elección.

Sobre estos elementos la demandada solamente indicó que el término de los 12 meses incluidos en la norma conlleva a que el ejercicio de autoridad (elemento que se analizará más adelante) deba ser permanente y no esporádico, incluyendo su ejercicio el día de las elecciones.

En respuesta a esos argumentos la Sección destaca, en primer lugar, que se encuentra probado que la pareja de la demandada, es decir, el señor JAIRO GUAGUA CASTILLO ejerció un cargo público en la ESE Hospital San Andrés del municipio de Tumaco. En efecto se puede evidenciar que mediante la Resolución 0065 del 22 de enero de 2015 se nombró de manera ordinaria al señor GUAGUA CASTILLO en el cargo de Subgerente Administrativo, código 090, grado 02, de libre nombramiento y remoción en dicha ESE (fl. 47). El mismo día se registró la posesión en el cargo (fl. 48). La renuncia se efectuó el 23 de octubre de ese mismo año (fl. 49), la cual fue aceptada ese mismo día a través de la Resolución 270 (fl. 50).

Teniendo en cuenta las pruebas referidas en los párrafos anteriores, es posible concluir entonces, que la demandada sí mantuvo una unión permanente con un funcionario dentro de los 12 meses anteriores a la elección. Para efectos de la inhabilidad no es cierto, como lo afirma la demandada, que se requiera el ejercicio permanente o consecutivo del cargo o de las potestades adscritas al mismo hasta el día anterior a las elecciones. Un requerimiento de este tipo llevaría al absurdo de probar que todos los días, en el transcurso de un año, se ejerció cierto tipo de autoridad y llevaría a que un funcionario

⁸ La celebración de esta ceremonia fue alegada por los actores en la demanda y el acta fue allegada al proceso durante la celebración de la audiencia de pruebas del artículo 285 del CPACA, en la cual el Magistrado dispuso “El despacho autoriza que el documento sea glosado al expediente”.

que sistemáticamente intervenga ilegítimamente en la campaña electoral solo tenga que renunciar a su puesto dos días antes de las elecciones para evitar la prohibición legal, haciendo nugatorias las finalidades de la misma.

Cumplimiento del tercer requisito de la inhabilidad: que la pareja de la demandada haya ejercido autoridad civil, política, administrativa o militar en el respectivo municipio

De la lectura de este elemento se puede derivar la existencia de dos exigencias más: (a) que la pareja de la demandada haya ejercido algún tipo de autoridad y (b) que esto haya ocurrido en el respectivo municipio.

Sobre el último el apoderado de la demandada afirmó que no se cumple en la medida en que el hospital referido pertenece al orden departamental, mientras que la elección popular solamente de circunscribe al municipio de Tumaco. En contraste a esa afirmación en el expediente existe copia de la Ordenanza 078 del 7 de diciembre de 1995, “por medio de la cual se crea el hospital San Andrés del municipio de Tumaco, como una Empresa Social del Estado del orden Departamental” (fls. 40 ss⁹), en donde se definen, entre otros, cuáles son sus órganos de dirección (la Junta Directiva y el Gerente o Director) y se establecen sus requisitos y funciones. Es importante rescatar que en el artículo tercero de ese acto se estableció el lugar en donde el hospital cumple con sus funciones de la siguiente manera:

“ARTICULO (sic) TERCERO. JURISDICCIÓN. “La Empresa”, tiene jurisdicción en todo el territorio del Departamento de Nariño.

PARAGRAFO, SEDE Y DOMICILIO. - “La Empresa”, tiene su domicilio y sede de sus órganos administrativos la ciudad de Tumaco (Nariño)” (negrilla fuera de texto original).

De manera pues que es evidente que aunque el hospital tiene un alcance departamental, sus funciones afectan a todos los municipios incluyendo principalmente a Tumaco.

Ahora bien, en cuanto al ejercicio de la autoridad administrativa en el expediente se cuentan con las siguientes pruebas:

También existe una providencia emanada del Comité Interno Disciplinario y suscrita, entre otros, por el Subgerente Administrativo JAIRO GUAGUA CASTILLO, de fecha 28 de julio de 2015, en la que se resuelve iniciar investigación disciplinaria en contra de una persona que ocupa el cargo de auxiliar administrativo del Hospital San Andrés ESE, de decretan pruebas y se ordenan las notificaciones y unas comunicaciones (fls. 59 a 61). Como complemento de esta se encuentra un oficio, de fecha 6 de agosto de 2015, firmado por JAIRO GUAGUA CASTILLO en su condición de Presidente del Comité Interno Disciplinario “H.S.A”, en la que se informa el inicio de la investigación disciplinaria (fl. 58).

Reafirmando ese documento y en contraposición a un certificado expedido irregularmente por faltar a la verdad, el Gerente de la ESE Hospital San Andrés de la ciudad de Tumaco certificó al Tribunal de primera instancia, que desde 2011 el Comité de Control Interno Disciplinario ha mantenido los mismos miembros, que el Subgerente Administrativo es quien lo preside y que el señor GUAGUA CASTILLO notificó y realizó la investigación disciplinaria en contra del auxiliar administrativo del Hospital (fls. 114 y 115). Como sustento de esto allegó copia de la Resolución 578 del 3 de mayo de 2011, en la cual se integra ese Comité con, entre otros, “El sub gerente administrativo, quien lo presidirá” (fls. 132 a 134), la cual es referida por el Gerente del Hospital como un acto vigente que no ha sido objeto de modificaciones (fl. 115). Adicionalmente, la notificación del citado acto de apertura de investigación se puede examinar en el folio 135, la cual está firmada solamente por el ciudadano GUAGUA CASTILLO.

9 También se puede evidenciar copia autenticada de este acto en los folios 28 y siguientes del cuaderno número 5.

En contraposición a las afirmaciones del Gerente, la demandada afirmó que él ha actuado por “presiones políticas” de uno de los demandantes y por eso ha revocado injustificadamente algunos certificados.

Vale la pena advertir que aunque el Tribunal de primera instancia decretó que fuera allegado como prueba el expediente de la investigación referida, la actual Subgerente Administrativa de la ESE informó que aquel fue robado el 25 de febrero de 2016 (folios 1, 6 y 7 cdno 7).

Vale la pena indicar que de acuerdo al artículo 3º del manual (folios 153 y siguientes) las funciones de la subgerencia administrativa se ubican dentro del nivel directivo, en la medida en que comprenden competencias como el liderazgo, la planeación, la toma de decisiones, la dirección y el desarrollo de personal y el conocimiento del entorno.

En ese mismo cuaderno anexo también es posible encontrar la modificación del manual efectuada a partir del 4 de agosto de 2015 (folios 164 y siguientes) en la que se reafirma que el nivel que corresponde al cargo del subgerente administrativo es el directivo (folios 246 ss), se repiten las funciones relacionadas en el Acuerdo 08 de 2005 y se indica que ese empleo tiene personal a cargo.

Para la demandada ninguna de las funciones relacionadas implica el ejercicio de autoridad civil ni administrativa. Sobre el segundo concepto indicó que no se cumple con el criterio orgánico en la medida en que el Subgerente Administrativo “no tiene relación” con ninguno de los cargos relacionado en el artículo 190 de la Ley 136 de 1994 (citado), es decir, Alcalde, Secretarios de la Alcaldía, Jefes de Departamento, etc. También descartó el criterio funcional para lo cual explicó que dicho empleo no tuvo a su cargo ninguno de los siguientes deberes: “celebrar contratos o convenios; ordenar gastos con cargo a fondos municipales; conferir comisiones, licencias no remuneradas, decretar vacaciones y suspenderlas, para trasladar horizontal o verticalmente los funcionarios subordinados; reconocer horas extras, vincular personal supernumerario o fijarle nueva sede al personal de planta; a los funcionarios que bagan parte de las unidades de control interno y quienes legal o reglamentariamente tengan facultades para investigar las faltas disciplinarias”.

Sobre esta última situación afirmó que el Subgerente Administrativo no tiene asignada legal ni reglamentariamente la función de investigar faltas disciplinarias. Además agregó que como consecuencia de la Ley 734 de 2002, todas las entidades deben organizar una oficina de control interno. En caso de no tener suficientes recursos para organizar dicha dependencia el competente para investigar sería el superior jerárquico correspondiente. Bajo estas condiciones advirtió que la potestad disciplinaria no puede ser atribuida a un “Comité” sino únicamente a la oficina de control interno, instancia esta cuya existencia no fue probada en el proceso. Además aclaró que el Subgerente Administrativo no era el superior jerárquico de la persona a la que se inició la investigación disciplinaria referida por los demandantes.

En contraste con los argumentos de la demandada, para esa Sección el señor JAIRO GUAGUA sí ejerció autoridad administrativa en la medida en que fungió como Subgerente Administrativo de la ESE San Andrés de la ciudad de Tumaco.

En efecto, para esta Sala es claro que el Subgerente Administrativo del Hospital también ejerce dicha autoridad bajo el criterio funcional en la medida en que él es el presidente del “Comité de Control Interno Disciplinario” en los términos del Resolución 578 del 3 de mayo de 2011 (132 a 134 Cdno 1).

Bajo esos parámetros cobran alta relevancia los documentos arrimados al expediente en donde se evidencia que como presidente del referido Comité el señor GUAGUA inició el proceso disciplinario número 2015-0004 contra un auxiliar administrativo, y que además por sí solo llevó a cabo la notificación del auto que dio apertura a la investigación. Sin embargo, estas pruebas sirven solamente para contextualizar el ejercicio de la autoridad por parte del Subgerente Administrativo ya que como se indicó lo importante para efectos de estructurar la inhabilidad es la potestad formal con la cuenta el cargo en virtud de las normas legales y reglamentarias.

Lucy Jeannette Bermúdez Bermúdez

Decisión: DECLARAR probada la excepción de falta de legitimación en la causa por pasiva propuesta por la Registraduría Nacional del Estado Civil.

CONFIRMAR la sentencia del 7 de septiembre de 2016 proferida por el Tribunal Administrativo de Nariño, Sala de Decisión del Sistema Oral, por las razones expuestas en la parte considerativa del presente proveído.

DEVOLVER el expediente al Tribunal de origen, para lo de su competencia.

LUCY JEANNETTE BERMÚDEZ BERMÚDEZ
Presidenta

ROCÍO ARAÚJO OÑATE
Consejera de Estado
CARLOS ENRIQUE MORENO RUBIO
Consejero de Estado
ALBERTO YEPES BARREIRO
Consejero de Estado

* * *

CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCIÓN QUINTA

Consejera ponente: LUCY JEANNETTE BERMÚDEZ BERMÚDEZ

Bogotá D.C., siete (7) de diciembre de dos mil dieciséis (2016)

Radicación número: 1100-1-03-28-000-2016-00052-00

Actor: ENRIQUE ANTONIO CELIS DURÁN

Demandado: RAFAEL ENRIQUE LIZARAZU MONTOYA

Asunto: Sentencia declara infundado el recurso extraordinario de unificación de jurisprudencia interpuesto por el señor rafael enrique lizarazu montoya contra la sentencia proferida por el tribunal administrativo de cundinamarca, sección primera, subsección a, el 29 de octubre de 2015.

Extracto: “Debe decirse, tal como lo refieren las partes intervinientes en este recurso extraordinario que en relación con la materia que se debatió en la sentencia cuestionada se han proferido varios fallos, dictados en diferentes procesos, tramitados tanto en única, como en segunda instancia.

En tales pronunciamientos se ha reiterado de modo idéntico las conclusiones frente a las reglas previstas en torno al examen de legalidad de los actos de nombramiento que el Ministerio de Relaciones Exteriores expidió al proveer cargos en provisionalidad con personal ajeno a la carrera diplomática y consular, por no encontrar candidatos que cumplieran con las condiciones de disponibilidad para su ejercicio, en observancia del principio de alternatividad que rige este régimen laboral especial.

Sin embargo, ninguna de ellas se dictó con el propósito de darle el alcance de una sentencia de unificación, pues en primer lugar la Sala no encontró que existiera alguna de las situaciones a que atrás se aludió, y en segundo término, tampoco se dictaron al resolver un recurso extraordinario o el de revisión eventual, caso en los que lo allí decidido, tiene efectos de unificación como lo reconoce el artículo 270 del CPACA.

*El identificar la sentencia de unificación deriva en el efecto principal de reclamar que su interpretación tenga efectos vinculantes, así lo explica la Corte Constitucional en la sentencia C - 588 de 2012, cuando analiza el mecanismo de extensión de jurisprudencia en la que dedican algunas consideraciones frente a las **sentencias de unificación**, a efectos de otorgarle y reconocerles específicas características, así:*

- *La Corte estimó respecto de la exequibilidad del artículo 270 del CPACA, **que encontraba ajustada la limitación** efectuada por el legislador frente al **mecanismo de extensión administrativa de sentencias**, restringiendo su procedencia únicamente de las **sentencias de unificación jurisprudencial**, pues de ellas se deriva un alto grado de **seguridad y certeza**, que el legislador en ejercicio de su poder de configuración normativa les asignó, con el fin de evitar la realización de un proceso.*
- *Que no todas las sentencias cuentan con ese poder vinculante que se traduce en la exposición de reglas de interpretación **“claras, uniformes e identificables”**, que establecen y justifiquen la viabilidad de un reclamo ante la administración y con fundamento en ella, permitan su exigencia a modo de extensión.*
- *Que tal propósito solo se logra bajo estas específicas características, máxime cuando se trata del reconocimiento de un derecho en cabeza del administrado, con lo que se contribuye a disminuir la congestión judicial y la judicialización de las peticiones ante las autoridades, en beneficio de la eficacia, la economía y la celeridad en la función administrativa.*
- *Aclaró, que uno es el efecto de las sentencias unificadoras para impetrar el mecanismo administrativo de extensión de jurisprudencia y, otro, el poder vinculante para los operadores jurídicos que tiene no solo las sentencias unificadoras, como regla de interpretación que introduce con el fin de aplicar el derecho.*

*Basado en el reclamo del actor de desconocimiento de la “postura acogida” por la Sección Quinta en el fallo del 30 de enero de 2014, respecto de que la provisión de empleos de funcionarios de carrera, **está sujeta al período de alternación**, se tiene que la sentencia que se invoca como susceptible de este mecanismo extraordinario, como se anunció, no cumple los elementos que la identifican como de unificación de jurisprudencia, atendiendo a las siguientes consideraciones:*

1. Si bien fue dictada por la Sección Quinta, quien tiene la condición de órgano de cierre en los asuntos electorales de conformidad con el Reglamento del Consejo de Estado, lo relevante para el caso, es que para cuando se profirió, no se invocó ninguna de las situaciones que ameritan su expedición bajo esta condición y ello impide calificarla o considerarla como de unificación de jurisprudencia.

2. Aunque es cierto que la interpretación que se realizó en dicha providencia ha sido reiterada con posterioridad por otras decisiones de la Sección Quinta, este hecho en nada modifica o representa que debe tenerse como de unificación jurisprudencial.

*3. Atendiendo a los eventos en que esta Jurisdicción profiere sentencia de unificación, estos es, cuando la dicta por: **i)** importancia jurídica, **ii)** trascendencia económica o social, **iii)** necesidad de unificar jurisprudencia y además al resolver **iv)** los recursos extraordinarios y **v)** el mecanismo eventual de revisión, está claro que ninguno de ellos se encuentra presente en este asunto. No es posible identificar el fallo del 30 de enero de 2014 bajo ninguna de estas condiciones, en tanto se dictó en una acción electoral tramitada en segunda instancia y no se hizo invocando ninguna de estas razones.*

4. Aunque bastaría que se demostrara el cumplimiento de los dos elementos que identifican una sentencia de unificación, es preciso recordar que dado los efectos que ésta genera respecto de los ciudadanos, la administración y los operadores jurídicos, le corresponde al órgano de cierre darla a conocer bajo esta condición, de conformidad con lo previsto en el artículo 8º¹ del Acuerdo 148 de 2014, y se identi-

1 ARTÍCULO 8 Adiciónase al Acuerdo 58 de 1999 un artículo, así:

Artículo 43B. **Identificación y publicidad de las sentencias de unificación jurisprudencial.** Las sentencias de unificación jurisprudencial se identificarán con las siglas CE-SUJ seguidas del número de la Sección y el número anual consecutivo que les corresponda. Dichas sentencias serán publicadas en la sede electrónica del Consejo de Estado, en un enlace especial de fácil acceso e identificación.

fique con las siglas CE-SUJ-, a través del servicio de relatoría y se haga la publicación electrónica de la decisión así adoptada.

*De esta manera, queda claro que la providencia que se alegó para el ejercicio de este recurso de carácter extraordinario no tiene la connotación de **sentencia de unificación**, y en esa medida, resulta improcedente el examen sobre si el fallo objeto del recurso la desconoció o se opuso a ella.*

No sobra recordar que el aquí recurrente ejercitó el amparo tutelar en contra de la sentencia objeto de este recurso extraordinario, la que fuera decidida por esta Corporación en su condición de juez de tutela, donde se analizó el presunto desconocimiento del precedente judicial.

Dicha tutela le correspondió en primera instancia a la Sección Primera de esta Corporación, que negó la solicitud bajo la consideración de que del “fallo del Tribunal Administrativo de Cundinamarca se evidencia una interpretación válida y razonable de la normatividad y los efectos de dichas disposiciones aplicables al caso; se observa, además, que hizo uso de su libertad interpretativa en materia de valoración de la prueba sin caer en la arbitrariedad y, finalmente, fundamentó y explicó ampliamente las razones por las cuales se apartó de la jurisprudencia emanada de esta Corporación”².

Y luego, en segunda instancia, tal decisión fue confirmada por el juez constitucional, bajo similares argumentos, en la que además señaló que: “la sentencia atacada no incurrió en los defectos sustantivo o de desconocimiento del precedente judicial, pues la interpretación que dio al artículo 37 del Decreto Ley 274 de 2000 «Por el cual se regula el Servicio Exterior de la República y la Carrera Diplomática y Consular», en concordancia con su parágrafo, fue razonable y ajustada al ordenamiento jurídico, al sopesar las razones para apartarse de la anterior interpretación que se había dado sobre el mismo tema por la Sección Quinta de esta Corporación”³.

*Esta relación sobre lo ocurrido en dicho trámite de tutela, para evidenciar, que lo pretendido por el recurrente es improcedente, pues se insiste, el fallo que se invocó como contrariado o desconocido, no tiene la condición de **sentencia de unificación**, lo que hace impróspera la única causal que se encuentra prevista por el artículo 258 del CPACA, para este recurso de naturaleza extraordinaria.*

Por lo expuesto, la Sección Quinta del Consejo de Estado, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

Decisión: DECLÁRASE INFUNDADO el recurso extraordinario de unificación de jurisprudencia interpuesto por el señor RAFAEL ENRIQUE LIZARAZU MONTOYA contra la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Primera, Subsección A, el 29 de octubre de 2015, por las razones expresadas en la parte motiva de esta providencia.

LEVÁNTÉSE la suspensión del fallo emitido el 29 de octubre de 2015 por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Primera, Subsección A, en cuanto le retorna sus plenos efectos, de conformidad con lo aquí decidido.

COMUNÍQUESELE de esta decisión al Ministerio de Relaciones Exteriores, para lo pertinente.

Parágrafo Transitorio. La Sala Plena de lo Contencioso Administrativo y las Secciones identificarán las sentencias de unificación jurisprudencial dictadas a partir del 2 de julio de 2012 de conformidad con el artículo 270 de la Ley 1437 de 2011, e informarán a la Relatoría de la Corporación para efectos de asegurar su publicación en la sede electrónica en los términos del presente artículo.

2 Consejo de Estado - Sección Primera. Sentencia del 17 de marzo de 2016. Radicado número: 11001-03-15-000-2015-03450-00 Actor: Rafael Enrique Lizarazu Montoya. Accionado: Tribunal Administrativo de Cundinamarca - Sección Primera. C.P. Roberto Augusto Serrato Valdés.

3 Se refirió a que mediante sentencia de 12 de noviembre de 2015 la Sección Quinta del Consejo de Estado estableció las reglas para resolver casos análogos, la C.P. Alberto Yepes Barreiro, dentro del proceso radicado con el N° 25000-23-41-000-2015-00542-01, Actor: Enrique Antonio Celis Durán.

Por Secretaría, dispóngase el envío del expediente que se tramitó a cargo del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Primera, Subsección A del expediente a su cargo y en lo demás, archívese el expediente. Déjense las constancias del caso.

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

LUCY JEANNETTE BERMÚDEZ BERMÚDEZ
Presidenta

ROCÍO ARAÚJO OÑATE
Consejera de Estado
CARLOS ENRIQUE MORENO RUBIO
Consejero de Estado
ALBERTO YEPES BARREIRO
Consejero de Estado

* * *

CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCIÓN QUINTA

Consejera ponente: LUCY JEANNETTE BERMÚDEZ BERMÚDEZ

Bogotá, D.C., siete (7) de diciembre de dos mil dieciséis (2016)

Radicación número: 11001-03-28-000-2016-00044-00

Actor: LUIS FERNANDO ÁLVAREZ RÍOS

Demandado: JULIO CÉSAR GÓMEZ SALAZAR – DIRECTOR GENERAL ENCARGADO DE LA CORPORACIÓN AUTÓNOMA REGIONAL DE RISARALDA – CARDER

Asunto: Nulidad electoral – Fallo de única instancia – SENTENCIA DE UNIFICACIÓN¹ en materia de la ejecutoria de auto que decreta la medida cautelar y la obligatoriedad de cumplimiento de esa decisión judicial

Extracto: *La parte actora junto con su coadyuvante censuraron el Acuerdo 003 de 14 de marzo de 2016 y sus opositores contra-argumentaron, lo siguiente:*

4.2.1.- Valga señalar que frente a: a) la Violación a normas superiores en las que el Acuerdo 003 de 14 de marzo de 2016 debía fundarse; y, b) la expedición irregular y por vías de hecho transgresoras del debido proceso, la parte actora utilizó similares argumentos para sustentar las censuras, por ende, ambos puntos serán analizados de manera conjunta.

Al respecto, el accionante explicó que el acto demandado se encuentra viciado de nulidad y es inexistente, porque la elección se produjo con infracción a los estatutos de la Carder (Acuerdo 005 de 2010, en su artículo 53); el artículo 2.2.8.4.1.22 numeral 9º del Decreto 1076 de 2015; los artículos 9º numeral 11, 277 numeral 6º inciso 2º y 233 del CPACA y los artículos 302 y 305 del CGP, porque las medidas de suspensión provisional contra el acto declaratorio de la elección del Director General titular no estaban notificadas ni ejecutoriadas. Esto, en sí mismo, afirmó que constituye una transgresión del derecho al debido proceso.

En concreto, la violación del Acuerdo de la Asamblea Corporativa N° 005 de 26 de febrero de 2010 o Estatutos de la CARDER (art. 53 inciso 2º), en armonía con el Decreto 1076 de 2015 (art. 2.2.8.4.1.22 num. 9º), consiste en que los Estatutos prevén que en caso de falta temporal del Director

¹ Se profiere con la finalidad de unificar jurisprudencia, según lo establecido en el artículo 270 del CPACA.

General, el Consejo Directivo debe suplirlas con un funcionario del nivel directivo o asesor y designarlo en encargo, y que, por su parte, el Decreto 1076 de 2015 dispone que la remoción del Director General procede por orden o decisión judicial. Entonces, entiende la parte actora que el Consejo Directivo no podía ejecutar las medidas cautelares porque no había orden judicial ejecutoriada ni en firme que así lo dispusiera.

*Aseveró que la **violación del artículo 9º numeral 11 del CPACA** se materializa en que el Consejo Directivo incurrió en la prohibición que contiene esta norma de ejecutar un acto que no se encuentre en firme.*

*El **Consejo Directivo de la Carder** indicó, en oposición, que actuó de manera ajustada a derecho, pues fue notificado de las decisiones cautelares los días 8 y 9 de marzo de 2016 y que por eso expidió el Acuerdo 003 de 14 de marzo de 2016.*

Pues bien, el debate en torno a la violación a las normas superiores en las que debía fundarse supone que la Sala haga referencia a su contenido:

- *El artículo 53 del Acuerdo número 005 de 2010 – Estatutos de la Carder, establece que cuando se presenten vacancias temporales del Director General, el Consejo Directivo de la Corporación está facultado para designar como Director Encargado a un funcionario del nivel directivo o asesor.*
- *Por su parte, el artículo 2.2.8.4.1.22, numeral 9 del Decreto 1076 de 2015 señala que “El consejo directivo de una corporación removerá al director general, (...)// 9. Por orden o decisión judicial...”.*
- *El artículo 11, numeral 9º del CPACA establece como prohibición a las autoridades administrativas “ejecutar un acto que no se encuentre en firme”.*
- *El artículo 277, numeral 6º del CPACA señala que contra el auto que decide sobre la solicitud de suspensión provisional “...solo procede en los procesos de única instancia el recurso de reposición...”.*
- *El artículo 233 de la misma normativa regula el “procedimiento para la adopción de medidas cautelares”.*
- *El artículo 302 del CGP trata lo relacionado con la ejecutoria de las providencias judiciales que se dicten en audiencias, las cuales “...adquieren ejecutoria una vez notificadas, cuando no sean impugnadas o no admitan recursos...”. De igual manera, dicha norma se refiere a la ejecutoria de las providencias que son proferidas por fuera de las audiencias, las cuales “...quedan ejecutoriadas tres (3) días después de notificadas, cuando carecen de recursos o han vencido los términos sin haberse interpuesto los recursos que fueren procedentes, o cuando queda ejecutoriada la providencia que resuelva los interpuestos.”*
- *El artículo 305 del mismo código establece lo atinente a la ejecución de las providencias judiciales, la cual puede ser exigida “...una vez ejecutoriadas o a partir del día siguiente al de la notificación del auto de obediencia a lo resuelto por el superior, según fuere el caso, y cuando contra ellas se haya concedido apelación en el efecto devolutivo...”. También se indica allí que “...si en la providencia se fija un plazo para su cumplimiento o para hacer uso de una opción, este solo empezará a correr a partir de la ejecutoria de aquella o de la notificación del auto de obediencia a lo resuelto por el superior, según fuere el caso. La condena total o parcial que se haya subordinado a una condición solo podrá ejecutarse una vez demostrado el cumplimiento de esta...”.*

Ahora bien, como se advirtió, el actor entiende que las normas descritas fueron inobservadas porque no existía orden judicial debidamente ejecutoriada que ordenada la ejecución de las medidas cautelares, medida que solo podía ser ejecutada hasta tanto haya sido notificada en debida forma y se

encuentre ejecutoriada. Como ello no ocurrió así, el Consejo Directivo no podía ejercer la facultad de nombrar al demandado como Director Encargado.

Este asunto, como bien lo advirtió el Ministerio Público en su intervención, fue resuelto por la Sala en el auto de 17 de junio de 2016, al momento de negar la solicitud de suspensión provisional de los efectos de acto. Al respecto, y con el objeto de sentar jurisprudencia en los términos del artículo 270 del CPACA², en materia de la ejecutoria de auto que decreta la medida cautelar y la obligatoriedad de cumplimiento de esa decisión judicial, se trae a colación el contenido de dicha decisión donde se dijo lo siguiente:

“(…)

El tema de fondo de la medida cautelar: La ejecutoria de auto que decreta la medida cautelar y la obligatoriedad de esa decisión judicial.

A lo largo del CPACA se menciona la firmeza y ejecutoria de las providencias sin que se cuente con dispositivo que fije el alcance o concepto exacto de la figura³, así las cosas al tratarse de asunto referente a la suspensión provisional, es necesario remitirse a las normas propias de la medida cautelar, como el artículo 236 inciso último, de cuyo texto se evidencia la necesaria inmediatez en su aplicación. En efecto, en su literalidad, indica “Las decisiones relacionadas con el levantamiento, la modificación o revocatoria de las medidas cautelares no serán susceptibles de recurso alguno”, pues esa ejecución sin tardanza resulta compatible con la naturaleza ágil, pronta y eficaz del proceso electoral.

Pues bien, desde la teoría, la ejecutoria, como figura procesal, es entendida o asociada con la firmeza de la decisión del juez, que imposibilita su discusión mediante los medios de impugnación previstos en los distintos ordenamientos procesales.

Como se lee de las generalidades de las normas procesales, la ejecutoria, parte y depende, de varios factores, el primero y más importante, el de la notificación de la providencia; el segundo, de si la providencia es impugnabile o no, pues ambos factores marcan desde el punto del plazo o el término, en qué momento, por regla general, cobrará firmeza. Por ello, se dice que la providencia queda ejecutoriada, de inmediato cuando la providencia no requiere notificación, como en el caso de los autos de cúmplase; cuando requiriendo notificación, carece de recursos –al día siguiente de ésta-, o teniéndolos fueron decididos por el juez o no presentados por el interesado.

Toda esa ritualidad conexas al debido proceso y al derecho de defensa y contradicción, constituyen pilares fundamentales del proceso judicial y, permite aseverar que, por regla general, ninguna providencia judicial, surte efectos sin que esté ejecutoriada, precisamente, por la necesidad de que tenga alcance vinculante para los sujetos procesales, que se produce con ese engranaje entre: decisión judicial, notificación, medios de impugnación y firmeza -y si se sigue más allá con la cosa juzgada cuando de sentencias se trate y la ejecutabilidad⁴. De tal suerte que si esos estadios del proceso son inobservados, se está, potencialmente, frente a la violación de dichos derechos fundamentales.

2 Dice la norma: “SENTENCIAS DE UNIFICACIÓN JURISPRUDENCIAL. Para los efectos de este Código se tendrán como sentencias de unificación jurisprudencial las que profiera o haya proferido el Consejo de Estado por importancia jurídica o trascendencia económica o social o por necesidad de unificar o sentar jurisprudencia; las proferidas al decidir los recursos extraordinarios y las relativas al mecanismo eventual de revisión previsto en el artículo 36A de la Ley 270 de 1996, adicionado por el artículo 11 de la Ley 1285 de 2009.”

3 Por aplicación del principio de integración normativa previsto en el artículo 296 del CPACA, en el medio de control de nulidad electoral, en lo no regulado se aplican las disposiciones del proceso ordinario en tanto sean compatibles con la naturaleza del proceso electoral.

4 Es así como se afirma que las decisiones que hacen tránsito a cosa juzgada como las que son ejecutables, implican que ya cobraron ejecutoria. Pero no toda decisión ejecutoriada hace tránsito a cosa juzgada ni tampoco todas son ejecutables.

*Retomando el trámite procesal, mediante la lectura de las normas del CGP, se evidencian los siguientes parámetros: 1) **las providencias proferidas en audiencias**, quedan ejecutoriadas, 1.1) una vez notificadas si no son impugnables, 1.2) si siendo recurribles no se interponen los recursos, 1.3) si siendo recurribles, las impugnaciones fueron decididas y, 1.4) una vez resuelta la solicitud de aclaración o complementación, conforme al artículo 302 del CGP pretranscrito. 2) **las providencias proferidas por fuera de audiencia**, quedan ejecutoriadas, 2.1) tres días después de notificadas cuando carecen de recursos; 2.2) tres días después de notificadas si siendo recurribles no se interpusieron los procedentes y 2.3) cuando queda ejecutoriada la providencia que resuelva los recursos interpuestos.*

*Ahora bien, es del caso aclarar que la regla general de la ejecutoria de las providencias para observar su obligatoriedad y efectos vinculantes, se ve morigerada con excepciones puntuales y expresas de la ley, dependiendo de la inmediatez que requiera el trámite procesal, como en el caso, entre otros, de las medidas cautelares preventivas o de urgencia **o de apelación en efecto devolutivo** e incluso de los amparos tutelares.*

*Se plantea, por la parte opositora de la medida cautelar, que como las providencias al momento de elegir en encargo al demandado no habían cobrado firmeza, pues habían sido **recurridas en reposición**, ello permitía predicar su no exigibilidad o imperatividad.*

*En efecto, la realidad procesal del caso, da cuenta de que el recurso con el que se impugnaron ambas declaratorias de suspensión provisional de los efectos del acto de elección del Director General titular, fue el de **reposición**, en tanto se trata de un proceso de única instancia, cuyo conocimiento, como acontece con el que se estudia, es del resorte exclusivo del Consejo de Estado.*

*No obstante, dada la naturaleza y trasfondo que conlleva la decisión las medidas cautelares, no es viable abstraerse de la teleología del efecto devolutivo como figura procesal, para entender el alcance y el porqué del **cumplimiento inmediato** de la suspensión provisional y, que el CPACA, consideró adecuado para esta decisión que, antes con el CCA se concedía en el efecto suspensivo. Mutatis mutandi, no podría afirmarse que como se está en vía de reposición, no se esté obligado al cumplimiento inmediato de la decisión cautelar, bajo el mero argumento de que el efecto devolutivo no es propio de la reposición, pues se sacrificaría el sentido y trascendencia que adquirieron las medidas cautelares, con la entrada en vigencia de la Ley 1437 de 2011.*

*En efecto, el artículo 243 del CPACA al pronunciarse sobre los autos apelables, realiza un listado, en el que incluye al decreto de la medida cautelar (num. 2º). En forma expresa, indica que la regla general de la concesión del recurso de alzada, es el efecto suspensivo, **excluyendo expresamente**, al numeral 2º para otorgarle el efecto devolutivo.*

*Tradicionalmente, el efecto devolutivo, concepto que se mantiene en el CGP en el artículo 323, y que fue trasladado en forma textual del artículo 354 del derogado CPC indica: “En el efecto devolutivo, En este caso **no se suspenderá el cumplimiento de la providencia apelada, ni el curso del proceso**”.*

Puede decirse entonces, sin hesitación alguna, que el cumplimiento y la exigibilidad de su ejecución, en el caso de la providencia que decreta la medida cautelar, son inmediatos y que no se suspenden con la interposición de recurso alguno:: Más aún ni siquiera la formulación de la recusación impide la ejecución de las medidas.

Razón por la cual, conforme a la normativa procesal vista, una vez enterada de la decisión judicial de decreto de medida cautelar, la autoridad competente para darle curso en el presente caso, esto es, el Consejo Directivo, debía dar inmediato cumplimiento a ella. En el asunto que ocupa la atención de la Sala, en el proceso 201500034, obra que el decreto de suspensión provi-

sional de 3 de marzo de 2016, fue notificada el 9 de marzo de 2016. Mientras que en el proceso 201500045, la medida cautelar de 4 de marzo de 2016, fue notificada el 8 de marzo de 2016⁵.

Lo cual se corrobora, con el contenido del Acuerdo 002 de 14 de marzo de 2016 expedido por el Consejo Directivo de la CARDER “por medio del cual se acatan las Medida Cautelares Decretadas de Suspensión Provisional de los Efectos del Acuerdo N° 032 del 28 de octubre de 2015”, obrante a folios 34 a 36, en cuyos considerandos indica y reconoce la diligencia de notificación “G) Que las medidas cautelares proferidas por la Consejeras Ponentes del Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta que decretan de (sic) Suspensión Provisional de los efectos del Acuerdo número 032 del 28 de octubre de 2015 del Consejo Directivo de la Corporación Autónoma Regional de Risaralda - Carder y a que se hace alusión en el numeral anterior fueron, **notificada al Consejo Directivo de la Carder los días 8 y 9 de marzo de 2016...**” (fl. 35).

De tal suerte que conocido por la entidad a cargo, en este caso, el Consejo Directivo, el decreto de suspensión provisional, debía proceder a cumplir la decisión judicial, porque la interposición de **“cualquier recurso no impide el cumplimiento inmediato de la medida cautelar decretada”**....

(...).

Visto lo anterior, le queda a la Sala resaltar que las diligencias de notificación de los autos admisorios de las demandas exigida por el artículo 277 del CPACA en los procesos 201500034 y 201500045, se adelantaron de la siguiente manera en lo que al Presidente del Consejo Directivo de Carder respecta, así:

- En el proceso 2015-0034, a través de mensajes remitidos el 09 de marzo de 2016 a los buzones electrónicos para notificaciones judiciales: defensajudicial@carder.gov.co.
- En el proceso 2015-0045, a través de mensajes remitidos el 08 de marzo de 2016 a los buzones electrónicos para notificaciones judiciales: defensajudicial@carder.gov.co.

La notificación al correo electrónico, es de anotar, de conformidad con el inciso final del numeral 3° del artículo 291 del CGP se realiza de esa manera cuando se conozca la dirección electrónica de quien deba ser notificado. A lo que se suma que, según el inciso final del artículo 197 del CPACA, “se entenderán como personales las notificaciones surtidas a través del buzón de correo electrónico”.

Ahora bien, enterado el Consejo Directivo de la Carder de las decisiones proferidas por esta Sección, procedió a dar cumplimiento mediante Acuerdo 002 de 14 de marzo de 2016 que, como se vio, “acat[ó] las Medida Cautelares Decretadas de Suspensión Provisional de los Efectos del Acuerdo N° 032 del 28 de octubre de 2015”. Y luego, en cumplimiento de sus funciones legales optó por designar como Director General Encargado al señor **JULIO CÉSAR GÓMEZ SALAZAR**, quien fungía como funcionario del Nivel Directivo, lo cual ocurrió mediante Acuerdo N° 003 de 14 de marzo de 2016. Eso sí, valga señalar, su nombramiento se realizó bajo condición temporal: la ausencia del Director General en propiedad, (...)

Ahora bien, el numeral segundo de la parte resolutive del Acuerdo número 003 del 14 de marzo de 2016, indicó que rige a partir de su expedición y surte efectos administrativos y fiscales a partir del **15 de marzo de 2016**.

Visto lo anterior, es cierto que, como lo alegó el actor, la designación en encargo del demandado fue realizada sin que fuera resuelto el recurso de reposición contra las órdenes judiciales de suspensión provisional del acto de elección del Director General en propiedad **Juan Manuel Álvarez Villegas**, dictadas el 3 de marzo de 2016, dentro de los procesos de nulidad electoral 201500034 y 201500045. Pero también lo es que, corresponde a las autoridades dar cumplimiento a las órdenes proferidas por

5 Información extraída del software Siglo XXI.

los jueces de la República. En este caso, de manera inmediata por parte del Consejo Directivo de la Carder, pues se trataba de una disposición de naturaleza cautelar, que una vez conoció por la notificación, es acatable aunque existan pendientes recursos, pues, como se vio, los efectos en que estos se conceden así lo permiten.

*Lo anterior, se insiste, porque como el mismo **Consejo Directivo de la Carder** indicó, conforme al inciso 2º del artículo 4º, en armonía con el 6º de la Constitución Política, en tanto autoridad, es responsable por infringir la Constitución y las leyes y por omisión o extralimitación de sus funciones, así que en virtud del artículo 121 superior, es fundamento para el ejercicio de sus competencias el deber de obediencia al ordenamiento jurídico, en este caso, el acatamiento de las órdenes decretadas por el Consejo de Estado. Tal situación, como se puede establecer, justifica la expedición del acto demandado.*

*Así las cosas, difícilmente podría concluirse que el acto demandado fue expedido con violación de las normas en las que debía fundarse y, desde luego, que transgrede el derecho al debido proceso, particularmente el del señor **Juan Manuel Álvarez Villegas**, coadyuvante de la parte actora y quien fuera suspendido del cargo de Director General titular de la Carder. En sí, el procedimiento seguido por el Consejo Directivo para el nombramiento en encargo del señor **JULIO CÉSAR GÓMEZ SALAZAR** solo obedece al cumplimiento de las normas, en ejercicio de sus facultades, que enuncian el paso a seguir como consecuencia de la orden dictada por autoridad judicial.*

*Visto lo anterior, los cargos de a) **Violación a normas superiores en las que el Acuerdo 003 de 14 de marzo de 2016 debía fundarse**; y, b) la **expedición irregular y por vías de hecho transgresoras del debido proceso**, concluye la Sala, no tienen vocación de prosperidad.*

*c) Por último, el actor alegó que se desconoce el **derecho a la igualdad (art. 13 C.P)**, al haber ejecutado las medidas cautelares sin estar notificadas y en firme. De esta forma, indicó que no se le dio al Director General titular, señor **Juan Manuel Álvarez Villegas**, el mismo trato que al señor Gobernador de Caldas, señor Guido Echeverry Piedrabita (proceso 11001032800020160002400), a quien también se le decretó la suspensión provisional de los efectos del acto declaratorio de elección, pero quien sigue en su cargo porque el Consejo de Estado no ha resuelto los recursos de reposición interpuestos por el demandado y los terceros. Tratamiento este que sí responde y se ajusta al debido proceso del artículo 29 superior y al principio de legalidad del artículo 277-6º inciso 2º del CPACA y a los artículos 302 y 305 del CGP.*

*El **coadyuvante** agregó como antecedente de referencia: el proceso de nulidad electoral 11001032800020140005700, actor: Yorgin Harvey Cely Ovalle, demandada: Jobana Chaves García, en el que luego de decidido el recurso de reposición, es que se ordena proceder a hacer efectiva la medida cautelar.*

Pues bien, sea lo primero indicar que, a juicio de la Sala el argumento de la parte actora parte de una imprecisión fáctica, la cual desde luego, impide que se pueda analizar su reproche en los términos que lo plantea. Esto, es consecuencia de olvidar la forma en que se da el cumplimiento de las órdenes dictadas por el juez de lo electoral a propósito de una medida cautelar. Así las cosas, típicamente, de ser favorable la solicitud formulada por quien demanda, se habrá de ordenar la suspensión de los efectos del acto que ha elegido, nombrado o designado al demandado. Tal resolución judicial le es puesta en conocimiento a la autoridad que se encarga de realizar el nombramiento o declarar la elección, para que, administrativamente, disponga lo necesario, esto es, para que dentro del marco que le otorga la normativa vigente cumpla la orden de separar de su cargo a la persona.

Así las cosas, diferente es que, consecuencia del cumplimiento de la orden de suspensión de los efectos del acto de elección deba además suplirse la vacante, pues ello es, en sí, otro procedimiento administrativo que finaliza, como ocurrió en el caso concreto, con un acto con el cual se designa a una persona para que supla una vacante temporalmente. Advierte la Sala que podrá ocurrir en otros eventos que, dependiendo de la naturaleza misma de la entidad a la que pertenezca quien se vio afectado con la medida cautelar, la normativa establezca que existe suplencia, de manera que no sea necesario reali-

zar nombramientos adicionales, como ocurre para el caso de los miembros de los Consejos Directivos de las Corporaciones Autónomas Regionales, donde en varios casos los elegidos cuentan con suplentes.

Significa lo dicho que, en cada caso, será la autoridad competente la que deba analizar, primero, qué hacer para acatar la orden judicial; y segundo, de ser necesario suplir la vacante, actuar conforme a la ley para que ello se materialice. Cabe señalar que para dicha autoridad es imperativo el cumplimiento de la orden dictada por el juez de lo electoral, pues negarse a ello genera las responsabilidades a que baya lugar.

*En esa medida, acusar el acto demandado de ilegal porque se dictó con desconocimiento del derecho a la igualdad en la medida en que para el caso de un gobernador o una representante a la cámara no se ha dictado el acto con el cual se disponía el nombramiento de su reemplazo temporal, no permite a la Sala advertir en el caso concreto, que el hecho de que el Consejo Directivo de la Carder encargara al demandado, signifique se le ha dado un trato discriminatorio al señor **Juan Manuel Álvarez Villegas**. Esto, además permite señalar que, en todo caso, el cumplimiento o incumplimiento de la ejecución no depende directamente del juez de lo electoral sino, como se vio, de la autoridad encargada legalmente de ello.*

*Dicho de otra manera, el argumento del actor parece censurar el cumplimiento mismo de la orden: suspender los efectos del nombramiento del señor **Juan Manuel Álvarez Villegas**, lo cual en el caso concreto se materializó con el Acuerdo número 002 de 14 de marzo de 2016; y no, el acto de designación del demandado señor **JULIO CÉSAR GÓMEZ SALAZAR**, esto es, el Acuerdo N° 003 de 14 de marzo de 2016. Y de ser esto así, entonces el reproche que propone el accionante supone un asunto que escapa de la órbita de competencia del juez de lo contencioso electoral.*

Los anteriores argumentos, a juicio de la Sala, son suficientes para concluir que tampoco prospera la pretensión de nulidad de la demanda por el supuesto desconocimiento del derecho a la igualdad.

*En conclusión, las razones expuestas permiten a la Sala negar la pretensión de nulidad en contra del acto por el cual fue designado como Director General en Encargo de la Carder el señor **JULIO CÉSAR GÓMEZ SALAZAR**.*

Decisión: NEGAR las pretensiones de la demanda formulada por el señor LUIS FERNANDO ÁLVAREZ RÍOS en contra del acto de elección del señor JULIO CÉSAR GÓMEZ SALAZAR, como Director General Encargado de la Corporación Autónoma Regional de Risaralda - Carder, contenido en el Acuerdo número 003 de 14 de marzo de 2016.

ESTABLECER JURISPRUDENCIA UNIFICADA en los términos del artículo 170 del CPACA en relación con la ejecutoria, ejecutividad y cumplimiento del auto que decreta la medida cautelar en materia de lo contencioso electoral, de conformidad con la parte motiva de esta providencia.

ADVERTIR a la comunidad en general que las consideraciones expuestas en esta providencia en relación con los temas objeto de unificación CONSTITUYEN PRECEDENTE.

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

LUCY JEANNETTE BERMÚDEZ BERMÚDEZ
Presidenta

ROCÍO ARAÚJO OÑATE
Consejera de Estado
CARLOS ENRIQUE MORENO RUBIO
Consejero de Estado
ALBERTO YEPES BARREIRO
Consejero de Estado

CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCIÓN QUINTA

Consejera ponente: LUCY JEANNETTE BERMÚDEZ BERMÚDEZ

Bogotá, D.C., quince (15) de diciembre de dos mil dieciséis (2016)

Radicación número: 13001-23-33-000-2016-00106-01

Actor: WILLIAM HERRERA FRANCO

Demandado: EDALES DE LA JUNTA ADMINISTRADORA LOCAL NÚMERO 2 DEL DISTRITO DE CARTAGENA DE INDIAS

Asunto: Fallo que confirma la sentencia de 30 de agosto de 2016, por medio de la cual el Tribunal Administrativo de Bolívar negó las pretensiones de la demanda de nulidad electoral contra la elección de **GERMÁN SEGUNDO POLO POLO**, en calidad de miembro de la Junta Administradora Local N.º 2 del Distrito de Cartagena de Indias (2016-2019), contenido en el E-26JAL generado el 4 de diciembre de 2015.

Extracto: *Dos situaciones de derecho electoral deben ser analizadas en este caso, respecto de la actuación de la Comisión Escrutadora Departamental, la primera respecto a la Resolución 21 de 2015 en la que decidió la apelación contra la Resolución 068 de 2015 y que versaron sobre las solicitudes de recuento por las divergencias E-14 y E-24. Y la segunda, frente a las divergencias E-14 y E-24 que fueron tratadas como falsedades en la Resolución 23 de 2015, al decidir el recurso de apelación contra la Resolución 175 de 2015.*

4.1. EL RECUESTO DE LA MESA

Normativamente, el recuento de mesa encuentra su fundamento legal en el artículo 11 de la Ley 6 de 1990 y en los artículos 163 y 164 del Código Electoral, (...)

Como ya se hizo mención una diferencia entre los formularios E-14 y E-24 puede provenir de un recuento de la mesa y, en ese caso, no existirá irregularidad constitutiva de falsedad, siempre que de ello haya quedado constancia clara y precisa por parte de la autoridad electoral competente a cargo del recuento.

Pero como ya se esbozó dependiendo de la elección popular de que se trate, el recuento es competencia de tan solo algunas autoridades electorales, conforme lo dispone la ley.

En efecto, para la elección de miembros de las Juntas Administradoras Locales o Ediles, al igual que toda elección, empieza su periplo de escrutinio en cabeza de los jurados de votación, luego son las Comisiones Escrutadoras Auxiliares en los zonificados o las Municipales o Distritales quienes tienen a cargo el escrutinio; serán ellas las encargadas del recuento, de decidir las reclamaciones, de analizar las solicitudes para agotar el requisito de procedibilidad. La segunda instancia, en caso de la apelación de las decisiones de la Comisión Escrutadora Auxiliar o quien decide los desacuerdos entre sus miembros, es la Comisión Escrutadora Municipal y de ésta, se entiende la Escrutadora del siguiente nivel, a la Comisión Escrutadora Departamental o General.

La Ley 163 de 1994, en el artículo 7, dispone que son las Comisiones Escrutadoras Distritales y Municipales las que tienen a cargo el escrutinio de los votos depositados para ediles o miembros de Juntas Administradoras Locales; declaran la elección y expiden las respectivas credenciales.

Y es cada escrutadora tiene bien definida la elección que declara, la reclamación y el recuento a decidir y la apelación de la cual es competente. De interés resulta e ilustrativo resulta el siguiente aparte jurisprudencial⁶:

6 Sección Quinta. Sentencia de 2 de diciembre de 2005. Exp. 73001-23-31-000-2005-00136-01(3876). Actor: Gustavo Vásquez Morales. Demandado: ALCALDE DEL MUNICIPIO DE EL GUAMO. C.P. Dr. Darío Quiñones Pinilla.

“Las Comisiones Escrutadoras, como su nombre lo indica, están encargadas de verificar y consolidar los resultados de las votaciones a través de un procedimiento que involucra varias etapas sucesivas y progresivas, que parte del escrutinio que realizan los Jurados de Votación en cada mesa de votación y que culmina con la obtención de los resultados por candidato y por lista de candidatos.

Las Comisiones Escrutadoras pueden ser Auxiliares, Municipales o Distritales. Las primeras operan en ciudades divididas en zonas y están encargadas de hacer el cómputo total de los votos depositados en las arcas triclaves de las zonas y de las agrupaciones del censo electoral que le hubieren sido asignadas y registrar ese resultado en los cuadros que le suministre la Registraduría, en las actas parciales y en un acta general.

A su turno, a las Municipales o Distritales les corresponde la verificación y suma de los votos por corporación y cargo con base en las actas de escrutinio de los Jurados de Votación y en las actas parciales de escrutinio, expedidas por las Comisiones Escrutadoras Auxiliares y, de todo ello, también deben extender actas parciales y un acta general.

De la misma manera, en las votaciones departamentales, el escrutinio general de los Delegados del Consejo Nacional Electoral se basa en el que realizan las diferentes Comisiones Escrutadoras Municipales.

Y, finalmente, en las votaciones nacionales, el escrutinio general que debe hacer el Consejo Nacional Electoral se sirve de los cómputos informados por sus Delegados y por los jurados de votación en el exterior.

También les corresponde a las Comisiones Escrutadoras resolver, con base en las respectivas actas, las reclamaciones y las impugnaciones de determinadas irregularidades del escrutinio, según las reglas de competencia contenidas en el Código Electoral.

Así, según el artículo 166 del Código Electoral las Comisiones Escrutadoras Distritales o Municipales son superiores funcionales de las Comisiones Escrutadoras Auxiliares; los Delegados del Consejo Nacional Electoral lo son de las Comisiones Escrutadoras Distritales o Municipales; y, por último, el Consejo Nacional Electoral lo es de sus Delegados.

Y ocurre que, de conformidad con lo dispuesto en ese mismo artículo, la designación de Comisiones Escrutadoras Auxiliares en determinadas zonas de un Distrito o Municipio no hace perder a la respectiva Comisión Escrutadora Distrital o Municipal la competencia para conocer de determinadas reclamaciones electorales en primera instancia, de la misma manera que nada impide que luego del escrutinio distrital o municipal ciertas reclamaciones se puedan formular por primera vez ante los Delegados del Consejo Nacional Electoral o que, como lo autoriza el primer inciso del artículo 192 del Código Electoral, con posterioridad al escrutinio departamental se presenten reclamaciones por primera vez ante el Consejo Nacional Electoral. Sin embargo, ello es procedente siempre que se trate de reclamaciones que tengan directa relación con el escrutinio que, en cada caso, deba realizar la respectiva autoridad escrutadora ante quien se formulan por primera vez; la ley reconoce que cada escrutinio es diferente y, en ese sentido, entiende que siempre será posible que en uno posterior tengan ocurrencia ciertas irregularidades que constituyan causales de reclamación electoral y que, por haber acaecido en esa instancia, sólo sean alegables por primera vez hasta ese momento. De lo dicho en precedencia, se entiende que el legislador fijó claros límites a la actividad de las Comisiones Escrutadoras, orientados a señalar la competencia de las mismas en atención al escrutinio que corresponda efectuar a la respectiva comisión” (subrayas y negrillas fuera de texto).

De tal suerte, que ese orden genera dos conclusiones, a saber: si la modificación o la diferencia entre el E-14 y el E-24 está justificado con alguna de aquellas situaciones (recuento, reclamación, agotamiento de requisito de procedibilidad), será el interesado quien debe probar que el registro demandado es falso, porque al estar justificado se presume que está conforme a derecho y a su bloque de legalidad y,

por otro, en cambio si no existe justificación del dato que se advierte modificado en el E-24 respecto del E-14, se supone la existencia de la irregularidad constitutiva de falsedad y, que eventualmente, podrá generar la nulidad del acto declaratorio de la elección.

En el caso concreto, varias de las mesas judicializadas en este proceso fueron objeto de recuento por parte de la Comisión Escrutadora Auxiliar, razón por la cual la Comisión Escrutadora Municipal negó la solicitud de recuento que el demandado hiciera frente a algunas mesas, por considerar que conforme al artículo 164 del C.E, no es posible doble recuento o recuento de recuento como quedó consignado en la Resolución 068 de 2015, dejando sin decisión la mesa 53, la que asumió la Comisión Escrutadora Departamental y lo corroboró la Resolución 21 de 2015. (...)

En este punto la Sala Electoral observa, que encuentra acorde la negativa de recuento sobre las mesas ya recontadas, precisamente por la prohibición del recuento sobre recuento o el intitulado doble recuento, situación que no aconteció frente a la mesa 53, en esta Resolución 21, pues en efecto decidió la apelación contra la Resolución 068 de 12 de noviembre de 2015 de la Comisión Escrutadora Municipal, que reposa en folios 23 a 24 del cuaderno principal, mediante la cual “se resuelve una reclamación presentada en la mesa (sic) 18, 23, 49 y 53 I.E Fe y Alegría Las Gaviotas, zona 09, municipio de Cartagena...”.

Si bien se lee que la “reclamación” fue presentada por el demandado GERMÁN SEGUNDO POLO POLO, con base en que la Comisión “validó una información en los E-14 que no concuerda con el E-14 de delegados ni con el E-24”, pero al referirse a la mesa 53 no existe pronunciamiento expreso ni entendible respecto de la mesa 53. En efecto, la Comisión asume en forma descendente el estudio de las mesas reclamadas y luego de la referencia a la mesa 49, sin explicación alguna indica: “se niega el recuento de la mesa... 53 del mismo puesto” y así lo plasma en el numeral tercero de la parte resolutive, indicando que contra las decisiones adoptadas, procede recurso de apelación.

De la anterior documentación electoral probada, se evidencia que al momento de que la Comisión Escrutadora Departamental de Bolívar asume la competencia de los escrutinios, tenía vía libre para recontar la mesa 53 ya mencionada, ante la omisión de la Comisión Escrutadora Municipal de realizar pronunciamiento, aunque al parecer sí se había presentado reclamación, como lo denota la Resolución 068 de 12 de noviembre de 2015 y, en efecto, conoció de ella por vía del recurso de apelación, como lo corrobora la Resolución 21 de 2015.

4.2. LA FACULTAD PARA MODIFICAR UNA MESA QUE PRESENTA DIVERGENCIAS ENTRE FORMULARIOS ELECTORALES

Estamos en el campo propiamente dicho del agotamiento del requisito de procedibilidad y de las irregularidades generadoras de falsedad como causal constitutiva de nulidad electoral, que la Sala advierte en forma temprana, dará por cumplido y surtido, a partir del contenido de lo que la Comisión Escrutadora Departamental hace explícito en su Resolución 23 de 3 de diciembre de 2015, a fin de adentrarse al fondo del estudio de la controversia.

La Sala asume este estudio, en tanto tiene que ver con la Resolución 23 de 3 de diciembre de 2015 proferida por la Comisión Escrutadora Departamental, la cual hace parte del concepto de violación de la demanda.

En efecto, del contenido de esa Resolución, que reposa en folios 18 a 22 del cuaderno principal “por medio de la cual se resuelve el RECURSO DE APELACIÓN interpuesto contra la Resolución 175 de 25 de noviembre de 2015 proferida por la COMISIÓN ESCRUTADORA MUNICIPAL DE CARTAGENA DE INDIAS, por el candidato a la JAL, ciudadano GERMÁN SEGUNDO POLO POLO, identificado con C.C. 73.101.615. No 082 por el Partido Conservador”, se muestran las actuaciones de la escrutadora Departamental, así:

Confirmó la declaratoria de extemporaneidad de la Comisión Escrutadora Municipal de Cartagena sobre las solicitudes presentadas por el señor GERMÁN POLO POLO -boy demandado-.

En los considerandos del acto, se relata que conoce por vía del recurso de apelación, que presentara el memorialista, en el que insiste en los errores aritméticos, que lo llevan a solicitar el recuento, previa revocación de la Resolución 175 antes referida.

Visto el texto de esta Resolución, se advierte que aún cuando la postulación de las reclamaciones fue del hoy demandado, según lo informa este acto, el hoy actor hizo parte de la controversia pues se opuso en forma expresa a la solicitud del señor POLO POLO.

Ahora bien, en esta Resolución 23, se condensan diversas situaciones, a saber:

*La primera, la negativa de comparar el E-14 con el E-24 de las Comisiones Auxiliares por la **disminución injustificada de la votación** del demandado GERMÁN SEGUNDO POLO POLO, postulación que se limita a la mesa 23, puesto 1, de la zona 9; mesa 21, puesto 2, zona 9; mesa 12, puesto 1 de la zona 10; mesa 9, puesto 1 de la zona 9 y mesa 6, puesto 2, zona 9. Y refiere en cada una el número exacto que a su juicio le fue disminuido.*

*La segunda, la negativa a pronunciarse sobre el **aumento o incremento injustificado de la votación** a favor del actor de la nulidad electoral WILLIAM HERRERA FRANCO y que se conexas a las siguientes mesas: 49 del puesto 1, de la zona 9, en el que en el E-14 le aparecen 2 votos mientras que el E-24 registra 3 votos (**diferencia de 1 voto**); 53, del puesto 1, de la zona 9, en el E-14 le aparecen 1 voto y en el E-24, 5 votos (**diferencia de 4 votos**); en la mesa 6, puesto 2, zona 9, en el E-14 tiene 0 votos y en el E-24 le aparece 1 voto (**diferencia de 1 voto**); mesa 13, puesto 1, zona 10, le aparece en el E-14 0 votos y en el E-24 1 voto (**diferencia de 1 voto**); en la mesa 24, puesto 2, de la zona 11, en el E-14 le aparece 1 voto, y en el E-24, 2 votos (**diferencia de 1 voto**); en la mesa 25, del puesto 1, de la zona 12, le aparece en el E-14 2 votos y en el E-24, 3 votos (**diferencia 1 voto**) y en la mesa 27, del puesto 2, de la zona 13, en el E-14 le aparece 1 voto, mientras que en el E-24, 2 votos (**diferencia de 1 voto**). PARA UN TOTAL DE 10 VOTOS.*

*La tercera, la negativa a pronunciarse de la diferencia de **más votos que votantes**, que se predica de las mesas 3 y 4 del puesto 1 y 1 y 16 del Puesto San Felipe Nery.*

Esa negativa, en realidad, obedeció a varias consideraciones, pero en la parte resolutive, solo se indicó que estaba de acuerdo con la extemporaneidad que había declarado su antecesora la Comisión Escrutadora Municipal.

Esas varias consideraciones que se analizan en el acto referido dicen responder al límite propuesto por el propio recurrente de apelación durante la etapa administrativa electoral, quien si bien mencionó varias disconformidades respecto de varias mesas que armonizó con las referidas en la Resolución 175 de 2015 que apeló, se focalizó en el puesto de votación 1 (Foco Rojo) de la zona 10 para insistir en el error del E-14 Claveros frente a lo plasmado por el E-24 “acompañando fotos de los E-14 erráticos, para su corrección”.

Aseveró la Comisión Escrutadora Departamental, que de un análisis pormenorizado lograba concluir que el planteamiento del recurrente se fundamentó en la no identidad de la información de los E-14 con los E-24, asunto que bien pudo ser corregido conforme al inciso 1° del artículo 192 del C.E. “facultando a esta Comisión integrada por los Delegados del CNE para ordenar su corrección si, efectivamente, aflora de las Actas citadas por el recurrente y en su detalle de votos, visible en las fotos de los E-14 que no corresponderían a las de los guarismos electorales anotados en el E-24” (fl. 20 cdno. ppal.).

*Advirtió que independientemente de que incluso contra la decisión respecto a las reclamaciones podría entenderse extemporáneo, en ejercicio de la actuación oficiosa podía analizar la situación como una posibilidad aclaratoria frente a los acontecimientos probados y procedió a **cotejar las Actas**, con el propósito de ordenar su corrección, acudiendo al artículo 192 del C.E. y al artículo 228 superior y, literalmente indicó:*

*Con base en lo anterior, la Comisión Escrutadora Departamental, resolvió **corregir de oficio** las incongruencias entre las actas E-14 y E-24 de las mesas relacionadas y que coinciden con las mencionadas en la Resolución 175 de 2015¹, tal y como ha resultado del cotejo entre ambas actas E-14 y E-24. Declaró agotado el requisito de procedibilidad conforme a la Resolución 4121 de 2011 del CNE.*

Visto todo lo anterior la Sala Electoral lo que observa es una confusión que llevó a que los sujetos procesales no tuvieran claro lo acontecido.

Se afirma de ese modo por cuanto toda la situación de aumento y disminución en principio fue tratada como una reclamación de aquellas del artículo 192 numeral 11 del Código Electoral, cuyo dispositivo es claro en referirse a que el error al sumar los votos consignados en el acta de escrutinio, lo que supone que el yerro permanece en ese mismo documento electoral; pero, en el caso concreto, en el trasfondo de la discusión planteada, la parte reclamante y apelante del escrutinio electoral, se refería a diferencias E-14 y E-24, que como es bien sabido trasciende el mero supuesto fáctico propio de las reclamaciones para dar paso a las llamadas falsedades generadoras de la nulidad electoral por falsedad, al pasar el error de un documento electoral a otro.(...)

El formulario E-14 registra los votos del candidato que obtuvo en la mesa y se totalizan los votos y posee tres ejemplares, dos que son idénticos llamados E-14 Claveros y E-14 Delegados y un tercer ejemplar con destino a la RNEC para efectos del conteo de votos. Por su parte el E-24 es propio para el registro del escrutinio por parte de las Comisiones Escrutadoras en todos sus niveles, en las modalidades de mesa a mesa o generales consolidados. Toma como base el E-14 de los jurados de votación, pero como el escrutinio es un conteo ponderado y cualificado de la votación, existe dentro de las facultades de las Comisiones Escrutadoras, las posibilidades de modificar esa base, como puede acontecer a partir de la prosperidad de una reclamación, una solicitud de agotamiento del requisito de procedibilidad, de un recuento procedente, entre otras.

Pero todas esas actuaciones modificatorias, por regla general, se someten a términos, plazos y etapas con preclusión. Además, del tema de la competencia que determina que el escrutinio termina en la autoridad electoral que tiene legalmente atribuida la declaratoria de la elección.

Pues bien, por todo ese engranaje planificado y organizado, es que el paso de un yerro o irregularidad de un formulario a otro, que incluso es elaborado por diferentes autoridades escrutadoras (jurados de votación - comisiones escrutadoras), es lo que permite entender que se ha trascendido del elemental y de fácil arreglo error aritmético y de hechos constitutivos de reclamación, a una figura de mayor envergadura dentro del proceso electoral de escrutinio como es la de la falsedad electoral, pues ya no se trata de un sencillo lapsus de sumatoria que caracteriza al error aritmético, sino que permite presumir que se ha buscado mutar, en forma ilegal, el resultado electoral, tergiversando la real voluntad popular, al arbitrio del “falsificador” de los datos electorales.

En el caso que ocupa la atención de la Sala y, luego de observar la Resolución 21 con la 23, se observa que en efecto, se recontó la mesa 53, al descontar al actor 4 votos de los 5 votos anotados, para hacerlo corresponder al E-14 que registró 1 voto y como el planteamiento que resolviera la Resolución 23, coincide en su fundamento fáctico con el glosado para la Resolución 21 de 2015, la modificación ya se encontraba justificada, no siendo viable volverla a cambiar, salvo que hubiera respondido a otro supuesto fáctico, situación que no aconteció.

1 La Resolución 175 de 25 de noviembre de 2015 de la Comisión Escrutadora Municipal rechazó por extemporánea la reclamación presentada por el señor GERMÁN POLO POLO, por cuanto solicitó el recuento de las mesas ya relacionadas por los errores aritméticos que presentaban, con fundamento en el artículo 192 del numeral 11 del C.E., pues afirma que como candidato C-82 le aparecen menos votos en el E-24 que los que le fueron contabilizados en el E-14 y al candidato C-84 WILLIAM HERRERA FRANCO, le aparecen más votos, pero debió haber postulado su reparo en el momento mismo del escrutinio, pues esas mesas ya habían sido escrutadas y cerradas desde hacía varios días (Véanse fls. 24 a 25 cdno. ppal.).

*Así las cosas, la Comisión Escrutadora Departamental habiendo ya corregido la votación del candidato 84 **William Herrera Franco** de la mesa 53, como lo denota la Resolución 21, mal podía volver a incluirla como modificación en la Resolución 23, menos bajo el ropaje de irregularidad constitutiva de falsedad, porque como quedó visto, justificada la modificación supone la inexistencia de falsedad, salvo que se pruebe lo contrario, sin que ello se advierta probado.*

Es más la Resolución 23, menciona la disconformidad entre el E-14 y el E-24 de la votación en la mesa 53, que fue calificada en la Resolución 21 como error aritmético.

Así las cosas, le asiste razón al actor al acusar que la modificación realizada respecto a la mesa 53 fue descontada doble vez, pues es claro, que la Resolución 21 y 23, son actos preparatorios autónomos en su alcance y decisión, pues mientras la Resolución 21 se refiere y decide la apelación contra la Resolución 068 de 2015 de la Comisión Escrutadora Municipal, la Resolución 23, lo hace respecto de la Resolución 175 de 2015 de esa misma Comisión.

Pero, la Comisión Escrutadora Departamental, omitió tener en cuenta que frente a la mesa 53, convergen, coinciden e incluyen el mismo fundamento fáctico respecto de esta mesa, como es el error de contabilización en los votos del actor y causa de la diferencia E-14 frente al E-24, a razón de 5 votos cuando en la realidad había obtenido 1.

*En consecuencia, cuatro votos de más fueron descontados indebidamente en contra del actor **WILLIAM HERRERA FRANCO** por las razones expuestas, los cuales se entienden espurios.*

No obstante, esa claridad y probanza, no se advierte, frente a las demás mesas demandadas, pues no se logra corroborar lo dicho por la parte actora, sobre todo porque fueron objeto de recuento en escrutadoras de otro nivel diferente a la Departamental y no se cuenta con elementos de juicio que así lo soporten:

(...)

*Ahora bien, con la demanda se adjuntó el E-26JAL, con fecha de generación de 4 de diciembre de 2015, en el que se escrutó una votación a favor del demandado **GERMÁN SEGUNDO POLO POLO** de 1.880 votos y para el actor **WILLIAM HERRERA FRANCO**, una votación por 1.867 votos, es decir un diferencial de 13 votos (véase fl. 27 cdno. ppal.).*

*Pero, el demandante adjuntó E-26JAL, segmentado, pues el del 4 de diciembre de 2016, que es el acto definitivo por contener el escrutinio General que realiza la Comisión Escrutadora Departamental, cuyas páginas deben ir firmadas y con todos los filtros que la RNEC coloca -como en efecto se observa-, es interrumpido en la continuidad de su foliatura, por una página que se generó el 24 de noviembre de 2015 y que corresponde al escrutinio municipal, en el que la votación entre ambos candidatos tenía un diferencial de 1 voto, a razón de 1.875 votos a favor del demandado **GERMÁN SEGUNDO POLO POLO** y de 1.876 votos, a favor del demandante **WILLIAM HERRERA FRANCO** (véase fl. 28 cdno. ppal.), folio que se diferencia del resto por no provenir de la Comisión Escrutadora Departamental, no ser de su autoría, carecer de firmas de los Delegados y de las restantes anotaciones al margen que coloca la RNEC al acto definitivo, porque corresponde al E-26JAL de la Comisión Escrutadora Municipal.*

En este punto ha de recordarse que cada Comisión Escrutadora, sin importar el nivel, expide sus formularios E-24 y E-26 correspondientes a su propio escrutinio, pero el definitivo y declaratorio de elección es el expedido por la Comisión que tiene a cargo declararla.

Lo cierto es que el escrutinio de la Comisión Escrutadora Municipal, al no ser el definitivo, conforme a la normativa puede ser objeto de modificación a partir de eventos como las reclamaciones, las decisiones que se adopten con éstas, así como con los recursos y sus respectivas decisiones e inclusive mediante solicitudes para agotar requisito de procedibilidad e incluso el mismo recuento es una posibilidad de que lo escrutado por la Comisión Escrutadora del primer o segundo nivel, sea reformado, pues se trata de un proceso dinámico y cambiante, a fin de que refleje la realidad de la voluntad popular, claro está

todo sometido a plazos perentorios y con preclusión, a causales taxativas al igual que sus fundamentos fácticos acordes a la previsión de la causal, a la diligencia probatoria y, ante todo, se exige de las autoridades electorales que se documente en forma clara y transparente, mediante la inserción de los acontecimientos en los distintos formularios electorales, entendidos en sentido amplio.

*Retomando lo que se estudia y de cara al acto declaratorio de la elección, la Sala Electoral encuentra que el diferencial de la votación entre demandante y demandado, pertenecientes ambos al Partido Conservador Colombiano, es mínima, en total **13 votos**.*

*Ahora bien, revisada la votación modificada por la Comisión Escrutadora Departamental, se observa que tan solo dos mesas de las demandadas son referidas en la Resolución 23, a saber: la **mesa 23 del Puesto 1 Fe y Alegría Las Gaviotas** frente a la cual ordenó el recuento y la **mesa 49** que negó el recuento porque la Comisión Auxiliar ya lo había hecho.*

(...)

De tal suerte que si en gracia de discusión se dijera que a los 4 votos espurios de la mesa 53, se sumaran como espurios los determinados en este cuadro comparativo, por violación a la prohibición de doble recuento, totalizarían 1 voto más a favor del actor (de la mesa 23) y, frente a la mesa 49 no se le restaría el voto (1 voto), que la escrutadora departamental le descontó, para un total de 5 votos que a él volverían y uno (1) que debía conservar dentro de su caudal numérico.

Pero se reitera que la diferencia en la votación es de 13 votos, razón por la cual las irregularidades comprobadas no tendrían incidencia para mutar el resultado total de la votación, por lo cual en aplicación del principio de eficacia del voto no da lugar a la declaratoria del acto electoral, como pasa a explicarse en el siguiente numeral de estas consideraciones.

(...)

*En el caso concreto, es claro que se encontraron probados 4 votos espurios que fueron objeto de disminución en desmedro del actor por doble recuento, más 1 que recontó la Escrutadora Departamental, para un total de **5 votos** y sin necesidad de acudir al método de la afectación proporcional implementado por la Sección Quinta de tiempo atrás para reflejar en forma fidedigna el impacto de las irregularidades en el resultado total, debido al caudal electoral total que diferencia al demandado frente al candidato con mayor opción en disputa, al rompe evidencia que el resultado no será mutado.*

Es decir que la diferencia entre ambos candidatos es de 5 votos y uno que no se le debe descontar.

*Como se observa, la diferencia entre los candidatos en disputa no es modificada de cara al resultado que dio como ganador al demandado **GERMÁN SEGUNDO POLO POLO**. Se advierte entonces que no existe incidencia que altere los resultados electorales que conlleven a la nulidad electoral por no tener entidad para mutar el resultado electoral, así que por aplicación del principio de la eficacia del voto no hay lugar a anular el acto declaratorio de la elección y las censuras, por ende, no están llamadas a prosperar.*

7. La carga de la prueba en la nulidad electoral

La Sección Quinta, en aras de hacer claridad a una censura que se advierte expresa y que ha inquietado al demandante -boy apelante- quien parece dar a entender que el proceso electoral administrativo y el de nulidad electoral en vía jurisdiccional, tiene empatía con un estilo de proceso que debe completar la autoridad administrativa electoral y el operador jurídico, en cada una de sus competencias, le advierte en forma temprana que tal disertación incurre en un yerro teórico y filosófico no acorde con los principios y alcances del tema electoral que se discute ante dichas autoridades, más allá de que el

Tribunal a quo baya utilizado el artículo 173² del Código General del Proceso, a lo cual el recurrente califica de defecto sustantivo.

Huelga recordar que los fundamentos fácticos, sustento de las reclamaciones del 192 del Código Electoral, como de las solicitudes para agotar el requisito de procedibilidad del parágrafo del 237 constitucional y del numeral 6º del artículo 161 del CPACA, por regla general, recaen en eventos de espectro particular o específico, en lo que se conoce como censuras particulares, en oposición a aquellos eventos que afectan en forma absoluta la votación de la mesa o el escrutinio de mesa y que se conoce como censuras generales.

Por contera, es del resorte de quien pretende lograr el efecto o la consecuencia prevista en la norma, lograr la especificidad en el planteamiento ante la autoridad electoral administrativa que luego permita judicializarla y al operador jurídico poder confrontar el dicho de quien demanda de cara a su planteamiento ante la organización electoral. Esto implica que el éxito tanto en los hechos constitutivos de reclamación como en aquellos que versan sobre el requisito de procedibilidad dependa de la precisión en el planteamiento desde el hecho, basta la norma invocada (causal) y obviamente acompañada de las pruebas, lo que luego debe mantenerse en vía judicial frente al juez de la nulidad electoral.

Es una carga en cabeza del interesado que no completa, ni modifica la organización electoral y menos el juez de la nulidad electoral, pues este se enfrenta a: los presupuestos propios de cada figura -reclamación o procedibilidad- definidos por la ley, a similitud de lo que sucede con las causales taxativas de los recursos extraordinarios; a la característica de rogada de la jurisdicción, que incluye a la electoral; a la defensa y protección de la institucionalidad del país, con uno de sus matices más importantes, como es la claridad, certeza y seguridad frente a quienes regentan las entidades públicas y para fortalecer la democracia y el Estado de Derecho.(...)

Finalmente, un punto que si bien la Sala Electoral, advierte es un cargo nuevo, ajeno a la segunda instancia de la nulidad electoral, pues es claro que la causa petendi, la contestación de la demanda, las oposiciones de los intervinientes convergen a estructurar la tan esperada fijación del litigio que rige en adelante y a futuro el desenvolvimiento del proceso y limita a los operadores jurídicos en sus disertaciones, se harán las siguientes breves consideraciones, a fin de evidenciar en el apelante su entendimiento errado frente a los plazos y los tiempos del escrutinio, que se advierte no fue planteado como censura contra el acto declaratorio de elección, pero deja ensombrecida la actuación de la escrutadora departamental.

8. La extemporaneidad del escrutinio como causal de incompetencia de la Comisión Escrutadora Departamental para declarar la elección y expedir el acto electoral respectivo.

Indicó el actor que conforme se advierte del E-26JAL, la elección de ediles para la Junta Administradora Local N.º 2 del Distrito de Cartagena se dio fuera de los términos de ley, razón por la cual la Comisión Escrutadora Departamental era incompetente por encontrarse fenecido el plazo para expedir el acto declaratorio de elección.

La Sala aclara que esta censura no fue planteada en la demanda, por ende, tampoco quedó contenida en la fijación del litigio y se trajo al proceso vía recurso de apelación, lo cual como lo ha dicho la Sala,

2 “Artículo 173. Oportunidades probatorias. Para que sean apreciadas por el juez las pruebas deberán solicitarse, practicarse e incorporarse al proceso dentro de los términos y oportunidades señalados para ello en este código.

En la providencia que resuelva sobre las solicitudes de pruebas formuladas por las partes, el juez deberá pronunciarse expresamente sobre la admisión de los documentos y demás pruebas que estas hayan aportado. El juez se abstendrá de ordenar la práctica de las pruebas que, directamente o por medio de derecho de petición, hubiera podido conseguir la parte que las solicite, salvo cuando la petición no hubiese sido atendida, lo que deberá acreditarse sumariamente.

Las pruebas practicadas por comisionado o de común acuerdo por las partes y los informes o documentos solicitados a otras entidades públicas o privadas, que lleguen antes de dictar sentencia, serán tenidas en cuenta para la decisión, previo el cumplimiento de los requisitos legales para su práctica y contradicción”.

Lucy Jeannette Bermúdez Bermúdez

implica la formulación de un cargo nuevo que es ajeno al límite de competencia del juez ad quem, razón que motiva a la Sala a no puede asumir su estudio.

Sin perjuicio de lo anterior, se advierte que una es la fecha en que se termina el escrutinio, y otra diferente la de generación del acto declaratorio de elección, como se indicó en el numeral segundo de esta parte considerativa en nota al pie.

9. Conclusión

Corolario de todo lo anterior es que las situaciones particulares que glosó el actor y recurrente frente a los escrutinios que dieron como resultado el acto declaratorio de elección que demanda no encontraron prosperidad, en primer término, porque si bien se demostraron algunas irregularidades en lo concerniente al doble recuento, éstas carecieron de incidencia en el resultado total de la votación que implicara su mutación, dándose aplicación al principio de eficacia del voto. En las restantes situaciones judicializadas, interpretaciones propias no acordes ni a la normativa ni al alcance que el Consejo de Estado y la Corte Constitucional han dado a las situaciones planteadas por el actor o el descuido en propender por oponerse en forma oportuna a lo que consideraba contrario a derecho dentro del recaudo probatorio en la primera instancia, limitan al juez ad quem, por ser una etapa procesal fenecida y en firme, llevan a la Sección Quinta a confirmar la denegatoria de pretensiones.

Decisión: CONFÍRMASE la sentencia de 30 de agosto de 2016, por medio de la cual el Tribunal Administrativo de Bolívar negó las pretensiones de la demanda de nulidad electoral contra la elección de GERMAN SEGUNDO POLO POLO, en calidad de miembro de la Junta Administradora Local N.º 2 del Distrito de Cartagena de Indias (2016-2019), contenido en el E-26JAL generado el 4 de diciembre de 2015.

Contra la presente decisión no procede recurso.

Ejecutoriada esta providencia, DEVUÉLVASE el expediente al Tribunal de origen.

LUCY JEANNETTE BERMÚDEZ BERMÚDEZ
Presidenta

ROCÍO ARAÚJO OÑATE
Consejera de Estado
Ausente con Excusa
CARLOS ENRIQUE MORENO RUBIO
Consejero de Estado
ALBERTO YEPES BARREIRO
Consejero de Estado

* * *

CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCIÓN QUINTA

Consejera ponente: LUCY JEANNETTE BERMÚDEZ BERMÚDEZ

Bogotá, D.C., quince (15) de diciembre de dos mil dieciséis (2016)

Radicación número: 20001-23-33-000-2016-00089-01

Actor: OMAR JAVIER CONTRERAS SOCARRÁS

Demandado: ÁLVARO LUIS CASTILLA FRAGOZO

Asunto: Segunda instancia que revoca la sentencia del 21 de septiembre de 2016, dictada por el Tribunal Administrativo del Cesar, por lo aquí expuesto y en consecuencia, **declarar** la nulidad del acto de elección del señor ÁLVARO LUIS CASTILLA FRAGOZO, como Contralor Municipal de Valledupar,

período 2016 - 2019, contenido en el acta de sesión del Concejo Municipal de Valledupar de fecha siete (7) de enero de dos mil dieciséis (2016).

Extracto: “En este caso, ocurrió que en ese ejercicio de la autonomía de que están revestidas sus actuaciones, específicamente en relación con la convocatoria, el Concejo Municipal de Valledupar optó de acuerdo con las consideraciones que expuso en la Resolución N° 044 de 8 de diciembre de 2015¹, por aplicar analógicamente algunas de las disposiciones que regulan el concurso para la elección de los personeros municipales (ley 1551 de 2012 y Decreto Reglamentario 2485 de 2014), e invocó en las consideraciones según el mencionado concepto de la Sala de Consulta y Servicio Civil, que por tratarse de una convocatoria pública “no aplica un orden específico de elegibilidad entre los seleccionados para la escogencia final del contralor”.

No obstante, esta alusión en la parte motiva del acto de convocatoria, lo relevante para la Sala es que el esquema y el procedimiento preestablecido para asignar puntajes y calificar el perfil de los participantes, se rigió por normas y etapas propias de un concurso de mérito, tanto que se indicó que por analogía se aplicarían las reglas del proceso de elección de personeros. Así lo dispuso la convocatoria:

“ARTÍCULO TERCERO: ELECCION DEL CONTRALOR. El Concejo Municipal de Valledupar elegirá al Contralor Municipal de Valledupar, dentro de los primeros diez días del mes de enero respectivo, del periodo constitucional correspondiente, para un periodo igual al del Alcalde. Dicha elección se bará entre los candidatos que reúnan los requisitos establecidos por la ley, conforme a los RESULTADOS del siguiente proceso de selección. (Negrita y subrayas fuera del texto)

De manera que cuando en un proceso se revisa con exactitud y detalle las competencias de los inscritos y a ellas se le asignan un porcentaje o el equivalente a una calificación, ésta representa el tamiz para ballar al mejor valorado en las competencias fijadas para la ejecución del cargo.

En este caso, como está visto, el Concejo Municipal siguió el procedimiento propio de un concurso y, en esa medida, no podía eludir la elección del mejor calificado, bajo la consideración que el entendimiento de su proceso era que entre los integrantes de la lista de elegibles se determinaría qué concursante mediante votación, resultaba designado, sin atender al puntaje obtenido, es decir, que lo logrado hasta ese momento, no tenía peso.

Este proceder es en el que se funda precisamente el apelante, y su queja tiene asidero en razón a que si bien, la ley le permite al Concejo Municipal adelantar una convocatoria pública, al optar la corporación pública por un proceso orientado al desarrollo propio de un concurso, aceptó las condiciones que lo rigen y que deben finalizar necesariamente en elegir al mejor puntuado.

Esta exactitud en las calificaciones de los concursos impone de las autoridades que lo adelanten y ejecuten, que la decisión final de elegibilidad se someta al resultado objetivo registrado para cada uno de los participantes, que impone hacer prevalecer su mérito ante circunstancias ajenas a la liberalidad de los nominadores.

Este entendimiento tiene fundamento precisamente en la autonomía con la que actuó el Concejo Municipal al acoger este procedimiento para adelantar la convocatoria pública, que trasmutó precisamente de un trámite sometido a las reglas de un concurso dado su énfasis en la calificación objetiva de los participantes respecto de sus habilidades y sus capacidades para el ejercicio del cargo.

Y es que en el acuerdo de convocatoria - Resolución N° 044 del 8 de diciembre de 2015 -, se establecieron como requisitos del cargo, según el artículo 10, los siguientes:

1 Folios 28 a 44 del C. 1 del expediente.

*“De conformidad con el artículo 272 de la constitución Política, 68 de la Ley 42 de 1993; artículo 158 de la Ley 136 de 1994, artículo 9° de la Ley 177 de 1994 y ley 167 del 2000, para **participar** en el proceso de elección para Contralor Municipal de Valledupar se requiere:*

- 1. Ser colombiano de nacimiento*
- 2. Ciudadano en ejercicio.*
- 3. tener más de veinticinco (25) años de edad*
- 4. Acreditar título Universitario*
- 5. Haber ejercido funciones por un periodo no inferior a dos (2) años.”*

Sin embargo, estos requisitos no eran suficientes para acceder al cargo, sino que en el análisis de los antecedentes académicos y de experiencia, se sometieron a una calificación ponderada de acuerdo con los requisitos acreditados en la hoja de vida a cuyo porcentaje se le asignó el 40% de la calificación consolidada, un 25% a la entrevista y un 35% a la sustentación del programa de gestión.

Así, se asignaron valores de calificación frente a los siguientes componentes:

(...)

Estos resultados equivalen, como se advirtió, a la calificación de las aptitudes de los concursantes, que totalizada, arroja el 100% de los posibles puntos a obtener. Ello representa sin duda, que el proceso adelantado por el Concejo Municipal de Valledupar, si bien se rige por una convocatoria de naturaleza pública, en ejercicio de su autonomía, se perfiló bajo reglas propias de un concurso, dado el señalamiento de porcentajes que valoraban objetivamente al participante y que en ese sentido, lo clasificaban de acuerdo a sus competencias, asignándole un resultado de mérito para acceder al cargo.

Ese entendimiento lo realizó la Corte Constitucional en la sentencia C-181 de 2010, al precisar lo siguiente:

*“Cuando el legislador o la administración- como en este caso -, **en ejercicio de su libertad de configuración, deciden sujetar a los principios del concurso la provisión de cargos de libre nombramiento y remoción, tienen la obligación constitucional de velar por la realización del principio fundamental que rige estos procedimientos, este es, el respeto del mérito mediante el favorecimiento del concursante que obtenga el mejor puntaje en las respectivas evaluaciones.** En otras palabras, si el legislador o la administración deciden someter a concurso la provisión de un cargo de libre nombramiento y remoción, **la Constitución les impone el deber de sujetarse a las reglas propias del concurso fijadas por la ley y la jurisprudencia de esta Corporación.** En particular, es obligación del legislador o de la administración garantizar el derecho fundamental de quien demuestra mayores méritos a acceder al cargo por el cual concursa.”²*

Y es precisamente lo que ocurrió en este caso, por cuanto, luego de la etapa denominada “Consolidación de Resultados”, constituido por la sumatoria de las calificaciones obtenidas por los participantes, se conformó un listado de elegibles, conformados por aquellos candidatos que obtuvieron por lo menos el 70% del 100% del consolidado.

(...)

2 Corte Constitucional. Sentencia del 17 de marzo de 2010. M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub

En un proceso sometido a concurso los participantes se encuentran objetivamente calificados sobre todos los aspectos evaluados en la convocatoria, según el valor o peso señalado de manera previa. Su resultado representa la estimación de un porcentaje que cuantifica sus capacidades y lo identifican en un orden ponderado respecto de los demás inscritos admitidos.

Entonces, si los concursos tienen por propósito establecer la “idoneidad, la capacidad y la potencialidad de los aspirantes a ocupar un cargo desde el punto de vista de la categoría del empleo y las necesidades del servicio”³, en su desarrollo, es preciso que i) se le evalúe a cada uno de los participantes, sus destrezas y aptitudes, ii) se valore y reconozca su experiencia, su capacidad de dirección y de visión sobre el desarrollo del cargo, y iii) dada la calificación obtenida, se designe a aquél con mayor mérito, cuya determinación está dada por la mejor calificación.

Así la cosas, encuentra la Sala probado que este proceso de elección se adelantó bajo el esquema de concurso, ello en razón a la estructura que se adoptó para su adelantamiento, los alcances de calificación, la existencia de porcentajes ponderados que permiten evidenciar quien obtuvo esa mejor puntuación respecto del 100% de las posibilidades contempladas para determinar quién resultaba el más idóneo para el ejercicio del cargo.

*Estas directrices fueron las que abandonó el Concejo Municipal de Valledupar al concretar en cabeza de quien debía recaer la elección, pues pese a la existencia de la lista de elegibles y a la indicación de en qué orden se estableció el mencionado listado, procedió según consta en el acta del 7 de enero de 2016 a elegir como Contralor al señor **ÁLVARO LUIS CASTILLA FRAGOZO**, quien se encontraba en la tercera posición de la mencionada lista.*

*Esta circunstancia, demuestra que en este caso, la elección acusada desconoció las reglas fijadas en la convocatoria: Resolución N° 044 de 18 de diciembre de 2015, pues excluye de una parte que se ordenó conformar un listado de elegibles y que en la elección, y **con base en** dicho listado se debía realizar la designación.*

Aunque la defensa frente a la legalidad del acto de elección se centra en señalar que en la motivación de la resolución se aludió al contenido del citado concepto de la Sala Consulta y Servicio Civil, lo relevante en este caso, es que el Concejo Municipal de Valledupar en ejercicio de su autonomía, fijó las reglas de configuración de la convocatoria, en la que conforme se registró, optaron por condicionar su desarrollo a un concurso y, en ese orden de ideas, era mandatorio que al elegir conforme lo dispone el artículo 18 de la convocatoria, la elección debía recaer en la lista de elegibles, entendimiento que no puede ser otro, que el de designar a aquel que obtuvo el más alto puntaje.

Al respecto el artículo en cita dispuso:

“ARTÍCULO DÉCIMO OCTAVO: ELECCIÓN. Con base en el listado de elegibles resultante del proceso de convocatoria, el nuevo Concejo Municipal en sesión plenaria del cinco (5) de enero de 2016, dentro de la oportunidad legal realizará la elección del Contralor Municipal de Valledupar, para el periodo definido en el artículo primero de esta resolución”.

De esta disposición, que constituye norma del reglamento del proceso de elección, se infiere sin duda alguna, que el criterio fijado por esa corporación pública, fue el de elegir el más alto puntaje de los participantes, producto del resultado consolidado de los aspirantes. Darle otro entendimiento sería descalificar las etapas que se orientaron a distinguir porcentualmente a los inscritos con el fin de valorar su idoneidad y mérito.

Así, como el proceso de elección del Contralor del Municipio de Valledupar se fijó bajo el esquema de concurso que orienta su designación a los resultados finales, necesariamente, la elección debió recaer en el participante mejor puntuado, en cuyo caso, para este proceso, según las pruebas que obran en

³ Corte Constitucional. Sentencias C-901 del 17 de septiembre de 2008, M.P. Mauricio González Cuervo y T-329 del 14 de mayo de 2009, M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

el expediente, y atendiendo al orden informado en la sesión donde se dictó el acto de elección aquí acusado, correspondía elegir al señor OMAR JAVIER CONTRERAS SOCARRÁS.

En esas condiciones vale la pena tener en cuenta que la Corte Constitucional ha definido al mérito como un factor cardinal dentro del procedimiento de ingreso al servicio público a partir del cual se valoran a todos los participantes mediante pautas objetivas y se desechan las variables ajenas a las cualidades y las capacidades de las personas para ocupar determinado cargo. En la sentencia C-123 de 2013 se explicó el principio de la siguiente manera:

“Abora bien, el mérito que se requiere para entrar a ejercer la función pública no corresponde al surgido del reconocimiento o de la estima que el conglomerado social suele discernir a quien ha realizado acciones mercedoras de encomio, ni al actuar loable generador de un justo premio o recompensa, sino a las condiciones subjetivas o de formación⁴ configuradoras del perfil que el candidato ha de tener para ejercer las competencias o cumplir las labores o actividades propias del empleo que se va a proveer, razón por la cual debe apreciarse en concreto, vale decir en relación con el cargo específico al que se aspira y con las necesidades del servicio que se deban atender mediante su ejercicio”.

Entonces, recapitulando, bajo las reglas de la convocatoria establecida por la Resolución N° 044 del 8 de diciembre de 2015, expedida por el Concejo Municipal de Valledupar la elección del contralor debió recaer en el participante mejor puntuado, razón por la cual, esta Sala REVOCARÁ la decisión de negar las pretensión de la acción de nulidad electoral contenida en la sentencia del 21 de septiembre de 2016, dictada por el Tribunal Administrativo del Cesar y, en su lugar, accederá a declarar la nulidad del acto de elección contenido en el acta de sesión del 7 de enero de 2016, por las razones aquí expresadas.

Abora bien, de conformidad con la sentencia de unificación de 26 de mayo de 2016,⁵ la Sala precisa que como consecuencia de la declaratoria de la nulidad del acto acusado, el Concejo Municipal de Valledupar deberá proceder a realizar la elección del Contralor de esa localidad, teniendo en cuenta el orden de la lista de elegibles conformada para el efecto, según el artículo 18 de la Resolución N° 044 de 2015, esto es, en la persona que ocupó el primer lugar por representar el más alto de los puntajes de los participantes.”

Decisión: REVOCAR la sentencia del 21 de septiembre de 2016, dictada por el Tribunal Administrativo del Cesar, por lo aquí expuesto.

En consecuencia, DECLARAR la nulidad del acto de elección del señor ÁLVARO LUIS CASTILLA FRAGOZO, como Contralor Municipal de Valledupar, periodo 2016 - 2019, contenido en el acta de sesión del Concejo Municipal de Valledupar de fecha siete (7) de enero de dos mil dieciséis (2016).

COMUNICAR de esta decisión al Presidente del Concejo Municipal de Valledupar para lo de su competencia.

Devuélvase el expediente al Tribunal de origen.

LUCY JEANNETTE BERMÚDEZ BERMÚDEZ
Presidenta

ROCÍO ARAÚJO OÑATE
Consejera de Estado
CARLOS ENRIQUE MORENO RUBIO
Consejero de Estado
ALBERTO YEPES BARREIRO
Consejero de Estado

⁴ Sentencia C-040 de 2005.

⁵ Sentencia de 26 de mayo de 2016. Demandado: Secretario de la Comisión Sexta del Senado de la República. C.P. Carlos Enrique Moreno Rubio. Exp. N° 11001-03-28-000-2015-00029-00.

CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCIÓN QUINTA

Consejera ponente: LUCY JEANNETTE BERMÚDEZ BERMÚDEZ

Bogotá, D.C., quince (15) de diciembre de dos mil dieciséis (2016)

Radicación número: 08001-23-33-000-2015-00820-01

Actor: ALEJANDRO RAFAEL BARRIOS DE ALBA

Demandado: RAFAEL ELOY OROZCO TORRES - CONCEJAL DE MALAMBO - PERÍODO 2016-2019

Asunto: Sentencia – confirma fallo que negó nulidad electoral – el demandado no se encuentra inhabilitado por ser beneficiario de pensión de invalidez

Extracto: *Antes de avanzar en la solución del problema jurídico planteado, es menester precisar que la Sala se relevará de examinar: (a) las cuestiones relacionadas a la atención en salud que presuntamente recibe el accionado en virtud de una convención colectiva de trabajo; y (c) si el comportamiento del demandado conlleva un enriquecimiento ilícito (art. 412 C. Pe) o si se quebrantó el principio de moralidad;*

Lo anterior, por cuanto se trata de aspectos que no fueron planteados en la demanda y que tampoco se subsumen en la fijación del litigio plasmada en la audiencia inicial de este proceso. Lo contrario implicaría quebrantar el principio de congruencia y desconocer el derecho de audiencia y de defensa, inherentes al debido proceso que le asiste a la contraparte. Y adicionalmente, en lo que concierne al presunto enriquecimiento ilícito, porque se desbordaría el objeto de la nulidad electoral, de acuerdo con las previsiones del artículo 139 del CPACA.

Tampoco se referirá la Sala (e) al grado de acierto del a quo al no decretar algunas pruebas pedidas por la parte demandante. Esto, tomando en consideración que, dada la naturaleza preclusiva del proceso se trata de un aspecto que debió ventilarse en la audiencia inicial y frente al cual no se interpuso recurso alguno:

Por otro lado, conviene destacar que, tal y como bien lo señaló el Ministerio Público en esta segunda instancia, el reparo glosado en la alzada no se dirige a la falta de calidades y requisitos de elegibilidad, sino a la posible configuración de una inhabilidad, razón por la cual, partiendo del principio de justicia rogada que gobierna la jurisdicción contenciosa, será bajo el marco de esta última que se analizarán los cuestionamientos del recurrente.

Pues bien, en criterio del apelante, el señor RAFAEL ELOY OROZCO TORRES se encontraba inhabilitado, de acuerdo con la causal contenida en el artículo 51.c de la Ley 136 de 1994, para ser concejal, en la medida en que actualmente y desde 1983 percibe una pensión de invalidez, que le fue reconocida en razón de una pérdida de capacidad laboral de 66% atribuida a esquizofrenia.

Sea lo primero destacar, entonces, que la mencionada norma es del siguiente tenor:

“Artículo 51º.- Faltas absolutas. Son faltas absolutas de los concejales:

c) La incapacidad física permanente”.

Al respecto, conviene decir que la precitada norma no responde a la estructura de una inhabilidad, las cuales han sido definidas por esta Sala como “... circunstancias creadas por la Constitución o la ley que impiden o imposibilitan a una persona acceder a un cargo público”⁶; y que para el caso de los concejales, se encuentran consagradas expresamente en el artículo 40 de la Ley 617 de 2000, (...)

6 C. P. Alberto Yepes Barreiro, rad. 50001-23-31-000-2012-00087-02, demandado: CONTRALOR DEL DEPARTAMENTO DE VICHADA.

O que para todos los servidores públicos, incluidos los concejales, se tipifican en preceptos normativos como el que consagra el artículo 38 de la Ley 734 de 2002, (...)

*Nótese que entre la causal primera de estas dos últimas disposiciones y los supuestos de hecho alegados por el libelista existe una relativa aproximación. Sin embargo, esta no resulta suficiente para que en el plano jurídico se pueda enervar la presunción de legalidad que reviste al acto de elección enjuiciado, habida cuenta que dichas inhabilidades tienen como punto de partida la **interdicción**, que debe ser declarada judicialmente, lo cual dista enormemente de lo planteado por la parte actora, que, realmente, cuestiona una incapacidad total derivada de un reconocimiento pensional en favor del demandado, que deviene de un acto administrativo expedido en 1983.*

Sobre esta misma situación jurídica, conviene precisar que ya la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo se pronunció en fallo de 7 de noviembre de 2007¹. En aquella oportunidad, examinó una demanda de pérdida de investidura en la que se acusó a un representante a la Cámara de violar el régimen de inhabilidades por haber sido llamado a ocupar el cargo a pesar de que se encontraba disfrutando una pensión de invalidez que le había sido reconocida décadas atrás. En punto a tal reparo, se dijo:

*“Si bien la incapacidad física permanente y la invalidez tienen iguales consecuencias jurídicas, en cuanto ambas figuras dan lugar al retiro del servicio, lo cierto es que **el hecho de encontrarse pensionado por invalidez no está previsto en la Constitución Política, como causal de inhabilidad** que genere la pérdida de investidura de los congresistas.*

Como se advirtió precedentemente, la consagración de las inhabilidades para ser elegido a los cargos de representación popular, en cuanto conllevan restricciones al derecho a elegir y ser elegido, debe ser expresa, al tiempo que su interpretación no admite aplicación extensiva o analógica. (...).

*Así las cosas, como **la situación mencionada en la demanda no está consagrada en la Constitución Política como causal de inhabilidad** para ser congresista, se denegará la solicitud de pérdida de investidura” (negrillas propias).*

Si bien la pérdida de investidura y la nulidad electoral persiguen objetivos distintos, el citado pronunciamiento no puede pasarse por alto en el sub examine, toda vez que en él se decanta lo posición de la Corporación en pleno respecto de la presunta violación del régimen de inhabilidades por la designación para un cargo cuando media el previo reconocimiento de una pensión de invalidez.

En ese orden de cosas, es claro que el reparo efectuado por el recurrente, tal y como fue planteado no está llamado a prosperar, pues, se insiste, resulta insuficiente para derruir la presunción. Por ende, deviene innecesaria cualquier consideración adicional en torno a la vigencia de los actos de reconocimiento pensional del demandado y de la actividad probatoria de primera instancia.

Queda por decir que la inconformidad expresada por el recurrente, en torno a la notificación de la sentencia dictada por el a quo, también debe ser desestimada, pues no resultaba imperiosa la notificación electrónica que echa de menos, en la medida en que el artículo 303 del CPACA permite la notificación por edicto, que contrario a lo indicado por aquel sí se realizó en debida forma, a través de la página web de la Rama Judicial², según lo pudo corroborar de propia mano la Sala.

Así las cosas, para la Sala, es claro que el fallo de primera instancia que negó la pretendida nulidad electoral debe ser confirmado.

1 C. P. Héctor J. Romero Díaz, rad. 11001-03-15-000-2007-00922-00(PI), demandado: VICTOR JULIO VARGAS POLO - REPRESENTANTE A LA CÁMARA POR MAGDALENA.

2 <https://www.ramajudicial.gov.co/web/secretaria-tribunal-administrativo-del-atlantico/136>. Consultado el 9 de diciembre de 2012.

Decisión: CONFIRMAR la sentencia de 16 de septiembre de 2016 proferida por el Tribunal Administrativo del Atlántico, Sala de Decisión Oral, Sección “B”, que negó las pretensiones de la demanda de nulidad electoral.

DEVUÉLVASE el expediente al Tribunal de origen.

LUCY JEANNETTE BERMÚDEZ BERMÚDEZ
Presidenta

ROCÍO ARAÚJO OÑATE
Consejera de Estado
CARLOS ENRIQUE MORENO RUBIO
Consejero de Estado
ALBERTO YEPES BARREIRO
Consejero de Estado



AUTOS

CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCIÓN QUINTA

Consejero ponente: CARLOS ENRIQUE MORENO RUBIO

Bogotá, D.C., diez (10) de marzo de dos mil dieciséis (2016)

Radicación número: 11001-03-28-000-2015-00039-00

Actor: ASOCIACIÓN DE INGENIEROS AGRÓNOMOS DEL LLANO

Demandado: EDUARDO ALBERTO MARTÍNEZ BAQUERO

Asunto: Admite la demanda presentada contra el acto declaratorio de elección del señor Eduardo Alberto Martínez Baquero como representante del sector productivo del Meta ante el Consejo Superior de la Universidad de los Llanos y decreta la suspensión provisional de los efectos del mismo.

Extracto: “Según consta en el expediente, el diecinueve (19) de octubre de 2015 el Consejo Electoral Universitario de la Universidad de los Llanos declaró elegido al señor Eduardo Alberto Martínez Baquero como representante del sector productivo ante el Consejo Superior de la citada institución de educación superior para el periodo 2016-2018 (fl. 50).

Al sustentar la solicitud de suspensión provisional, el demandante estimó que el señor Martínez Baquero no acreditó los requisitos fijados en el artículo dieciséis (16) del estatuto general de la Universidad para ser elegido, ya que su hermana, Martha Cecilia Martínez Baquero, contrató con la entidad dentro de los seis (6) meses anteriores a la elección, sin que su ingreso haya sido originado mediante un concurso público de méritos.

(...)Advierte la Sala que las etapas antes descritas no fueron agotadas en el procedimiento que concluyó con la contratación de la señora Martínez Baquero, ya que incluso el acuerdo No. 003 de 2003 solamente hacía referencia específica a la convocatoria pública a cargo de la vicerrectoría académica.

Adicionalmente, en el expediente no obra prueba que demuestre que la contratación de la señora Martínez Baquero, como profesora de cátedra, haya estado precedida de la estricta aplicación de aquel sistema de selección contemplado en el citado acuerdo No. 003 de 2003.

(...)Concluye la Sala que la situación del representante del sector productivo del Departamento del Meta ante el Consejo Superior de la Universidad de los Llanos encuadra dentro de la prohibición establecida en el artículo dieciséis (16) del estatuto superior, pues su hermana celebró contrato de prestación de servicios con la universidad dentro de los seis (6) meses anteriores a la elección, sin que haya prueba que su vinculación, como docente catedrática, haya sido hecha mediante concurso público de méritos.

Por consiguiente, se accederá a decretar la suspensión provisional de los efectos del acto acusado.

Decisión: “Por reunir los requisitos legales, admítase la demanda presentada por la Asociación de Ingenieros Agrónomos del Llano contra el acto declaratorio de elección del señor Eduardo Alberto Martínez Baquero como representante del sector productivo del Meta ante el Consejo Superior de la Universidad de los Llanos”

DECRÉTASE la suspensión provisional de los efectos del acto declaratorio de elección del señor Eduardo Alberto Martínez Baquero como representante del sector productivo del Meta ante el Consejo Superior de la Universidad de los Llanos, expedido por el Consejo Electoral Universitario de la institución educativa.

LUCY JEANNETTE BERMÚDEZ BERMÚDEZ
Presidenta

ROCÍO ARAÚJO OÑATE
Consejera de Estado
CARLOS ENRIQUE MORENO RUBIO
Consejero de Estado
ALBERTO YEPES BARREIRO
Consejero de Estado

* * *

CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCIÓN QUINTA

Consejero ponente: CARLOS ENRIQUE MORENO RUBIO

Bogotá, D. C., siete (7) de abril dos mil dieciséis (2016)

Radicación número: 20001-23-39-001-2015-00593-01

Actor: RAFAEL GUILLERMO POSADA

Demandado: CONCEJALES DEL MUNICIPIO DE VALLEDUPAR

Asunto: Revoca la decisión de declarar probada la excepción de falta de agotamiento del requisito de procedibilidad, proferida por el Tribunal Administrativo del Cesar en la audiencia inicial celebrada el 29 de febrero de 2016.

Extracto: “-Desde la entrada en vigencia de la reforma constitucional que introdujo el Acto Legislativo 01 de 2009, las causales de nulidad denominadas objetivas (que atañen a irregularidades en la votación y en el escrutinio) deben plantearse de forma previa ante la respectiva autoridad administrativa electoral. Por su parte, el artículo 161 del CPACA, en el numeral 6º, consagró la necesidad de que dicho requisito se agote respecto de las causales referentes a la falsedad de documentos electorales y cuando los votos emitidos en la respectiva elección se computen con violación del sistema constitucional o legalmente establecido para la distribución de curules o cargos por proveer.

- Esta Sección ha sido enfática en señalar que si bien el requisito de que trata el artículo 277 constitucional (que también fue consagrado en el numeral 6º del artículo 161 del CPACA) debe acreditarse por el actor a fin de que la demanda tenga un curso normal, es lo cierto que su agotamiento en sede administrativa bien puede producirse a instancia de cualquier ciudadano, dado que el constituyente no delimitó una legitimación por activa para ello, lo que debe entenderse como que tales irregularidades pueden denunciarse ante las autoridades electorales por cualquier persona.

-En relación con la oportunidad para presentar “reclamaciones electorales”, la Sala en diversas ocasiones ha precisado que, en aplicación del principio de preclusión, los escrutinios según los términos del Código Electoral, se encuentran conformados por un procedimiento dividido en fases, lo cual impide a las autoridades administrativas que participan en la declaratoria de la elección

conocer de las controversias que debieron haber sido puestas en conocimiento de una autoridad anterior. Sin embargo, este estudio debe ser realizado según la naturaleza de cada caso y, de manera especial, en atención al origen de la irregularidad que se denuncia ante la respectiva organización electoral.

*Abora bien, en la medida en que el referido estatuto no prevé expresamente una oportunidad para agotar el requisito de procedibilidad de que trata el artículo 277 constitucional, esta Sección también ha dicho que es claro que se satisface dicho requisito si las irregularidades (constitutivas de causal de nulidad electoral) son puestas en conocimiento de las autoridades electorales **antes de que se expida el acto declaratorio de la elección**, aspecto razonable porque aún existe la posibilidad de que las anomalías probadas puedan ser corregidas y de esa manera el escrutinio sea el resultado exacto de la voluntad popular expresada en las urnas.*

(...)

En el presente caso, la Sala verifica que si bien dentro del expediente no obra copia alguna del escrito que presentó el señor Roberto Castro Romero a fin de que se analizaran las referidas inconsistencias dentro del escrutinio, es lo cierto que el Acta General de Escrutinios de la Comisión Escrutadora Municipal (folios 48-57) da cuenta de la presentación de tal documento (...)

(...)De acuerdo con lo dicho, es claro que las inconsistencias que formuló el señor Roberto Castro Romero tuvieron la firme intención de poner en conocimiento de la autoridad electoral la existencia de diferencias injustificadas entre los formularios E-14 y E-24 de la zona 4, relativas al puesto 4, mesas 1, 3, 4, y 7. Esto es, no como un simple error aritmético sino como falsedad de los documentos electorales.

Lo anterior es razón suficiente para concluir que, como bien lo puso de presente el demandante, en el asunto objeto de estudio, se agotó en debida forma el requisito de procedibilidad que prevé el artículo 277 constitucional y el numeral 6º del artículo 161 del CPACA, toda vez que, reitera la Sala, la presentación del respectivo escrito se hizo ante la autoridad electoral competente para declarar los candidatos electos y, en especial, se radicó antes de que dicha elección tuviera lugar. Es decir, se efectuó en la oportunidad que la jurisprudencia de esta Sección ha fijado para tal efecto.

Decisión: “REVÓCASE la decisión de declarar probada la excepción de falta de agotamiento del requisito de procedibilidad, proferida por el Tribunal Administrativo del Cesar en la audiencia inicial que tuvo lugar el 29 de febrero de 2016”.

DEVUÉLVASE el proceso al Tribunal de origen a fin de que se pronuncie sobre las demás excepciones que propuso el apoderado judicial del señor Ciro Guzmán Chinchia Bermúdez y para que adelante lo de su cargo.

LUCY JEANNETTE BERMÚDEZ BERMÚDEZ
Presidenta

ROCÍO ARAÚJO OÑATE
Consejera de Estado
CARLOS ENRIQUE MORENO RUBIO
Consejero de Estado
ALBERTO YEPES BARREIRO
Consejero de Estado

CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCIÓN QUINTA

Consejero ponente: CARLOS ENRIQUE MORENO RUBIO

Bogotá, D.C., dieciséis (16) de junio de dos mil dieciséis (2016)

Radicación número: 13001-23-33-000-2016-00100-01

Actor: JADER JULIO ARRIETA

Demandado: CONCEJALES DE CARTAGENA PERÍODO 2016 - 2019

Asunto: Recurso de queja presentado por el actor contra la decisión de marzo 16 de 2016, a través de la cual el Tribunal Administrativo de Bolívar, rechazo por improcedente el recurso de apelación interpuesto contra el rechazo de la reforma de la demanda.

Extracto: “En el presente asunto, solicita el recurrente que se revoque la decisión adoptada por el Tribunal Administrativo de Bolívar mediante auto de marzo dieciséis (16) de dos mil dieciséis (2016) para que en su lugar se conceda el recurso de apelación interpuesto contra la providencia de marzo ocho (8) del presente año, a través de la cual se rechazó la reforma de la demanda presentada por el demandante.

Según se tiene, el Tribunal Administrativo de Bolívar rechazó el recurso en mención con base en lo establecido en el último aparte de la norma en cita el cual señala que “[c]ontra el auto que resuelva sobre la admisión de la reforma de la demanda no procederá recurso alguno”.

Para el a quo la referida expresión incluye todas las formas posibles en que se puede proveer sobre la admisión de la demanda, esto es: la admisión propiamente dicha, la inadmisión y el rechazo.

Sin embargo, esta Sala se aparta de dicha interpretación bajo el entendido de que la expresión en comento debe limitarse a los eventos de admisión e inadmisión de la reforma de la demanda por las siguientes razones:

En primer lugar, en criterio de esta Sección el rechazo de la reforma de la demanda implica per se un rechazo de la demanda.

Lo anterior, por cuanto la reforma de la demanda constituye una oportunidad para que la parte actora adicione, aclare o modifique su demanda inicial, por lo que ha de entenderse que ésta al final hace parte de la demanda como tal, y por ende, debe sufrir la misma suerte de la principal y recibir el mismo tratamiento de aquella.

Esto implica que frente a las decisiones que se adopten sobre la reforma de la demanda procedan los mismos recursos que pueden interponerse contra las providencias que se profieran a la hora de proveer sobre la demanda, salvo que exista norma especial, como el caso de su admisión y la última parte del artículo 278 antes referenciado.

En tales condiciones, el hecho de que se rechace la reforma de la demanda o parte de ella implica – como se dijo – que se rechace la demanda misma en forma parcial y en consecuencia, que esa decisión sea susceptible del recurso de apelación de conformidad con lo establecido en el artículo 276 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo que establece que el auto de rechazo de la demanda electoral es apelable.

(...) Ahora bien, en lo que tiene que ver con el argumento esbozado por el Tribunal de primera instancia según el cual el trámite especial de los procesos electorales justifica que contra la decisión de rechazo de la reforma de la demanda no proceda ningún recurso, se tiene que el mismo no guarda consonancia con lo establecido en el precitado artículo 276, toda vez que según dicha norma las decisiones que no son susceptibles de recurso son el auto admisorio e inadmisorio de la demanda, pero no el de rechazo.

(...) *En este orden de ideas, la Sala concluye que el recurso de apelación sí procede contra la decisión de rechazo de la reforma de la demanda y por ende, se estima que la apelación presentada por el actor en contra de la decisión del Tribunal Administrativo de Bolívar de marzo ocho (8) de dos mil dieciséis (2016) estuvo mal denegada.*

Decisión: “ESTÍMASE mal denegado el recurso de apelación presentado por el actor contra el auto proferido por el Tribunal Administrativo de Bolívar el ocho (8) de marzo de dos mil dieciséis (2016) a través del cual rechazó la reforma de la demanda presentada por él.

REVÓCASE la providencia de marzo dieciséis (16) de dos mil dieciséis (2016) a través del cual se rechazó el recurso de apelación presentado contra la decisión de rechazo de la reforma de la demanda, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

EN CONSECUENCIA, concédase el recurso de apelación presentado por la parte actora contra la providencia de marzo ocho (8) de dos mil dieciséis (2016) en el efecto suspensivo.

Por secretaría, COMUNÍQUESE de esta decisión a los magistrados integrantes del Tribunal Administrativo de Bolívar y requíraseles para que remitan la totalidad del expediente con el fin de resolver el recurso de apelación concedido, previo agotamiento del trámite legal.”

LUCY JEANNETTE BERMÚDEZ BERMÚDEZ
Presidenta

ROCÍO ARAÚJO OÑATE
Consejera de Estado
Salva voto

CARLOS ENRIQUE MORENO RUBIO
Consejero de Estado

ALBERTO YEPES BARREIRO
Consejero de Estado

Salvamento de voto de la consejera Rocío Araújo Oñate

Asunto: La Sala resolvió **estimar mal denegado** el recurso de apelación presentado por el actor contra el auto proferido por el Tribunal Administrativo de Bolívar, el 8 de marzo de 2016, a través del cual rechazó la reforma de la demanda presentada por él. En consecuencia, **revocó** la providencia del 16 de marzo de 2016, mediante la cual se rechazó el mencionado recurso de apelación.

Extracto: “En esta providencia, a diferencia del Tribunal Administrativo de Bolívar, la Sala consideró que la expresión “...contra el auto que resuelva sobre la admisión de la reforma de la demanda no procederá recurso alguno...”, contenida en el artículo 278 de la Ley 1437 de 2011¹ debe limitarse a los eventos de **admisión e inadmisión de la reforma de la demanda**. Tal interpretación se fundamentó en las siguientes razones:

- (i) *El rechazo de la reforma de la demanda implica per se un rechazo de la demanda por lo que ha de entenderse que ésta al final hace parte de la demanda como tal, y por ende, debe sufrir la misma suerte de la principal y recibir el mismo tratamiento de aquella. De esta manera, en materia electoral, frente a las decisiones que se adopten sobre la reforma de la demanda proceden los mismos recursos que pueden interponerse contra las*

1 ARTÍCULO 278. REFORMA DE LA DEMANDA. La demanda podrá reformarse por una sola vez dentro de los tres (3) días siguientes a la notificación del auto admisorio de la demanda al demandante y se resolverá dentro de los tres (3) días siguientes. Podrán adicionarse cargos contra el acto cuya nulidad se pretende siempre que no haya operado la caducidad, en caso contrario se rechazará la reforma en relación con estos cargos. Contra el auto que resuelva sobre la admisión de la reforma de la demanda no procederá recurso.

providencias que se profieran a la bora de proveer sobre la demanda, es decir, aquellos establecidos en el artículo 276 de la Ley 1437 de 20112, salvo que exista norma especial, como es el caso de la última parte del artículo 278 antes referenciado.

- (ii) *En materia electoral, el legislador diferenció las figuras de admisión, inadmisión y rechazo de la demanda y los recursos procedentes frente a cada una de las figuras. Es dable deducir entonces que si el legislador hubiera querido establecer que contra el auto que rechaza la reforma de la demanda no procedía recurso alguno, así lo hubiera establecido de manera expresa y no sólo se hubiera limitado, como lo hizo, a precisar que la decisión de admisión de la reforma de la demanda no es susceptible de ser recurrida. Este último parámetro, si se compadece con el carácter público y célere de los procesos electorales en los cuales el legislador limitó la posibilidad de controvertir la decisión de admisión para que el trámite se surta con mayor agilidad.*

En síntesis, la posición fijada por la Sala en la providencia de la cual me aparto por medio del presente salvamento, se fundamenta en una interpretación restrictiva del artículo 278 de la Ley 1437 de 2011, a partir de la cual se concluye que contra el auto que rechaza la reforma a la demanda no proceden recursos si, a través del mismo, se admite o inadmite la reforma. Sin embargo, en caso de que se presente su rechazo, al no contemplar expresamente tal posibilidad la norma en mención, se debe remitir por analogía al artículo 276 ejusdem, el cual establece la procedencia del recurso de apelación frente al auto que rechaza la demanda.

Contrario sensu, quien suscribe el presente salvamento, considera que al tenor de lo dispuesto por el artículo 278 de la Ley 1437 de 2011, no procede recurso alguno contra el auto que resuelve sobre la admisión de la reforma de la demanda dentro del medio de control de nulidad electoral, toda vez que esta norma al consagrar el verbo resolver, el cual recae sobre la admisión de la reforma a la demanda, implica por consiguiente uno de dos escenarios posibles: i) se decida admitir la reforma a la demanda3 o ii) se decida el rechazo de la reforma a la demanda.

Finalmente, no resulta admisible para este caso en concreto aplicar analógicamente lo consagrado en el inciso 4 del artículo 276 de la Ley 1437 de 2011, por cuanto esta disposición regula el trámite de la demanda y, para la reforma de la misma, existe norma especial en relación con el medio de control de nulidad electoral, la cual es precisamente el artículo 278 ídem, disposición que fue soslayada en el presente caso.

De cara a lo anterior, esta Consejera observa que el a-quo decidió acertadamente negando el recurso de apelación, no obstante, su fundamentación no se comparte en razón a que se soportó en la regla establecida en el artículo 243 de la Ley 1437 de 2011 para el proceso ordinario, inobservando que, como se dijo en precedencia, sobre este aspecto existe norma especial en relación con el medio de control de nulidad electoral.

2 ARTÍCULO 276. TRÁMITE DE LA DEMANDA. Recibida la demanda deberá ser repartida a más tardar el día siguiente hábil y se decidirá sobre su admisión dentro de los tres (3) días siguientes.

El auto admisorio de la demanda no es susceptible de recursos y quedará en firme al día siguiente al de la notificación por estado al demandante.

Si la demanda no reúne los requisitos formales mediante auto no susceptible de recurso se concederá al demandante tres (3) días para que los subsane. En caso de no hacerlo se rechazará.

Contra el auto que rechaza la demanda procede el recurso de súplica ante el resto de los Magistrados o de reposición ante el juez administrativo en los procesos de única instancia y el de apelación en los de primera, los cuales deberán presentarse debidamente sustentados dentro de los dos (2) días siguientes al de la notificación de la decisión.

3 Para esta Consejera no existe la posibilidad que la reforma a la demanda sea inadmitida, tal y como lo plantea la Sala en la providencia respecto de la cual se salva el voto, pues ésta se admitirá o se rechazará.

CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO
SECCIÓN QUINTA

Consejero ponente: CARLOS ENRIQUE MORENO RUBIO

Bogotá, D.C., quince (15) de septiembre de dos mil dieciséis (2016)

Radicación número: 08001-23-33-000-2015-00158-01

Actor: JUAN BARRIOS VILLARREAL Y OTRO

Demandado: UNIVERSIDAD DEL ATLÁNTICO

Asunto: Confirma auto del 7 de julio de 2015 mediante el cual el Tribunal Administrativo del Atlántico decretó la medida cautelar de suspensión del procedimiento de elección del rector de la Universidad del Atlántico.

Extracto: “En el derogado Código Contencioso Administrativo, la posibilidad de acudir a las medidas cautelares en las acciones de nulidad estaba limitada prácticamente a la suspensión provisional de los efectos de los actos administrativos.

La vigencia del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo amplió significativamente la gama de medidas de este carácter en los procesos que conoce esta jurisdicción, a partir de unos requisitos especiales.

Actualmente es posible que a petición de parte, el juez pueda decretar medidas cautelares de naturaleza preventiva, conservativa, anticipativa o de suspensión para garantizar el objeto del proceso y la efectividad de la sentencia, según lo dispuesto en el capítulo XI del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

(...) El hecho de acceder al decreto de la medida que el juez considere necesaria para tales efectos, no implica prejuzgamiento respecto de la controversia que en la etapa inicial del proceso llegó a su conocimiento con motivo de la demanda.

(...) Al regular el ejercicio del medio de control de nulidad, los artículos 137 y 161 del CPACA no establecieron ningún requisito previo que el interesado deba cumplir para cuestionar, por vía judicial, la legalidad de los actos de carácter general.

Entonces no era necesario que los actores agotaran la reclamación a que alude el numeral 4º del artículo 161 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, ya que dicho requisito no es aplicable al medio de control de nulidad.

(...) Advierte la Sala que al regular los requisitos para la adopción de las medidas cautelares diferentes a la suspensión provisional de los efectos de los actos administrativos, el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, en el artículo 231, dispuso que adicionalmente deberá cumplirse una de las siguientes condiciones: que al no otorgarse la medida se cause un perjuicio irremediable o que existan serios motivos para considerar que de no decretarse los efectos de la sentencia serían nugatorios.

En la demanda y en la solicitud de medida cautelar, los actores no invocaron ni sustentaron la posible ocurrencia del perjuicio irremediable con ocasión del procedimiento adelantado para la elección del rector de la Universidad del Atlántico.

Sin embargo, en el acápite correspondiente a la medida cautelar, hicieron alusión a los efectos nugatorios de la sentencia a que se refiere el artículo 231 del CPACA, que según la remisión a los fundamentos de hecho y de derecho expuestos en la demanda quedarían materializados en la imposibilidad de consultar a las bases de los representantes de los egresados, los gremios, los exrectores de la Universidad y las directivas académicas, a través de consultas internas, antes de la postulación de los candidatos a la rectoría, por lo que se entiende cumplido el requisito en mención.

Esto explica que finalmente la solicitud de los actores fuera dirigida a que el Tribunal Administrativo impartiera la orden de programar y practicar las consultas internas para esos estamentos con representación en el Consejo Superior.

Entonces, aquella condición exigida para la prosperidad de la medida cautelar está cumplida, por lo cual la providencia impugnada será confirmada.

Decisión: “CONFIRMAR la providencia apelada, esto es el auto del 7 de julio de 2015 dictado por el Tribunal Administrativo del Atlántico.

En firme esta providencia, DEVUÉLVASE el expediente al tribunal de origen.”

LUCY JEANNETTE BERMÚDEZ BERMÚDEZ

Presidenta

Ausente con permiso

ROCÍO ARAÚJO OÑATE

Consejera de Estado

CARLOS ENRIQUE MORENO RUBIO

Consejero de Estado

ALBERTO YEPES BARREIRO

Consejero de Estado

* * *

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCIÓN QUINTA

Consejero ponente: CARLOS ENRIQUE MORENO RUBIO

Bogotá, D.C., diez (10) de noviembre dos mil dieciséis (2016)

Radicación número: 66001-23-33-000-2016-00310-01

Actor: STEVEN BOTERO CASTAÑO

Demandado: OSCAR MAURICIO TORO VALENCIA

Asunto: Confirma auto del 4 de octubre de 2016, dictado en audiencia inicial por el Tribunal Administrativo de Risaralda, mediante el cual declaró probada la excepción de caducidad del medio de control de nulidad electoral y, en consecuencia, de conformidad con el inciso tercero del numeral 6 del artículo 180 de la Ley 1437 de 2011, dio por terminado el proceso.

Extracto: “Para iniciar con el estudio de la apelación, la Sala recuerda que en el artículo 65 de la Ley 1437 de 2011 se impone una obligación a las autoridades administrativas del orden nacional o territorial, bien sean del nivel central o descentralizado, de publicar sus actos de carácter general y aquellos de nombramiento o elección distintos a los de voto popular.

Las referidas decisiones administrativas, según lo prevé la citada norma y tratándose de las entidades territoriales, bien pueden ser insertadas en el diario oficial o en las gacetas territoriales, sin embargo, cuando estas no cuentan con un órgano oficial de publicidad, pueden publicitar sus actos administrativos por uno cualquiera de los siguientes medios: fijación de aviso, distribución de volantes, inserción en otros medios, publicación en la página electrónica o, por bando.

(...) Como se aprecia del inciso segundo de la norma transcrita, en este no se impone a las entidades territoriales la obligación de publicar sus actos administrativos de carácter general, los de nombramiento y los de elección distintos a los de elección popular, por un mecanismo específico, por lo que su deber se debe entender cumplido cuando se dan a conocer a la comunidad a través de cualquiera de los medios previstos en la ley.

La circunstancia anotada resulta de vital importancia, porque tratándose del ejercicio del medio de control de nulidad electoral contra actos de nombramiento o de elección distintos a los de elección popular, la caducidad de la acción se cuenta a partir del día siguiente a su publicación realizada en los términos del artículo 65 de la Ley 1437 de 2011.

(...) Visto así el asunto, se evidencia que hay una contradicción entre lo manifestado por el secretario general y uno de los auxiliares administrativos del Concejo Municipal de Dosquebradas, Risaralda, en lo que tiene que ver con la publicación de la posesión del demandado como personero de ese municipio.

Sin embargo, no hay controversia en lo que se refiere a la publicación de su elección, que es la fecha que para efectos de cómputo de caducidad exige el artículo 164 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

(...) Así las cosas, para la Sala existe prueba de que el concejo del municipio de Dosquebradas cumplió con su deber de publicar el acto administrativo demandado por el señor Botero Castaño.

(...) Debe tener en cuenta el demandante, bajo el anterior razonamiento, que si el secretario general del concejo del municipio de Dosquebradas lo hizo incurrir en error, esa situación no puede considerarse como un parámetro para entender que el señor Steven Botero Castaño se encontraba habilitado para ejercer el medio de control de nulidad electoral por fuera de los 30 días que consagra el artículo 164 de la Ley 1437 como plazo para acudir, en estos eventos, ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo, más aún cuando resulta palmario que los actos de posesión no son susceptibles de control judicial y, por ello, no es a partir de la publicación de estos, que se debe contar el término de caducidad.

Conforme con lo expuesto, es incuestionable que los actos que demandó el señor Steven Botero Castaño fueron publicados por aviso el día 29 de febrero de 2016¹, feneciendo la oportunidad para radicar la demanda el día 18 de abril de la misma anualidad, no obstante lo anterior, esta se presentó ante el Tribunal Administrativo de Risaralda el 27 de mayo de 2016, esto es, cuando ya había operado el fenómeno de la caducidad del medio de control de nulidad electoral.

En tales condiciones, al no haber prosperado ninguno de los argumentos esgrimidos en la apelación, la decisión de primera instancia habrá de ser confirmada.

Decisión: “CONFÍRMASE el auto de 4 de octubre de 2016, dictado en la audiencia inicial por el Tribunal Administrativo de Risaralda, por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

En firme esta providencia, DEVUÉLVASE el expediente al tribunal de origen”.

LUCY JEANNETTE BERMÚDEZ BERMÚDEZ
Presidenta

ROCÍO ARAÚJO OÑATE
Consejera de Estado
CARLOS ENRIQUE MORENO RUBIO
Consejero de Estado
ALBERTO YEPES BARREIRO
Consejero de Estado

¹ La publicación además permaneció en cartelera durante los días 1 y 2 de marzo de 2016.

FALLOS

CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCIÓN QUINTA

Consejero ponente: CARLOS ENRIQUE MORENO RUBIO

Bogotá, D.C., veintiocho (28) de abril de dos mil dieciséis (2016)

Radicación número: 11001-03-28-000-2015-00024-00

Actor: RUBÉN DARÍO BRAVO RONDÓN

Demandado: REGISTRADURÍA NACIONAL DEL ESTADO CIVIL

Asunto: Fallo de única instancia. Nulidad electoral.

Infracción artículos 2, 40 y 266 de la Constitución Política.

Competencia del registrador nacional.

Extracto: “Según lo dispone el artículo 266 de la Carta Política, el registrador nacional “(...) ejercerá las funciones que establezca la ley, *incluida la dirección y organización de las elecciones* (...)”. (Negrillas fuera del texto).

Estima la Sala que el trámite relacionado con la presentación y revisión de firmas hace parte de la dirección y organización de las elecciones, para este caso las regionales, en la medida en que las mismas respaldan la validez de la inscripción de los candidatos de los grupos significativos de ciudadanos, partidos, movimientos políticos y movimientos sociales con derecho de postulación, que no tengan personería jurídica reconocida.

(...)Es claro que la regulación normativa que se expida sobre algunos componentes importantes de la materia electoral está sometida a la reserva de ley, particularmente de las leyes de naturaleza estatutaria.

Sin embargo, se advierte que no todas las actividades relacionadas con el ámbito electoral deben ser reguladas a través de leyes estatutarias, ya que dicha reserva de ley es aplicable al desarrollo de los aspectos estructurales de la materia¹.

(...) Estima la Sala que la presentación y verificación de las firmas que respaldan la inscripción de los candidatos a las elecciones regionales constituye un proceso operativo dirigido a determinar la validez del apoyo brindado a los aspirantes. (...)”

Decisión: “DENEGAR las pretensiones de la demanda.

En firme esta providencia, ARCHÍVESE el expediente”.

LUCY JEANNETTE BERMÚDEZ BERMÚDEZ
Presidenta

ROCÍO ARAÚJO OÑATE
Consejera de Estado
Ausente con permiso
CARLOS ENRIQUE MORENO RUBIO
Consejero de Estado
ALBERTO YEPES BARREIRO
Consejero de Estado

1 En la sentencia C-307 de 2004, a través de la cual fue revisado el proyecto de ley mediante el cual se estableció un mecanismo de inscripción y votación para garantizar el libre ejercicio de este derecho en desarrollo del artículo 258 de la Carta, la Corte Constitucional hizo amplia referencia a la reserva de ley estatutaria. Entre otras consideraciones, enfatizó que “(...) *de manera general, la Corte ha precisado que en la medida en que no corresponde a la ley estatutaria, en cada caso, hacer la regulación exhaustiva de las materias sometidas a la reserva especial, los temas regulados en una ley estatutaria no por ello quedan automáticamente excluidos del ámbito normativo propio de la ley ordinaria* (...)”.

CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCIÓN QUINTA

Consejero ponente: CARLOS ENRIQUE MORENO RUBIO

Bogotá, D.C., dos (2) de mayo de dos mil dieciséis (2016)

Radicación número: 11001-03-28-000-2014-00107-00 (11001-03-28-000-2014-00106-00)

Actor: EDUARD ECCEHOMO TORRES MOSQUERA Y MELANIA VALOIS LOZANO

Demandado: REPRESENTANTES A LA CÁMARA POR EL DEPARTAMENTO DE CHOCÓ

Asunto: Demanda contra el Acuerdo 20 del 16 de julio de 2014 que declaró la elección de los representantes a la Cámara por el Departamento del Chocó- periodo 2014-2018.

Extracto: *“Evitar las demoras en un proceso de escrutinio es garantía para reducir los impactos negativos y de fraude que podrían afectar la transparencia de los resultados. Sin embargo, las dos situaciones que se presentaron en este proceso electoral: **i**) el traslado de los escrutinios y **ii**) la adaptación de una dependencia como arca triclave, no son necesariamente prueba de que se haya incurrido en una irregularidad, toda vez que era necesario probar que la falta de fluido eléctrico aconteció como distractor para realizar prácticas contrarias, que emularan falsamente los resultados electorales.*

“En todo caso, la formulación de la falsedad de los registros electorales en un proceso electoral supone necesariamente que el planteamiento del vicio objetivo sea establecido de manera clara, es decir, se indique cuál o cuáles de las mesas padecen tal afectación y ello obliga a que se formule la clase de falsedad que se imputa, pues solo de esta manera se garantiza la posibilidad de defensa respecto de los demandados y el pronunciamiento del juez en relación con los hallazgos del examen que resulte del material probatorio que se acredite con miras a probar la irregularidad”.

(...) “El planteamiento en una demanda electoral entratándose de cargos objetivos se debe realizar de manera apropiada, esto es, de acuerdo con los requisitos fijados a efectos de formularlos en debida forma y de acompañar los documentos requeridos para su examen y acreditación.

(...) hay lugar a negar las pretensiones de la demanda, por cuanto no logró desvirtuarse la presunción de legalidad que ampara el acto de elección acusado y las resoluciones objeto de examen. (...)”

Decisión: “NIÉGANSE las pretensiones de la demanda, por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

En firme esta sentencia y previas las comunicaciones del caso, ARCHÍVESE el expediente”.

LUCY JEANNETTE BERMÚDEZ BERMÚDEZ
Presidenta

ROCÍO ARÁUJO OÑATE
Consejera de Estado
CARLOS ENRIQUE MORENO RUBIO
Consejero de Estado
ALBERTO YEPES BARREIRO
Consejero de Estado

CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCIÓN QUINTA

Consejero ponente: CARLOS ENRIQUE MORENO RUBIO

Bogotá, D.C., doce (12) de mayo de dos mil dieciséis (2016)

Radicación número: 11001-03-28-000-2015-00059-00

Actor: HÉCTOR EDUARDO BARRERA OJEDA

Demandado: JUAN CARLOS GALINDO VÁCHA

Asunto: Demanda contra la elección del Registrador Nacional del Estado Civil Juan Carlos Galindo.

Extracto: “De conformidad con lo expuesto en la norma [artículo 126 de la Constitución Política, modificado por artículo 2 del Acto Legislativo 2 de 2015], no puede ser reelegido en el cargo de registrador nacional del Estado Civil quien haya ejercido en propiedad esa dignidad.

*Es decir, para que se configure la inhabilidad se debe haber ejercido el mismo cargo en propiedad, lo que implica que no todo ejercicio de aquel conlleva a la configuración de la prohibición, puesto que la disposición constitucional fue restrictiva al establecer que sólo a quienes hayan ejercido en **propiedad** esos empleos les está vedado desempeñarlos nuevamente. (...).*

(...) teniendo en cuenta que para la designación del registrador nacional la misma Constitución Política ha establecido la exigencia de un concurso de méritos, el cual se encuentra regulado en la actualidad por la ley 1134 de 2007, es claro que sólo puede ocupar en propiedad dicho cargo quien haya obtenido el primer lugar en el concurso que se adelante para la provisión del mismo.

(...) ninguno de los cargos elevados en la demanda tiene vocación de prosperidad y por ende, la presunción de legalidad de que goza el acto demandado no ha sido desvirtuada por lo que la totalidad de las pretensiones de la demanda habrán de ser denegadas. (...).

Decisión: “DENIÉGANSE las pretensiones de la demanda de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia”.

NOTIFÍQUESE la presente decisión de conformidad con lo dispuesto en el artículo 289 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

En firme esta providencia, ARCHÍVESE el expediente”.

LUCY JEANNETTE BERMÚDEZ BERMÚDEZ
Presidenta

ROCÍO ARÁUJO OÑATE
Consejera de Estado
CARLOS ENRIQUE MORENO RUBIO
Consejero de Estado
ALBERTO YEPES BARREIRO
Consejero de Estado

CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCIÓN QUINTA

Consejero ponente: CARLOS ENRIQUE MORENO RUBIO

Bogotá, D.C., veintiséis (26) de mayo de dos mil dieciséis (2016)

Radicación número. 11001-03-28-000-2015-00029-00

Actor: GERARDO ANTONIO ARIAS MOLANO

Demandado: JORGE ELIECER LAVERDE VARGAS

Asunto: Demanda contra el acto de elección del secretario de la Comisión Sexta Constitucional Permanente del senado de la República.

Extracto: *“Si bien el artículo 288 del CPACA establece las consecuencias de las sentencias de nulidad electoral, no consagra las que se generen por la declaratoria de nulidad del acto por irregularidades en el trámite de su expedición, razón por la cual es necesario fijar las reglas correspondientes ante tal vacío normativo.*

(...) con la finalidad de unificar criterio sobre las consecuencias que se pueden derivar de la declaratoria de nulidad del acto de elección por irregularidades en su expedición, cuando no se modulen los efectos, esta Sala precisará las posibles consecuencias:

Si la irregularidad no afecta todo el procedimiento de elección, y se puede establecer concretamente el momento a partir del cual se ocasionaron las irregularidades, podría, ante la falta de un pronunciamiento en la sentencia:

- 1. Retomarse el procedimiento justo en el momento antes de que se presentó la irregularidad, bajo el entendido de que se sabe con certeza que parte de la actuación no estuvo viciada.*
- 2. Llevarse a cabo un nuevo procedimiento y una nueva convocatoria, siempre y cuando no se desconozcan derechos adquiridos.*

(...) No se encuentra vulneración alguna a las normas constitucionales y legales mencionadas en la demanda, puesto que el Senado de la República, tal como se dijo con antelación, no desconoció la orden dada en el fallo de nulidad, y por tanto bien podía convocar un nuevo proceso para la elección del Secretario.

(...) Así las cosas ninguno de los cargos elevados en la demanda tiene vocación de prosperidad y por ende, la presunción de legalidad de que goza el acto demandado no ha sido desvirtuada por lo que la totalidad de las pretensiones de la demanda habrán de ser denegadas. (...).”

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

Decisión: “DENIÉGANSE las pretensiones de la demanda de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

NOTIFÍQUESE la presente decisión de conformidad con lo dispuesto en el artículo 289 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

En firme esta providencia, ARCHÍVESE el expediente”.

LUCY JEANNETTE BERMÚDEZ BERMÚDEZ
Presidenta

ROCÍO ARÁUJO OÑATE
Consejera de Estado
CARLOS ENRIQUE MORENO RUBIO
Consejero de Estado
ALBERTO YEPES BARREIRO
Consejero de Estado

* * *

CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCIÓN QUINTA

Consejero ponente: CARLOS ENRIQUE MORENO RUBIO

Bogotá, D.C., siete (7) de julio de dos mil dieciséis (2016)

Radicación número: 11001-03-28-000-2016-00015-00

Actor: MIGUEL ALEXANDER BERMÚDEZ LEMUS

Demandado: CARLOS ERNESTO SANTANA BONILLA Y OTROS

Asunto: Demanda contra el acto de elección de los representantes del sector privado ante el consejo Directivo de Cortolima.

Extracto: “El sistema de elección de los dos representantes del sector privado está previsto en el Decreto 1850 de 2015¹ y, para efectos de lo que atañe al asunto bajo análisis, los requisitos que deben reunir las organizaciones del sector privado que pretendan participar en la elección de sus dos representantes ante el Consejo Directivo de la Corporación Autónoma Regional del Tolima, [están señalados en el] artículo 2.2.8.5A.1.3.

La Sala encontró que cuatro de las organizaciones cuestionadas no cumplieron los requisitos para participar en la elección de los representantes del sector privado ante el Consejo Directivo de la Corporación Autónoma Regional del Tolima, por lo que debieron ser excluidas.

(...) aún bajo la exclusión de las organizaciones que no cumplieran con los requisitos, el resultado no altera la elección de los representantes suplentes, pues al ser estos los únicos postulados, no hay lugar a cuestionar su elección frente a una supuesta votación mayor. (...).

(...) Así las cosas, si bien algunas de las irregularidades advertidas por el demandante prosperaron, las mismas no alteraron el resultado de la elección aquí cuestionada y por ende, la presunción de legalidad de que goza el acto demandado no ha sido desvirtuada por lo que la totalidad de las pretensiones de la demanda habrán de ser denegadas.”

Decisión: “DENIÉGANSE las pretensiones de la demanda de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

NOTIFÍQUESE la presente decisión de conformidad con lo dispuesto en el artículo 289 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

En firme esta providencia, ARCHÍVESE el expediente”.

1 “Por el cual se adiciona el Decreto 1076 de 2015, Decreto Único Reglamentario del Sector Ambiente y Desarrollo Sostenible, en lo relacionado con el trámite de elección de los representantes del Sector Privado ante el Consejo Directivo de las Corporaciones Autónomas Regionales.”

LUCY JEANNETTE BERMÚDEZ BERMÚDEZ

Presidenta
Aclara de Voto

ROCÍO ARÁUJO OÑATE

Consejera de Estado

CARLOS ENRIQUE MORENO RUBIO

Consejero de Estado

ALBERTO YEPES BARREIRO

Consejero de Estado

Aclaración de voto de la consejera Lucy Jeannette Bermúdez Bermúdez

Extracto: *“Con el acostumbrado respeto, manifiesto las razones por las cuales aclaro mi voto en la decisión de la Sala mediante la cual se dictó el fallo de única instancia, en el que se negaron las pretensiones de la demanda que acuso el acto de elección de los representantes del sector privado ante el Consejo Directivo de Cortolima, contenido en el acto de 25 de noviembre de 2015.*

(...)

No obstante que estoy de acuerdo con la decisión de denegar las pretensiones de la demanda, considero pertinente aclarar mi voto respecto a algunos apartes del fallo, en los cuales se indicó que el actor no habría cuestionado algunas de las irregularidades que alegó en el marco del proceso de elección, a pesar de que habría tenido la oportunidad para hacerlo.

En efecto, al analizar si la Asociación Minera del Norte del Tolima, la Corporación de Vivienda y Bienestar Social de la Administración Municipal de Ibagué (Corpival) y la Fundación para el Desarrollo Armónico y Social del Toliman cumplían con los requisitos de ley para poder participar en la elección de los representantes del sector privado, se hizo notar que:

“el actor se abstuvo de realizar las observaciones del caso frente a la documentación aportada por las entidades participantes en la elección, pese a que el proceso de verificación de la documentación permitía su intervención activa, razón por la que no es de recibo el cuestionamiento en sede jurisdiccional”.

De lo anterior podría entenderse que la Sala estaría exigiendo un previo agotamiento o denuncia de la irregularidad ante la entidad que realiza la elección para poder alegarlo posteriormente en sede judicial, lo cual considero no se encuentra estipulado en el Decreto 1850 de 2015, norma que regula la elección de los representantes del sector privado ante el Consejo Directivo de las Corporaciones Autónomas Regionales y en mi parecer debió descartarse categórica y expresamente.

Dicho requisito previo que estaría exigiendo la Sala tampoco se encuentra estipulado o mencionado en las normas del CPACA referentes al proceso electoral relacionadas con la elección o nombramiento que no sean por voto popular; por lo que se concluye que no es posible derivar alguna consecuencia jurídica del hecho de que el actor no hubiese manifestado en esos tres casos alguna observación sobre el incumplimiento de los requisitos”.

CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCIÓN QUINTA

Consejero ponente: CARLOS ENRIQUE MORENO RUBIO

Bogotá, D.C., catorce (14) de julio de dos mil dieciséis (2016)

Radicación número: 11001-03-28-000-2014-00099-00

Actor: HERIBERTO ARRECHEA BANGUERA Y OTROS

Demandado: MOISÉS OROZCO VICUÑA - REPRESENTANTE A LA CÁMARA POR LA CIRCUNSCRIPCIÓN ESPECIAL DE AFRODESCENDIENTES

Asunto: Demandas acumuladas contra la Resolución 2528 de 2014 expedida por el Consejo Nacional Electoral, que declaró la elección del demandado como representante a la Cámara por la circunscripción especial de afrodescendientes para el periodo 2014- 2018. Efectos ex nunc de la nulidad de la elección.

Extracto: “Esta Sección considera que en este cargo, se debe verificar que se cumplan de manera inescindible y concomitante los dos requisitos previstos en el artículo 3 de la ley 649 de 2001, puesto que ambos deben acatarse para que los elegidos representen a las comunidades negras.

Como lo establece esta norma, quien aspire a ser candidato de las comunidades negras para ser elegido a la Cámara de Representantes por esa circunscripción especial, deberá (i) ser miembro de la respectiva comunidad, y (ii) ser avalado previamente por una organización inscrita ante la Dirección de Asuntos de Comunidades Negras del Ministerio del Interior

(i) Ser miembro de la respectiva comunidad:

Frente a este punto en la demanda se cuestiona que el demandado no cumple con las mínimas características que lo hagan reconocible con este grupo étnico, establecidas en el numeral 5 del artículo 2 de la ley 70 de 1994 y el acuerdo 169 de la OIT.

(...)Debe precisarse que si bien el artículo 2 de la ley 70 de 1993 contiene unos criterios para identificar a una persona como miembro de la comunidad afrodescendiente, de acuerdo con la jurisprudencia constitucional, es posible que no todas se encuentren presentes o sean determinantes para concluir que una persona o un grupo hacen parte o no de una comunidad negra.

Ahora bien, esta Sala encuentra que en el expediente se demostró que se acreditaron algunos de los criterios que consagra la norma, así:

- Pertenencia a familia afrodescendiente: Moisés Orozco Vicuña aportó copia del registro civil de su padre y de sus hermanos, que dan cuenta que su nacimiento se produjo en el municipio de Puerto Tejada (Cauca).

Manifestó que su abuelo paterno, señor Aparicio Herrera era afrodescendiente, fue dirigente social y político del municipio de Caloto, alcalde de Caloto¹, afirmación que no fue desvirtuada ni controvertida en el proceso.

- Estar identificado con la cultura de las comunidades negras, tales como habitar, cultivar, bonnar con adoración y demás costumbres: al expediente se aportaron varias declaraciones suscritas por quienes invocan su condición de líderes afrodescendientes y otros representantes legales de comunidades afrodescendientes que reconocen al señor Orozco Vicuña como una persona que presta servicios a esa comunidad. Al respecto es precisamente este reconocimiento social el que le permite luego de su auto-proclamación, obtener la aceptación de su comunidad.

1 Folios 425 a 434 y folios 522 a 540 del expediente

- *Compartir la historia, tradiciones y costumbres de las comunidades negras: la manifestación de pertenencia a la comunidad afrodescendiente, la aceptación por la organización de base de la que se hizo miembro y el reconocimiento de los representantes y miembros de otras organizaciones sobre su identidad con la comunidad, implican el cumplimiento de esta característica².*

- *Conservar conciencia de identidad con las comunidades negras de tal forma que permita al candidato ser distinguido de los demás grupos étnicos, especialmente por todos los aspectos culturales y costumbres: la inclusión como miembro de una organización de comunidades afrodescendientes tiene por objetivo reivindicar y promover los derechos humanos, territoriales, sociales, económicos, culturales, ambientales y/o políticos de éstas, lo que resulta indicativo que ese es el propósito que persigue al formar parte de dicha comunidad.*

Así mismo obran pruebas de su intervención en FUNECO, en donde se puede evidenciar que participó en las reuniones en las que tuvieron por propósito desarrollos e intervenciones como representantes de la comunidad afrodescendiente.

(...) No puede establecerse que una persona pertenece a una determinada comunidad en atención a las tareas o labores que haga, puesto que su compromiso puede darse desde diversos ámbitos, no solo desde el político o social.

Así las cosas, con base en las pruebas aportadas al proceso, está debidamente acreditado el cumplimiento de este requisito, consistente en ser miembro de la respectiva comunidad.

(ii) *Ser avalado previamente por una organización inscrita ante la Dirección de Asuntos de Comunidades Negras del Ministerio de Interior:*

Conforme a las pruebas aportadas, se encuentra que se profirieron dos resoluciones por parte de la Dirección de Asuntos para Comunidades Negras del Ministerio del Interior, actos administrativos frente a los cuales resulta necesario pronunciarse con el fin de establecer si pueden ser tenidos o no en cuenta.

Lo anterior, con la finalidad de determinar si Funeco, como organización de base, podía avalar la inscripción del señor Orozco Vicuña en los términos del artículo 3º de la Ley 649 de 2001 y, así, definir si el demandado cumplía con los requisitos para ser elegido como representante a la Cámara por la circunscripción especial de afrodescendientes.

(i) Frente a la resolución No. 0158 de 2009 -resolución de Inscripción de Funeco-, la Sala anticipa que debe tenerse en cuenta que aquella fue proferida por parte del Ministerio del Interior cuando estaba vigente el decreto 3770 de 2008 -que permitía la existencia y representación de las organizaciones de base-.

Sin embargo, lo cierto es que a partir del año 2012 perdió su fuerza ejecutoria -decaimiento del acto administrativo- con ocasión de la expedición el decreto 2163 por medio del cual se derogó el decreto 3770, tal y como se explicará más adelante.

(ii) Respecto de la resolución No. 142 de 2013 –resolución de actualización-, debe advertirse que se profirió cuando la resolución 0158 ya había perdido su fuerza ejecutoria, y además, se expidió con fundamento en una norma que para la época estaba derogada.

Es decir, que a diferencia de lo que ocurre con la resolución de inscripción, la resolución de actualización está afectada, no ya por un vicio sobreviniente sino por uno originario, por lo que en este caso no se trata de pérdida de la fuerza ejecutoria del acto, sino de un vicio de falsa motivación que impone su inaplicación, con efectos inter partes, en los términos del artículo 148 de la Ley 1437 de 2011. (...).

² Folios 541 a 626 del expediente

1. *Pérdida de fuerza ejecutoria de la resolución 0158 de 2009*

(...) toda vez que se demandó la elección del señor Moisés Orozco Vicuña como representante a la Cámara por la circunscripción especial de las comunidades afrodescendientes, inscripción que fue avalada por Funeco -como organización de base-, para estudiar la legalidad de este acto debe hacerse referencia a si la inscripción de Funeco en el registro único perdió o no su fuerza ejecutoria.

(...) el decreto 3770 de 2008 fue derogado desde el 19 de octubre de 2012³, por lo tanto, la resolución 0158 de 2009 perdió su fuerza ejecutoria desde ese momento.

2. *Inaplicación de la resolución 142 de 2013 por estar afectada de falsa motivación.*

A diferencia de lo que ocurre con la resolución No. 158 de 2009 que desde el año 2012 dejó de producir efectos con ocasión de haber sufrido el fenómeno del decaimiento del acto administrativo -eficacia del acto- por haber existido una modificación en el soporte normativo que le daba fundamento, la resolución No. 142 de 2013 está afectada de un vicio originario de legalidad.

Lo anterior por cuanto la Resolución No. 142 de 2013 se expidió, de un lado, con fundamento en un acto que para ese momento ya había decaído y, de otro, en un decreto que para la época estaba derogado y que, por tanto, había desaparecido del ordenamiento jurídico, razón por la que tiene un vicio originario de legalidad en atención a una falsa motivación, por la causa jurídica en la que se fundamentó.

Ahora bien, el artículo 148 de la Ley 1437 de 2011 establece que en los procesos que se adelanten ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, el juez podrá, de oficio o a petición de parte, inaplicar con efectos inter partes los actos administrativos cuando vulneren la Constitución Política o la ley.

La decisión consistente en inaplicar un acto administrativo sólo producirá efectos en relación con el proceso dentro del cual se adopte, y por ello podrá proferirse aun cuando el acto inaplicado no hubiese sido demandado en el proceso que debe resolverse.

(...) es evidente que la resolución No. 142 de 2013 (i) se profirió cuando la resolución 0158 ya había perdido su fuerza ejecutoria y (ii) se fundamentó en una norma que ya estaba derogada, es decir, en una norma que no existía en el ordenamiento jurídico, por lo que está viciada una falsa motivación.

Por lo señalado, para esta Sala la resolución 142 de 2013 está afectada por un vicio de legalidad, con ocasión de una falsa motivación que impone su inaplicación, con efectos inter partes, en los términos del artículo 148 del CPACA, de forma tal que esta decisión “sólo producirá efectos en relación con el proceso dentro del cual se adopte”.

Así las cosas, para esta Sección es evidente que la organización de base Funeco no podía avalar la inscripción del señor Orozco Vicuña para la Cámara de Representantes por la circunscripción especial de comunidades negras⁴, y por tanto no cumplió con este requisito.

Al no cumplir con uno de los dos requisitos establecidos en el artículo 3º de la ley 649 de 2001, el señor Orozco Vicuña no podía aspirar a ser un candidato de la comunidad negra para ser elegido a la Cámara de Representantes por la circunscripción especial.

Por lo anterior, este cargo está llamado a prosperar y no se hace necesario estudiar los demás planteados en las demandas.”

³ Ver <http://www.mininterior.gov.co/la-institucion/normatividad/decreto-2163-de-2012>

⁴ Tal como lo establece el decreto 12 del decreto 2163 de 2012, solo se podrán inscribir en el Registro Único, los consejo comunitarios de las comunidades negras y palenqueras y las organizaciones raizales de San Andrés Providencia y Santa Catalina.

Decisión: “INAPLÍQUESE en los términos del artículo 148 del CPACA, con efecto inter partes, la resolución 142 de 2013 por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

DECLÁRASE, con efectos *ex nunc*, la nulidad de la elección del señor Moisés Orozco Vicuña como representante a la Cámara, por la circunscripción especial de las comunidades afrodescendientes, para el periodo 2014-2018.

Como consecuencia de lo anterior, CANCELÁSE la credencial del congresista, la cual se hará efectiva a la ejecutoria de la sentencia.

COMUNÍQUESE la decisión al Consejo Nacional Electoral para que expida la certificación de que trata el artículo 278 de la ley 5ª de 1992.

COMUNÍQUESE al Presidente de la Cámara de Representantes, para que proceda de conformidad con los artículos 134 de la Constitución Política, 43.9 y 278 de la Ley 5ª de 1992.

NOTIFÍQUESE la presente decisión de conformidad con lo dispuesto en el artículo 289 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

En firme esta providencia, archívese el expediente.”

LUCY JEANNETTE BERMÚDEZ BERMÚDEZ
Presidenta
Aclara Voto

ROCÍO ARÁUJO OÑATE
Consejera de Estado
CARLOS ENRIQUE MORENO RUBIO
Consejero de Estado
ALBERTO YEPES BARREIRO
Consejero de Estado

Aclaración de voto de consejera Lucy Jeannette Bermúdez

Extracto: “Con el acostumbrado respeto, y aunque comparto la decisión, manifiesto las razones por las cuales aclaro mi voto, porque considero necesario puntualizar en lo relacionado con: i) el origen y fundamento Constitucional y legal de la Circunscripción Especial de las Comunidades Afrodescendientes, ii) la representación de dichas comunidades ii) la resolución del primer cargo, iii) las consecuencias de la declaratoria de nulidad y iv) la necesidad de resolver todos los cargos de la fijación del litigio en el caso concreto.”

1. Respecto al fundamento de la Circunscripción Especial: “Si bien el proyecto aborda algunos aspectos de la Circunscripción Especial de las Comunidades Afrodescendientes relevantes para la resolución del caso concreto, considero pertinente reiterar el origen, y las razones al interior de la Asamblea Nacional Constituyente para su creación y el fundamento Constitucional y legal aplicable, ya señalado por esta Sección en anterior oportunidad¹”

En este sentido, se retoman los debates surtidos en el marco de la Constituyente que dieron origen a los artículos 176 y 55 transitorio de las Constitución Política. Igualmente, se hace alusión al contexto que originó la Ley 649 de 2001², así como los Actos Legislativos 2 y 3 de 2005. Finalmente, se pone de

1 Consejo de Estado. Sección Quinta. Rad. 11001032800020140005300. M.P Lucy Jeannette Bermúdez Bermúdez. Sent. 11 de diciembre de 2014. Demandado: José Rodolfo Pérez Suárez.

2 “Por la cual se reglamenta el artículo 176 de la Constitución Política de Colombia.”

presente que fue a través del A.L 01 de 2013 que se asignaron dos curules especiales para los afrodescendientes, asignación que se mantuvo en el A.L 02 de 2015.

2. Respecto a la representación de las comunidades afrodescendientes: *Se analizan las características de la representación en el Congreso de esta colectividad y se concluye que:*

“ (...)

- “El criterio más relevante de pertenencia a una comunidad es la autoidentificación.
- Corresponde a la propia comunidad fijar sus criterios de pertenencia a la misma.
- Para ser representante de la comunidad negra o Afrodescendiente en la Circunscripción Especial se requiere el cumplimiento de 2 requisitos concomitantes e inescindibles: (i) ser miembros de la respectiva comunidad y (ii) estar avalado por una organización inscrita en la Dirección de Asuntos de Comunidades Negras del Ministerio del Interior.”

3. Respecto a la resolución del primer cargo: *“De conformidad con lo expuesto en acápites anteriores, no es posible para esta Sala de decisión establecer si el demandado pertenece o no a la comunidad³, pero sí está dentro de su ámbito de competencia, de conformidad con las causales de nulidad electoral, establecer si el señor MOISÉS OROZCO VICUÑA cumple con los requisitos establecidos en la normativa para **representar** a la Comunidad Afrodescendiente en la circunscripción especial.*

*De acuerdo con el análisis efectuado en la sentencia, frente a la cual aclaro mi voto, el demandado fue avalado por una organización, que en virtud de la normativa vigente al momento de su inscripción como candidato por las comunidades negras no podía hacerlo, por cuanto según lo establecido en el decreto 2163 de 2012 y las sentencias de esta Corporación⁴ y de la Corte Constitucional⁵ las comunidades negras o afrodescendientes solo se pueden organizar a través de **consejos comunitarios y organizaciones ratzales**, y no mediante figuras no previstas por la ley.*

(...)

*En ese orden de ideas, el aval otorgado por la organización de base no es válido, y por ende el señor MOISÉS OROZCO VICUÑA no acreditó los requisitos señalados en las normas vigentes al momento de la inscripción y elección para **representar** a la comunidad afrodescendiente en su circunscripción especial y fue precisamente por ello que se anuló su elección.”*

3. Respecto a las consecuencias de la anulación: Según el artículo 134 de la Constitución la declaración de nulidad de la elección del señor Orozco Vicuña “*ocasiona la vacancia absoluta, y según la misma norma debe ser reemplazado por el candidato no elegido que, según el orden de inscripción o votación obtenida, le siga en forma sucesiva y descendente en la misma lista electoral, pero en este punto, se hace necesario tener en cuenta, tal como ha sido indicado por la Corte Constitucional⁶, en un caso de nulidad de la elección por la causal de “violencia contra los electores” **no siempre cabe tal llamamiento**, pues esta posibilidad depende de “la decisión judicial”, porque en los casos en que la nulidad afecta a toda la lista no sería posible.*

3 La pertenencia a la comunidad se define principalmente por la autoidentificación, y es del resorte de la misma comunidad establecer sus criterios de pertenencia o no a la misma.

4 Consejo de Estado. Sección Primera. Rad. 11001032400020070003900. C.P. Rafael E. Ostau de lafont Pianneta. Sent. 5 de agosto de 2010.

5 Sentencias T-823-2012, T-567 de 2014 y T- 161 de 2015. M. P. Mauricio González Cuervo y sala séptima de revisión de tutelas.

6 Corte Constitucional. Sentencia C-759 de 200. M.P. Gerardo Monroy Cabra “La norma transcrita hace ver que en los casos de falta absoluta por declaración de nulidad de la elección de un congresista no siempre se autoriza a llamar a llenar la vacante al siguiente candidato no elegido; por eso indica que esta posibilidad depende de “la decisión judicial”, con lo cual está aludiendo a que en ciertos casos -nulidad por causales alusivas a circunstancias personales del elegido- cabe tal llamamiento, pero en otros no - aquellos en que la nulidad afecta a toda la lista”

En el sub examine, la nulidad electoral se configura por cuanto la organización que avala el candidato no posee la facultad para hacerlo, por cuanto de conformidad con la normativa y jurisprudencia aplicables este tipo de organizaciones, tal posibilidad, no tiene fundamento constitucional ni legal.

(...)

Así las cosas, atendiendo a las circunstancias fácticas anotadas del caso concreto y los fundamentos de la declaratoria de nulidad del acto acusado, no podría ser llamado el siguiente en orden descendente de la misma lista, pues –aunque el fallo frente al cual aclaro mi voto señala que los efectos de la sentencia son inter partes- las razones que fundamentan la nulidad del acto acusado no solo afectan al demandado sino a toda la lista, por lo tanto el siguiente en orden descendente estaría igualmente afectado por la misma causal de ilegalidad del acto de elección nulado.”

Se expone la particular apreciación sobre la forma de garantizar la representación de las comunidades afrodescendientes, para lo cual se propone “*un juicio de ponderación entre la aplicación del umbral (que no alcanzó ninguna otra lista inscrita y que en teoría debería ser una condición más favorable) y el derecho fundamental de representación de la minoría (los electores).*”

4. Respecto a la resolución de todos los cargos fijados en el litigio: En la fijación del litigio se fijaron 5 problemas jurídicos. No obstante “*la sentencia frente a la cual aclaro mi voto, en la que se resolvió declarar la nulidad de la elección del señor MOISÉS OROZCO VICUÑA por considerar que el primer cargo estaba llamado a prosperar, no resolvió los cinco cargos restantes, que considero debieron ser haber sido objeto de pronunciamiento.*”

* * *

**CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCIÓN QUINTA**

Consejero ponente: CARLOS ENRIQUE MORENO RUBIO

Bogotá, D.C., catorce (14) de julio de dos mil dieciséis (2016)

Radicación número: 70001-23-33-000-2015-00513-01

Actor: EDISON BIOSCAR RUIZ VALENCIA

Demandado: JAIRO DANIEL BARONA TABOADA (DIPUTADO ASAMBLEA DE SUCRE)

Asunto: Confirmó la decisión proferida por el Tribunal Administrativo de Sucre, que negó las pretensiones contra el acto de elección del demandado como diputado a la asamblea departamental de Sucre para el periodo 2016 a 2019.

Extracto: “*el estudio que corresponde a la Sala estará limitado al asunto relacionado con la referencia a la circunscripción electoral del Meta, hecha por el delegado del Partido Liberal al modificar la lista que incluyó la candidatura del diputado Barona Taboada, ya que fue el único cargo restante planteado en la apelación.*

Como lo expuso el actor, es evidente que la modificación de la lista hizo una alusión específica a la Asamblea del Meta a pesar de que dicha actuación buscaba el cambio de un candidato a la Asamblea de Sucre.

La Sala comparte el criterio adoptado en la sentencia de primera instancia, según el cual dicha circunstancia constituye un simple error de digitación que no afecta la legalidad del acto de elección acusado.

No obstante que el texto hizo referencia expresa a la Asamblea del Meta, las restantes manifestaciones contenidas en la resolución No. 3710 de 2015 están directamente relacionadas con la modificación de la inscripción de los candidatos del Partido Liberal a la Asamblea de Sucre.

Estima la Sala que la intención expresada respecto de la lista de candidatos a la Asamblea de Sucre no puede ser desvirtuada por una equivocación en el nombre del departamento al cual pertenece la Asamblea, cuando el resto de las manifestaciones hechas en desarrollo de esta actuación demuestra aquella inequívoca decisión de modificar la lista para la corporación pública de elección popular de Sucre.

Decisión: “CONFÍRMASE la providencia apelada, esto es la sentencia de abril catorce (14) del presente año dictada por el Tribunal Administrativo de Sucre, Sala Tercera de Decisión.

En firme esta providencia, DEVUÉLVASE el expediente al tribunal de origen.

RECONÓCESE personería a la Dra. Julia Inés Ardila Saíz para actuar como apoderada de la Registraduría Nacional en los términos de la resolución visible a folio 274 del expediente”.

LUCY JEANNETTE BERMÚDEZ BERMÚDEZ
Presidenta

ROCÍO ARAÚJO OÑATE
Consejera de Estado
CARLOS ENRIQUE MORENO RUBIO
Consejero de Estado
ALBERTO YEPES BARREIRO
Consejero de Estado

* * *

CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCIÓN QUINTA

Consejero ponente: CARLOS ENRIQUE MORENO RUBIO

Bogotá, D. C., veintiuno (21) de julio de dos mil dieciséis (2016)

Radicación número: 11001-03-28-000-2015-00005 - 00

Actor: EDGAR HUMBERTO SILVA GONZÁLEZ

Demandado: CONSEJO NACIONAL ELECTORAL

Asunto: Demanda contra la Resolución 3049 de 2014 expedida por el Consejo Nacional Electoral que sancionó al Partido de la U, por desconocer los límites de ingresos y gastos en la campaña del actor como candidato a la alcaldía de Puerto – Gaitán- Meta.

Extracto: “la autoridad demandada determinó que en el sub examine estuvo plenamente demostrado que el señor Edgar Humberto Silva incurrió en la violación de los topes de ingresos y egresos en su campaña a la alcaldía de Puerto Gaitán, Meta.

La Sala pone de presente que, como se dejó dicho, según el artículo 109 de la Constitución Política, es posible limitar el monto de los gastos que los partidos, movimientos, grupos significativos de ciudadanos o candidatos puedan realizar en las campañas electorales, así como la máxima cuantía de las contribuciones privadas.

Tal limitación, según lo ha señalado la Corte Constitucional, “...responde a la necesidad de ofrecer garantías mínimas para la concreción de la igualdad, la transparencia y el pluralismo político, de modo tal que se propicie un espacio en el que todos puedan participar en igualdad de condiciones, con independencia de la capacidad financiera de las campañas electorales.”¹

1 Sentencia C-490 de 2011.

En desarrollo de dicho mandato constitucional, la Ley 130 de 1994, en su artículo 14, dispuso que le corresponde al Consejo Nacional Electoral fijar las sumas máximas que puedan invertirse en las campañas políticas para los cargos de elección popular².

(...) es evidente que la orden que el actor encuentra desproporcionada fue dictada por el Consejo Nacional Electoral en plena observancia de lo dispuesto en el artículo 109 constitucional y en el artículo 26 de la Ley 1475 de 2011, norma esta última que, valga la pena aclarar, fue declarada exequible por la Corte Constitucional mediante sentencia C-490 de 2011 (...).

Decisión: “NIÉGANSE las pretensiones de la demanda formulada por el apoderado del señor Edgar Humberto Silva contra el Consejo Nacional Electoral, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

NOTIFÍQUESE la presente decisión de conformidad con lo dispuesto en el artículo 203 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

En firme esta providencia, ARCHÍVESE el expediente”.

LUCY JEANNETTE BERMÚDEZ BERMÚDEZ
Presidenta

ROCÍO ARAÚJO OÑATE
Consejera de Estado
CARLOS ENRIQUE MORENO RUBIO
Consejero de Estado
ALBERTO YEPES BARREIRO
Consejero de Estado

* * *

CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCIÓN QUINTA

Consejero ponente: CARLOS ENRIQUE MORENO RUBIO

Bogotá, D.C., veintiocho (28) de julio de dos mil dieciséis (2016)

Radicación número: 11001-03-28-000-2015-00060-00

Actor: SABEL REINERIO ARÉVALO ARÉVALO

Demandado: JOHN JAMES FERNÁNDEZ LÓPEZ (DIRECTOR CORPORACIÓN AUTÓNOMA REGIONAL DEL QUINDÍO)

Asunto: Demanda contra el acto que declaró la elección del demandado como director de la Corporación Autónoma Regional del Quindío para el periodo 2016-2019.

Extracto: “El decreto No. 1076 de 2015 es una manifestación expresa de la potestad reglamentaria que corresponde al Presidente de la República para el desarrollo de las leyes sobre ambiente y desarrollo sostenible.

Al tratarse de un decreto reglamentario, insiste la Sala en que no podía establecer la prohibición para el acceso al cargo de director de la Corporación Autónoma Regional, ya que está claro que la fijación del régimen de inhabilidades para los cargos públicos es materia que tiene reserva legal.

2 Dicha disposición se reiteró en el artículo 24 de la Ley 1475 de 2011.

Concluye la Sala que el penúltimo inciso del artículo 2.2.8.4.1.19 del decreto No. 1076 de 2015 también resulta contrario a la Constitución en la medida en que reguló un aspecto cuya competencia corresponde al legislador, como es la inhabilidad para quien aspire a ser director de la Corporación Autónoma Regional, según la tesis reiterada por esta corporación.

En estas condiciones, la Sala inaplicará para el caso concreto el penúltimo inciso del artículo 2.2.8.4.1.19 del decreto único reglamentario 1076 de 2015, por inconstitucional, en virtud de lo dispuesto en el artículo 4º de la Carta Política, por lo cual negará las pretensiones de la demanda.

Decisión: “INAPLÍCASE el penúltimo inciso del artículo 2.2.8.4.1.19 del decreto único reglamentario 1076 de 2015, por inconstitucional, en virtud de lo dispuesto en el artículo 4º de la Constitución y para el caso concreto.

En consecuencia, DENIÉGANSE las pretensiones de la demanda.

En firme esta providencia, ARCHÍVESE el expediente”.

LUCY JEANNETTE BERMÚDEZ BERMÚDEZ
Presidenta

ROCÍO ARAÚJO OÑATE
Consejera de Estado
CARLOS ENRIQUE MORENO RUBIO
Consejero de Estado
ALBERTO YEPES BARREIRO
Consejero de Estado

* * *

CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCIÓN QUINTA

Consejero ponente: CARLOS ENRIQUE MORENO RUBIO

Bogotá, D. C., cuatro (4) agosto de dos mil dieciséis (2016)

Radicación número: 11001-03-28-000-2015-00054-00

Actor: MIGUEL ARTURO RODRÍGUEZ MONROY

Demandado: JOSÉ RICARDO LÓPEZ DULCEY

Asunto: Demanda contra el Acuerdo No. 019 del 3 de noviembre de 2015 expedido por el Consejo Directivo de la Corporación Autónoma Regional de Boyacá, que eligió al demandado como director general de dicha entidad.

Extracto: “Las recusaciones presentadas contra los miembros del Consejo Directivo deben ser resueltas por los demás miembros, quienes a pesar de no ser el superior del recusado, tienen dicha facultad en aras de garantizar la imparcialidad y la autonomía de la corporación autónoma.

Por lo anterior, es claro que por ese aspecto tampoco se vulneró el artículo 12 del CPACA.

Finalmente, la Sala tampoco encuentra alguna irregularidad en el hecho de que las recusaciones no hubieran sido resueltas en la sesión del 29 de octubre de 2015, toda vez que dicha inclusión en el punto octavo fue solo una propuesta para el orden del día que presentó la secretaria General y Jurídica, tal como se desprende tanto de la convocatoria que obra a folio 60 del expediente, como de lo decidido en la respectiva sesión en la que se votó y se resolvió dejar por fuera ese punto, para garantizar el derecho de defensa de los recusados.

Por todo lo resuelto, la presunción de legalidad de que goza el acto demandado no ha sido desvirtuada por lo que la totalidad de las pretensiones de la demanda habrán de ser denegadas.

Decisión: “DENÍEGANSE las pretensiones de la demanda de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

NOTIFÍQUESE la presente decisión de conformidad con lo dispuesto en el artículo 289 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

En firme esta providencia, ARCHÍVESE el expediente”.

LUCY JEANNETTE BERMÚDEZ BERMÚDEZ
Presidenta

ROCÍO ARÁUJO OÑATE
Consejera de Estado
CARLOS ENRIQUE MORENO RUBIO
Consejero de Estado
ALBERTO YEPES BARREIRO
Consejero de Estado

* * *

CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCIÓN QUINTA

Consejero ponente: CARLOS ENRIQUE MORENO RUBIO

Bogotá, D.C., once (11) de agosto de dos mil dieciséis (2016)

Radicación número: 11001-03-28-000-2016-00041-00

Actor: DIANA ELIZABETH GIRALDO DÍAZ

Demandado: ORLANDO GAMBOA GARCÍA - REPRESENTANTE SUPLENTE ANTE LA CORPORACIÓN AUTÓNOMA REGIONAL PARA LA DEFENSA DE LA MESETA DE BUCARAMANGA

Asunto: Demanda contra el acto que declaró la elección del demandado como representante suplente del sector privado ante el consejo directivo de la Corporación Autónoma Regional para la Defensa de la Meseta de Bucaramanga para el periodo 2016-2019.

Extracto: “*El tema de la participación de las personas naturales en el proceso de escogencia de los representantes del sector privado ante los consejos directivos de las corporaciones autónomas regionales, ya fue decidido por esta Sección en sentencia de julio siete (7) del presente año dictada dentro del expediente 11001-03-28-000-2016-00031-00.*

La Sala llegó a la conclusión que la posibilidad de intervenir en el procedimiento de elección no está limitada únicamente a las personas jurídicas sino que también debe permitirse la participación de las personas naturales, quienes pueden postularse, inscribirse como candidatos y ser elegidos en nombre del sector privado.

En cuanto al cumplimiento de los requisitos exigidos por el artículo 2.2.8.5A.1.3 del decreto 1850 de 2015, subrayó la Sala que esta norma solo es aplicable cuando en el trámite de la elección intervengan las personas jurídicas, como las sociedades comerciales¹.

¹ Cfr. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta, sentencia de julio siete (7) de 2016, Radicación 11001-03-28-000-2016-00031-00, C.P. Alberto Yepes Barreiro.

Carlos Enrique Moreno Rubio

(...) es claro que al tramitar el proceso de inscripción, la organización deberá acompañar, entre otros, el documento en el cual haya hecho la escogencia del aspirante que será postulado para la elección como representante del sector ante el órgano directivo de la CAR.

(...) Concluye la Sala que no está demostrada la presentación del documento de la junta directiva o del órgano que haga sus veces en el cual conste la designación del candidato, lo que implica el incumplimiento del requisito previsto en el numeral 3º del artículo 2.2.8.5A.1.3 del decreto 1850 de 2015.

Reitera la Sala que en el expediente está demostrado el incumplimiento del requisito consistente en la constancia sobre la designación del candidato de la Asociación de Mineros y Joyeros de Vetas, por parte de la junta directiva de la organización, o quien haga sus veces, por lo cual estima que este cargo está llamado a prosperar.

Decisión: “DECLÁRASE la nulidad de la elección del señor Orlando Gamboa García como representante suplente del sector privado ante el consejo directivo de la Corporación Autónoma Regional para la Defensa de la Meseta de Bucaramanga, contenida en el acta de noviembre veinticinco (25) de 2015 expedida en el curso de la audiencia celebrada por los representantes del sector privado con domicilio en la jurisdicción de la citada entidad.

COMUNÍQUESE esta decisión al presidente del consejo directivo de la Corporación Autónoma Regional para la Defensa de la Meseta de Bucaramanga.

En firme esta providencia, ARCHÍVESE el expediente“.

LUCY JEANNETTE BERMÚDEZ BERMÚDEZ
Presidenta

ROCÍO ARAÚJO OÑATE
Consejera de Estado
CARLOS ENRIQUE MORENO RUBIO
Consejero de Estado
ALBERTO YEPES BARREIRO
Consejero de Estado

* * *

CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO – ADMINISTRATIVO
SECCIÓN QUINTA

Consejero ponente: CARLOS ENRIQUE MORENO RUBIO

Bogotá, D. C., once (11) de agosto de dos mil dieciséis (2016)

Radicación número: 88001-23-33-000-2016-00026-01

Actor: BERTA KARINA DUQUE TORRENEGRA

Demandado: MAYLA GAYRLEEN SAAMS

Asunto: Modificó el numeral primero de la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo de San Andrés y declaró la nulidad de la elección de la demandada como contralora departamental del Archipiélago de San Andrés, Providencia y Santa Catalina para el periodo 2016- a 2019.

Extracto: “Según se tiene, la declaratoria de nulidad de la elección de la demandada como contralora del departamento Archipiélago de San Andrés, Providencia y Santa Catalina obedeció a que la misma se encontraba incurso en la causal de inhabilidad de que trata el inciso 8 del artículo 272 de la Constitución Política.

*De conformidad con el tenor literal de la norma, la inhabilidad para ser elegido contralor departamental se limita a haber sido miembro de la asamblea o concejo que deba hacer la elección o haber ocupado un cargo público en el **nivel ejecutivo** del orden departamental, distrital o municipal.*

(...) En tales condiciones y pese a que para el momento en que se profirieron los pronunciamientos en cita no se había introducido la modificación de que trata el artículo 23 del Acto Legislativo 02 de 2015, referida al nivel del cargo que genera la inhabilidad¹, es claro que tanto para la Corte Constitucional como para esta Corporación el objeto de la inhabilidad es evitar que las personas que pudieron haber influenciado en la elección, dado el cargo que desempeñaban en el año anterior a la misma, accedan al mismo.

(...) resulta del caso precisar que tal y como lo manifestaron los recurrentes en materia de inhabilidades para acceder a cargos públicos, la regla general es que la interpretación de las mismas debe ser restrictiva y por ende el intérprete no pueda ampliar o modificar las causales, excepciones o prohibiciones consagradas en la Constitución o la ley.

(...) el juez puede interpretar en forma sistemática una disposición con el fin de encontrar y aplicar el efecto útil de la misma sin que ello implique una ampliación de su alcance.

(...) En el caso concreto, ... si el desempeño de un cargo del nivel ejecutivo ha sido considerado por el constituyente como un motivo de inhabilidad para acceder al cargo específico de contralor territorial, con mayor razón lo es el ejercicio de un cargo del nivel directivo, dadas las implicaciones que la categoría del mismo conlleva.

(...) no puede afirmarse que con la decisión de primera instancia se haya vulnerado el derecho constitucional a acceder a cargos públicos, toda vez que en el caso concreto se acreditó que la demandada se encontraba incurso en la causal de inhabilidad y por tanto, no podía ser elegida como contralora departamental del Archipiélago de San Andrés, Providencia y Santa Catalina.

(...) Por ende, al encontrar acreditados todos los elementos (temporal, espacial y modal) para la configuración de la inhabilidad, esto es, haber ejercido en el año anterior a la elección un cargo de nivel directivo en el departamento, fue que se decidió declarar la nulidad de su elección.

Decisión: “MODIFÍCASE el numeral primero de la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo del Archipiélago de San Andrés, Providencia y Santa Catalina el 13 de mayo de 2016 el cual queda así:

“PRIMERO: DECLÁRASE la nulidad de la elección de la doctora MAYLA GAYRLEEN SAAMS, como contralora departamental para el periodo 2016-2019, contenida en el acta 009 del 16 de enero de la presente anualidad, proferida por la Asamblea Departamental del Departamento Archipiélago de San Andrés, Providencia y Santa Catalina, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de la presente providencia.”

CONFÍRMASE la sentencia apelada en lo demás.

NOTIFÍQUESE la presente decisión de conformidad con lo dispuesto en el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

En firme esta providencia, REMÍTASE el expediente al Tribunal de origen”.

1 El texto anterior del inciso 8 del artículo 272 Constitucional era del siguiente tenor:

“No podrá ser elegido quien sea o haya sido en el último año miembro de asamblea o concejo que deba hacer la elección, ni quien haya ocupado cargo público del orden departamental, distrital o municipal, salvo la docencia”

La modificación introducida por el artículo 23 del Acto Legislativo 02 de 2015 fue:

“No podrá ser elegido quien sea o haya sido en el último año miembro de la Asamblea o Concejo que deba hacer la elección, ni quien haya ocupado cargo público en el nivel ejecutivo del orden departamental, distrital o municipal.”

LUCY JEANNETTE BERMÚDEZ BERMÚDEZ
Presidenta

ROCÍO ARÁUJO OÑATE
Consejera de Estado
CARLOS ENRIQUE MORENO RUBIO
Consejero de Estado
ALBERTO YEPES BARREIRO
Consejero de Estado

* * *

CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCIÓN QUINTA

Consejero ponente: CARLOS ENRIQUE MORENO RUBIO

Bogotá, D. C., diecinueve (19) de agosto de dos mil dieciséis (2016)

Radicación número: 11001-03-28-000-2016-00017-00

Actor: MIGUEL ALEXANDER BERMÚDEZ LEMUS

Demandado: CARLOS ERNESTO SANTANA BONILLA Y OTROS

Asunto: Demanda contra el acto de elección del demandado como representante del sector privado ante el Consejo Directivo de Cortolima.

Extracto: “Según el artículo 23 de la Ley 99 de 1993, las corporaciones autónomas regionales son entes corporativos de carácter público, creados por la ley, integrados por las entidades territoriales que por sus características constituyen geográficamente un mismo ecosistema o conforman una unidad geopolítica, biogeográfica o hidrogeográfica, dotados de autonomía administrativa y financiera, patrimonio propio y personería jurídica, encargados por la ley de administrar, dentro del área de su jurisdicción, el medio ambiente y los recursos naturales renovables y propender por su desarrollo sostenible, de conformidad con las disposiciones legales y las políticas del Ministerio del Medio Ambiente.

(...) El sistema de elección de los dos representantes del sector privado está previsto en el Decreto 1850 de 2015¹ y, para efectos de lo que atañe al asunto bajo análisis, los requisitos que deben reunir las organizaciones del sector privado que pretendan postular un candidato [son los del] artículo 2.2.8.5A.1.3.

(...) si bien la norma señala que se deben allegar los respectivos soportes de formación y experiencia, lo cierto es que al no establecer un requisito mínimo de tiempo de experiencia profesional o de estudios, la disposición permite allegar los que se quieran hacer valer.

(...) es claro que la Asociación de Usuarios Campesinos de Cajamarca - ANUC Cajamarca sí podía participar en la elección de los representantes del sector privado ante el Consejo Directivo de la Corporación Autónoma Regional del Tolima, toda vez que no participó en la elección de los representantes de las ONG ambientalistas ante la misma Corporación.

(...) Así las cosas, la presunción de legalidad de que goza el acto demandado no fue desvirtuada, por lo que la totalidad de las pretensiones de la demanda habrán de ser denegadas.

Decisión: “DENIÉGANSE las pretensiones de la demanda de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

1 “Por el cual se adiciona el Decreto 1076 de 2015, Decreto Único Reglamentario del Sector Ambiente y Desarrollo Sostenible, en lo relacionado con el trámite de elección de los representantes del Sector Privado ante el Consejo Directivo de las Corporaciones Autónomas Regionales.”

NOTIFÍQUESE la presente decisión de conformidad con lo dispuesto en el artículo 289 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

En firme esta providencia, ARCHÍVESE el expediente”.

LUCY JEANNETTE BERMÚDEZ BERMÚDEZ
Presidenta

ROCÍO ARÁUJO OÑATE
Consejera de Estado
CARLOS ENRIQUE MORENO RUBIO
Consejero de Estado
ALBERTO YEPES BARREIRO
Consejero de Estado

* * *

CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO – ADMINISTRATIVO
SECCIÓN QUINTA

Consejero ponente: CARLOS ENRIQUE MORENO RUBIO

Bogotá, D. C., veinticinco (25) de agosto de dos mil dieciséis (2016)

Radicación número: 76001-23-33-004-2016-00193-01

Actor: GUSTAVO ADOLFO PRADO CARDONA

Demandado: JESÚS ANTONIO COPETE GOEZ - ALCALDE ENCARGADO DE GUADALAJARA DE BUGA

Asunto: Confirmó la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo del Valle del Cauca, que negó la nulidad del Decreto 0006 de 2016 expedido por la gobernadora del departamento del Valle del Cauca “Por medio del cual se realiza un encargo de un secretario del despacho de la gobernación como alcalde encargado del municipio de Guadalajara de Buga”.

Extracto: “Conforme con estas normas [del acto legislativo 2 de 2002] es claro que el periodo de los alcaldes y gobernadores es institucional, de cuatro años, y en el momento en que venza el mismo, cesan inmediatamente en sus funciones, y por tanto si no se ha declarado la elección de quien debe suceder en el cargo, se está en presencia de una falta absoluta.

(...) siempre que se presente la falta absoluta de un alcalde, y falten menos de 18 meses, corresponde al gobernador del respectivo departamento designar a la persona que debe reemplazarlo de la terna que para el efecto le remita el partido, grupo político o coalición a la cual pertenecía, para el momento de la elección, el alcalde saliente.

Sin embargo no hay una regla que establezca qué debe hacerse en los casos en que se venza el periodo del alcalde y aún no se haya declarado la elección del nuevo alcalde por voto popular. Para llenar este vacío normativo, es necesario acudir a otros casos similares.

(...) toda vez que ante la creación de un nuevo municipio, el Gobernador respectivo puede designar mediante encargo al alcalde mientras se convocan las elecciones populares, para esta Sala en los casos en que se termine el periodo del alcalde y aún no se haya declarado la elección por voto popular, de igual forma se puede designar transitoriamente el alcalde mediante encargo.

En criterio de esta Sala, la creación de un municipio en el territorio colombiano, presenta la misma singularidad del vencimiento de periodo sin que se haya declarado la elección de alcalde, esto es, mientras se declara la elección de la persona elegida popularmente, no existe alguien con el derecho a

ser nombrada alcalde y, en tal medida, tampoco partido, movimiento o coalición que pueda formular una terna para que de ella se designe a la primera autoridad del municipio.

(...) tal como lo ha dicho esta Corporación² el encargo es una modalidad de provisión temporal de empleos que permite el ejercicio total o parcial de las funciones asignadas a un cargo, durante la ausencia de su titular. Para que se pueda hablar de encargo, debe concurrir: (i) que haya un empleo vacante, y (ii) un empleado público que asuma temporalmente las funciones inherentes a dicho cargo.

(...) la razón de ser de este requisito -haber nacido en el respectivo municipio o vecindad-, radica en que la persona tenga un grado de pertenencia a la comunidad que aspira a dirigir, por ser una autoridad descentralizada.

En este contexto, para esta Sección es claro que ese requisito solo es exigible para los alcaldes elegidos por voto popular, ya que cuando el alcalde es elegido por los votos de las personas a las cuales va a gobernar, debe pertenecer y conocer esa población y sus necesidades.

Además de lo anterior, debe tenerse en cuenta que si el legislador hubiera querido que esos requisitos fueran exigibles para los alcaldes elegidos o por quienes ejerzan esas funciones, así lo habría establecido de manera expresa, tal como lo hizo en los artículos 95 y 96 de la ley 136 de 1994 modificados por los artículos 37 y 38 de la ley 617 de 2000, en donde estableció que las inhabilidades e incompatibilidades se predicen tanto del elegido alcalde como de quien lo reemplace en el ejercicio del cargo.

Decisión: “CONFIRMASE la providencia apelada, esto es la sentencia del 5 de mayo del presente año dictada por el Tribunal Administrativo del Valle del Cauca.

En firme esta providencia, DEVUÉLVASE el expediente al tribunal de origen”.

LUCY JEANNETTE BERMÚDEZ BERMÚDEZ
Presidenta

ROCÍO ARAÚJO OÑATE
Consejera de Estado
CARLOS ENRIQUE MORENO RUBIO
Consejero de Estado
ALBERTO YEPES BARREIRO
Consejero de Estado
Aclara Voto

Aclaración de voto del consejero Alberto Yepes

Extracto: “En aquel caso, al igual que en el presente, no se puede considerar que el acto por medio del cual se encarga a una autoridad que debe ser elegida por voto popular, cualquiera sea la circunstancia, tiene la naturaleza de acto preparatorio, por las siguientes razones.

Desde el punto de vista de las diversas decisiones que a través de los actos administrativos pueden adoptarse, las manifestaciones de voluntad de la administración, pueden ser definitivas o de trámite.

Los actos definitivos son aquellos que concluyen la actuación administrativa, es decir, contienen la decisión propiamente dicha o, como lo indica el artículo 43 del C.P.A.C.A., son aquellos “que decid[e]n directa o indirectamente el fondo del asunto o ha[ce]n imposible continuar la actuación”.

Por el contrario, son de trámite, preparatorios o accesorios los que se expiden como parte de un procedimiento administrativo encaminado a adoptar una decisión o, en palabras de esta Corporación, los

2 Ver sentencia de 5 de noviembre de 2015, Radicación 44001-23-31-000-2010-00005-01, M. P. Sandra Ibarra

que “contienen decisiones administrativas necesarias para la formación del acto definitivo, pero por sí mismos no concluyen la actuación administrativa, salvo que, como lo prevé la norma, la decisión que se adopte impida que continúe tal actuación, caso en el cual se convierte en un acto administrativo definitivo porque le pone fin al proceso administrativo.”¹

En el caso citado, así como en el presente, debo precisar que el acto demandado tiene naturaleza transitoria, por no tener vocación de permanencia, lo que no lo convierte en un acto de trámite o preparatorio sino en un acto definitivo, creador de derechos subjetivos, sujeto a una condición resolutoria o extintiva.

En efecto, una de las causales de pérdida de la fuerza ejecutoria de los actos administrativos, atributo predicable exclusivamente de los actos definitivos, es precisamente el acontecimiento de la condición resolutoria o extintiva.

Al respecto dispone el numeral 4º del artículo 91 del C.P.A.C.A.: “Salvo norma expresa en contrario, los actos administrativos en firme serán obligatorios mientras no hayan sido anulados por la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo. Perderán obligatoriedad y, por lo tanto, no podrán ser ejecutados en los siguientes casos: (...) 4. Cuando se cumpla la condición resolutoria a que se encuentre sometido el acto.”

Por lo tanto, resulta necesario rectificar la posición sentada en el caso citado, toda vez que el acto por medio del cual se realiza un encargo de una autoridad elegida por voto popular otorga el derecho de ejercer las funciones propias del cargo, lo que lo convierte en un acto definitivo. Sin embargo, su fuerza ejecutoria queda sujeta a una condición resolutoria o extintiva, en el presente caso consistente en la ocurrencia de la declaratoria de la elección por voto popular del Alcalde de Buga.

Consecuentemente, este tipo de encargos, por ser actos definitivos sujetos a una condición resolutoria o extintiva, pueden ser objeto de control jurisdiccional. (...)”

* * *

**CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCIÓN QUINTA**

Consejero ponente: CARLOS ENRIQUE MORENO RUBIO

Bogotá, D.C., veinticinco (25) de agosto de dos mil dieciséis (2016)

Radicación número: 20001-23-39-000-2015-00584-01

Actor: KHENNIER RAFAEL RAMÍREZ QUINTERO

Demandado: YESITH TRIANA AMAYA

Asunto: Confirmó la sentencia apelada, proferida por el Tribunal Administrativo del Cesar, que negó la nulidad del acto de elección del demandado, como concejal municipal de Valledupar periodo 2016- 2019.

1 Consejo de Estado, Sección Quinta, C.P. Filemón Jiménez Ochoa, Rad. 11001-03-28-000-2008-00026-00; 11001-03-28-000-2008-00027-00.

Extracto: “La doble militancia, en palabras de la Corte Constitucional¹, constituye una limitación al derecho que tienen todos los ciudadanos colombianos a formar parte, libremente, de los partidos, movimientos y agrupaciones políticas, consagrado en el numeral 3 del artículo 40² de la Constitución Política.

La citada prohibición también es de origen constitucional, pues se encuentra prevista en el artículo 107 ídem, modificado por el artículo 1 del acto legislativo 1 del 2009.

Ahora bien, a las causales de doble militancia previstas en la Constitución, se le deben sumar las que determina el artículo 2 de la ley 1475 de 2011, normatividad expedida, principalmente, con el fin de reglamentar la organización y funcionamiento de los partidos y movimientos políticos.

(...) Es del caso aclarar que, en principio, la doble militancia no constituía causa de anulación de los actos administrativos de elección, pues no figuraba como tal en el artículo 223 del Código Contencioso Administrativo³.

La situación descrita en precedencia varió a partir de la entrada en vigencia del nuevo Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, puesto que de manera taxativa en el numeral 8 del artículo 275 se consagró que los actos de elección son nulos cuando un candidato incurre en doble militancia política.

(...) Con fundamento en el desarrollo argumentativo expuesto a lo largo de esta providencia y de acuerdo con las pruebas que obran dentro del expediente, la Sala confirmará la sentencia del 2 de junio del 2016, dictada por el Tribunal Administrativo del Cesar.

(...) En este punto y para el caso concreto, vale la pena dejar en claro que la infracción a la prohibición de doble militancia solo se predica del candidato que no respalda a los restantes aspirantes de su partido político, en esa medida, en principio no es posible endilgar doble militancia a una persona que desee ser elegida mediante voto popular, por el hecho de que algunos de sus simpatizantes manifiesten su apoyo a otro candidato.

Decisión: “CONFÍRMASE la sentencia del 2 de junio del 2016, que dictó el Tribunal Administrativo del Cesar, de conformidad a las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

1 Corte Constitucional, sentencia C-490 del 2011, M.P. Luis Ernesto Vargas Silva. También puede consultarse la sentencia de 7 de septiembre del 2015, dictada por la Sección Quinta del Consejo de Estado dentro del Radicación 2014-00023-00, C.P. Alberto Yepes Barreiro.

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

(...)

3. Constituir partidos, movimientos y agrupaciones políticas sin limitación alguna; **formar parte de ellos libremente y difundir sus ideas y programas (...)**. (Negrita fuera de texto)

3 “Artículo 223. Causales de nulidad. Las actas de escrutinio de los jurados de votación y de toda corporación electoral son nulas en los siguientes casos:

1. Cuando se haya ejercido violencia contra los escrutadores o destruido o mezclado con otras las papeletas de votación, o éstas se hayan destruido por causa de violencia.

2. Cuando aparezca que el registro es falso o apócrifo, o falsos o apócrifos los elementos que hayan servido para su formación.

3. Cuando aparezca que las actas han sufrido alteraciones sustanciales en lo escrito, después de firmadas por los miembros de la corporación que las expiden.

4. Cuando los votos emitidos en la respectiva elección se computen con violación del sistema del cuociente electoral adoptado en la Constitución Política y leyes de la República.

5. Cuando se computen votos a favor de candidatos que no reúnen las calidades constitucionales o legales para ser electos.

6. Cuando los jurados de votación o los miembros de las comisiones escrutadoras sean cónyuges o parientes de los candidatos de elección popular en el segundo grado de consanguinidad o afinidad o en el primero civil. En este evento no se anulará el acta de escrutinio sino los votos del candidato o los candidatos en cuya elección o escrutinio se haya violado esta disposición”.

En firme esta providencia, DEVUÉLVASE el expediente al tribunal de origen”.

LUCY JEANNETTE BERMÚDEZ BERMÚDEZ
Presidente

ROCÍO ARAÚJO OÑATE
Consejera de Estado
CARLOS ENRIQUE MORENO RUBIO
Consejero de Estado
ALBERTO YEPES BARREIRO
Consejero de Estado

* * *

CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCIÓN QUINTA

Consejero ponente: CARLOS ENRIQUE MORENO RUBIO

Bogotá, D.C., veinticinco (25) de agosto de dos mil dieciséis (2016)

Radicación número: 50001-23-33-000-2015-00614-01 (Acumulado)

Actor: MARIO LEONARDO DELGADO CERÓN Y JUAN ALEJANDRO GUZMÁN TORRES

Demandado: ALEX ALFREDO RINCÓN HERNÁNDEZ - CONCEJAL DE VILLAVICENCIO

Asunto: Confirmó la sentencia apelada, proferida por el Tribunal Administrativo del Meta que negó la nulidad del acto de elección del demandado como concejal municipal de Villavicencio, periodo 2016- 2019.

Extracto: “*Estima la Sala que las prohibiciones establecidas en el artículo treinta y ocho (38) del Código Disciplinario Único operan como inhabilidades generales para el acceso a los diferentes cargos públicos.*

*Subraya la Sala que la inhabilidad fijada en la norma tiene su origen en la imposición de **sanciones disciplinarias**, sin que haya hecho ninguna distinción, por lo cual involucra los diferentes tipos de decisiones de esta naturaleza y su alcance incluye aquellas derivadas del ejercicio de la profesión.*

En consecuencia, la regulación contenida en la citada norma, que rige la inhabilidad por la imposición de sanciones disciplinarias en los últimos cinco (5) años, es aplicable a quienes aspiran a ser servidores públicos, entre ellos los candidatos a los concejos municipales.

Este criterio debe entenderse sin perjuicio de la vigencia de aquellas inhabilidades señaladas en las normas especiales para los aspirantes al concejo, como las previstas en el artículo 40 de la ley 617 de 2000.

(...) la exigencia hecha por la disposición de la ley 734 de 2002 consistente en la comisión de faltas dolosas, sean graves o leves, no está cumplida por tratarse precisamente de faltas culposas.

En igual sentido, el Código Disciplinario del Abogado vigente tampoco incluyó una norma que expresamente describa cuáles faltas del actual régimen disciplinario pueden calificarse como graves y leves para efectos de la respectiva sanción.

(...) Concluye la Sala que no están acreditados los supuestos de hecho exigidos para la configuración de la inhabilidad descrita en el artículo treinta y ocho (38) del Código Disciplinario Único en la medida en que no está probada la imposición de las tres (3) o más sanciones a señor Rincón Hernández por faltas graves, leves dolosas o por ambas.

(...) Aunque está probado que al demandado le fueron impuestas tres (3) sanciones disciplinarias que quedaron ejecutoriadas en el curso de los últimos cinco (5) años, la Sala comparte la posición asumida por el Tribunal Administrativo según la cual dichas sanciones no son constitutivas de impedimento

para ser elegido en el concejo de Villavicencio, por cuanto no corresponden a los supuestos fijados en el artículo 40 de la ley 617 de 2000.

(...) Por otra parte, no encuentra la Sala probada la doble militancia política, razón por la cual por este tercer cargo la sentencia del a quo igualmente será confirmada.

(...) Al quedar establecido que la presunta doble militancia tenía que ser estudiada desde la perspectiva de la pertenencia simultánea del demandado en ambas colectividades políticas, el asunto relativo a la forma como fue admitido como integrante del Partido de la U [el demandado] desborda el marco de la fijación del litigio, por lo cual no será objeto de análisis.

Decisión: “CONFÍRMASE la providencia apelada, esto es la sentencia de junio dos (2) del presente año dictada por el Tribunal Administrativo del Meta, según lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

En firme esta providencia, DEVUÉLVASE el expediente al tribunal de origen”.

LUCY JEANNETTE BERMÚDEZ BERMÚDEZ
Presidenta

ROCÍO ARAÚJO OÑATE
Consejera de Estado
CARLOS ENRIQUE MORENO RUBIO
Consejero de Estado
ALBERTO YEPES BARREIRO
Consejero de Estado

* * *

CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO – ADMINISTRATIVO
SECCIÓN QUINTA

Consejero ponente: CARLOS ENRIQUE MORENO RUBIO

Bogotá, D. C., primero (01) de septiembre de dos mil dieciséis (2016)

Radicación número: 19001-23-33-000-2015-00611-02

Actor: MARÍA NELA ZAPATA MERA

Demandado: CLAUDIA DANEYE HOYOS RUÍZ

Asunto: Confirmó la sentencia apelada, proferida por el Tribunal Administrativo del Cauca, que declaró la nulidad del acto de elección de la demandada como diputada a la Asamblea Departamental del Cauca, periodo 2016- 2019.

Extracto: “Para esta Sección, tal como lo ha entendido la Corte Constitucional en diferentes oportunidades después de la sentencia C-490 de 2011, el tiempo que se establece en el numeral 2 del artículo 179 de la Constitución es aplicable para todas las inhabilidades de los servidores públicos de elección popular, de manera que no puede existir una inhabilidad para los demás cargos de elección popular, diferentes a los de los congresistas, que contemple un término mayor a los 12 meses.

Así las cosas los términos del régimen de inhabilidades para los servidores públicos de elección popular, no pueden ser mayores que el previsto para los congresistas en el numeral 2 del artículo 179 de la Constitución, es decir, no podrán ser mayores a 12 meses.

(...) cuando se trata de elecciones por circunscripciones departamentales, debe tenerse en cuenta que cada departamento conforma una circunscripción departamental y por tanto cada municipio que integra ese departamento hace parte de la misma circunscripción territorial.

Con base en lo expuesto, la inhabilidad cobija toda la circunscripción territorial, esto es, tanto el departamento como cada uno de los municipios que lo conforman.

En este caso, la inhabilidad opera cuando los contratos deban ejecutarse o cumplirse en el departamento, el cual incluye a los municipios que lo integran y por tanto le asiste razón al Tribunal a quo al considerar que a efectos de las elecciones de diputados, la circunscripción departamental abarca la municipal.

Decisión: “CONFÍRMASE La providencia apelada, esto es la sentencia del 13 de mayo del presente año dictada por el Tribunal Administrativo del Cauca.

En firme esta providencia, DEVUÉLVASE el expediente al tribunal de origen”.

LUCY JEANNETTE BERMÚDEZ BERMÚDEZ
Presidenta

ROCÍO ARAÚJO OÑATE
Consejera de Estado
CARLOS ENRIQUE MORENO RUBIO
Consejero de Estado
Ausente con excusa
ALBERTO YEPES BARREIRO
Consejero de Estado

* * *

CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCIÓN QUINTA

Consejero ponente: CARLOS ENRIQUE MORENO RUBIO

Bogotá, D. C., ocho (8) de septiembre de dos mil dieciséis (2016)

Radicación número: 23001-23-33-000-2015-00461-02

Actor: CARLOS MARIO ISAZA SERRANO

Demandado: SALIM HAMED CHAGUI FLÓREZ

Asunto: Revocó la sentencia apelada, proferida por el Tribunal Administrativo de Córdoba y en su lugar declaró con efectos ex nunc la nulidad del acto del elección del demandado como alcalde del municipio de Cereté – Córdoba, periodo 2016- 2019.

Extracto: “La causal de inhabilidad invocada por el demandante para solicitar la nulidad de la elección del demandado es la prevista en el numeral 3° del artículo 37 de la Ley 617 de 2000.

“(…) para que se configure la inhabilidad no importa si el objeto contractual se cumplió o no, sino que debe estudiarse el lugar en el que debía ejecutarse o cumplirse.

Para poder establecer el lugar en donde debía ejecutarse o cumplirse el contrato en este caso, es necesario revisar tanto los estudios previos de conveniencia y oportunidad como el contrato en su integridad puesto que no tiene alguna cláusula que se refiera de manera concreta al lugar de ejecución¹.

(…) en cuanto al lugar de ejecución del contrato si bien una vez revisado el documento se advierte que no contiene alguna cláusula que lo consagre de manera expresa, lo cierto es que tanto del objeto del

1 Obra en los folios 19 a 22 del cuaderno principal del expediente

contrato, como de los objetivos del proyecto “asesoría, acompañamiento y seguimiento a los proyectos de aguas y saneamiento básico para la prosperidad en el departamento de Córdoba” así como de las obligaciones específicas, se evidencia que abarca todo el departamento de Córdoba, lo cual coincide con lo establecido en los estudios previos.

(...) Con base en lo explicado, para esta Sala es claro que el contrato debía ejecutarse en todo el departamento de Córdoba, lo cual incluye al municipio de Cereté y por tanto se configura este requisito de la inhabilidad. (...)”

Decisión: “REVÓCASE la sentencia de abril veintiséis (26) de dos mil dieciséis (2016), proferida por el Tribunal Administrativo de Córdoba, y en su lugar declárase, con efectos *ex nunc*, la nulidad del acto acusado que contiene la elección del señor Salim Hamed Chagui Flórez como alcalde del municipio de Cereté – Córdoba para el periodo constitucional 2016-2019.

Como consecuencia de lo anterior, CANCELASE la credencial del alcalde, la cual se hará efectiva a la ejecutoria de la sentencia.

En firme esta sentencia y previas las comunicaciones del caso, DEVUÉLVASE el expediente al Tribunal de origen”.

LUCY JEANNETTE BERMÚDEZ BERMÚDEZ
Presidenta

ROCÍO ARÁUJO OÑATE
Consejera de Estado
CARLOS ENRIQUE MORENO RUBIO
Consejero de Estado
ALBERTO YEPES BARREIRO
Aclara Voto

Aclaración de voto del consejero Alberto Yepes Barreiro

Extracto: “Con el acostumbrado respeto por las decisiones de esta Sección, me permito exponer las razones por las cuales si bien comparto el sentido del auto de la referencia, considero necesario aclarar el voto en lo relativo al alcance del requisito espacial previsto en la inhabilidad que fundamentó la demanda de nulidad electoral presentada contra el acto que declaró la elección del señor Salim Hamed Chagui como Alcalde de Cereté.

De acuerdo con el numeral 3º del artículo 37 de la Ley 617 de 2000, “[n]o podrá ser inscrito como candidato, ni elegido, ni designado alcalde municipal o distrital: (...) 3. Quien dentro del año anterior a la elección haya intervenido (...) en la celebración de contratos con entidades públicas de cualquier nivel en interés propio o de terceros, siempre que los contratos deban ejecutarse o cumplirse en el respectivo municipio” (subrayado y resaltado en negrilla por fuera del texto original).

En lo que concerniente al alcance del último requisito de esta inhabilidad, relacionado con el lugar de ejecución del contrato celebrado, he tenido la oportunidad de señalar que su configuración depende exclusivamente del lugar en donde deban ejecutarse las obligaciones, como lo manifesté en los siguientes términos en el salvamento de voto de la sentencia de 23 de agosto de 2012, expediente 700012331000201102269-01, en la cual la Sala negó la nulidad del acto que declaró la elección del señor Jorge Mario Hernández Merlano como Diputado por el Departamento de Sucre, período 2012-2015:

“En el proceso se probó que el señor Hernández Merlano el 4 de marzo de 2011 suscribió el contrato 018 con la Superintendencia Nacional de Salud, cuyo objeto se fijó en la cláusula primera en los siguientes términos:

“Apoyar a la Superintendencia Delegada para la Protección al Usuario y la Participación Ciudadana de la Superintendencia Nacional de Salud, en las actividades propias de los trámites de peticiones, quejas y reclamos en el marco de las funciones de inspección, vigilancia y control que competen a la dependencia.”

Y, aunque el contrato permitió que la Sección estableciera la configuración de la mayoría de los ingredientes normativos de la causal de inhabilidad invocada por la demandante, se consideró que no se materializaba el atinente a que el lugar de ejecución fuera el departamento de Sucre,

“...porque los servicios contratados debían cumplirse en el lugar en el que se ubica la dependencia a la cual prestaría asistencia y, en todo caso, de manera especial, porque las actividades de asesor se limitaban a ‘apoyar’ con sus conocimientos a los funcionarios que tenían a su cargo la atención de peticiones quejas y reclamos de conocimiento de la Delegada. Dicho en otras palabras, no respondía peticiones, no recibía ni instruía quejas y no atendía reclamos, pues conforme con la redacción de la cláusula primera del contrato, que utiliza como verbo rector ‘apoyar’, sus actividades se limitaban, según el Diccionario de la Lengua Española, a ‘Favorecer, patrocinar, ayudar’, a los funcionarios de la Delegada.”

Contrario a lo sostenido por la tesis mayoritaria, desde mi punto de vista ese elemento de la causal de inhabilidad no podía descartarse con los anteriores argumentos debido a que el señor Hernández Merlano no era un funcionario perteneciente a la planta de personal de la Superintendencia Delegada para la Protección al Usuario y la Participación Ciudadana de la Superintendencia Nacional de Salud, y por lo mismo resultaba irrelevante que la sede de la entidad fuera Bogotá.

Por el contrario, según se probó, el señor Hernández Merlano era un colaborador de la Administración, bajo la forma de un contratista, y por ello los servicios que personalmente prestaba a la mencionada Superintendencia no estaban referidos al mismo lugar en donde tiene su sede esa entidad pública, pese a que el fruto de su trabajo como tal fuera recibido y evaluado en la entidad a la que apoyaba.

Además, se recuerda que si bien la Superintendencia Nacional de Salud es una entidad pública del orden nacional del nivel central, cuya sede es la ciudad de Bogotá D.C., de igual forma y por virtud de lo dispuesto en el literal b) del artículo 40 de la Ley 1122 de 9 de enero de 2007 “Por la cual se hacen algunas modificaciones en el Sistema General de Seguridad Social en Salud y se dictan otras disposiciones.”, sus funciones de inspección, vigilancia y control recaen sobre las Direcciones Territoriales de Salud.

Ello significa que las labores de apoyo que se obligó a desarrollar el señor Hernández Merlano como contratista de la Superintendencia Nacional de Salud – Superintendencia Delegada para la Protección al Usuario y la Participación Ciudadana, en cuanto al trámite de peticiones, quejas y reclamos, deben considerarse referidas a todo el territorio nacional, incluido por supuesto el departamento de Sucre, que en ningún momento se excluyó del citado contrato.

En esos términos, el lugar de ejecución del contrato no puede circunscribirse a la ciudad de Bogotá D.C., en atención a que si su objeto era colaborar en la respuesta que debía brindarse a cada una de las peticiones que se formularan a la Superintendencia, las respuestas que se dieran a las solicitudes provenientes del departamento de Sucre, implicaban la ejecución del objeto contractual allí, en las que por haber participado personalmente el demandado bien podían auspiciar la tesis de que intervino en la celebración de contratos con entidades públicas, cuya ejecución se presentaba en la misma circunscripción electoral por la que resultó elegido.

Por consiguiente, en el fallo frente al cual salvé el voto se confundió el lugar de celebración del contrato con el lugar de su ejecución, cuando desde mi perspectiva se podían diferenciar porque en el primer caso no había duda que era la ciudad de Bogotá D.C., y porque en el segundo caso la labor de apoyo a la oficina de peticiones, quejas y reclamos se terminaba ejecutando en el orden nacional, incluido el departamento de Sucre, gracias a que la respuesta se brindaba a los usuarios radicados en distintos puntos de la geografía nacional.

Lo dicho se comprueba con el Contrato 018 de 4 de marzo de 2011 firmado entre la Superintendencia Nacional de Salud y el señor Jorge Mario Hernández Merlano, que sirvió de fundamento a la demanda, puesto que dentro de las obligaciones específicas del contratista se acordaron, entre otras, las siguientes:

“3.) Elaborar solicitudes de información a las entidades Vigiladas acerca de los hechos planteados en las peticiones, quejas y reclamos, y con base en éstos, efectuar los requerimientos y traslados debidamente motivados.”

“6.) Elaborar las actas a través de las cuales se surten los trámites correspondientes ante las EPS objeto de Inspección, Vigilancia y Control.”

Según la primera de las anteriores obligaciones específicas, no es cierto, como lo sostuvo el fallo, que la ejecución del contrato se surtiera únicamente en la ciudad de Bogotá D.C., puesto que las peticiones de información a las entidades vigiladas podían darse tanto en esta capital, como en cualquiera otra ciudad de Colombia, ya que según el literal b) del artículo 40 de la Ley 1122 de 2007, las funciones de inspección, vigilancia y control se ejercen sobre las Direcciones Territoriales de Salud, lo que a su vez conduce a asegurar que el contrato también se ejecutaba en Sucre.

Y, la segunda de las obligaciones específicas viene a ratificar lo dicho, en el entendido de que el objeto del contrato igualmente se cumplía en el departamento por el cual resultó elegido el demandado como Diputado, ya que se trataba de las actas que debía elaborar sobre los trámites adelantados ante las EPS por las funciones de inspección, vigilancia y control que competía desarrollar a la Superintendencia Nacional de Salud, en este caso con la intermediación del accionado.”

En ese sentido, es importante precisar que según el tenor literal de lo dispuesto en el numeral 3º del artículo 37 de la Ley 617 de 2000 el surgimiento de la conducta inhabilitante no depende del lugar donde efectivamente fue ejecutado el contrato, criterio adoptado por la Sala en la providencia objeto de la presente aclaración, sino del lugar donde éste deba ejecutarse, constatación que se realiza a partir del análisis del objeto y de las obligaciones pactadas en el contrato.

En el caso concreto debía confirmarse la decisión del a quo, consistente en negar la medida cautelar deprecada por el actor, porque no existe certeza si el contrato celebrado por el señor Salim Hamed Chagüi con la Secretaría de Infraestructura de Córdoba debía ser ejecutado en el municipio de Cereté.

En efecto:

Si bien a partir de la cláusula primera del contrato y los estudios previos podría entenderse como extensión de su ejecución la totalidad del departamento de Córdoba, lo que comprendería el municipio de Cereté, el análisis de las obligaciones específicas del contratista no permite llegar a la misma conclusión.

En efecto, en la cláusula quinta del contrato las partes pactaron las siguientes obligaciones a cargo del hoy demandado:

“CLÁUSULA QUINTA – OBLIGACIONES DEL CONTRATISTA: Para el desarrollo del objeto, EL CONTRATISTA de manera independiente, debe cumplir las siguientes obligaciones: (...) B) Obligaciones específicas: a) Apoyar la revisión técnica de los proyectos de saneamiento básico e ingeniería ambiental presentados a través del Plan Departamental de Aguas. b) Apoyar el seguimiento a las obras de saneamiento básico y agua potable que sean ejecutadas por el Plan Departamental de Aguas, previa designación para tales fines por parte del Secretario de Infraestructura. C) Brindar apoyo en las visitas realizadas a las obras correspondientes al Plan Departamental de Aguas y presentar informes de las visitas realizadas.” (Subrayado y resaltado en negrilla por fuera del texto original)

Como se observa, la ejecución espacial del contrato se circunscribió a los proyectos y obras del Plan Departamental de Aguas, documento que no fue allegado al proceso, sin el cual no es posible verificar

si las obligaciones del contrato celebrado entre el señor Salim Hamed Chagüi y la Secretaría de Infraestructura de Córdoba debían o no ser ejecutadas en el municipio de Cereté.

Por lo tanto, la razón por la cual la Sala debió confirmar la decisión del Tribunal Administrativo de Córdoba de negar la suspensión provisional de los efectos del acto demandado no debió consistir en la falta de certeza respecto del lugar donde efectivamente se ejecutó el contrato, sino respecto del lugar donde éste debió ser ejecutado según lo pactado en su objeto y obligaciones.”

* * *

**CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCIÓN QUINTA**

Consejero ponente: CARLOS ENRIQUE MORENO RUBIO

Bogotá, D.C., seis (6) de octubre de dos mil dieciséis (2016)

Radicación número: 11001-03-28-000-2016-00028-00 (11001-03-28-000-2016-00029-00)

Actor: FELIX SUÁREZ REYES Y OTRO

Demandado: HUGO ARLEY TOBAR OTERO

Asunto: Demanda contra la Resolución 08 de 2015 por medio de la cual se designó como rector de la Universidad del Pacífico al demandado.

Extracto: “Revisado el Acuerdo 011 de 2010, la Sala considera que ni el numeral 8° de su artículo 14, como tampoco el numeral 8 del artículo 3 del acuerdo 12 de 2015, resultan contrarios a la Carta por violación del principio de unidad de materia, comoquiera que los requisitos para aspirar a los cargos de elección guarda completa coherencia temática con lo que se pretende estatuir a través de estos cuerpos normativos.

Conviene señalar que el Consejo Superior de la Universidad del Pacífico, al reglamentar el proceso electoral de que se trata, necesariamente debía contemplar lo concerniente a los requisitos para los cargos de elección de esa institución, entre ellos el de rector, tópico que resulta de trascendental importancia a efectos de definir el perfil del aspirante, en aspectos como sus competencias y credenciales para desempeñar de manera adecuada dicha dignidad.

(...) si bien es cierto el principio constitucional de autonomía universitaria permite a los entes oficiales de educación superior, entre otros aspectos, darse y modificar sus estatutos y designar sus autoridades académicas y administrativas de acuerdo con sus propias reglas¹, además que su régimen especial comprende la organización y elección de sus directivas², dicha autonomía no es absoluta, pues el ejercicio de la misma debe enmarcarse dentro de los dictados de la Constitución Política y la ley. (...).

1 Ello según lo prevé el artículo 29 de la Ley 30 de 1992: “Artículo 29. La autonomía de las instituciones universitarias, o, escuelas tecnológicas y de las instituciones técnicas profesionales estará determinada por su campo de acción y de acuerdo con la presente ley, en los siguientes aspectos:
a. Darse y modificar sus estatutos;
b. Designar sus autoridades académicas y administrativas;
(...)”

2 De conformidad con el inciso tercero del artículo 57 ibidem: Modificado por el art. 1, Ley 647 de 2001. “El carácter especial del régimen de las universidades estatales u oficiales, comprenderá la organización y elección de directivas, del personal docente y administrativo, el sistema de las universidades estatales u oficiales, el régimen financiero, el régimen de contratación y control fiscal y su propia seguridad social en salud, de acuerdo con la presente ley.” (Destacado por la Sala)

(...) la convalidación de un título de educación superior obtenido en el exterior trae consigo la aplicación de un proceso complejo por parte de la autoridad nacional competente, que consiste en la verificación de varios criterios de orden legal y académico, tendientes a establecer si el referido título reúne las condiciones para ser reconocido en el país.

(...) al ser diferente el apostillaje de la convalidación, es claro para esta Sala que este cargo está llamado a prosperar puesto que no se cumplió por parte del demandado con el requisito de aportar los títulos debidamente convalidados por la autoridad correspondiente. (...).

(...) el demandado no acreditó la experiencia mínima de cinco años en actividades académicas, por cuanto la documentación aportada para el efecto no cumplió con los requisitos legales para tenerlos como tales.

(...) Por lo anterior, se declarará la nulidad de la resolución 08 del 9 de noviembre del 2015, por medio de la cual se designó como rector de la Universidad del Pacífico al señor Hugo Arley Tobar Otero.

Como consecuencia de la declaración anterior, la Sala ordenará al Consejo Superior Universitario de la Universidad del Pacífico que disponga a través de un nuevo proceso³, la designación del rector de conformidad con la ley y sus estatutos⁴.

Decisión: “DECLÁRASE la nulidad la Resolución 008 del nueve (9) de noviembre de dos mil quince (2015), proferida por el Consejo Superior de la Universidad del Pacífico, por medio de la cual se designó como rector de esa institución al señor Hugo Arley Tobar Otero.

Decisión: “Como consecuencia de lo anterior, ORDÉNASE al Consejo Superior Universitario de la Universidad del Pacífico que disponga la designación del rector de conformidad con la ley y sus estatutos.

DENÍEGANSE las demás pretensiones

NOTIFÍQUESE la presente decisión de conformidad con lo dispuesto en el artículo 289 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo”.

LUCY JEANNETTE BERMÚDEZ BERMÚDEZ
Presidenta

ROCÍO ARÁUJO OÑATE
Consejera de Estado
CARLOS ENRIQUE MORENO RUBIO
Consejero de Estado
ALBERTO YEPES BARREIRO
Consejero de Estado

3 Como el artículo 288 del CPACA no dice nada en relación con los efectos de la anulación, le corresponde al juez fijarlos, tal como se dijo en la sentencia de unificación del 26 de mayo del 2016, Radicación 2015-00029, demandado: Secretario de la Comisión Sexta del Senado, M.P. Carlos Enrique Moreno Rubio.

4 El artículo 26 del Acuerdo 014 de 2005 dispone: “En caso de ausencia absoluta o temporal del Rector y basta tanto se produzca la designación de quien lo reemplace, el Vicerector Académico desempeñará las funciones de rector. En caso de ausencia absoluta el consejo Superior deberá designar un nuevo Rector en un plazo que no exceda de noventa días.”

CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO
SECCIÓN QUINTA

Consejero ponente: CARLOS ENRIQUE MORENO RUBIO

Bogotá, D.C., seis (6) de octubre de dos mil dieciséis (2016)

Radicación número: 25000-23-41-000-2015-02381-01

Actor: FLOR VELCY GARCÍA ACERO

Demandado: SANTIAGO CAÑAS ESCOBAR

Asunto: Confirmó la sentencia apelada, proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca- Sección Primera Subsección A, que negó la nulidad del acto de elección del demandado como edil de la localidad sexta de Tunjuelito, para el periodo 2016-2019.

Extracto: *“La Sala estima pertinente referirse a la manera como la Sección Primera, Subsección “A” del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, fijó el litigio, toda vez que como lo expuso la Sección Quinta del Consejo de Estado en providencia del 3 de diciembre de 2015, proferida dentro del expediente 2014-00135-00, con ponencia de la doctora Lucy Jeannette Bermúdez Bermúdez: “La fijación del litigio constituye uno de los aspectos cruciales para el desarrollo del proceso, en la medida en que se erige como la carta de navegación o la hoja de ruta que habrá de seguirse a efectos de hallar solución a los problemas jurídicos que en ella se planteen. Es la oportunidad que tiene el juzgador de depurar el contexto fáctico y jurídico relevante para los sujetos procesales en contienda.*

En la misma providencia, esta Sección dejó en claro que una vez fijado el litigio, como expresión de la garantía del debido proceso para las partes, su estudio debe ceñirse a los puntos que previamente se establecieron en la audiencia inicial como problema jurídico a resolver.

(...) el artículo 65 del Decreto 1421 de 1993, determina cuáles son los requisitos específicos que se deben cumplir para ser edil. (...)

De la norma se advierte que para ser edil se deben cumplir los siguientes requisitos: (i) ser ciudadano en ejercicio; (ii) haber residido en el lugar para el cual se aspira por lo menos durante los dos años anteriores a la fecha de la elección o haber desempeñado alguna actividad profesional, industrial, comercial o laboral durante los dos años anteriores a la fecha de la elección.

(...) La Sala observa que la Sección Primera, Subsección “A” del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, confundió los conceptos de residencia electoral prevista en el artículo 316¹ de la Constitución Política, con el de residencia consagrado en el artículo 65 del Decreto 1421 de 1993, entendido como el lugar de habitación de una persona.

(...)De lo anterior se colige que la residencia electoral está ligada al concepto de censo electoral, definido en el artículo 47 de la Ley 1475 del 2011 como “el registro general de las cédulas de ciudadanía correspondientes a los ciudadanos colombianos, residentes en el país y en el exterior; habilitados por la Constitución y la ley para ejercer el derecho de sufragio y, por consiguiente, para participar en las elecciones y para concurrir a los mecanismos de participación ciudadana”, el cual, también corresponde al “instrumento técnico, elaborado por la Registraduría Nacional del Estado Civil, que le permite a la Organización Electoral planear, organizar, ejecutar y controlar los certámenes electorales y los mecanismos de participación ciudadana”.

(...) De otra parte, debe tenerse en cuenta que cuando en el artículo 65 del Decreto Ley 1421 de 1993 se determinó que para ser edil, se requiere haber residido en la respectiva localidad en la cual se inscribe la candidatura por lo menos durante los dos años anteriores a la elección, dicha acepción tiene relación directa con la

1 “ARTÍCULO 316. En las votaciones que se realicen para la elección de autoridades locales y para la decisión de asuntos del mismo carácter, sólo podrán participar los ciudadanos residentes en el respectivo municipio”.

noción de domicilio, entendido como permanencia y vínculo en una determinada zona, indispensable para tener un mínimo de conocimiento acerca de las necesidades del lugar al que se aspira ser elegido².

En el asunto bajo estudio, la Sala aprecia de las pruebas que obran en el expediente, el señor Santiago Cañas Escobar no cumple con el primero de los presupuestos que le permitía ser edil, esto es, el relativo a haber residido en la localidad de Tunjuelito durante los dos años anteriores a la fecha de la elección.

(...) el demandado nunca ha ejercido actividad industrial o comercial en la localidad de Tunjuelito que le permitiera cumplir con el requisito para ser edil de esa zona de la ciudad de Bogotá.

(...) la Sala se remite a las consideraciones que se han desarrollado a lo largo de esta providencia, toda vez que ya se expresó que el hecho de que el demandado no tenga residencia en la localidad de Tunjuelito, no invalida su elección.

De otra parte, el que no registre vínculo contractual con el Fondo de Desarrollo Local, no es prueba de que no ejerciera algún tipo de actividad u oficio durante los dos años anteriores a su elección con la iglesia “Palabra de Vida”.

(...) de las consideraciones efectuadas a lo largo de esta sentencia, se concluye que ninguna de las pruebas aportadas legal y oportunamente al expediente, logran desvirtuar que Santiago Cañas Escobar ejerció una actividad ministerial en la localidad de Tunjuelito durante los dos años anteriores a su elección como edil, situación que impide declarar la nulidad de su elección.

Conforme con lo anterior, al no haberse acreditado que la elección de Santiago Cañas Escobar, como edil de la localidad de Tunjuelito, vulneró el ordenamiento jurídico, la Sala confirmará la sentencia del 3 de junio del 2016, dictada por la Sección Primera, Subsección “A” del Tribunal Administrativo de Cundinamarca.

Decisión: “CONFÍRMASE la sentencia del 3 de junio del 2016, que dictó la Sección Primera, Subsección “A” del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, de conformidad con las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

En firme esta providencia, DEVUÉLVASE el Radicación al tribunal de origen”.

LUCY JEANNETTE BERMÚDEZ BERMÚDEZ

Presidente

Aclara Voto

ROCÍO ARAÚJO OÑATE

Consejera de Estado

CARLOS ENRIQUE MORENO RUBIO

Consejero de Estado

ALBERTO YEPES BARREIRO

Consejero de Estado

2 Sobre el particular vez sentencia de la Sección Quinta del Consejo de Estado, dictada el 30 de octubre del 2008 dentro del expediente 2007-00982-01, C.P. María Nohemí Hernández Pinzón, en la cual en un asunto de similares características, se señaló: “*el ciudadano que aspire a ser elegido diputado debe acreditar haber residido durante el año inmediatamente anterior a la fecha de la elección en la respectiva circunscripción electoral, entendida ésta en relación con los diputados, el respectivo departamento para el que resulten elegidos. Para establecer los alcances del concepto de residencia contemplado en el inciso 3º del artículo 299 Constitucional, deben tenerse en cuenta dos circunstancias, primero, que no se trata de la residencia electoral que se exige a las personas que van a ejercer su derecho a elegir y a participar en las decisiones en el ámbito local, es decir, a los electores, y segundo, que se trata de una condición exigida a los ciudadanos que aspiren a ser elegidos en un cargo de elección popular de carácter territorial departamental. Conforme al principio hermenéutico del efecto útil de las normas constitucionales, según el cual debe preferirse la interpretación que confiera pleno efecto a los postulados de la Carta Política, resulta claro para la Sala que la referida exigencia constitucional contemplada en el inciso tercero del artículo 299 de la Carta Política, dirigida a los candidatos a las Asambleas Departamentales, de residir en el respectivo departamento, atiende a la necesidad de que las personas que aspiren a ser elegidas como diputados bayen tenido asiento en alguno de los municipios de la entidad territorial en un término razonable*”. (Negrita fuera de texto)

Aclaración de voto de la consejera Lucy Jeannette Bermúdez

Extracto: “Con el acostumbrado respeto, manifiesto las razones por las cuales aclaro mi voto respecto de la sentencia proferida el 6 de octubre de 2016, en la que se confirmó la sentencia del 3 de junio del 2016, del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Primera, Subsección “A”, que denegó las súplicas de la demanda.

Si bien comparto el sentido de la decisión adoptada, debo aclarar mi voto, pues en la parte considerativa, en mi criterio se omitió hacer las precisiones que enseguida manifiesto y las cuales ofrecen mayor precisión a la decisión a la que se arribó.

*En la decisión de la cual aclaro mi voto, se estudió la legalidad del acto de elección del señor **Santiago Cañas Escobar** como Edil Tunjuelito, pues, según el demandante no cumple con los requisitos exigidos por el artículo 65 del Decreto 1421 de 1993 que dispone: “Para ser elegido edil o nombrado alcalde local se requiere ser ciudadano en ejercicio y **haber residido o desempeñado alguna actividad profesional, industrial, comercial o laboral en la respectiva localidad por lo menos durante los dos años anteriores a la fecha de la elección o del nombramiento**”.*

*Comienzo por precisar que no me referiré al requisito del domicilio pues en el fallo adoptado por la Sección se concluyó que el demandado no cumplía esta exigencia (...). Por lo anterior, me encargaré de analizar el siguiente requisito ‘...**haber (...) desempeñado alguna actividad profesional, industrial, comercial o laboral en la respectiva localidad por lo menos durante los dos años anteriores a la fecha de la elección o del nombramiento**’.*

(...) no comparto las afirmaciones realizadas en la parte considerativa de la sentencia de la que aclaro mi voto, pues en mi concepto siempre que se hable de actividades profesionales se hará referencias a aquellas que requieren de la previa obtención de un título académico, pues todos los demás actividades deberán tenerse como el desempeño de oficio, (...) mi conclusión es que el demandado no pudo haber ejercido actividades profesionales, pues no tiene título académico que así lo acredite (...).

*Para mí, el demandado cumple la condición de desarrollar actividades **laborales** en la localidad para la cual resultó elegido edil durante los dos años anteriores a la fecha de su elección, razón por la cual no se puede acceder a las pretensiones de la demanda (...).*

En virtud de lo expuesto, considero que el elemento normativo que cumple el demandado y la razón por la cual su acto de elección como edil no debe anularse es porque atiende el requisito fijado por el artículo 65 del Decreto 1421 de 1993, en la medida que desarrolla actividades laborales, lucrativas, en la iglesia cristiana “Palabra de Vida” como líder ministerial”.

* * *

CONSEJO DE ESTADO SALA DE LO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO SECCIÓN QUINTA

Consejero ponente: **CARLOS ENRIQUE MORENO RUBIO**

Bogotá, D.C., seis (6) de octubre de dos mil dieciséis (2016)

Radicación número: 05001-23-33-000-2015-02592-01

Actor: NELSON RENDÓN ESTRADA

Demandado: NATALY VÉLEZ LOPERA (CONCEJAL DE MEDELLÍN)

Asunto: Confirmó la sentencia apelada, proferida por el Tribunal Administrativo de Antioquia, sala segunda de decisión oral, que negó la nulidad del acto de elección de la demandada como concejal de Medellín, periodo 2016- 2019

Extracto: “Observa la Sala que la prohibición de doble militancia fue establecida en el artículo 107 de la Constitución, modificado por el Acto Legislativo 01 de 2009, el cual señaló que “En ningún caso se permitirá a los ciudadanos pertenecer simultáneamente a más de un partido o movimiento político con personería jurídica”.

En sus incisos finales, la norma agregó que “Quien siendo miembro de una corporación pública decida presentarse a la siguiente elección, por un partido distinto, **deberá renunciar a la curul al menos doce (12) meses antes del primer día de inscripciones**”. (Negrillas fuera del texto).

Dicha preceptiva debe entenderse en concordancia con la regulación prevista en la Ley 1475 de 2011, por la cual fueron adoptadas reglas de organización y funcionamiento de los partidos y movimientos políticos y de los procesos electorales. (...))

(...) es claro que quien haya sido elegido por un partido y decida presentarse a la siguiente elección por otra colectividad política, deberá renunciar, al menos, doce (12) meses antes del primer día de inscripciones.

(...) precisa la Sala que la doble militancia es una prohibición que al igual que las inhabilidades, debe ser analizada desde una óptica puramente objetiva, como corresponde al proceso electoral.

(...) En materia de doble militancia, la Sala adoptó un criterio reiterado según el cual la renuncia a la colectividad política, en el caso de los militantes, se entiende aceptada con el hecho de la presentación de la misma ante la respectiva agrupación política a la cual pertenece el interesado.

(...) Advierte la Sala que la regulación establecida en el artículo 2º de la Ley 1475 de 2011, en materia de doble militancia política, está dirigida especialmente a quienes aspiren a ser elegidos en los cargos de elección popular y en las corporaciones públicas y a quienes ya fueron elegidos y ostentan la investidura en dichas modalidades.

Respecto de quienes resultaron elegidos en las corporaciones públicas, conserven la investidura y luego decidan presentarse a la siguiente elección por un partido o movimiento político diferente al cual representan, la norma señaló que deberán renunciar a la curul al menos doce (12) meses antes del primer día de inscripciones al nuevo debate electoral.

A partir de este marco específico, considera la Sala que la siguiente elección prevista en la norma, para efectos de la prohibición legal, está referida a los comicios fijados por la ley para la elección de los miembros de las corporaciones públicas y los diferentes cargos de elección popular.

El sentido de la norma no puede ser entendido de otra manera cuando su texto fue claro al establecer pautas destinadas a quienes ocupan un cargo en las corporaciones públicas y buscan alcanzar una dignidad de similar naturaleza, por otro partido, en el periodo que sigue al que está en curso.

Desde este punto de vista, estima la Sala que la norma no es aplicable a otros eventos de carácter electoral cuya finalidad sea diferente de las elecciones convocadas, con alcances generales, para escoger a quienes ocuparán los cargos de elección popular y las corporaciones públicas.

(...) Por su carácter general, la elección ordinaria contempla la participación de todos aquellos ciudadanos que estén incluidos en el censo electoral que elabora la Registraduría Nacional para cada evento de esta naturaleza, en tanto que la consulta interna, según quedó expuesto, no lo permite.

En estas condiciones, estima la Sala que el inciso 2º del artículo 2º de la Ley 1475 de 2011 no incluye como siguiente elección aquella originada en la consulta interna organizada por una colectividad política, para la selección de sus candidatos, pues se trata de una actuación preparatoria y previa

al procedimiento que luego pone en marcha la Organización Electoral para elegir a las autoridades locales y a los integrantes de las corporaciones públicas del mismo orden¹.

(...) la participación en la consulta de orden interno no tiene la virtud de configurar la doble militancia cuando la persona no pertenece a otro partido, ni ejerce la actividad política simultáneamente con otra organización a la cual esté afiliada como integrante.

(...) Frente a la situación de la señora Vélez Lopera, concluye la Sala que la intervención en la consulta interna del Centro Democrático no podía ser constitutiva de impedimento legal, ya que había renunciado con suficiente antelación a la curul en la JAL y al Partido de la U y, además, dicho certamen no correspondía a la elección siguiente en la cual aspiraba a convertirse en concejal de Medellín. (...).

Decisión: “CONFÍRMASE la providencia apelada, esto es la sentencia de mayo veinticinco (25) del presente año dictada por el Tribunal Administrativo de Antioquia, Sala Segunda de Decisión Oral.

En firme esta providencia, DEVUÉLVASE el Radicación al tribunal de origen”.

LUCY JEANNETTE BERMÚDEZ BERMÚDEZ
Presidenta

ROCÍO ARAÚJO OÑATE
Consejera de Estado
CARLOS ENRIQUE MORENO RUBIO
Consejero de Estado
ALBERTO YEPES BARREIRO
Consejero de Estado

* * *

CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCIÓN QUINTA

Consejero ponente: CARLOS ENRIQUE MORENO RUBIO

Bogotá, D.C., trece (13) de octubre de dos mil dieciséis (2016)

Radicación número: 11001-03-28-000-2016-00003-00

Actor: CARLOS ALEXANDER MOSQUERA MOSQUERA Y OTRO

Demandado: ÉDGAR ENRIQUE MARTÍNEZ ROMERO

Asunto: Demandas acumuladas contra el acta de escrutinio general E-26 GOB del 4 de noviembre de 2015, por medio del cual se declaró la elección del demandado como gobernador del Departamento de Sucre

Extracto: “(...) De conformidad con lo dicho por esta Corporación la inscripción es un acto de trámite que: (i) debe estar acompañada del aval correspondiente, (ii) debe estar firmada por el candidato, puesto que de esa manera acepta la candidatura y (iii) no tiene que ser realizada y firmada por el representante legal del partido, puesto que basta con la presentación del aval. (...).

De acuerdo con [el artículo 107 de la Constitución] no se permite (i) a los ciudadanos pertenecer simultáneamente a más de un partido o movimiento político con personería jurídica, y (ii) a quienes sean miembros de una corporación pública presentarse a la siguiente elección, por un partido distinto.

1 Lo anterior no descarta que según el propósito que determine el partido, la consulta interna pueda llevarse a cabo el mismo día de las elecciones para los cargos de elección y las corporaciones públicas, como lo dispuso la Ley 1475 de 2011.

(...) el demandado no incurrió en doble militancia, toda vez que por medio de las certificaciones aportadas tanto por el partido ASI como por el Partido Liberal ... nunca perteneció al primero, y radicó su renuncia al segundo con antelación a su afiliación al partido Cambio Radical, certificaciones que no fueron tachadas de falsas.

(...) Así las cosas, la presunción de legalidad de que goza el acto demandado no fue desvirtuada, por lo que la totalidad de las pretensiones de la demanda habrán de ser denegadas.

Decisión: “DENIÉGANSE las pretensiones de las demandas de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

NOTIFÍQUESE la presente decisión de conformidad con lo dispuesto en el artículo 289 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

En firme esta providencia, ARCHÍVESE el Radicación”.

LUCY JEANNETTE BERMÚDEZ BERMÚDEZ
Presidenta

ROCÍO ARÁUJO OÑATE
Consejera de Estado
CARLOS ENRIQUE MORENO RUBIO
Consejero de Estado
ALBERTO YEPES BARREIRO
Consejero de Estado

* * *

CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO
SECCIÓN QUINTA

Consejero ponente: CARLOS ENRIQUE MORENO RUBIO

Bogotá, D. C., trece (13) de octubre de dos mil dieciséis (2016)

Radicación número: 66001-23-33-000-2016-00065-01

Actor: DANIEL SILVA ORREGO

Demandado: ELIZABETH DUQUE MÉNDEZ

Asunto: Revocó la sentencia apelada, proferida por el Tribunal Administrativo de Risaralda, que había declarado la nulidad del Decreto municipal 37 de 2016, mediante el cual el alcalde de Dosquebradas, nombró a la demandada en el cargo de secretaria de tránsito y movilidad código 020 grado 04.

Extracto: “Mediante la Ley 1310 de 2009, el legislador expidió la normatividad tendiente a unificar las disposiciones relacionadas con los agentes de tránsito y transporte y de los grupos de control vial de las entidades territoriales.

En el artículo 8 ídem se estableció que las personas que aspiren a ser nombradas como directores de los organismos de tránsito o secretarios de tránsito deben acreditar el cumplimiento de dos requisitos: (i) formación profesional relacionada con el cargo y, (ii) experiencia en el ramo de dos años.

Ahora bien, respecto del último de los requisitos, la ley prevé que si no se cuenta con la experiencia mínima, ésta se puede homologar demostrando que se cuenta con estudios de diplomado o de postgrado en materia de tránsito y transporte.

(...) La Sección Quinta del Consejo de Estado ha sido consistente en señalar¹, en asuntos de similares características al que ahora ocupa su atención, que para determinar si una profesión tiene relación con el cargo de director o secretario de tránsito, es necesario verificar si el plan de estudios que cursó la persona nombrada, guarda relación con las funciones establecidas en el acto administrativo mediante el cual se adoptó el manual específico de funciones, requisitos y competencias laborales.

(...) dentro de las competencias comportamentales del cargo, en específico las referidas al componente del “Nivel Jerárquico”, se exigen las siguientes: liderazgo, planeación, toma de decisiones, dirección y desarrollo de personal y, conocimiento del entorno.

Conforme con lo anterior, la Sala estima que el tribunal a quo al dictar la sentencia de primera instancia se equivocó en sus apreciaciones, al concluir que la profesión de la demandada no tenía relación alguna con las funciones del cargo en el cual fue nombrada.

Decisión: “REVÓCASE la sentencia del 1 de julio de 2016, que dictó el Tribunal Administrativo de Risaralda para, en su lugar, negar la prosperidad de las pretensiones de la demanda de nulidad electoral presentada por el señor Daniel Silva Orrego, de conformidad con las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

En firme esta providencia, DEVUÉLVASE el expediente al tribunal de origen”.

LUCY JEANNETTE BERMÚDEZ BERMÚDEZ
Presidente

ROCÍO ARAÚJO OÑATE
Consejera de Estado
CARLOS ENRIQUE MORENO RUBIO
Consejero de Estado
ALBERTO YEPES BARREIRO
Consejero de Estado

* * *

CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCIÓN QUINTA

Consejero ponente: CARLOS ENRIQUE MORENO RUBIO

Bogotá, D. C., veintisiete (27) de octubre de dos mil dieciséis (2016)

Radicación número: 52001-23-33-000-2016-00115-01

Actor: CARLOS FEDERICO RUÍZ LÓPEZ

Demandado: ANJHYDALID VIVIANA RÚALES ESCOBAR

Asunto: Revocó la sentencia apelada, proferida por el Tribunal Administrativo de Nariño, que había declarado la nulidad del acto de elección de la demandada como personera del municipio de Pasto, periodo 2016-2019.

Extracto: “Para que la irregularidad en el trámite se materialice y tenga la virtualidad de viciar el acto de elección, es necesario que se pruebe:

1 Sobre el particular también se pueden ver las sentencias del 21 de agosto del 2014, Radicación 2013-00198-01, C.P. Alberto Yepes Barreiro; del 18 de febrero del 2016, Radicación 2015-00111-01, C.P. Rocío Araújo Oñate y, del 25 de agosto del 2016, Radicación 2016-000925-01, C.P. Alberto Yepes Barreiro.

(i) *La existencia de la anomalía*

(ii) *Que la anomalía fue de tal magnitud que afecte de forma directa el sentido de la decisión, es decir que sea sustancial, trascendental y con incidencia directa en el sentido del acto definitivo. En este punto debe precisarse que, como en este caso la elección se hizo como resultado de un concurso de méritos, es necesario demostrar que la irregularidad en el trámite tiene la potencialidad de modificar el resultado del concurso y por tanto de la lista de elegibles.*

(...) esta Sala encuentra que el Tribunal no hizo un estudio en relación con el segundo de los requisitos que se requieren para que se configure esta causal de nulidad, esto es que se hubiera demostrado que la anomalía tenga la potencialidad de afectar de forma directa el resultado del concurso de méritos.

(...) la Sala advierte que la demandada a pesar de haber quedado por debajo del demandado dos puestos en la entrevista -al haber tenido un resultado menor que el de él-, quedó de primera en la lista, por haber obtenido en la prueba objetiva el primer lugar, y ser esta prueba la que mayor porcentaje tenía en el total.

(...) Además, no puede desconocerse que la falta de motivación de la entrevista afectó a todos los participantes del concurso de méritos, incluida la demandada, que se reitera tuvo una calificación menor que la del demandante en las entrevistas.

Por lo expuesto, no se cumplió con el segundo de los requisitos establecidos por esta Sección, para que la irregularidad en la expedición del acto pueda viciar el acto de elección.

En consecuencia, hay lugar a revocar la sentencia de primera instancia y en su lugar se negarán las pretensiones de la demanda.

Decisión: “REVÓCASE la sentencia del dos (2) de agosto de dos mil dieciséis (2016), proferida por el Tribunal Administrativo de Nariño, y en su lugar deniéganse las pretensiones de la demanda.

En firme esta sentencia y previas las comunicaciones del caso, DEVUÉLVASE el expediente al Tribunal de origen”.

LUCY JEANNETTE BERMÚDEZ BERMÚDEZ
Presidenta

ROCÍO ARÁUJO OÑATE
Consejera de Estado
CARLOS ENRIQUE MORENO RUBIO
Consejero de Estado
ALBERTO YEPES BARREIRO
Consejero de Estado

* * *

CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCIÓN QUINTA

Consejero ponente: CARLOS ENRIQUE MORENO RUBIO

Bogotá, D.C., octubre veintisiete (27) de dos mil dieciséis (2016)

Radicación número: 76001-23-33-000-2016-00192-01

Actor: GUSTAVO ADOLFO PRADO CARDONA

Demandado: NELSON RINCÓN LAVERDE

Asunto: Confirmó la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo del Valle del Cauca, que negó las pretensiones de la demanda interpuesta contra el acto de elección del señor Nelson Rincón Laverde, como secretario de tránsito y transporte del municipio de Santiago de Cali.

Extracto: “Habrá de establecerse: 1) si se infringió el artículo 128 Superior, por cuanto se censura que el demandado ejerció de manera simultánea dos cargos públicos y, 2) si fue desconocido el artículo 122 Superior, debido a que se le endilga al demandado el incumplimiento de los requisitos exigidos por el artículo 8 de la Ley 1310 de 2009 para el ejercicio del cargo de secretario de tránsito y transporte de Cali-Valle

(...)el señor Rincón Laverde se posesionó como secretario de tránsito y transporte de Cali, sin habérsele concedido la comisión de servicios, puesto que pese a solicitarla desde el 14 de diciembre de 2015, solo le fue otorgada el 01 de febrero de 2016.

(...)Sin embargo, tal como también está documentado, en este lapso no recibió más de una asignación proveniente del erario (...).

(...) el artículo 128 de la Constitución Política prohíbe (i) la concurrencia de dos o más cargos públicos en una misma persona y (ii) recibir más de una asignación que provenga del erario, pero como se señaló líneas atrás, estas prohibiciones generan una incompatibilidad.

(...) la falta de concesión oportuna de la comisión, escapa al control del juez electoral y no tiene la entidad de constituir la nulidad del acto de nombramiento pretendido.

(...) los requisitos para el ejercicio del cargo de secretario de tránsito de las entidades territoriales son: (i) acreditar formación profesional relacionada y, (ii) experiencia en el ramo de dos años, o estudios de diplomado o posgrado en la materia.

Respecto de la última de las exigencias mencionadas, la ley prevé que si no se cuenta con la experiencia mínima, esta se puede homologar demostrando estudios de diplomado o de postgrado en materia de tránsito y transporte.

(...)La Sección Quinta del Consejo de Estado ha reiterado¹, que para determinar si una profesión tiene relación con el cargo de director o secretario de tránsito, es necesario verificar si el plan de estudios que cursó la persona nombrada, guarda relación con las funciones establecidas en el acto administrativo mediante el cual se adoptó el manual específico de funciones, requisitos y competencias laborales.

(...) se puede concluir que la formación profesional del señor Rincón Laverde, está relacionada con las funciones para desempeñar el cargo de secretario de tránsito y transporte de Santiago de Cali, toda vez que conforme al manual de funciones, tiene conocimientos en administración, contabilidad y derecho, además recibió formación específica en materias de tránsito.

(...)los cargos ejercidos por el señor Rincón, permiten señalar sin lugar a dudas que tiene una experiencia superior a los dos años en áreas relacionadas con las funciones que como director de tránsito y transporte le corresponde ejercer: (...).

Corolario de lo explicado, el señor Nelson Rincón Laverde reúne las calidades y requisitos constitucionales o legales de elegibilidad para ser nombrado como secretario de tránsito y transporte de Santiago de Cali.

Decisión: “CONFIRMASE la providencia apelada, esto es, la sentencia del 17 de agosto del presente año, proferida por el Tribunal Administrativo del Valle del Cauca.

1 Sobre el particular también se pueden ver las sentencias del 21 de agosto del 2014, Radicación 2013-00198-01, C.P. Alberto Yepes Barreiro; del 18 de febrero del 2016, Radicación 2015-00111-01, C.P. Rocío Araújo Oñate y, del 25 de agosto del 2016, Radicación 2016-000925-01, C.P. Alberto Yepes Barreiro.

En firme esta providencia, DEVUÉLVASE el expediente al tribunal de origen”.

LUCY JEANNETTE BERMÚDEZ BERMÚDEZ
Presidenta

ROCÍO ARAÚJO OÑATE
Consejera de Estado
CARLOS ENRIQUE MORENO RUBIO
Consejero de Estado
ALBERTO YEPES BARREIRO
Consejero de Estado

* * *

CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO
SECCIÓN QUINTA

Consejero ponente: CARLOS ENRIQUE MORENO RUBIO

Bogotá, D. C., veintisiete (27) de octubre de dos mil dieciséis (2016)
Radicación número: 66001-23-33-000-2015-00483-01 (Acumulado)
Actor: DIANA FERNÁNDEZ MORENO Y OTRO
Demandado: JULIO CÉSAR LONDOÑO GUEVARA - DIPUTADO ASAMBLEA DE RISARALDA

Asunto: Revocó la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo de Risaralda- Sala Tercera de decisión y en su lugar declaró la carencia actual de objeto, por sustracción de materia del acto demandado.

Extracto: “Corresponde a esta corporación resolver si confirma, revoca o modifica la sentencia del Tribunal Administrativo de Risaralda que declaró la nulidad de la elección de señor Julio César Londoño Guevara como diputado a la Asamblea Departamental, para el periodo 2016-2019, al considerar que estaba incurso en la inhabilidad prevista en el numeral 5º del artículo 33 de la ley 617 de 2000.

(...)Revisada la actuación, puede verse que el dos (2) de enero del año en curso el demandado radicó un memorial ante la Asamblea de Risaralda en el cual comunicó su decisión de no posesionarse como diputado (ff. 47 a 57 cdno 1).

La determinación obedeció precisamente al hecho de haberse estructurado objetivamente la inhabilidad prevista el numeral 5º del artículo 33 de la ley 617 de 2000, por el nombramiento de su hermano como director encargado del Área Metropolitana Centro de Occidente (ff. 47 a 57 cdno 1).

(...) Advierte la Sala que por esta razón, el acto acusado en este proceso no produjo efectos jurídicos puesto que es claro que el señor Londoño Guevara no se posesionó como diputado de la Asamblea, ni podría posesionarse por la declaratoria de vacancia de la curul dispuesta por la resolución 007 de enero siete (7) de 2016 expedida por el presidente de la Asamblea.

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

(...) por consiguiente, la Sala revocará la sentencia apelada y en su lugar declarará la carencia actual de objeto, por sustracción de materia, frente al acto acusado en este proceso.

Decisión: “REVÓCASE la providencia apelada, esto es la sentencia de junio veintiuno (21) del presente año dictada por el Tribunal Administrativo de Risaralda, Sala Tercera de Decisión. En su lugar, DECLÁRASE la carencia actual de objeto, por sustracción de materia, respecto del acto demandado.

En firme esta providencia, DEVUÉLVASE el expediente al tribunal de origen”.

LUCY JEANNETTE BERMÚDEZ BERMÚDEZ
Presidenta

ROCÍO ARAÚJO OÑATE
Consejera de Estado
CARLOS ENRIQUE MORENO RUBIO
Consejero de Estado
ALBERTO YEPES BARREIRO
Consejero de Estado

* * *

CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCIÓN QUINTA

Consejero ponente: CARLOS ENRIQUE MORENO RUBIO

Bogotá, D. C., tres (3) de noviembre de dos mil dieciséis (2016)

Radicación número: 73001-23-33-000-2015-00760-02

Actor: STEFANY GONZÁLEZ GUZMÁN

Demandado: ERNESTO ORTIZ AGUILAR

Asunto: Confirmó la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo del Tolima, que negó la nulidad del acto de elección del demandado como concejal del municipio de Ibagué para el periodo 2016-2019.

Extracto: “*El régimen de inhabilidades es un mecanismo determinante para asegurar ciertas cualidades y condiciones en los aspirantes a ejercer un cargo o función públicos y asegurar el idóneo cumplimiento de sus funciones.*”

(...) en este caso de manera concreta se alega que el demandado incurrió en la inhabilidad prevista en el artículo 40 numeral 4 de la Ley 617 de 2000, que modificó el artículo 43 de la Ley 136 de 1994(...).

(...) acorde con esta norma no puede ser elegido concejal quien tenga vínculo por matrimonio o unión permanente, o de parentesco en segundo grado de consanguinidad, primero de afinidad o único civil con funcionarios que dentro de los 12 meses anteriores a la elección haya ejercido autoridad civil, administrativa o militar en el respectivo municipio.

(...) De las pruebas antes mencionadas, esta Sección no puede concluir que le asista razón a la actora en el sentido que se configuró la causal de inhabilidad del demandado, por existir entre los señores Ernesto Ortiz e Iván Darío Delgado un vínculo en primer grado de afinidad, dado que no se comprobó la unión marital de hecho entre los señores Iván Darío Delgado y Johana Catalina Ortiz dentro del periodo inhabilitante, carga que le correspondía a la demandante.¹

(...) no se acreditó que hayan contraído matrimonio, ni que tengan una comunidad de vida permanente y singular –unión marital de hecho, acompañada de trabajo, ayuda y socorro mutuos de los compañeros permanentes.”²

1 Conforme al artículo 167 del Código General del Proceso, “*incumbe a las partes probar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen*”.

2 La Corte Constitucional en la sentencia C-278 de 2014 dijo: “Tal y como lo describe la Corte Suprema de Justicia, “*la sociedad patrimonial irradia sus efectos solamente en el plano económico y deriva, en primer lugar, de la existencia de una unión marital de hecho y, en segundo término, de que como consecuencia del trabajo, ayuda y socorro mutuos de los compañeros permanentes, se haya consolidado un “patrimonio o capital” común*”; a su turno, la Corte suprema de Justicia en la sentencia SC15173-2016. Radicación n.º 05001-31-10-008-2011-00069-01 del 24 de octubre de 2016, destacó: “en coherencia

Decisión: “CONFÍRMASE la providencia apelada, esto es, la sentencia del 11 de agosto de 2016, proferida por el Tribunal Administrativo del Tolima.

RECONÓZCASE personería a la abogada Yendi Suseli Rodríguez Suárez, para actuar como apoderada de la Registraduría Nacional del Estado Civil.

En firme esta providencia, DEVUÉLVASE el expediente al tribunal de origen”.

LUCY JEANNETTE BERMÚDEZ BERMÚDEZ
Presidenta

ROCÍO ARAÚJO OÑATE
Consejera de Estado
CARLOS ENRIQUE MORENO RUBIO
Consejero de Estado
ALBERTO YEPES BARREIRO
Consejero de Estado

* * *

CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO
SECCIÓN QUINTA

Consejero ponente: CARLOS ENRIQUE MORENO RUBIO

Bogotá, D. C., tres (3) de noviembre de dos mil dieciséis (2016)

Radicación: 70001-23-33-000-2016-00045-01

Actor: EDISON BIOSCAR RUIZ VALENCIA

Demandado: KARIME ADRANA COTES MARTÍNEZ - DIPUTADA DE SUCRE

Asunto: Confirmó la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo de Sucre, que negó las pretensiones de la demanda contra la elección de la señora Karime Adrana Cotes Martínez como diputada de la Asamblea de Sucre, periodo 2016-2019.

Extracto: “Deberá determinarse si el aval para la inscripción de la candidatura para los comicios del veinticinco (25) de octubre de 2015 fue otorgado por quien estaba facultado para tales efectos y si era indispensable presentar el documento que delegó la concesión del aval al inscribir la lista de aspirantes a la corporación departamental.

(...) *Observa la Sala que la controversia sobre la alegada ausencia de facultades del secretario general para la concesión del aval está centrada en el fallo que dictó el Consejo de Estado sobre los estatutos del Partido Liberal vigentes en la fecha de inscripción de la candidatura.*

(...) *Sobre el particular, puede decirse que mediante sentencia de marzo 5 de 2015 la Sección Tercera de esta corporación resolvió, en segunda instancia, una acción popular interpuesta contra la validez de los estatutos implementados por el Partido Liberal a través de la resolución 2895 de 2011³.*

con la jurisprudencia, la comunidad de vida se encuentra integrada por unos elementos “(...) fácticos objetivos, como la convivencia, la ayuda y el socorro mutuos, las relaciones sexuales y la permanencia, y subjetivos otros, como el ánimo mutuo de pertenencia, de unidad y la *affectio maritalis* (...)”

3 Cfr. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia de marzo cinco (5) de 2015, Radicación 25000-23-41-000-2013-00194-01, C.P. Stella Conto Díaz del Castillo.

En dicha sentencia, la corporación amparó los derechos e intereses colectivos relacionados con la moralidad administrativa vulnerados por la colectividad política y el Consejo Nacional Electoral por las actuaciones surtidas para la adopción, aprobación, registro e impugnación de los estatutos.

(...) También le concedió el mismo término al Consejo Nacional Electoral para que dispusiera las medidas requeridas para dejar sin efectos el registro de los estatutos, cuya adopción fue producto de la vigencia de la Ley 1475 de 2011.

(...) La sentencia de la Sección Tercera cobró ejecutoria el ocho (8) de julio de 2015⁴, por lo cual la colectividad política y el organismo rector electoral tendrían hasta el ocho (8) de agosto del mismo año para dejar de aplicar los citados estatutos y recobrarán vigencia los anteriores (f. 89 cdno 1).

El análisis hecho por la Sala lleva a concluir que solo desde el cinco (5) de agosto de 2015 los estatutos del Partido Liberal expedidos en el año 2002 recobraron vigencia, lo que significa que las actuaciones anteriores a dicha fecha estaban regidas por los estatutos de 2011, según los efectos dispuestos en la sentencia del Consejo de Estado.

Como la inscripción de la señora Cotes Martínez ante la Delegación Departamental de Sucre tuvo lugar el veinticuatro (24) de julio de 2015, es decir en fecha anterior a la establecida para que surtiera efectos la decisión del Consejo de Estado (ocho (8) de agosto de 2015) y se cumpliera la misma sentencia de acción popular (cinco (5) de agosto de 2015), es posible determinar que el acto mediante el cual se otorgó el aval también es previo al momento en que recobraron vigencia los estatutos del Partido Liberal expedidos en el año 2002.

(...) concluye la Sala que el aval a la diputada Cotes Martínez fue conferido por el delegado del representante legal del Partido Liberal, quien estaba facultado por los estatutos de la colectividad para tales efectos, por lo cual fue expedido en debida forma y en consecuencia lo procedente es confirmar la decisión del a quo que negó las pretensiones de la demanda.

(...) se torna en evidente que tanto el aval como la inscripción son dos actos con finalidades diferentes, tal como se ilustró en la jurisprudencia de 17 de noviembre de 2005⁵, en la que claramente se identifican y diferencian, ya que por una parte el aval al cumplir con la triple finalidad mencionada de ninguna forma se equipara con la inscripción del candidato que es un acto de trámite y para el cual la ley no exige mayores requisitos”.

La Sala reitera que la inscripción de una candidatura no requiere la suscripción del formulario E-6 por el representante legal del partido o movimiento político con personería jurídica, o su delegado, puesto que dicha voluntad queda expuesta en el aval que se expide a favor del respectivo candidato. (...).”

⁴ La sentencia de la Sección Tercera fue objeto de una solicitud de aclaración presentada por el apoderado del Partido Liberal, la cual fue resuelta mediante providencia de junio diez (10) de 2015.

⁵ CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCIÓN QUINTA. Consejero Ponente: Darío Quiñones Pinilla. Sentencia de 17 de noviembre de 2005. Radicación No. 15001 23 31 000 2003 03193 01. Demandante: Rosa Elena Moreno Orjuela. Demandado: Benigno Hernán Díaz Cárdenas. En esta providencia se sostuvo: “El artículo 108 de la Constitución Política al establecer que la inscripción de candidatos a elecciones la pueden hacer los partidos y movimientos políticos sin requisito adicional alguno y, a renglón seguido, al prescribir que esa inscripción debe ser avalada por el representante legal del partido o movimiento o por quien él delegue, está erigiendo como único requisito constitucional para la inscripción de candidaturas el otorgamiento del aval por quien tiene la facultad Constitucional para ello. Pero, en manera alguna el precepto prescribe que dicha inscripción debe realizarla personalmente éste. Y ello tampoco se deduce del contenido del artículo 3° del Reglamento 01 de 2003.

Por el contrario, la redacción de los citados artículos 3° y 4° lo que da a entender es que, de un lado, el aval debe ser presentado ante los respectivos Delegados de la Registraduría Nacional del Estado Civil y, de otro, que ese aval lo debe otorgar el representante legal del partido o movimiento político o su delegado. Esas normas armonizan en su integridad con los incisos tercero y cuarto del artículo 108 de la Carta Política.”

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

Decisión: “CONFIRMASE la providencia apelada, esto es la sentencia de julio once (11) de 2016 dictada por el Tribunal Administrativo de Sucre, Sala de Decisión Tercera, mediante la cual negó las pretensiones de la demanda.

En firme esta providencia DEVUÉLVASE el expediente al tribunal de origen.

RECONÓCESE personería a la Dra. Julia Inés Ardila Saiz para actuar como apoderada de la Registraduría Nacional del Estado Civil, según el poder conferido y visible a folio 333 del cuaderno 2 del expediente”.

LUCY JEANNETTE BERMÚDEZ BERMÚDEZ

Presidenta

ROCÍO ARAÚJO OÑATE

Consejera de Estado

Salva Voto

CARLOS ENRIQUE MORENO RUBIO

Consejero de Estado

ALBERTO YEPES BARREIRO

Consejero de Estado

Salvamento de voto por parte de la consejera Rocío Araújo Oñate

Asunto: La Sala decidió confirmar la sentencia del 11 de julio de 2016, a través de la cual el Tribunal Administrativo de Sucre negó la nulidad de la elección de la demandada. Este fallo fue adoptado por la Sala luego de que, en un caso muy similar, negó por decisión mayoritaria la ponencia que en sentido contrario (declarando la nulidad de la elección) había presentado la suscrita a su consideración.

Extracto: “En esta ocasión A su vez, la ponencia que proponía la decisión anulatoria que me fue negada también guarda identidad fáctica, probatoria y jurídica con un proceso que fue decidido por la misma Sección Quinta el pasado 1º de septiembre de 2016¹, de manera que lo que allí presentó la suscrita no fue nada distinto a la aplicación de la misma consecuencia en derecho en reiteración obligada de ese directo precedente judicial.

El fallo adoptado ahora por la Sala plantea un cambio de posición acudiendo a un elemento procesal para venir a sostener ahora que el tema de la subdelegación no había sido planteado en la demanda, ni había sido incluido en la fijación del litigio y, por lo tanto, constituía un cargo nuevo, lo anterior para desechar sin más el estudio de fondo de dicho tema. Esa nueva situación procesal esgrimida mayoritariamente por la Sala constituye un cambio de posición porque en el reseñado fallo del 1º de septiembre de 2016, con unos mismos supuestos fácticos, probatorios y jurídicos la misma Sala había asumido la posición exactamente contraria y considerando que el tema de la subdelegación era materia del proceso, como pasará a explicarse con detalle en seguida.

Por tanto, la Sala sin cumplir -por cierto- la carga argumentativa para sustentar en concreto ese estructural cambio de posición, pretende encontrar soporte en una serie de afirmaciones y teorizaciones que no comparto porque en manera alguna justifican en derecho ese sorprendente e intempestivo cambio y, por lo tanto, constituyen incumplimiento del deber de respeto del acto propio, que por supuesto compromete también (y -diríase- con mayor razón) a los jueces, y considero que resulta vulneratorio en este caso de los principios de igualdad y de buena fe.

1 Consejo de Estado, Sección Quinta, sentencia de 1-09-2016, C.P. Lucy Jeannette Bermúdez Bermúdez, Radicación 70001-23-33-000-2015-00516-01

Es claro que el requisito que siempre se cuestionó fue el de la existencia del aval y la constitucionalidad y legalidad del mismo y, por lo mismo, el hecho de que en el escrito de apelación que dio origen a esta instancia el demandante haya hecho énfasis en la prohibición de la delegación de delegación como sustento de su petición de revocación de la sentencia apelada, no constituye nada distinto a un argumento que suma para sustentar sus originales pretensiones, y que se ajusta en estricto sentido al marco establecido por la fijación del litigio. Por tanto, no hay violación alguna de derechos y garantías cuando se presenta y analiza en estas condiciones un argumento que viene a dar soporte a un mismo cargo que se encuentra perfectamente claro desde el principio.

El tema de la legalidad del aval fue planteado en la demanda, fue incluido en la fijación del litigio y constituyó sustento de la sentencia de primera instancia. Entonces, en cuanto hace a la competencia para otorgar avales este tema necesariamente cobija la legalidad de la subdelegación de la facultad de otorgar avales, corresponde a un elemento que hace parte del cuestionamiento sobre la legalidad del aval y no se trata de ningún cargo nuevo sino de un argumento adicional para dar sustento a un cargo que hace parte del presente proceso desde el principio, por cuanto el demandante con toda claridad se refiere a la ilegalidad del aval por violación del artículo 108 de la Constitución Política y en la fijación del litigio se señala el posible incumplimiento de las normas constitucionales y legales relativas a la causal prevista en el artículo 275-5 de la Ley 1437 de 2011. Igualmente, ello fue parte de la decisión de primera instancia y del recurso de apelación presentado contra esta, como se acaba de describir con detalle.

Por supuesto, en virtud del principio de congruencia y para efectos de ofrecer plenas garantías de los derechos de contradicción y defensa, el juez al momento de decidir está atado a los cargos. No así a los argumentos de las partes, de manera tal que –como ocurre con toda frecuencia porque es de la esencia de la función judicial- la sentencia puede acoger los cargos con fundamento en argumentos estructuralmente distintos a los presentados por el demandante, así como puede desecharlos con sustento en argumentos completamente diferentes a los presentados por la parte demandada.

Se deduce que el aval constituye requisito constitucional sustancial de elegibilidad y, por ende, su incumplimiento configura expresa causal de nulidad del acto de elección en los precisos términos de lo dispuesto en el artículo 275-5 de la Ley 1437 de 2011.

Así las cosas, en el marco de estos estatutos de 2011 está claro que el único órgano titular de la representación legal del Partido Liberal Colombiano es su Dirección Nacional Liberal o el Director del Partido Liberal. Está claro también que esa dirección, en aplicación de tales estatutos, podía delegar en el Secretario General la representación legal del partido lo mismo que diversas funciones.

En efecto, no puede entenderse que se puede hacer una delegación general de la representación legal porque ello constituiría un vaciamiento de las funciones propias del titular de la representación legal y, por ende, una forma de elusión de la responsabilidad; y resulta que esta responsabilidad en el otorgamiento de avales es la razón misma de la regulación incluida sobre el tema en la Constitución (en particular, con el Acto legislativo 01 de 2009 que modificó los artículos 107 y siguientes de la Constitución), razón por la cual el Consejo de Estado ha entendido de tiempo atrás que esta facultad de expedir avales constituye función pública, pues tiene el propósito específico de asegurar el principio democrático y la representatividad democrática de quien sea titular de la representación legal del partido, en cuanto son los estatutos del partido los que definen en cada caso quién tiene dicha titularidad, y tales estatutos han de ser adoptados a través de mecanismos de carácter democrático.

Así las cosas, la Sección Quinta, en respeto de los directos y concretos antecedentes que la comprometen como juez, según se citaron atrás, debió revocar el fallo impugnado bajo los supuestos jurídicos aquí establecidos para, en su lugar, declarar la nulidad del acto de elección de la demandada como diputada del departamento de Sucre para el período 2016-2019 contenido en el formulario E-26 ASA del 4 de noviembre de 2015, porque está probada la configuración de la causal de nulidad electoral establecida en el artículo 275-5 de la Ley 1437 de 2011, por el incumplimiento de requisito constitucional de elegibilidad, por inexistencia de aval legalmente otorgado.”

CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCIÓN QUINTA

Consejero ponente: CARLOS ENRIQUE MORENO RUBIO

Bogotá, D. C., diez (10) de noviembre de dos mil dieciséis (2016)

Radicación número: 23001-23-33-000-2015-00521-01

Actor: AROLDO ENRIQUE DÍAZ BALLESTEROS

Demandado: FARID ABRAHAM SAKER PÉREZ

Asunto: Confirmó la sentencia proferida por la Sala Tercera de Decisión del Tribunal Administrativo de Córdoba, que declaró la nulidad de la elección del demandado como concejal del municipio de Santa Cruz de Lorica, para el periodo constitucional 2016-2019.

Extracto: “En esta instancia, el apoderado del actor no controvierte el hecho de que el padre de su poderdante tenía funciones que implicaban el ejercicio de autoridad administrativa, de acuerdo con el Decreto 243 de 2014, por medio del cual el gobernador de Córdoba delegó en el director del Departamento Administrativo de Planeación del departamento algunas funciones en materia contractual.

Lo que cuestiona es que a diferencia de lo que concluyó el a quo, en su criterio el ejercicio de esa autoridad quedó suspendida durante 4 meses, al haberse activado la prohibición de contratación que establece la Ley 996 de 2005.

(...) Para iniciar el estudio que corresponde, debe tenerse en cuenta que en el artículo 190 de la Ley 136 de 1994 el legislador dejó plasmado quienes ejercen autoridad administrativa.

(...) La Sección Quinta del Consejo de Estado, en sentencia del 28 de julio de 2016, proferida dentro del expediente 2015-00377-01, con ponencia de la doctora Rocío Araújo Oñate, manifestó que la norma está compuesta por un criterio orgánico y otro funcional, el primero, referido a los cargos que por disposición legal se sobreentiende ejercen autoridad administrativa y, el segundo, referido a la capacidad de adoptar decisiones que implican ejercicio de esa facultad.

(...) la autoridad administrativa se detenta por el hecho de que exista la facultad que implique su ejercicio, consagrada en la ley o en un acto administrativo vigente, en otras palabras, que subsista en el ordenamiento jurídico porque no ha sido derogada, revocada o suspendido sus efectos.

Ahora, si bien es cierto que en el párrafo del artículo 38 de la Ley 996 de 2005, se determinó que los directores de las entidades descentralizadas del orden municipal, dentro de los cuatro meses anteriores a las elecciones no pueden celebrar convenios interadministrativos para la ejecución de recursos públicos, ni participar, promover y destinar recursos públicos de las entidades que se encuentren a su cargo, lo cierto es que para esta Sala la restricción, a diferencia de lo que plantea el apoderado del apelante, no suspende transitoriamente los efectos de los actos administrativos en los cuales se hayan otorgado facultades para celebrar convenios o contratos estatales, pues la ley no dispuso una consecuencia en tal sentido.

(...) No hay lugar a otra interpretación porque en la misma ley, concretamente en el artículo 40, dispuso que el funcionario que trasgreda, entre otras, la prohibición de contratación directa, será objeto de la imposición gradual de las sanciones previstas en el Código Disciplinario Único o Ley 734 de 2002.

(...) la prohibición está consagrada en el ámbito de la contratación directa, pero no para las demás modalidades de contratación, en específico las que se adelantan mediante licitación pública, concurso de méritos, selección abreviada, invitación pública etc., en concreto, el ejercicio de autoridad administrativa, tratándose de contratación, sigue en cabeza de la persona que la ostenta quien, además de lo anterior, en relación con los contratos suscritos antes de entrar en vigor la prohibición establecida

en la ley de garantías, sí puede prorrogarlos, modificarlos, adicionarlos y liquidarlos, siempre con sujeción a los principios de planeación y transparencia.

(...)No sucede lo mismo con el Decreto 243 de 2014, “Por medio del cual se realiza una delegación de funciones en el titular del Departamento Administrativo de Planeación y se dictan otras disposiciones”, el cual consagra en el artículo quinto, lo siguiente:

*“Deléguese en el titular del Departamento Administrativo de Planeación o quien haga sus veces, **la realización del trámite requerido para desarrollo y celebración de los procesos de contratación, a saber las etapas precontractual, contractual y poscontractual, celebración y suscripción de contratos y convenios, así como también la ordenación del gasto para la contratación de temas a cargo de su dependencia y de la contratación realizada con recursos provenientes de Regalías, exclusivamente en los temas de ciencia y tecnología**”.* (Negrita fuera de texto)

Para la Sala, sin lugar a equívocos, las facultades que se acaban de describir, implican el ejercicio de autoridad administrativa, en la medida que todas se relacionan con la posibilidad de desarrollar procesos de contratación desde la etapa precontractual hasta la poscontractual.

Conforme con lo anterior, al igual que lo concluyó el Tribunal Administrativo de Córdoba, para la Sección Quinta del Consejo de Estado se configura en el señor Farid Abraham Saker Pérez la causal de inhabilidad prevista en el numeral 4 del artículo 43 de la Ley 136 de 1994, modificado por el artículo 40 de la Ley 617 de 2000 (...).

Bajo las consideraciones expuestas, se confirmará con efectos ex nunc, la sentencia del 10 de agosto de 2016, dictada por la Sala Tercera de Decisión del Tribunal Administrativo de Córdoba.

Decisión: “CONFÍRMASE la sentencia del 10 de agosto de 2016, que dictó la Sala Tercera de Decisión del Tribunal Administrativo de Córdoba, mediante la cual declaró nula la elección de Farid Abraham Saker Pérez como concejal del municipio de Santa Cruz de Lorica para el periodo constitucional 2016-2019, de conformidad con las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

En firme esta providencia, DEVUÉLVASE el expediente al tribunal de origen”.

LUCY JEANNETTE BERMÚDEZ BERMÚDEZ
Presidente

ROCÍO ARAÚJO OÑATE
Consejera de Estado
CARLOS ENRIQUE MORENO RUBIO
Consejero de Estado
ALBERTO YEPES BARREIRO
Consejero de Estado

* * *

CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCIÓN QUINTA

Consejero ponente: CARLOS ENRIQUE MORENO RUBIO

Bogotá, D. C., diecisiete (17) de noviembre de dos mil dieciséis (2016)
Radicación número: 23001-23-33-000-2015-00435-01 (Acumulado)

Actor: GUSTAVO TAFUR MÁRQUEZ, MOISÉS NÁDER RESTREPO Y ORLANDO DE JESÚS SEISA PASTRANA

Demandado: FRANCISCO DANIEL ALEAN MARTÍNEZ - ALCALDE DEL MUNICIPIO DE MONTELÍBANO - CÓRDOBA

Asunto: Confirmó la providencia apelada, proferida por el Tribunal Administrativo de Córdoba, Sala Cuarta de Decisión, que negó la nulidad del acto de elección del demandado como como alcalde del municipio de Montelíbano, Departamento de Córdoba, periodo constitucional 2016- 2019. Doble militancia.

Extracto: “como consta en el expediente, las tres (3) demandas del proceso acumulado estuvieron sustentadas en el hecho de que el señor Francisco Daniel Alean Martínez incurrió en posible doble militancia por pertenecer al Movimiento de Autoridades Indígenas de Colombia (AICO), a cuya afiliación, según los actores, nunca renunció antes de ser elegido alcalde de Montelíbano por el partido Cambio Radical.

(...) Observa la Sala que la prohibición de doble militancia política fue establecida en el artículo 107 de la Constitución, modificado por el Acto Legislativo 01 de 2009, el cual señaló que “En ningún caso se permitirá a los ciudadanos pertenecer simultáneamente a más de un partido o movimiento político con personería jurídica”. (Negrillas fuera del texto).

(...) Esta preceptiva superior debe entenderse en concordancia con la regulación contenida en la Ley Estatutaria 1475 de 2011, por la cual fueron adoptadas las reglas de la organización y el funcionamiento de los partidos y movimientos políticos y de los procesos electorales.

(...) Advierte la Sala que la modalidad específica de doble militancia política imputada por el demandante al alcalde de Montelíbano es la descrita en el inciso 1º del artículo 2º de la Ley Estatutaria 1475 de 2011, ya que AICO hizo constar que no fue directivo departamental ni local de la organización política (ff. 27, 326 y 327 cdno 5).

(...) Sobre el particular, puede verse que en el expediente no obra prueba que acredite que el señor Alean Martínez haya sido formalmente afiliado a AICO, previamente al debate electoral del año 2011.

(...) la Sala comparte la conclusión a la cual llegó el a quo según la cual es razonable admitir que el señor Alean Martínez tuvo la calidad de militante de AICO, en la medida en que la condición de aspirante a la alcaldía avalado por esa organización le permitió el derecho a representarla en los comicios llevados a cabo en 2011¹.

(...) en el expediente tampoco obra prueba que demuestre que el referido señor haya renunciado expresamente al Movimiento de Autoridades Indígenas de Colombia antes de ser candidato a la Alcaldía de Montelíbano por el partido Cambio Radical en las elecciones de 2015.

(...) dicha circunstancia no implica que el señor Alean Martínez haya incurrido en la prohibición de doble militancia por haber sido inscrito como aspirante y después elegido alcalde, en octubre de 2015, con el aval de Cambio Radical (...).

(...) un ciudadano puede hacerse parte del Movimiento de Autoridades Indígenas de Colombia como integrante y luego retirarse del mismo cuando voluntariamente lo estime.

El alcance de esta última posibilidad debe entenderse en plena concordancia con las estipulaciones establecidas en el artículo 42 de los estatutos de AICO para la extinción de la calidad de miembro de la organización.

1 El Tribunal Administrativo de Córdoba invocó la aplicación de regulación establecida en el artículo 93 del Código Electoral en virtud de la cual el juramento del candidato sobre su afiliación al partido, por el cual es inscrito para las elecciones, se entiende prestado por la firma del memorial de aceptación de la candidatura.

(...) Claramente puede verse que entre las causales fijadas por los estatutos, aparece una según la cual la categoría de miembro de AICO se pierde por el hecho de pertenecer o adherir a otro partido o movimiento político.

(...)Entonces es claro que en tales casos lo que ocurre es la desafiliación automática del Movimiento de Autoridades Indígenas de Colombia, precisamente por la circunstancia de pertenecer o adherirse a otro partido, como lo señaló la norma que orienta su actividad política.

(...) la Sala estima que al momento de la inscripción de la candidatura a la Alcaldía de Montelíbano, el señor Alean Martínez ya había manifestado su voluntad de militar en este partido, puesto que contó con el aval de quien estaba facultado por el representante legal de Cambio Radical para otorgarlo para los comicios de octubre de 2015 (ff. 16 y 17 cdno 5).

(...) Al pertenecer a dicho partido, puede concluirse, como lo hizo razonablemente el Tribunal Administrativo, que respecto del señor Alean Martínez operó la desafiliación automática del Movimiento de Autoridades Indígenas de Colombia, al haber ocurrido el supuesto de hecho previsto en el artículo 42, letra d), de los estatutos de la organización política.

Decisión: “CONFÍRMASE la providencia apelada, esto es la sentencia de julio veintisiete (27) del presente año dictada por el Tribunal Administrativo de Córdoba, Sala Cuarta de Decisión, según lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

En firme esta providencia, DEVUÉLVASE el expediente al tribunal de origen”.

LUCY JEANNETTE BERMÚDEZ BERMÚDEZ
Presidenta

ROCÍO ARAÚJO OÑATE
Consejera de Estado
CARLOS ENRIQUE MORENO RUBIO
Consejero de Estado
ALBERTO YEPES BARREIRO
Consejero de Estado

* * *

CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCIÓN QUINTA

Consejero ponente: CARLOS ENRIQUE MORENO RUBIO

Bogotá, D. C., diecisiete (17) de noviembre de dos mil dieciséis (2016)

Radicación número: 20001-23-39-001-2015-00593-03

Actor: RAFAEL GUILLERMO POSADA BARRETO

Demandado: CONCEJALES DE VALLEDUPAR

Asunto: Confirmó la sentencia apelada, proferida por el Tribunal Administrativo del Cesar, que accedió a las pretensiones de la demanda y declaró la nulidad de la elección del demandado como concejal de Valledupar, periodo constitucional 2016-2019.

Extracto: “Habrá de establecerse si para estudiar la causal de nulidad por diferencias entre los formularios E-14 y E-24, debía también hacerse el estudio con base en el formulario E-11.

(...) De manera concreta el demandado en el recurso de apelación indicó que los formularios electorales no pueden analizarse de manera aislada y en este caso no se estableció la existencia de un número superior de votantes a los registrados en el E-11.

(...) para resolver, debe tenerse en cuenta que la Sala en diferentes oportunidades ha dicho que la causal de nulidad por falsedad en los documentos o registro electorales asume diferentes formas¹(...).

(i) Causal de nulidad porque en una determinada mesa de votación resulta un mayor número de sufragios en los formularios E-14 y E-24 con respecto al número de electores que se registró en el formulario E-11 o lista y registro de votantes.

(...) para realizarse el estudio de esta específica causal de nulidad es necesario comprar el formulario E-11 con los E-14 y E-24 para establecer si hubo o no mayor número de votos que de votantes.

(ii) Diferencias en los formularios E-14 y E-24, sin justificación.

(...) para realizar el estudio de esta causal de nulidad debe compararse los datos consignados en los formularios E-14, E-24, y las actas de escrutinio.

(...) el demandante se limitó a plantear como cargo de nulidad, la alteración de los resultados de los escrutinios de los jurados de votación – E-14 con los consignados en el formulario E-24.

(...) el Tribunal de primera instancia obró debidamente, puesto que la causal de nulidad consistía en la falsedad de los datos consignados en los formularios E-14 y E-24 y por tanto no había lugar a realizar un estudio con el formulario E-11, puesto que en la demanda no se planteó la causal de nulidad relacionada con diferencias en los números de votantes y de votos.

(...) De otra parte, advierte la Sala que el Tribunal en la sentencia recurrida, declaró la nulidad del acto administrativo contenido en el Formulario E-24 CON de 25 de octubre de 2015, expedido por la Comisión Escrutadora Auxiliar de Valledupar, al respecto esta Sala precisa que dicho formulario es un acto de trámite y por tanto no había lugar a declarar su nulidad.

Decisión: “CONFIRMASE la providencia apelada, esto es, la sentencia del 5 de septiembre de 2016, proferida por el Tribunal Administrativo del Cesar.

En firme esta providencia, DEVUÉLVASE el expediente al tribunal de origen”.

LUCY JEANNETTE BERMÚDEZ BERMÚDEZ
Presidenta

ROCÍO ARAÚJO OÑATE
Consejera de Estado
CARLOS ENRIQUE MORENO RUBIO
Consejero de Estado
ALBERTO YEPES BARREIRO
Consejero de Estado

1 Ver sentencia de 22 de octubre de 2015, Radicación 2014-00048, M.P. Alberto Yepes. Demandado: representantes Cámara - Bogotá

CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO
SECCIÓN QUINTA

Consejero ponente: CARLOS ENRIQUE MORENO RUBIO

Bogotá, D. C., veinticuatro (24) de noviembre de dos mil dieciséis (2016)

Radicación número: 76001-23-33-002-2015-01625-02

Actor: GERARDO ALFREDO GÓNGORA IBARRA

Demandado: SONIA LIBIA MORENO AGUIRRE - CONCEJAL DE BUENAVENTURA

Asunto: Confirmó la sentencia apelada, proferida por el Tribunal Administrativo del Valle del Cauca, que negó las pretensiones de la demanda.

Extracto: *“la argumentación que sustenta la apelación del actor está centrada en el posible ejercicio de autoridad por parte del señor José Tomás Ferrín Martínez [esposo de la demandada], por el desempeño de tres (3) funciones específicas como director financiero de la Personería de Buenaventura.*

En consecuencia, el análisis que corresponde a la Sala estará circunscrito a dicho aspecto, pues los demás elementos de la alegada inhabilidad, como el vínculo de parentesco, el ámbito temporal, el nivel territorial y las restantes funciones del cargo, ya no son objeto de discusión.

(...) según quedó expuesto, el actor consideró que la concejal demandada incurrió en la causal de inhabilidad contemplada en el numeral cuarto (4º) del artículo 43 de la ley 136 de 1994, modificado por el artículo 40 de la ley 617 de 2000. (...).

(...) Según el manual de funciones aportado al proceso, el citado señor tiene a su cargo aquellas descritas por el actor, como son elaborar, liquidar y pagar la nómina de los empleados de la entidad, ejercer las funciones que corresponden al jefe de personal de acuerdo con lo previsto en la Ley 909 de 2004 y realizar los procesos de formación y evaluación del desempeño de otros servidores públicos (ff. 1 a 62 cdno 3).

Sin embargo, considera la Sala, como lo hizo el a quo, que el desempeño de esas tres (3) funciones específicas no involucra el ejercicio de autoridad civil¹ y administrativa² prevista en la Ley 136 de 1994.

(...) En el expediente no está probado que el señor Ferrín Martínez haya sido delegado por el personero de Buenaventura para el ejercicio de la referida potestad del nombramiento y remoción de los empleados del organismo, ni de la dependencia que está a su cargo.

Además no está demostrado que esté investido de la facultad disciplinaria ni de la potestad sancionatoria respecto de los demás funcionarios de la dirección financiera y de la Personería de Buenaventura mediante decisiones como la suspensión, la multa o la destitución del cargo.

1 El criterio reiterado por esta corporación en materia de inhabilidades electorales tiene reconocido que la autoridad civil, de manera general, “[...] implica la potestad de mando y la facultad de ejercerla, por determinación de la ley, sobre la generalidad de las personas”. Al respecto puede verse, entre otras, Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta, sentencia de marzo diecinueve (19) de 2009, C.P. Susana Buitrago Valencia, la cual remite a la definición adoptada en sentencia de noviembre diecinueve (19) de 1998, Radicación 2097.

2 La jurisprudencia de la Sección también mantiene una tesis reiterada en virtud de la cual “El desempeño de la función pública que implique ejercicio de “autoridad administrativa”, se relaciona con “la facultad de imponer, decretar, mandar y hacerse obedecer”. De manera específica, [...] ha precisado que la autoridad administrativa se ejerce para “hacer que la administración funcione, también ejerciendo mando y dirección sobre los órganos del aparato administrativo, nombrando y removiendo sus agentes, celebrando contratos, supervigilando la prestación de servicios, castigando infracciones al reglamento, etc. [...]”, según cita hecha en Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta, sentencia de marzo diecinueve (19) de 2009, C.P. Susana Buitrago Valencia.

Entonces puede concluirse que el ejercicio de las tres (3) funciones señaladas en el manual de la entidad no encuadra dentro de los alcances de las modalidades de autoridad civil descritas en la ley.

En cuanto a la autoridad administrativa, su definición también fue incluida en la Ley 136 de 1994 [artículo 190].

(...) El desempeño de las tres (3) funciones asignadas al señor Ferrín Martínez en el manual de la Personería de Buenaventura, según la relación hecha por el demandante, tampoco corresponde al ejercicio de autoridad administrativa porque el cargo que ostenta no hace parte del gobierno distrital en las condiciones establecidas en la norma.

Las atribuciones que tiene para elaborar, liquidar y pagar la nómina de los empleados, ejercer las funciones que corresponden al jefe de personal y realizar los procesos de formación y evaluación del desempeño de otros servidores públicos de la entidad, no están dentro de aquellas señaladas en el inciso segundo de la citada disposición como constitutivas de autoridad.

La enunciación de esas tres (3) funciones en el manual de la Personería no incluye la celebración de contratos, la ordenación de gastos con cargo a fondos municipales, la concesión de comisiones y licencias no remuneradas, la autorización y suspensión de vacaciones, el traslado horizontal o vertical de funcionarios subordinados, el reconocimiento de horas extras, la vinculación de personal supernumerario, la fijación de nueva sede al personal de planta de la entidad, ni el ejercicio de las facultades de control interno e investigación de las faltas disciplinarias.

Aunque el ejercicio de las funciones que corresponden al jefe de personal del organismo remite a las normas de la Ley 909 de 2004³, es preciso tener en cuenta que dicha regulación tampoco contempló el despliegue de las atribuciones legales antes señaladas. (...)

(...) En la apelación, el apoderado del actor afirmó que la sentencia de primera instancia desconoció un criterio del Consejo de Estado sobre el denominado ejercicio endógeno de autoridad en el interior de la entidad, en este caso la Personería de Buenaventura.

(...) Aunque el posible ejercicio de autoridad endógena es un aspecto que no fue planteado en la demanda, advierte la Sala que dicho argumento está sustentado en el ejercicio de las mismas tres (3) funciones que ya fueron objeto de análisis al resolver el cargo anterior.

Entonces, el citado criterio jurisprudencial no puede considerarse desconocido porque ya quedó claro que aquellas funciones desempeñadas por el señor Ferrín Martínez, como director financiero de la Personería, no involucraron ejercicio de autoridad civil.”

Decisión: “CONFÍRMASE la providencia apelada, esto es la sentencia de julio veintiséis (26) de 2016 dictada por el Tribunal Administrativo del Valle del Cauca, mediante la cual negó las pretensiones de la demanda.

En firme esta providencia DEVUÉLVASE el expediente al tribunal de origen”.

LUCY JEANNETTE BERMÚDEZ BERMÚDEZ
Presidenta

ROCÍO ARAÚJO OÑATE
Consejera de Estado
CARLOS ENRIQUE MORENO RUBIO
Consejero de Estado
ALBERTO YEPES BARREIRO
Consejero de Estado

3 Mediante la Ley 909 de 2004 fueron expedidas normas para la regulación del empleo público, la carrera administrativa, la gerencia pública y se dictaron otras disposiciones sobre estas materias.

CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCIÓN QUINTA

Consejero ponente: CARLOS ENRIQUE MORENO RUBIO

Bogotá, D. C., veinticuatro (24) de noviembre de dos mil dieciséis (2016)

Radicación número: 70001-23-33-000-2016-00049-01

Actor: EDISON BIOSCAR RUÍZ VALENCIA

Demandado: LUIS ORESTE BARACCHI VÉLEZ - CONCEJAL DE SINCELEJO, SUCRE

Asunto: Confirmó la sentencia apelada, proferida por la Sala Segunda de Decisión Oral del Tribunal Administrativo de Sucre, mediante la cual negó las pretensiones de la demanda.

Extracto: “Deberá determinarse si el aval para la inscripción de la candidatura para los comicios del veinticinco (25) de octubre de dos mil quince (2015) fue otorgado por quien estaba facultado para tal efecto y si era indispensable presentar el documento que delegó la concesión del aval al inscribir la lista de aspirantes a la corporación departamental.

(...) Al apelar dicho fallo [el de primera instancia], el apoderado del actor adujo que la Sección Tercera del Consejo de Estado no otorgó al Partido Liberal un plazo de un (1) mes para cumplir la sentencia en mención, pues debía ser acatada una vez en firme; de igual forma reiteró los argumentos de la demanda relacionados con las irregularidades en el aval por haber sido otorgado por una persona no facultada para ello, y por falta del documento de la delegación al momento de la inscripción de la candidatura.

(...) Observa la Sala que la controversia sobre la alegada ausencia de facultades del secretario general para la concesión del aval está centrada en el fallo que dictó el Consejo de Estado sobre los estatutos del Partido Liberal vigentes en la fecha de inscripción de la candidatura.

Sobre el particular, puede decirse que mediante sentencia del cinco (5) de marzo de dos mil quince (2015) la Sección Tercera de esta corporación resolvió, en segunda instancia, una acción popular interpuesta contra la validez de los estatutos implementados por el Partido Liberal a través de la Resolución 2895 de 2011¹.

En dicha providencia, la corporación amparó los derechos e intereses colectivos relacionados con la moralidad administrativa vulnerados por la colectividad política y el Consejo Nacional Electoral por las actuaciones surtidas para la adopción, aprobación, registro e impugnación de los estatutos.

(...) Es claro que la Sección Tercera le concedió al Partido Liberal el plazo de un (1) mes, contado desde la ejecutoria de la sentencia, para que dejara de aplicar los estatutos expedidos en el año 2011 y pasara a regir sus actuaciones por aquellos que estaban vigentes antes de ese año.

También le otorgó el mismo término al Consejo Nacional Electoral para que dispusiera las medidas requeridas para dejar sin efectos el registro de los estatutos, cuya adopción fue producto de la vigencia de la Ley 1475 de 2011.

El fallo de la Sección Tercera cobró ejecutoria el ocho (8) de julio de 2015², por lo cual la colectividad política y el organismo rector electoral tuvieron hasta el ocho (8) de agosto del mismo año para dejar de aplicar los citados estatutos y recobraran vigencia los anteriores.

¹ Cfr. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia de marzo cinco (5) de 2015, Radicación 25000-23-41-000-2013-00194-01, C.P. Stella Conto Díaz del Castillo.

² La sentencia de la Sección Tercera fue objeto de una solicitud de aclaración presentada por el apoderado del Partido Liberal, la cual fue resuelta mediante providencia de junio diez (10) de 2015.

El análisis hecho por la Sala lleva a concluir que solo desde el cinco (5) de agosto de dos mil quince (2015) los estatutos del Partido Liberal expedidos en el año 2002 recobraron vigencia, lo que significa que las actuaciones anteriores a dicha fecha estaban regidas por los estatutos de 2011, según los efectos dispuestos en la sentencia del Consejo de Estado.

Como la inscripción del señor Luis Oreste Baracchi Vélez tuvo lugar el veinticinco (25) de julio de dos mil quince (2015)³, es decir, en fecha anterior a la establecida para que surtiera efectos la decisión del Consejo de Estado -ocho (8) de agosto de dos mil quince (2015)- y se cumpliera la misma sentencia de acción popular a través de la Resolución 1655 del cinco (5) de agosto de dos mil quince (2015), es posible determinar que el acto mediante el cual se otorgó el aval⁴ también es previo al momento en que recobraron vigencia los estatutos del Partido Liberal expedidos en el año 2002.

(...) en desarrollo de la atribución delegada, el presidente del Comité de Acción Liberal de Sucre expidió el acto administrativo de otorgamiento de avales ya reseñado.

Entonces concluye la Sala que el aval otorgado al concejal Luis Oreste Baracchi Vélez fue conferido por el delegado del representante legal del Partido Liberal, quien estaba facultado por los estatutos de la colectividad para tales efectos, por lo cual fue expedido en debida forma y en consecuencia lo procedente es confirmar la decisión del a quo que negó las pretensiones de la demanda.

(...) La Sala reitera que la inscripción de una candidatura no requiere la suscripción del formulario E-6 por el representante legal del partido o movimiento político con personería jurídica, o su delegado, puesto que dicha voluntad queda expuesta en el aval que se expide a favor del respectivo candidato.

Basada en las razones expuestas, la Sala confirmará la sentencia apelada, que negó las pretensiones de la demanda.

Decisión: “CONFIRMASE la sentencia del veintiocho (28) de julio de dos mil dieciséis (2016), dictada por la Sala Segunda de Decisión Oral del Tribunal Administrativo de Sucre, mediante la cual negó las pretensiones de la demanda.

En firme esta providencia, DEVUÉLVASE el expediente al tribunal de origen.

RECONÓCESE personería a la abogada Luz Dary Dueñes Picón para actuar como apoderada de la Registraduría Nacional del Estado Civil, según el poder conferido y visible a folio 361 del cuaderno 2 del expediente”.

LUCY JEANNETTE BERMÚDEZ BERMÚDEZ
Presidenta

ROCÍO ARAÚJO OÑATE
Consejera de Estado
Salva voto

CARLOS ENRIQUE MORENO RUBIO
Consejero de Estado
ALBERTO YEPES BARREIRO
Consejero de Estado

³ Folio 16, cuaderno 1.

⁴ El aval se otorgó a través de la Resolución 0062 del dieciséis (16) de julio de dos mil quince (2015) expedida por el señor Mario Alberto Fernández Alcocer, en calidad de presidente del Comité de Acción Liberal del Departamento de Sucre, según se advierte a folios 17 a 21 del cuaderno 1.

Salvamento de voto de la consejera Rocío Araújo

Asunto: La Sala decidió confirmar la sentencia del 28 de julio de 2016, a través de la cual el Tribunal Administrativo de Sucre negó la nulidad de la elección del demandado. Este fallo fue adoptado por la Sala luego de que se adoptara la sentencia correspondiente al proceso con número de expediente 70001-23-33-000-2015-00516-01 declarando la nulidad de la elección.

Extracto: *“El fallo adoptado por la Sala plantea un cambio de posición acudiendo a un elemento procesal al sostener que el tema de la subdelegación no había sido planteado en la demanda, ni había sido incluido en la fijación del litigio y, por lo tanto, constituía un cargo nuevo, descartando el estudio de fondo de dicho tema. Esa nueva situación procesal esgrimida mayoritariamente por la Sala constituye un cambio de posición porque en el reseñado fallo del 1º de septiembre de 2016, con unos mismos supuestos fácticos, probatorios y jurídicos la misma Sala había asumido la posición exactamente contraria y considerando que el tema de la subdelegación era materia del proceso, como pasará a explicarse con detalle en seguida.*

Por tanto, la Sala sin cumplir -por cierto- la carga argumentativa para sustentar en concreto ese estructural cambio de posición, pretende encontrar soporte en una serie de afirmaciones y teorizaciones que no comparto porque en manera alguna justifican en derecho ese sorprendente e intempestivo cambio y, por lo tanto, constituyen incumplimiento del deber de respeto del acto propio, que por supuesto compromete también (y –diríase- con mayor razón) a los jueces, y considero que resulta vulneratorio en este caso de los principios de igualdad y de buena fe.

*Se entendió claramente desde un principio que el demandante cuestionaba dos aspectos (cargos) a título de incumplimiento de los requisitos constitucionales y legales de elegibilidad del demandado, como causal de nulidad electoral: 1) la inscripción como candidato “**sin el aval otorgado por el representante legal del partido o su delegado**”, y 2) la falta de presentación del documento de delegación al momento de la inscripción.*

No cabe duda entonces de que el tema de la legalidad del aval fue planteado en la demanda, fue incluido en la fijación del litigio y constituyó sustento de la sentencia de primera instancia. Entonces, en cuanto hace a la competencia para otorgar avales este tema necesariamente cubija la legalidad de la subdelegación de la facultad de otorgar avales, corresponde a un elemento que hace parte del cuestionamiento sobre la legalidad del aval y no se trata de ningún cargo nuevo sino de un argumento adicional para dar sustento a un cargo que hace parte del presente proceso desde el principio, por cuanto el demandante con toda claridad se refiere a la ilegalidad del aval por violación del artículo 108 de la Constitución Política y en la fijación del litigio se señala el posible incumplimiento de las normas constitucionales y legales relativas a la causal prevista en el artículo 275-5 de la Ley 1437 de 2011. Igualmente, ello fue parte de la decisión de primera instancia y del recurso de apelación presentado contra esta, como se acaba de describir con detalle.

Por supuesto, en virtud del principio de congruencia y para efectos de ofrecer plenas garantías de los derechos de contradicción y defensa, el juez al momento de decidir está atado a los cargos. No así a los argumentos de las partes, de manera tal que –como ocurre con toda frecuencia porque es de la esencia de la función judicial- la sentencia puede acoger los cargos con fundamento en argumentos estructuralmente distintos a los presentados por el demandante, así como puede desecharlos con sustento en argumentos completamente diferentes a los presentados por la parte demandada.

Una interpretación en contrario constituiría el cercenamiento radical del principio cardinal de la autonomía e independencia judicial en cuanto a su elemento medular de la autonomía interpretativa del ordenamiento jurídico, en los términos de lo dispuesto en los artículos 228 y 230 de la Constitución Política.

Ahora bien, la pregunta que corresponde entonces responder es: ¿El señor Mario Alberto Fernández Alcocer, quien habría otorgado el aval al demandado, estaba legitimado por el ordenamiento jurídico para otorgar dicho aval?

La pregunta es pertinente porque dentro del proceso hubo un intenso debate al respecto, sustentado en interpretaciones de normas y en pruebas aportadas, en particular el contenido de algunas resoluciones y certificaciones.

*Además, es pertinente porque la respuesta determinaba si existió o no aval y, por lo tanto, si se cumplió o no este requisito constitucional de elegibilidad, **que es la causal de nulidad que era materia del presente proceso y el objeto del mismo**, según la clara y precisa fijación del litigio realizada en la audiencia inicial, como se dejó explicado con detalle atrás.*

En efecto, esta Corporación en la sentencia citada, en la que resolvió un caso igual, dictó conforme a sus propios precedentes una jurisprudencia que aquí ha debido reiterarse en elemental cumplimiento del deber de respeto del acto propio que a esta Sala le atañe, como derivación fundamental del deber jurídico de ceñir sus actuaciones a los postulados de la buena fe, en los claros términos de lo dispuesto en el artículo 83 constitucional, teniendo para ello en cuenta que (i) ningún yerro se ha señalado en dicha decisión y (ii) los supuestos fácticos, probatorios y jurídicos que se tuvieron entonces son prácticamente idénticos (de hecho, el acto a través del cual se pretendió otorgar el aval es exactamente la misma resolución, y el fundamento normativo de toda la actuación es el mismo también).

Así las cosas, queda claro (i) que el Secretario General del Partido Liberal Colombiano no estaba facultado por el ordenamiento jurídico para delegar la función de otorgar avales a él delegada; (ii) que tal autorización que pretendió darle el Directorio Nacional Liberal se ha de tener por no escrita, por vulneratoria del ordenamiento superior; (iii) que, en esas condiciones, cuando el comité de acción liberal de Sucre pretendió otorgar aval al demandado no tenía legitimación para ejercer esa función; y (iv) que, por lo tanto, dicho aval no existió.

Se deduce de todo lo anterior que el aval constituye requisito constitucional sustancial de elegibilidad y, por ende, su incumplimiento configura expresa causal de nulidad del acto de elección en los precisos términos de lo dispuesto en el artículo 275-5 de la ley 1437 de 2011.

Por tanto, basta aquí no es jurídicamente posible sostener que con fundamento en dicha resolución No. 3186 del 12 de marzo de 2015 de la Dirección Nacional Liberal, el señor Espinosa Oliver habría adquirido la titularidad de la representación legal del partido, pues obtuvo esta representación por delegación y únicamente para las precisas materias antes citadas. No hay duda de que la delegación en manera alguna puede significar el cambio en la titularidad de la representación ni de la función.

*En efecto, no puede entenderse que se puede hacer una delegación general de la representación legal porque ello constituiría un vaciamiento de las funciones propias del titular de la representación legal y, por ende, una forma de elusión de la responsabilidad; y resulta que esta responsabilidad en el otorgamiento de avales es la razón misma de la regulación incluida sobre el tema en la Constitución (en particular, con el Acto legislativo 01 de 2009 que modificó los artículos 107 y siguientes de la Constitución), razón por la cual el Consejo de Estado ha entendido de tiempo atrás que **esta facultad de expedir avales constituye función pública**, pues tiene el propósito específico de asegurar el principio democrático y la representatividad democrática de quien sea titular de la representación legal del partido, en cuanto son los estatutos del partido los que definen en cada caso quién tiene dicha titularidad, y tales estatutos han de ser adoptados a través de mecanismos de carácter democrático.*

Por eso mismo, si los estatutos que determinan la titularidad de la representación legal del partido deben tener una base democrática a su interior, mal podría defraudarse la decisión democrática permitiendo que empleados del partido a quienes los estatutos no entregaron tal titularidad puedan resultar ostentando la representación legal por vía general. Por eso, si bien los estatutos pueden permitir que se delegue la representación legal, esa delegación tiene carácter excepcional y restringido.

Así las cosas, la Sección Quinta, en respeto de los directos y concretos antecedentes que la comprometen como juez, según se citaron atrás, debió revocar el fallo impugnado bajo los supuestos jurídicos aquí establecidos para, en su lugar, declarar la nulidad del acto de elección del demandado como concejal municipal de Sincelejo para el periodo 2016-2019 contenido en el formulario E-26 CON del 30 de octu-

bre de 2015, porque está probada la configuración de la causal de nulidad electoral establecida en el artículo 275-5 de la Ley 1437 de 2011, por el incumplimiento de requisito constitucional de elegibilidad, por inexistencia de aval legalmente otorgado.”

* * *

**CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCIÓN QUINTA**

Consejero ponente: CARLOS ENRIQUE MORENO RUBIO

Bogotá, D.C., primero (1) de diciembre de dos mil dieciséis (2016)

Radicación número: 63001-23-33-000-2016-00053-02

Actor: DIEGO ALEJANDRO ARIAS SIERRA

Demandado: ÁNGELA VIVIANA LÓPEZ BERMÚDEZ

ASUNTO: Confirmó la sentencia apelada, proferida por el Tribunal Administrativo del Quindío, que accedió a las pretensiones de la demanda.

Extracto: *“Le corresponde a esta Corporación resolver, si de acuerdo con lo expuesto en los recursos de apelación presentados por la demandada así como por el concejo municipal, hay lugar a confirmar, modificar o revocar la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo del Quindío por medio de la cual declaró la nulidad del acto administrativo contenido en el acta de sesión ordinaria No. 009 del 10 de enero de 2016 del Concejo Municipal de Armenia en el aparte correspondiente a la declaratoria de elección de la señora Ángela Viviana López Bermúdez como Personera Municipal de Armenia.*

Para el efecto habrá de establecerse si (i) hubo desconocimiento en la fijación del litigio, (ii) si la modificación de la ESAP se hizo por fuera de los cronogramas establecidos para el trámite del concurso, así como por fuera de los consagrados para resolver las reclamaciones y (iii) si no hubo desconocimiento alguno de las reglas de la entrevista.

(...) la Sala advierte que desde la etapa de la audiencia inicial, y entre ellas la fijación de litigio, claramente se dejó sentado que una de las materias a resolver por parte del Tribunal a quo sería la relacionada con los parámetros fijados por la Mesa Directiva del Concejo de Armenia para llevar a cabo la fase de entrevista, por lo que es apenas normal que la primera instancia debiera abordar lo concerniente al método de calificación, y por tanto no le asiste razón al recurrente cuando afirma que el Tribunal a quo, resolvió por fuera de la fijación del litigio.

(...) debe tenerse en cuenta que el artículo 313 de la Constitución Política le asignó a los concejos municipales la competencia para la elección de personeros municipales.

Por medio del artículo 35 de la Ley 1551 de 2012, se dispuso que la elección de personeros se hace por medio de un concurso público de méritos. (...).

(...) A su vez, a través del artículo 1 del Decreto 2485 de 2014 se establecieron los criterios que se deben seguir en el concurso público de méritos. (...).

(...) Preciado lo anterior, se tiene que en este caso para adelantar la elección del personero, el concejo municipal de Armenia celebró un convenio interadministrativo con la ESAP, para que esta última evaluara las pruebas de conocimientos, competencias laborales y la valoración de los estudios y experiencia.

(...) En la sentencia de primera instancia el Tribunal concluyó que toda vez que la señora Juliana Ríos presentó su reclamación en tiempo ante la ESAP, al no haber sido respondida de manera ajustada a la realidad, se afectó el principio al mérito, porque la ausencia de valoración de la experiencia acre-

ditada por una de las participantes en los términos de la convocatoria, condujo a que se eligiera una aspirante que no alcanzó el mayor puntaje durante el concurso de méritos.

(...) Esta Corporación coincide con la conclusión a la que llegó el Tribunal a quo, en el sentido de que se desconoció el principio al mérito, toda vez que con la última calificación otorgada por la ESAP, se nombró como personera a una persona que no obtuvo el mayor puntaje en el concurso.

(...) El apoderado de la demandada sostuvo que las reglas de la entrevista sí fueron conocidas por los candidatos antes de la prueba, así como el método de la evaluación por mayorías y se agotaron los mecanismos de impugnación en debida forma.

(...) la convocatoria estableció el órgano encargado de realizar la entrevista y sus obligaciones, sin que se observe disposición que establezca alguna metodología de calificación en específico.

(...) La Sala advierte que si bien es cierto ni el reglamento de la convocatoria, ni ninguna otra norma aplicable al concurso de méritos, establece la manera como debe llevarse a cabo la calificación de la prueba de entrevista, lo es también que la metodología adoptada por la mesa directiva para ese propósito resulta inadecuada para verificar las capacidades y competencias de los aspirantes, toda vez que la regla de mayorías adoptada por la mesa directiva, de entrada excluye el criterio de alguno de los entrevistadores cuando este resulta contrario al de sus pares.

Lo anterior en el contexto del principio de “Confiabilidad y validez de los instrumentos utilizados para verificar la capacidad y competencias de los aspirantes a acceder a los empleos públicos de carrera;” previsto en el literal g) del artículo 27 de la Ley 909 de 2004¹.

El contenido del referido principio se refiere a que los métodos de evaluación de los aspirantes deben ser idóneos y confiables para valorar, en su verdadero alcance, las capacidades de quienes pretenden acceder a los cargos públicos en el marco de procesos de selección.

Para el caso de la entrevista, para que la misma sea confiable y válida para verificar las capacidades de los aspirantes, necesariamente debe recoger el criterio individual de cada uno de los entrevistadores.

(...) el pleno del Concejo Municipal de Armenia comisionó a su mesa directiva para que la totalidad de sus miembros realizara la entrevista y la calificara de acuerdo con la puntuación consolidada expresada en términos de porcentaje, lo que implica que la misma dependía, indefectiblemente, del criterio de sus tres miembros, y no de la mayoría de ellos como erróneamente lo asumió el órgano calificador.

De este modo, el método de calificación que adoptó la mesa directiva no resulta congruente con los principios de objetividad e imparcialidad propios de los concursos de méritos, toda vez que tal como se calificó, el puntaje de alguno de los concejales no tiene relevancia en la calificación final, pese a que el mismo podría resultar favorable al entrevistado o, por el contrario, desfavorable, lo que da lugar a que se imponga el criterio que en un sentido señalen dos de los miembros de la mesa directiva. (...).

(...) Esta Corporación considera que no le asiste razón al recurrente ya que tal como lo ha dicho en varias oportunidades, toda vez que el artículo 288 del CPACA no dice nada en relación con los efectos de la anulación, le corresponde al juez fijarlos² por lo anterior el Tribunal podía establecer las consecuencias de la declaratoria de nulidad, esto es a partir de qué momento de dan los efectos de la declaratoria de nulidad, así como establecer desde que momento debía rebacerse el concurso de méritos para elegir al personero.

1 “por la cual se expiden normas que regulan el empleo público, la carrera administrativa, gerencia pública y se dictan otras disposiciones.”

2 Tal como se dijo en la sentencia de unificación del 26 de mayo del 2016, Radicación 2015-00029

Decisión: “CONFÍRMASE la providencia apelada, esto es, la sentencia del 22 de julio de 2016, proferida por el Tribunal Administrativo del Quindío.

En firme esta providencia, DEVUÉLVASE el expediente al tribunal de origen”.

LUCY JEANNETTE BERMÚDEZ BERMÚDEZ
Presidenta

ROCÍO ARAÚJO OÑATE
Consejera de Estado
CARLOS ENRIQUE MORENO RUBIO
Consejero de Estado
ALBERTO YEPES BARREIRO
Consejero de Estado

* * *

CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCIÓN QUINTA

Consejero ponente: CARLOS ENRIQUE MORENO RUBIO

Bogotá, D. C., siete (7) de diciembre de dos mil dieciséis (2016)

Radicación número: 25000-23-41-000-2015-02347-01

Actor: ÓSCAR RODRÍGUEZ ORTIZ

Demandado: JOSÉ MARTÍN PEÑUELA BELTRÁN - CONCEJAL DE SOACHA

Asunto: Confirmó la sentencia apelada, proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Primera, Subsección A, que negó las pretensiones de la demanda.

Extracto: “En el fallo apelado, el Tribunal Administrativo de Cundinamarca concluyó que el señor José Martín Peñuela Beltrán no incurrió en doble militancia porque no acompañó presencialmente, ni en su discurso, al candidato a la Alcaldía de Soacha por el movimiento político Juntos Podemos, señor Eléazar González Casas.

(...) En la apelación, el actor aseguró que la doble militancia admite diferentes variables de interpretación, por lo cual dicha figura contempló no solamente “[...] una prohibición legal de apoyo POSITIVO, VERIFICABLE E INEQUÍVOCO a otro candidato diferente al partido al que se pertenece como lo sostiene el A-quo sino que tenemos también con igual rigor y eficacia jurídica UN DEBER LEGAL DE APOYAR AL CANDIDATO INSCRITO POR EL PARTIDO AL QUE SE PERTENECE [...]”. (Mayúsculas del texto original).

Reiteró que la omisión de apoyo al candidato inscrito por el Partido Conservador significó una actitud pasiva del demandado frente al aspirante de su colectividad, pues no realizó ningún acto de campaña ni despliegue electoral a su favor y permitió que sus seguidores respaldaran a un candidato distinto al de la citada organización política.

Advirtió que “[...] el demandado no amonestó ni exigió a sus “buestes electorales”, amigos, líderes políticos, simpatizantes, votar por el candidato del Partido Conservador al cual pertenecía y por el contrario “dejó en libertad a sus electores” incumpliendo su deber legal de apoyar a su candidato a la Alcaldía de Soacha”.

Observa la Sala que al manifestar su desacuerdo con la decisión del a quo, el actor varió la posición asumida sobre la doble militancia dado que consideró que ahora no obedece al supuesto respaldo dado por el demandado al candidato González Casas del movimiento Juntos Podemos, como lo expuso

en la demanda, sino a la ausencia de apoyo al aspirante a la Alcaldía inscrito por el Partido Conservador, al que pertenece el señor Peñuela Beltrán y por el cual fue elegido concejal de Soacha.

Sobre el particular, la prohibición de doble militancia política fue establecida en el artículo 107 de la Constitución, modificado por el Acto Legislativo 01 de 2009, el cual señaló que “En ningún caso se permitirá a los ciudadanos pertenecer simultáneamente a más de un partido o movimiento político con personería jurídica”. (Negrillas fuera del texto).

Esta preceptiva superior debe entenderse en concordancia con la regulación contenida en la Ley Estatutaria 1475 de 2011, por la cual fueron adoptadas las reglas de la organización y el funcionamiento de los partidos y movimientos políticos y de los procesos electorales.

(...) La modalidad de doble militancia imputada por el demandante al concejal Peñuela Beltrán es la descrita en el inciso 1º del artículo 2º de la Ley 1475 de 2011³, según la cual como miembro en ejercicio y aspirante a una corporación de elección popular, como el Concejo de Soacha, no podía apoyar a candidatos distintos a los inscritos por el partido político al cual se encontraba afiliado, en este caso el Partido Conservador.

(...) La Sala considera que la estructuración de la referida causal de doble militancia exige necesariamente la ejecución de actos positivos y concretos de apoyo en beneficio del candidato diferente del que fue inscrito por el correspondiente partido político.

(...) la Sala no comparte el argumento expuesto por el actor según el cual la prohibición legal tiene un carácter ambivalente que permite entenderla en diferentes sentidos, al punto de configurar la doble militancia por la omisión del deber de respaldar al candidato inscrito por el propio partido político.

Al regular la modalidad específica, el inciso 1º del artículo 2º de la Ley 1475 de 2011 fue clara y expresa al manifestar que la prohibición radica en apoyar a candidatos distintos de los inscritos por el partido al cual se encuentre afiliado quien aspire al cargo o corporación pública.

3 Según el criterio adoptado por esta corporación y reiterado, entre otras, en la sentencia de septiembre veintinueve (29) del presente año, dentro del Radicación 73001-23-33-000-2015-00806-01, M.P. Alberto Yepes Barreiro, actualmente existen cinco (5) modalidades de doble militancia así:

i) Los ciudadanos: “En ningún caso se permitirá a los ciudadanos pertenecer simultáneamente a más de un partido o movimiento político.” (Inciso 1º del artículo 2 de la Ley 1475 de 2011).

ii) Quienes participen en consultas: “Quien participe en las consultas de un partido o movimiento político o en consultas interpartidistas, no podrá inscribirse por otro en el mismo proceso electoral.” (Inciso 5º del artículo 107 de la Constitución Política)

iii) Miembros de una corporación pública: “Quien siendo miembro de una corporación pública decida presentarse a la siguiente elección, por un partido distinto, deberá renunciar a la curul al menos doce (12) meses antes del primer día de inscripciones”. (Inciso 12 del artículo 107 de la Constitución Política e Inciso 2º del artículo 2º de la Ley 1475 de 2011)

iv) Miembros de organizaciones políticas para apoyar candidatos de otra organización: “Quienes se desempeñen en cargos de dirección, gobierno, administración o control, dentro de los partidos y movimientos políticos, o hayan sido o aspiren ser elegidos en cargos o corporaciones de elección popular, no podrán apoyar candidatos distintos a los inscritos por el partido o movimiento político al cual se encuentren afiliados. Los candidatos que resulten electos, siempre que fueren inscritos por un partido o movimiento político, deberán pertenecer al que los inscribió mientras ostenten la investidura o cargo, y si deciden presentarse a la siguiente elección por un partido o movimiento político distinto, deberán renunciar a la curul al menos doce (12) meses antes del primer día de inscripciones.” (Inciso 2º del artículo 2º de la Ley 1475 de 2011)

v) Directivos de organizaciones políticas: “Los directivos de los partidos y movimientos políticos que aspiren ser elegidos en cargos o corporaciones de elección popular por otro partido o movimientos políticos o grupo significativo de ciudadanos, o formar parte de los órganos de dirección de estas, deben renunciar al cargo doce (12) meses antes de postularse o aceptar la nueva designación o ser inscritos como candidatos” (Inciso 3º del artículo 2º de la Ley 1475 de 2011”).

En sus precisos términos, la norma ofrece un sentido concreto y específico sobre la conducta exigida para la ocurrencia de la causal de doble militancia, consistente en el respaldo brindado al aspirante del partido político distinto del cual es integrante una determinada persona.

(...) Un entendimiento de la causal de doble militancia con espectro ambivalente, como lo propuso el actor, implicaría aplicar la figura a supuestos no previstos en la Constitución ni en la Ley 1475 de 2011, cuyo ámbito está claramente circunscrito a los actos positivos de apoyo.

(...) estima la Sala que el alegado incumplimiento del deber ordinario de respaldo al candidato del mismo partido no puede tenerse como razón para estructurar la doble militancia que el actor imputó al concejal demandado como integrante del Partido Conservador.

(...) Las manifestaciones hechas por el demandante en la apelación sobre la amistad existente entre los testigos y el concejal demandado no desvirtúan la calidad de simples simpatizantes que ofrecieron su apoyo a la aspiración sin estar formalmente vinculados al Partido Conservador.

Al quedar descartada la doble militancia a partir de la interpretación extensiva del inciso 1º del artículo 2º de la ley 1475 de 2011, hecha por el actor en el recurso de apelación, la decisión del a quo será confirmada”.

Decisión: “CONFÍRMASE la providencia apelada, esto es la sentencia de agosto veintiséis (26) del presente año dictada por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Primera, Subsección A, según lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

En firme esta providencia, DEVUÉLVASE el expediente al tribunal de origen”.

LUCY JEANNETTE BERMÚDEZ BERMÚDEZ
Presidenta

ROCÍO ARAÚJO OÑATE
Consejera de Estado
CARLOS ENRIQUE MORENO RUBIO
Consejero de Estado
ALBERTO YEPES BARREIRO
Consejero de Estado

* * *

CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCIÓN QUINTA

Consejero ponente: CARLOS ENRIQUE MORENO RUBIO

Bogotá, D. C., siete (7) de diciembre de dos mil dieciséis (2016)

Radicación número: 88001-23-33-000-2016-00052-01

Actor: RAAEL WILLIAMS POMARE

Demandado: JOSEPH LIONIKEM BARRERA KELLY– DIRECTOR DE LA OFICINA DE CONTROL DE CIRCULACION Y RESIDENCIA DEL DEPARTAMENTO DE SAN ANDRÉS, PROVIDENCIA Y SANTA CATALINA

Asunto: Confirmó la sentencia apelada, proferida por el Tribunal Administrativo del Archipiélago de San Andrés, Providencia y Santa Catalina, en la que se negaron las pretensiones de la demanda.

Extracto: “Le corresponde a esta Corporación resolver, en los precisos términos expuestos en el recurso de apelación, si acertó el Tribunal Administrativo del Archipiélago de San Andrés, Providencia y Santa Catalina, al negar las pretensiones de la demanda que en ejercicio del medio de control de nulidad electoral inició el señor Rafael William Pomare, en procura de obtener la nulidad de la designación de Joseph Lionikem Barrera Kelly como director de la O.C.C.R.E. para el periodo 2016, en específico porque, como se manifiesta en el recurso, en el artículo 24 del Decreto Ley 2762 de 1991, únicamente se permite la reelección por una sola vez.

(...) La Constitución Política de Colombia establece como un derecho de todos los ciudadanos el de participar en la conformación, ejercicio y control del poder político, el cual se garantiza, entre otras circunstancias, a través de la posibilidad de poder elegir y ser elegido y mediante el acceso al desempeño de funciones y cargos públicos, este último, limitado a aquellas personas que no detentan doble nacionalidad, conforme lo prevé la parte final del numeral 7 del artículo 40 superior¹, desarrollado por la Ley 43 de 1993².

(...) Ahora bien, la citada Corporación [Corte Constitucional], en la sentencia C-1044 de 2000, con ponencia del doctor Fabio Morón Díaz, manifestó que las restricciones que se impongan al derecho que tienen los ciudadanos de acceder al desempeño de funciones públicas son excepcionales y deben estar sustentadas en un fundamento suficiente y razonable, en tanto su imposición no puede afectar el derecho a la igualdad de las personas, puesto que su derecho a participar debe constituir el objetivo principal del legislador.

(...) En la misma providencia, la Corte Constitucional sostuvo que la reelección de los funcionarios públicos no es contraria a los principios rectores de la democracia participativa y, por ello, solo opera cuando la Constitución Política o, excepcionalmente el legislador, expresamente la prohíban.

(...) las garantías constitucionales a elegir y ser elegido y a desempeñar funciones y cargos públicos, obedecen a la expresión superior del derecho de los ciudadanos colombianos a participar en la conformación, ejercicio y control del poder político, el cual solo puede ser objeto de restricción por el constituyente o por el legislador en ejercicio de sus atribuciones constitucionales de manera que, si no existe disposición que imponga límites a la posibilidad de reelección, debe entenderse que ésta se encuentra permitida.

(...) la Constitución Política de Colombia, refiriéndose al Archipiélago de San Andrés, Providencia y Santa Catalina, en el inciso segundo del artículo 310 dispuso que el Congreso de la República podrá, mediante la expedición de una ley, ejercer las siguientes potestades:

(i) Limitar los derechos de circulación y residencia; (ii) establecer los controles a la densidad de la población; (iii) regular el uso del suelo y, (iv) someter a condiciones especiales la enajenación de bienes inmuebles.

Lo anterior, con el fin de proteger la identidad cultural de las comunidades nativas, preservar el ambiente y los recursos naturales del citado ente territorial.

El artículo 310 de la Constitución Política. (...).

(...) Ahora bien, el Constituyente, quien no fijó un término para que el Congreso ejerciera la potestad transcrita, previó un artículo transitorio, en el cual facultó al gobierno nacional para reglamentar,

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

1. Elegir y ser elegido (...)

7. Acceder al desempeño de funciones y cargos públicos, salvo los colombianos, por nacimiento o por adopción, que tengan doble nacionalidad. La ley reglamentará esta excepción y determinará los casos a los cuales ha de aplicarse. (...).

2 “Por medio de la cual se establecen las normas relativas a la adquisición, renuncia, pérdida y recuperación de la nacionalidad colombiana; se desarrolla el numeral 7 del artículo 40 de la Constitución Política y se dictan otras disposiciones”.

mediante decreto y hasta tanto se expida la ley, la materia relacionada con el control de la densidad poblacional en el Archipiélago de San Andrés, Providencia y Santa Catalina.

(...) Con ocasión de la autorización originada en la Constitución, el gobierno de la República de Colombia, mediante el Decreto 2762 del 13 de diciembre de 1991, el cual se encuentra vigente, adoptó las medidas con el fin de controlar la densidad poblacional en el aludido Archipiélago.

Fue así que en el artículo 22 ídem, con el fin de lograr la efectividad de la normatividad, se creó la oficina de control de circulación y residencia del Archipiélago de San Andrés, Providencia y Santa Catalina - O.C.C.R.E., la cual, a las voces del artículo 23³ del Decreto 2762 de 1991, está compuesta por un director y una junta directiva.

En consonancia con lo anterior, el artículo 24 del Decreto 2762 de 1991, consagra que corresponde a la junta directiva de la entidad nombrar al director para periodos de un año, de terna que para tal efecto presente el gobernador del departamento. La norma prevé que el director de la O.C.C.R.E. puede ser reelegido.

(...) De la lectura del artículo 24 del Decreto 2762 de 1991, para la Sala es claro que, como lo señaló el juez de la primera instancia y el procurador delegado ante esta Sección, no existe un mandato del cual se pueda colegir, como lo hace el demandante, que el director de la O.C.C.R.E., solo se pueda reelegir por una vez.

(...) Como se puede observar, en el Decreto 2762 de 1991, el gobierno nacional no estableció prohibición, según la cual, quien haya sido director de la O.C.C.R.E, no podrá hacer parte, para los años siguientes, de la terna que se proponga, lo que significa que el gobernador podrá incluir en la terna que presente a la junta directiva de la entidad una o varias veces, a una misma persona, sin que el hecho de que haya ocupado el cargo para el cual fue ternado se convierta en un impedimento para una nueva designación.

(...) Bajo las consideraciones expuestas, se confirmará la sentencia del 22 de septiembre de 2016, dictada por el Tribunal Administrativo del Archipiélago de San Andrés, Providencia y Santa Catalina.

Decisión: CONFÍRMASE la sentencia de septiembre 22 de 2016, dictada por el Tribunal Administrativo del Archipiélago de San Andrés, Providencia y Santa Catalina, mediante la cual se negaron las pretensiones de la demanda que en ejercicio del medio de control presentó el señor Rafael Williams Pomare, de conformidad con las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

En firme esta providencia, DEVUÉLVASE el expediente al tribunal de origen”.

LUCY JEANNETTE BERMÚDEZ BERMÚDEZ
Presidenta

ROCÍO ARAÚJO OÑATE
Consejera de Estado
CARLOS ENRIQUE MORENO RUBIO
Consejero de Estado
ALBERTO YEPES BARREIRO
Consejero de Estado

3 “ARTÍCULO 23. La Oficina estará integrada por un Director y una Junta Directiva”.

Aclaración de voto del consejero Alberto Yepes Barreiro

Extracto: “En los procesos electorales los principios de la democracia se sobreponen sobre los del elegido. En consecuencia, cuando se demanda un acto electoral el juez debe hacer primar los presupuestos de la democracia frente a los derechos del electo.

En ese sentido, debe destacarse que el fundamento del Estado de Derecho está en la contención de quien detenta y ejerce el poder, hecho que necesariamente implica que su ejercicio, como la posibilidad de ejercer la función en periodos continuos, debe interpretarse en pro de la garantía y prevalencia del interés general representado en el mantenimiento del equilibrio, del límite y del control, y no de los derechos del sujeto que, en ejercicio de la función, pretende mantenerse en él.

En el presente caso, a diferencia de otros, no hay discusión alguna sobre la posible existencia de restricciones que impidan la reelección indefinida en el cargo de director de la OCCRE, puesto que el artículo 24 del decreto ley 2762 de 1991 expresamente la permite, sin establecer limitación alguna al respecto.

Así mismo, considero que la autorización contenida en esa disposición, la cual permite la reelección indefinida en dicho cargo, no vulnera o pone en peligro la conformación democrática del poder político, debido a la especial naturaleza de la OCCRE y a la brevedad del periodo del director de esa entidad que se extiende a un año.”

* * *

CONSEJO DE ESTADO SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO SECCIÓN QUINTA

Consejero ponente: CARLOS ENRIQUE MORENO RUBIO

Bogotá, D. C., quince (15) de diciembre de dos mil dieciséis (2016)

Radicación número: 76001-23-33-000-2016-00180-01

Actor: GUSTAVO ALONSO RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ

Demandado: MARÍA LEONOR CRUZ RIVERA (CONCEJAL DE BUGA)

Asunto: Confirma sentencia de septiembre 16 de 2016, mediante la cual el Tribunal Administrativo del Valle del Cauca declaró la nulidad de la elección de la señora María Leonor Cruz Rivera como concejal del municipio de Buga para el periodo 2016-2019 y ordenó la cancelación de la respectiva credencial.

Extracto: “La prohibición de doble militancia política fue establecida en el artículo 107 de la Constitución, modificado por el Acto Legislativo 01 de 2009, el cual señaló que “**En ningún caso se permitirá a los ciudadanos pertenecer simultáneamente a más de un partido o movimiento político con personería jurídica**”. (Negrillas fuera del texto).

Esta importante preceptiva superior debe entenderse en concordancia con la regulación contenida en la Ley Estatutaria 1475 de 2011, por la cual fueron adoptadas las reglas de la organización y el funcionamiento de los partidos y movimientos políticos y de los procesos electorales.

En el artículo 2º, la norma dispuso lo siguiente:

“ARTÍCULO 2º. PROHIBICIÓN DE DOBLE MILITANCIA. En ningún caso se permitirá a los ciudadanos pertenecer simultáneamente a más de un partido o movimiento político. La militancia o pertenencia a un partido o movimiento político, se establecerá con la inscripción que haga el ciudadano ante la respectiva organización política, según el sistema de identificación y registro que se adopte para tal efecto el cual deberá establecerse conforme a las leyes existentes en materia de protección de datos.

(...)Como lo expuso detalladamente el a quo, en el expediente está probado que el veintiocho (28) de marzo de 2011 la señora Cruz Rivera solicitó el aval del Partido Social de Unidad Nacional, también denominado Partido de la U, para aspirar al Concejo de Buga en representación de dicha colectividad en las elecciones de octubre de ese año (f. 44 cdno pruebas).

Al tramitar el formato correspondiente, la demandada asumió el compromiso de cumplir las directrices de la organización política en calidad de candidata, formalizó su condición de militante y aspiró al Concejo en los comicios de octubre de 2011, sin que haya sido elegida (ff. 12, 20 y 45 a 47 cdno pruebas).

Con base en la solicitud de inscripción, el aval conferido, la aspiración al Concejo y la regulación expresamente contenida en los estatutos de la colectividad, es indiscutible que la señora Cruz Rivera tenía la categoría de militante del citado Partido de la U desde finales del año 2011.

En el expediente no aparece prueba que acredite que la señora Cruz Rivera haya renunciado a su militancia en el Partido de la U, como lo exigen los estatutos de la organización política, al punto que incluso este hecho relevante no fue alegado en la contestación de la demanda.

En la certificación expedida el diez (10) de agosto del presente año en respuesta a las pruebas decretadas por el Tribunal Administrativo en el curso del debate probatorio, el director jurídico del Partido de la U aseguró que “[...] después de revisar las bases de datos se encuentra que la Doctora MARÍA LEONOR CRUZ RIVERA identificado (sic) con cédula de ciudadanía No. 38.873.660, es militante activa de esta colectividad. Habida cuenta que en la base de datos de renunciados y correspondencia no se encuentra información alguna de su retiro [...]”. (f. 43 cdno pruebas). (Negrillas fuera del texto).

A pesar de lo anterior, inscribió su candidatura al Concejo de Buga por el Partido Liberal para las elecciones de octubre de 2011, en las cuales resultó elegida en representación de dicha colectividad, como consta en el acto acusado y en la certificación expedida por los delegados del registrador nacional (f. 2, 4 y 13 cdno pruebas).

Entonces considera la Sala que la señora Cruz Rivera incurrió en la prohibición de doble militancia, pues en el año 2015, cuando tramitó su inscripción y fue elegida concejal, pertenecía simultáneamente al Partido de la U y al Partido Liberal que avaló su nueva aspiración al Concejo.”

Decisión: “CONFIRMASE la providencia apelada, esto es la sentencia de septiembre dieciséis (16) del presente año dictada por el Tribunal Administrativo del Valle del Cauca, según lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

En firme esta providencia, DEVUÉLVASE el expediente al tribunal de origen”.

LUCY JEANNETTE BERMÚDEZ BERMÚDEZ
Presidenta

ROCÍO ARAÚJO OÑATE
Consejera de Estado
Ausente con permiso
CARLOS ENRIQUE MORENO RUBIO
Consejero de Estado
ALBERTO YEPES BARREIRO
Consejero de Estado

CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCIÓN QUINTA

Consejero ponente: CARLOS ENRIQUE MORENO RUBIO

Bogotá, D.C., quince (15) de diciembre de dos mil dieciséis (2016)

Radicación número: 47001-23-33-000-2015-00492-02

Actor: DALIDA PAOLA GAMARRA QUINTO

Demandado: MARIO ALEJANDRO TAUSA RAMÍREZ

Asunto: Confirma sentencia proferida por el Tribunal Administrativo del Magdalena, el 20 de septiembre del 2016, en la que se declaró la nulidad de la elección del señor Mario Alejandro Tausa Ramírez como concejal de Santa Marta para el periodo 2016-2019.

Extracto: “El numeral 4 del artículo 43 de la ley 136 de 1994, modificado por el artículo 40 de la ley 617 de 2000 establece:

“DE LAS INHABILIDADES DE LOS CONCEJALES. No podrá ser inscrito como candidato ni elegido concejal municipal o distrital:

1. (...)

4. *Quien tenga vínculo por matrimonio, o unión permanente, o de parentesco en segundo grado de consanguinidad, primero de afinidad o único civil, con funcionarios que dentro de los doce (12) meses anteriores a la elección hayan ejercido autoridad civil, política, administrativa o militar en el respectivo municipio o distrito; (...)*” (Negrillas fuera del texto original)

Para que se configure esta causal en el caso objeto de estudio, se requiere, tal como lo ha dicho esta Corporación en oportunidades anteriores, que se configuren los siguientes requisitos:

- La existencia del vínculo por parentesco en segundo grado de consanguinidad, entre el concejal elegido y el funcionario.

- Que dicho funcionario haya ejercido autoridad administrativa, dentro de los doce (12) meses anteriores a la elección acusada, y

- Que la autoridad se haya ejercido por ese funcionario en el mismo municipio o distrito por el cual resulto elegido el concejal.

(...) Así las cosas, es claro que el Tribunal no solo tuvo en cuenta el registro civil de nacimiento, sino las demás pruebas allegadas al expediente para encontrar acreditado el parentesco entre la señora Mónica Patricia Tausa Ramírez y Mario Alejandro Tausa Ramírez.

Frente a este punto esta Sección ha dicho que la inhabilidad cobija a los consanguíneos hasta en un segundo grado y dentro de esta hipótesis se encuentran los hermanos, bien sea por compartir solo a uno de los padres o a ambos, pues la norma no establece distinción alguna, situación que está plenamente probada a través de los registros civiles de nacimiento aportados, en donde se encuentra que la madre tanto de Mario Alejandro Tausa Ramírez como de Mónica Patricia Tausa Ramírez es la señora Leonor Ramírez.

Ahora, si bien en ambos registros aparece como padre el señor Elí Tausa Durán, los números de las cédulas de ciudadanía no coinciden, no obstante lo cual, el Tribunal, de los demás medios probatorios pudo advertir que se trata de la misma persona.

(...) En este orden de ideas, si bien la prueba idónea para probar el parentesco es el registro civil, lo cierto es que ante dudas en tal documento, o ante su falta, se puede acudir a otros medios probatorios para encontrar la verdad dentro del proceso.

Toda vez que en este caso, no había coincidencia en los números de las cédulas del señor Elí Tausa Durán, para comprobar que se tratara de la misma persona, el a quo acudió a otros elementos probatorios legalmente aportados al proceso, de los cuales encontró que se trata de la misma persona, y que por tanto es padre tanto de Mario Alejandro Tausa Ramírez como de Mónica Patricia Tausa Ramírez.

(...) Para iniciar el estudio que corresponde, debe tenerse en cuenta que la norma establece que el funcionario haya ejercido autoridad civil, política, administrativa o militar, de manera que no deben concurrir todas sino que basta con una, y en este caso el Tribunal encontró acreditado que la señora Mónica Patricia Tausa al serrectora de una institución educativa ostenta funciones como autoridad administrativa.

(...) Con base en estas normas, en lo dicho por esta Sección en anteriores pronunciamientos, y de las pruebas que obran en el expediente, el Tribunal concluyó que los rectores de las instituciones educativas ejercen autoridad administrativa, porque cuentan con la atribución de decidir sobre determinadas situaciones administrativas pues además de ser ordenadores del gasto de los recursos del Fondo, celebran contratos que deben pagarse con los recursos del fondo, deciden sobre ciertas situaciones administrativas de los docentes vinculados al plantel.

(...) De otra parte, en relación con el ejercicio material de las funciones, esta Sección ha dicho que para la configuración de la inhabilidad originada en el ejercicio de autoridad por parientes, no se requiere el ejercicio material de las funciones propias del cargo para que se pueda predicar la existencia de la autoridad, sino que este requisito se debe tener como demostrado si las solas funciones atribuidas al cargo implican el ejercicio de autoridad.

Decisión: “CONFIRMASE la providencia apelada, esto es, la sentencia del 20 de septiembre de 2016, proferida por el Tribunal Administrativo del Magdalena.

En firme esta providencia, DEVUÉLVASE el expediente al tribunal de origen”.

LUCY JEANNETTE BERMÚDEZ BERMÚDEZ
Presidenta

ROCÍO ARAÚJO OÑATE
Ausente con permiso
Consejera de Estado

CARLOS ENRIQUE MORENO RUBIO
Consejero de Estado

ALBERTO YEPES BARREIRO
Consejero de Estado

* * *

CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCIÓN QUINTA

Consejero ponente: CARLOS ENRIQUE MORENO RUBIO

Bogotá, D. C., quince (15) de diciembre de dos mil dieciséis (2016)

Radicación número: 19001-23-33-000-2015-00602-01

Actor: DAURBEY LEDEZMA ACOSTA

Demandado: CONCEJALES DEL MUNICIPIO DE POPAYÁN - PERÍODO 2016-2019

Asunto: Modifica la sentencia del 5 de octubre de 2016, proferida por el Tribunal Administrativo del Cauca, en la que se declaró la nulidad del formulario E-26 CON del 29 de octubre de 2016, elección de los concejales del municipio de Popayán para el periodo constitucional 2016-2019, únicamente respecto de los señores Pablo Andrés Arango Parra, Fabián Hernando Acosta Sánchez y Nelson Andrés Sarria Almarío.

Extracto: “Para dar inicio al estudio de la apelación contra la sentencia de primera instancia, la Sala estima pertinente referirse al artículo 28 de la Ley 1475 de 2011, “Por la cual se adoptan reglas de organización y funcionamiento de los partidos y movimientos políticos, de los procesos electorales y se dictan otras disposiciones”.

Lo anterior atendiendo a que es la norma que de manera especial, en materia electoral, consagra un porcentaje de participación de cualquiera de los géneros (mujer - hombre), para efectos de que los partidos, movimientos políticos o grupo significativo de ciudadanos¹, conformen las listas que presentarán en aquellas contiendas electorales en las cuales se elijan cinco o más curules para corporaciones de elección popular².

De la lectura de la norma se pueden extraer las siguientes conclusiones: (i) los partidos, movimientos políticos y grupos significativos de ciudadanos pueden inscribir candidatos a cargos y corporaciones de elección popular cuando previamente hayan verificado que éstos cumplen con las calidades exigidas; (ii) han comprobado que reúnen los requisitos establecidos para desempeñar el cargo y, (iii) establecieron que éstos no se encuentran inmersos en causales de inhabilidad o incompatibilidad que les impida desempeñarlos.

Ahora bien, en la parte final del inciso primero del artículo 28 de la Ley 1475 de 2011, el legislador fue claro al establecer que las listas donde se elijan 5 o más curules para corporaciones de elección popular deben estar compuestas por un mínimo del 30% de cualquiera de los géneros.

En materia electoral, la conformación de la lista definitiva que se pondrá a consideración de los ciudadanos habilitados para votar la expide la Registraduría Nacional del Estado Civil mediante el formulario E-8, esto es, el citado formulario, tratándose de elecciones donde se esté por elegir 5 o más curules, debe contener un porcentaje mínimo de candidatos de cualquiera de los géneros del 30% pues, de lo contrario, se incumplirá el artículo 28 de la Ley 1475 de 2011.

(...) se podría pensar que una vez expedido el formulario E-8, es inmodificable y, por ello, se debe entender que ya se cumplió con la cuota de género, sin embargo, no es así, pues como lo establece el artículo 33 de la Ley 1475 de 2011, conformada la lista definitiva, corresponde a la Registraduría Nacional del Estado Civil remitirla a los diferentes organismos del Estado, en especial a la Procuraduría General de la Nación para que certifiquen si sobre los candidatos inscritos por un partido, movimiento político o grupo significativo de ciudadanos, pesa algún tipo de sanción o inhabilidad que los haga inelegibles.

(...) Verificada la existencia de inhabilidad sobre alguno de los aspirantes, corresponde al Consejo Nacional Electoral, en ejercicio de la facultad establecida en el numeral 12 del artículo 265 de la Constitución Política, decidir sobre la revocatoria de la inscripción del candidato inhabilitado, lo que, para el asunto bajo examen, ocurrió mediante la Resolución 1880 del 15 de septiembre de 2015.

*Una vez se revoca una inscripción, la cual sin lugar a dudas disminuye el número de candidatos inscritos en la lista definitiva o formulario E-8, se abre la posibilidad de reemplazar ese candidato, para lo cual debe acudir al inciso segundo del artículo 31 de la Ley 1475 de 2011, según el cual “Cuando se trate de revocatoria de la inscripción por causas constitucionales o legales, inhabilidad sobreviniente o **evidenciada con posterioridad a la inscripción**, podrán modificarse las inscripciones hasta un (1) mes antes de la fecha de la correspondiente votación”.*

En el caso bajo estudio, la oportunidad para que el Partido de la U ejerciera su derecho a modificar la lista vencía el 25 de septiembre de 2015, pues las elecciones se llevarían a cabo el 25 de octubre de la misma anualidad.

1 Ver sobre el particular la sentencia C-490 de 2011, en la cual se declaró la exequibilidad condicionada del primer inciso del artículo 28 de la Ley 1475 de 2011.

2 Esta norma también debe respetarse en la conformación de listas que se sometan a consulta.

Valga la pena aclarar, que si la revocación de una inscripción recae sobre alguno de los géneros con el cual se cumplió lo dispuesto en el artículo 28 ídem, debe entenderse que la norma se incumple pues, se reitera, la ley exige que la lista de la cual se van a elegir 5 o más curules para corporaciones de elección popular esté conformada por un mínimo del 30% de cualquiera de los géneros.

Conforme con lo expuesto, para la Sala no está llamado a prosperar el argumento de la parte apelante, según el cual para el 22 de julio de 2015, fecha en que se inscribió la lista, no era fácil saber que uno de sus candidatos estaba inhabilitado, al punto que la Registraduría Especial de Popayán emitió el formulario E-8, porque como se acabó de explicar, con posterioridad a que se expide la lista definitiva, se debe surtir un trámite especial de verificación de sanciones e inhabilidades y, fue en ese proceso que se advirtió que sobre la señora María Guadalupe Valenzuela Moncayo recaía una inhabilidad porque fue condenada penalmente, razón por la cual el Consejo nacional Electoral expidió el acto de revocatoria de la inscripción y, frente al cual, no se interpuso recurso alguno.

(...) Así, cuando el Consejo Nacional Electoral invalidó la inscripción de la señora María Guadalupe Valenzuela Moncayo, no hay duda que se afectó el 30% que exige la ley, porque quedaron 18 candidatos inscritos por el Partido de la U al concejo de Popayán, de los cuales solo 5 eran del género femenino, no obstante que debían ser 6.

(...) Para concluir, la Sala observa que el señor Daurbey Ledezma Acosta solicitó la nulidad parcial del formulario E-26 CON del 29 de octubre de 2015 del municipio de Popayán, en tanto únicamente reclamó la invalidez de la elección de los señores Pablo Andrés Arango Parra, Fabián Hernando Acosta Sánchez y Nelson Andrés Sarria Almario porque la lista a la que pertenecieron incumplió la cuota de género, sin embargo, el Tribunal Administrativo del Cauca declaró la nulidad del citado acto y ordenó la cancelación de todas las credenciales de quienes fueron elegidos concejales, sin tener en cuenta que una decisión en tal sentido desconocía que las restantes curules no se afectaban con la irregularidad en que incurrió la lista del Partido de la U.

Atendiendo lo anterior, esta Sección modificará la sentencia del 5 de octubre de 2016, dictada por el Tribunal Administrativo del Cauca para, en su lugar, declarar la nulidad del formulario E-26 CON solo respecto de los señores Pablo Andrés Arango Parra, Fabián Hernando Acosta Sánchez y Nelson Andrés Sarria Almario, confirmando en lo demás el fallo apelado.”

Decisión: “MODIFÍCASE la sentencia de octubre 5 de 2016, dictada por el Tribunal Administrativo del Cauca, mediante la cual se accedió a las pretensiones de la demanda que en ejercicio del medio de control presentó el señor Daurbey Ledezma Acosta para, en su lugar, declarar la nulidad del formulario E-26 CON del 29 de octubre de 2016, únicamente respecto de los señores Pablo Andrés Arango Parra, Fabián Hernando Acosta Sánchez y Nelson Andrés Sarria Almario, concejales del municipio de Popayán por el Partido de la U, de conformidad con las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

CONFÍRMASE, en lo demás, el fallo de octubre 5 de 2016, dictado por el Tribunal Administrativo del Cauca

En firme esta providencia, DEVUÉLVASE el expediente al tribunal de origen”.

LUCY JEANNETTE BERMÚDEZ BERMÚDEZ
Presidenta

ROCÍO ARAÚJO OÑATE
Ausente con permiso
Consejera de Estado

CARLOS ENRIQUE MORENO RUBIO
Consejero de Estado

ALBERTO YEPES BARREIRO
Consejero de Estado



AUTOS

CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCIÓN QUINTA

Consejero ponente: ALBERTO YEPES BARREIRO

Bogotá, D.C., veintiuno (21) de enero de dos mil dieciséis (2016)

Radicación número: 11001-03-28-000-2015-00051-00

Actor: EMILIANO ARRIETA MONTERROZA

Demandado: ONEIDA RAYETH PINTO PÉREZ – GOBERNADORA DE LA GUAJIRA

Asunto: Auto que admitió la demanda y negó la suspensión provisional del acto que declaró la elección de la Gobernadora de La Guajira para el periodo 2016-2019, ya que en ese momento procesal no se encontró acreditada la inhabilidad prevista en el numeral 7º del artículo 38 de la Ley 617 de 2000 que se le atribuía.

Extracto: “Ciertamente, para la Sala es claro que de la mera confrontación entre el acto electoral contenido en el formulario E-26 GOB -acto acusado- y las normas del numeral 7º del artículo 38 de la Ley 617 de 2000 y el artículo 39 ibidem -normas invocadas como vulneradas- no puede evidenciarse la materialización de prohibición alguna.

*En efecto, estamos ante el segundo evento descrito por el artículo objeto de análisis ya que para acceder a la medida cautelar solicitada debe estar acreditado, cuando menos, lo siguiente: i) que la señora **Oneida Rayeth Pinto Pérez** fue elegida como Alcaldesa del municipio de Albania (La Guajira) para el periodo 2012-2015 (Formulario E26 AL), ii) que la demandada presentó renuncia a dicha dignidad (Carta de Renuncia), iii) que aquella le fue aceptada y cuándo (Acto Administrativo de Aceptación) y iv) la fecha en la que se realizó la inscripción de la candidatura a la Gobernación de La Guajira (Formulario E6 GOB).*

(...)

Ahora, el Actor acompañó la solicitud de la medida cautelar con: (i) una copia de la petición presentada por la ciudadana María Eugenia Serrano ante el Consejo Nacional Electoral, a través de la cual solicitó la revocatoria de la inscripción de la candidatura de la boy demandada¹ y (ii) copia simple de la Resolución N° 2793 de 2015² mediante la cual el Consejo Nacional Electoral resolvió la solicitud de revocatoria de la inscripción de la candidatura de la señora Pinto Pérez a la gobernación del departamento en el sentido de negarla.

1 Visible a folios 29 a 47 del expediente

2 Obrante a folios 48 y siguientes del expediente

Pues bien, para la Sala es claro que aquellos elementos probatorios no acreditan la inhabilidad alegada, pues únicamente dan cuenta de la existencia de una solicitud de revocatoria de inscripción y de que esa petición fue resuelta de forma desfavorable por el Consejo Nacional Electoral³.

*Revisado en su integridad el expediente, la Sala advierte que **ninguno** de los supuestos de hecho, con base en los cuales el actor fundamenta la solicitud de suspensión provisional,⁴ se encuentran debidamente acreditados, al punto que el Actor, consciente de su ausencia probatoria, a folio 25 del escrito introductorio solicitó que, previo a la decisión de la medida cautelar, se oficiara a la Secretaría de la Gobernación de La Guajira para que remitiera los respectivos documentos que prueban su dicho.*

(...)

No encontrándose probados los supuestos de hecho en los que el actor fundamenta la solicitud de la medida cautelar, se exime la Sala de efectuar el análisis jurídico pertinente de fondo en relación con la supuesta violación el numeral 7º del artículo 38 de la Ley 617 de 2000 y el artículo 39 ibídem.”

Decisión: “ADMITIR la demanda electoral instaurada contra el acto de elección de la señora Oneida Rayeth Pinto Pérez como Gobernadora del Departamento de La Guajira. Por lo anterior se dispone:

NOTIFÍQUESE personalmente esta providencia a la señora Oneida Rayeth Pinto Pérez, y a su apoderado, en la forma prevista en el numeral 1º literal a) del artículo 277 del C.P.A.C.A a las direcciones electrónicas obrantes a folios 88 y 111 del expediente.⁵

NOTIFÍQUESE personalmente esta providencia al Consejo Nacional Electoral, a través de su Presidente. (Art. 277.2 Ib.).

NOTIFÍQUESE personalmente al agente del Ministerio Público (Art. 277.3 Ib.).

NOTIFÍQUESE por estado esta providencia al actor (Art. 277.4 Ib.).

INFÓRMESE a la comunidad la existencia del proceso por medio de la página web de esta Corporación (Art. 277.5 Ib.).

COMUNÍQUESE esta providencia a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado, por medio del buzón electrónico, la cual si así lo decide podrá intervenir en la oportunidad prevista en los artículos 277 y 279 del C.P.A.C.A.”

LUCY JEANNETTE BERMÚDEZ BERMÚDEZ
Presidenta

3 En suma el Consejo Nacional Electoral no efectuó un análisis de fondo de la situación puesto que determinó que no era viable acceder a la solicitud de revocatoria de la inscripción de la candidatura, toda vez que, a juicio, carecía de competencia para resolver de fondo el asunto sometido a su consideración porque aquel era tenía carácter netamente judicial. Literalmente sostuvo “Sería el caso decidir sobre la procedencia de la referida solicitud que como se dijo se sustenta en una incompatibilidad de la candidata por el hecho de haber sido Alcaldesa del Municipio de Albania –Guajira- y que consideran los solicitantes que se torna en una inhabilidad para fungir como próxima gobernadora, sino fuera porque se advierte que el asunto, al ser materialmente de naturaleza jurisdiccional, escapa las atribuciones de esta Corporación y por tanto su definición corresponde al juez electoral”. (fl. 80 del expediente)

4 Esto es lo referente a: i) la presunta elección de la demandada como alcaldesa de Albania (La Guajira), ii) la fecha de renuncia a dicha dignidad, iii) la fecha de aceptación de la dimisión presentada y iv) la fecha de inscripción de la candidatura a la Gobernación de La Guajira.

5 De conformidad con el inciso final del numeral 3º del artículo 291 del CGP cuando se conozca la dirección electrónica de quien deba ser notificado, la notificación podrá remitirse por el Secretario por medio de correo electrónico, el anterior trámite constituye notificación personal para todos los efectos legales. Estos correos electrónicos fueron aportados por la parte actora en el trámite de suspensión provisional que se surtió en la Secretaría de esta Sección.

ROCÍO ARAÚJO OÑATE
Consejera de Estado
CARLOS ENRIQUE MORENO RUBIO
Consejero de Estado
ALBERTO YEPES BARREIRO
Consejero de Estado

* * *

CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCIÓN QUINTA

Consejero ponente: ALBERTO YEPES BARREIRO

Bogotá, D.C., veintiocho (28) de enero de dos mil dieciséis (2016)

Radicación número: 11001-03-28-000-2015-00031-00

Actor: WILMAN MORA ZORRO

Demandado: MARTÍN CAMILO CARVAJAL CAMARO – DIRECTOR GENERAL DE LA CORPORACIÓN AUTÓNOMA REGIONAL PARA LA DEFENSA DE LA MESETA DE BUCARAMANGA (CDMB)

Asunto: Auto que admite la demanda y niega la suspensión provisional de los efectos del acto demandado. Se demandó la nulidad de la elección del director de la CDMB por su expedición irregular.

Extracto: “(...) La Sala negará la solicitud de suspensión provisional de los efectos del acto demandado por las siguientes razones:

- *En atención a la autonomía de las corporaciones autónomas regionales, y a lo dispuesto en, el tercer inciso del artículo 54 de los Estatutos de la CDMB, en el sub judice no resulta aplicable la regulación sobre la notificación de los actos contenida en el artículo 65 del C.P.A.C.A., norma que a juicio del actor fue infringida por la falta de publicación de los Acuerdos 1294 y 1295 de 2015 en el Diario Oficial. En todo caso, si bien los Acuerdos 1294 y 1295 de 2015, expedidos por el Consejo Directivo de la CDMB, no fueron publicados en el Diario Oficial, la finalidad de la publicación aparentemente sí se cumplió en el presente caso, toda vez que los mismos fueron publicados en la página web de la CDMB. Por lo tanto, la publicación se surtió por un medio eficaz que dio a conocer la etapa inicial del procedimiento para la designación del Director General de la CDMB que impide, por el momento, decretar la suspensión de los efectos del acto demandado.*
- *En esta instancia procesal, la Sala no está demostrado que el Consejo Directivo de la CDMB carecía de competencia, ratione temporis, para expedir el Acuerdo 1294 de 2015, en atención a lo dispuesto en el artículo 28 de la Ley 99 de 1993, modificado por el artículo 1º de la Ley 1263 de 2008, que ordena que “[e]l proceso de elección de los Directores de las Corporaciones Autónomas Regionales o de Desarrollo Sostenible, deberá **realizarlo** el Consejo Directivo en el trimestre inmediatamente anterior al inicio del periodo institucional respectivo”, puesto que esta disposición no puede ser interpretada en el sentido de que el procedimiento para la designación de los directores generales de las CAR no pueda iniciar con anterioridad al término allí establecido. Así mismo, debe tenerse en cuenta que en el presente caso el acto de convocatoria sí fue publicado en el término contemplado en esta norma, es decir que su eficacia se surtió durante el trimestre inmediatamente anterior a la designación del demandado.*
- *Por el momento, no está demostrada la falta de competencia del señor Mario Castañeda para suscribir los Acuerdos 1294 y 1295 de 2015, en calidad de Presidente del Consejo Directivo de la CDMB, porque las pruebas allegadas no permiten determinar si la delegación conferida por el gobernador del Departamento de Santander fue revocada antes de la suscripción del Acuerdo 1294 de 2015, y debido a que tampoco pudo demostrarse que dicha autoridad territorial haya reasumido las funciones delegadas con antelación a la suscripción del Acuerdo 1295 de 2015.*

- *En la solicitud de la medida cautelar el actor no pudo demostrar que la ausencia de alusión a la Circular la Circular 1000-2-115203 de 27 de noviembre de 2006, expedida por el hoy Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible, en los Acuerdos 1294 y 1295 de 2015 haya viciado la expedición del acto acusado.*
- *Ante el imposible cumplimiento del cronograma establecido en el Acuerdo 1294 de 2015, derivado del hecho de que éste fue publicado en una fecha posterior a la prevista en el cronograma contenido en dicho acto, la Sala considera que se pudo originar una justificación válida para que pudiera ser modificado mediante el Acuerdo 1295 de 2015. Por lo tanto, en esta etapa del proceso no se puede concluir que haya existido una irregular modificación del cronograma para la elección del Director General de la CDMB.”*

Decisión: “ADMITIR la demanda de nulidad electoral instaurada contra el acto de elección del señor Martín Camilo Carvajal Camaro, como Director General de la Corporación Autónoma Regional para la Defensa de la Meseta de Bucaramanga –CDMB–, contenido en el Acuerdo 1296 de 6 de noviembre de 2015, expedido por el Consejo Directivo de esta entidad. Por lo anterior se dispone:

NOTIFÍQUESE personalmente esta providencia al señor MARTÍN CAMILO CARVAJAL CAMARO, en la forma prevista en el numeral 1° literal a) del artículo 277 del C.P.A.C.A. a la dirección electrónica obrante a folios 286 del expediente.¹

NOTIFÍQUESE personalmente esta providencia al CONSEJO DIRECTIVO DE LA CORPORACIÓN AUTÓNOMA REGIONAL PARA LA DEFENSA DE LA MESETA DE BUCARAMANGA –CDMB–, a través de su Presidente, y a su apoderado (Art. 277.2 Ib.) a las direcciones electrónicas obrantes a folios 271 y 278 del expediente.²

NOTIFÍQUESE personalmente al agente del Ministerio Público (Art. 277.3 Ib.).

NOTIFÍQUESE por estado esta providencia al actor (Art. 277.4 Ib.).

INFÓRMESE a la comunidad la existencia del proceso por medio de la página web de esta Corporación (Art. 277.5 Ib.).

COMUNÍQUESE esta providencia a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado, por medio del buzón electrónico, la cual si así lo decide podrá intervenir en la oportunidad prevista en los artículos 277 y 279 del C.P.A.C.A.

NEGAR la solicitud de suspensión provisional de los efectos del acto acusado.”

LUCY JEANNETTE BERMÚDEZ BERMÚDEZ
Presidenta

ROCÍO ARAÚJO OÑATE
Consejera de Estado
CARLOS ENRIQUE MORENO RUBIO
Consejero de Estado
ALBERTO YEPES BARREIRO
Consejero de Estado

1 De conformidad con el inciso final del numeral 3° del artículo 291 del C.G.P. cuando se conozca la dirección electrónica de quien deba ser notificado, la notificación podrá remitirse por el Secretario por medio de correo electrónico, el anterior trámite constituye notificación personal para todos los efectos legales.

2 De conformidad con el inciso final del numeral 3° del artículo 291 del C.G.P. cuando se conozca la dirección electrónica de quien deba ser notificado, la notificación podrá remitirse por el Secretario por medio de correo electrónico, el anterior trámite constituye notificación personal para todos los efectos legales.

CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCIÓN QUINTA

Consejero ponente: ALBERTO YEPES BARREIRO

Bogotá, D.C., veintiocho (28) de enero de dos mil dieciséis (2016)

Radicación número: 11001-03-28-000-2015-00056-00

Actor: MÓNICA NARANJO RIVERA

Demandado: PEDRO HELÍ PARRA RUÍZ – REPRESENTANTE SUPLENTE DE LAS ENTIDADES SIN ÁNIMO DE LUCRO EN EL CONSEJO DIRECTIVO DE LA CORPORACIÓN AUTÓNOMA REGIONAL DEL TOLIMA (CORTOLIMA)

Asunto: Auto que admite la demanda y niega la suspensión provisional de los efectos del acto demandado. Se solicita la nulidad de la elección del demandado como representante de las entidades sin ánimo de lucro ante el consejo directivo de CORTOLIMA por el incumplimiento de los requisitos de postulación previstos en la resolución 606 de 2006, expedida por el entonces Ministerio de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial.

Extracto: “La Sala negará la solicitud de suspensión provisional de los efectos del acto demandado por las siguientes razones:

- *Del análisis de las pruebas allegadas no se observa, hasta el momento, la existencia de la vulneración del numeral 1º del parágrafo 1º del artículo 2º de la Resolución 606 de 2006, dado que los soportes de la postulación del demandado como candidato de la Corporación Destino Colombia permiten comprobar con suficiencia la formación profesional, capacitación o experiencia del señor Parra Ruíz en materia de recursos naturales renovables y medio ambiente, máxime cuando la norma presuntamente infringida no exige a los candidatos acreditar un periodo de tiempo específico en estos aspectos.*
- *Si bien el documento aportado por el demandado respecto al cumplimiento del requisito previsto en el numeral 2º del parágrafo 1º del artículo 2º de la Resolución 606 de 2006 se denomina “Diagnóstico, análisis y propuesta de acciones ambientales para el respectivo periodo trienal”,¹ lo cierto es que en su contenido no existe mención alguna de que éste abarque únicamente los años 2016 a 2018, o que uno de los años del periodo para el cual fue elegido el demandado se encuentre excluido del ámbito temporal de las acciones previstas en el mismo.*
- *El Actor no cumplió suficientemente la carga probatoria necesaria para constatar que el demandado no aportó los documentos idóneos para demostrar que era miembro de esta entidad sin ánimo de lucro, en atención a lo dispuesto en el numeral 3º del parágrafo 1º del artículo 2º de la Resolución 606 de 2006.”*

Decisión: “ADMITIR la demanda de nulidad electoral instaurada contra el acto de elección del señor Pedro Helí Parra Ruiz, como representante suplente de las entidades sin ánimo de lucro en el Consejo Directivo de la Corporación Autónoma Regional del Tolima –CORTOLIMA–, contenido en el acta de la elección realizada el 15 de octubre de 2015. Por lo anterior se dispone:

NOTIFÍQUESE personalmente esta providencia al señor PEDRO HELÍ PARRA RUÍZ, y a su apoderado, en la forma prevista en el numeral 1º literal a) del artículo 277 del C.P.A.C.A. a las direcciones electrónicas obrante a folios 267 y 293 del expediente.”²

1 Folios 246 a 249.

2 De conformidad con el inciso final del numeral 3º del artículo 291 del C.G.P. cuando se conozca la dirección electrónica de quien deba ser notificado, la notificación podrá remitirse por el Secretario por medio de correo electrónico, el anterior trámite constituye notificación personal para todos los efectos legales.

Alberto Yepes Barreiro

NOTIFÍQUESE personalmente esta providencia a la CORPORACIÓN AUTÓNOMA REGIONAL DEL TOLIMA –CORTOLIMA–, a través de su Director General (Art. 277.2 Ib.), a la dirección electrónica obrante a folios 267 del expediente, y a su apoderado (Art. 277.2 Ib.).³

NOTIFÍQUESE personalmente al agente del Ministerio Público (Art. 277.3 Ib.).

NOTIFÍQUESE por estado esta providencia al actor (Art. 277.4 Ib.).

INFÓRMESE a la comunidad la existencia del proceso por medio de la página web de esta Corporación (Art. 277.5 Ib.).

COMUNÍQUESE esta providencia a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado, por medio del buzón electrónico, la cual si así lo decide podrá intervenir en la oportunidad prevista en los artículos 277 y 279 del C.P.A.C.A.

NEGAR la solicitud de suspensión provisional de los efectos del acto acusado.

RECONOCER al señor Pablo Andrés Murillo Devia, identificado con C.C. número 14.204.675 de Ibagué y T.P. número 24.036 del Ministerio de Justicia, como apoderado judicial de la Actora Mónica Naranjo Rivera, conforme a los términos y condiciones del poder conferido obrante a folio 1º.”

LUCY JEANNETTE BERMÚDEZ BERMÚDEZ
Presidenta

ROCÍO ARAÚJO OÑATE
Consejera de Estado
CARLOS ENRIQUE MORENO RUBIO
Consejero de Estado
ALBERTO YEPES BARREIRO
Consejero de Estado

* * *

CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCIÓN QUINTA

Consejero ponente: ALBERTO YEPES BARREIRO

Bogotá, D.C., veintiocho (28) de enero de dos mil dieciséis (2016)

Radicado número: 11001-03-28-000-2015-00020-00

Actor: NACIÓN- MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL

Demandado: CARLOS EMILIANO OÑATE GÓMEZ – RECTOR DE LA UNIVERSIDAD POPULAR DEL CESAR

Asunto: Auto que resolvió el recurso de súplica interpuesto por la parte actora contra la decisión de declarar la terminación del proceso por abandono en el proceso adelantado contra la elección del Rector de la Universidad del Cesar. Se confirmó la decisión adoptada por el Ponente.

Extracto: “Para dar por terminado el proceso electoral por abandono, debe probarse que el Actor pese a tener la obligación de notificar por aviso a los demandados, bien en aplicación del literal b) del nu-

³ De conformidad con el inciso final del numeral 3º del artículo 291 del C.G.P. cuando se conozca la dirección electrónica de quien deba ser notificado, la notificación podrá remitirse por el Secretario por medio de correo electrónico, el anterior trámite constituye notificación personal para todos los efectos legales.

meral 1 del artículo 277 del CPACA o bien en desarrollo literales d) y e) del numeral 1 del artículo 277 ibidem no acreditó, dentro de los 20 días siguientes a la notificación del auto admisorio al Ministerio Público, que realizó la publicación en prensa del aviso correspondiente.

(...)

*Esto significa que los 20 días que contempla la norma no pueden contabilizarse teniendo como punto de partida un extremo temporal inicial arbitrario escogido por el juez o por la parte, pues la norma es clara al respecto, cuando establece que el Actor cuenta con 20 días, **a partir del día en el que se notifica al Ministerio Público del auto admisorio de la demanda**, para realizar la publicación del aviso en dos periódicos de amplia circulación dentro de la circunscripción electoral correspondiente.*

En otras palabras, los 20 días de que trata el literal g) numeral 1º del artículo 277 del CPACA para declarar la terminación del proceso por abandono, deberán computarse desde la fecha en la que efectivamente se realizó la notificación personal de la demanda al Ministerio Público, tal y como lo impone la norma aplicable al efecto.

Bajo esta perspectiva, no cabe duda que se debe confirmar el auto del 16 de diciembre de 2015 a través del cual se decretó la terminación del proceso por abandono, comoquiera que la publicación del aviso no se realizó dentro de los 20 días siguientes a la notificación del auto admisorio de la demanda al Ministerio Público, pese a los múltiples requerimientos elevados a la parte actora, máxime si se tiene en cuenta que aquel estuvo disponible para ser retirado.

(...)

Así las cosas, si la notificación personal al Ministerio Público se realizó el día 9 de octubre de 2015, esta, y no otra, es la fecha desde la que debe computarse el término para establecer si la Actor cumplió o no con la carga de publicar los avisos para notificar al demandado. Lo anterior: (i) porque así lo indica la norma especial electoral y (ii) porque para esta fecha estará disponible el aviso.

*Bajo este panorama se concluye que, ciertamente, el proceso debió ser terminado por abandono, toda vez que la parte actora tenía hasta el 10 de noviembre de 2015 para realizar la publicación de los avisos a través de los cuales se pretendía notificar al señor **Oñate Gómez** de la demanda de nulidad electoral que cursaba en su contra.”*

Decisión: “CONFIRMAR la decisión adoptada por el Consejero Ponente en auto del 16 de diciembre de 2015, a través del cual se declaró la terminación del proceso de la referencia por abandono, pero por las razones expuestas en esta providencia”.

LUCY JEANNETTE BERMÚDEZ BERMÚDEZ

Presidenta
(Aclara Voto)

ROCÍO ARAÚJO OÑATE

Consejera de Estado

ALBERTO YEPES BARREIRO

Consejero de Estado

Aclaración de voto de la consejera Lucy Jeannette Bermúdez

Extracto: “aunque comparto la decisión de confirmar el auto de la Consejera Ponente de 16 de diciembre de 2015, en el cual se declaró la terminación del proceso de la referencia por abandono, manifiesto las razones por las cuales aclaro mi voto en lo relacionado con el término para acreditar la publicación de los avisos, así:

(...), luego de admitida la demanda, lo primero que surge es la notificación personal a la parte demandada, que tendrá que cumplir sus propios requisitos dependiendo de la clase de designación (unipersonal o de corporación) o de la causal de nulidad electoral invocada (subjettiva u objetiva).

En el caso concreto, por ser un cargo unipersonal, (literal a del numeral 1º del artículo 277 del CPACA), la notificación personal se surtirá a la dirección suministrada por el demandante y si no se puede hacer la notificación personal de la providencia dentro de los dos (2) días siguientes a su expedición, se notificará al elegido o nombrado, sin necesidad de orden especial mediante aviso.

(...)

Así las cosas, el término para establecer si el demandante cumplió o no con la carga de publicar los avisos para notificar al demandado debe empezar a contarse tres días después de la notificación al Ministerio Público, esto es el 15 de noviembre de 2015 y su vencimiento ocurrió el 13 de noviembre de 2015.

2. En cuanto al requerimiento por el Despacho Ponente al demandante para que acredite la publicación de los avisos, reitero lo señalado en la providencia de 24 de febrero de 2015, y confirmado por auto de la Sala de Sección de 14 de mayo del mismo año⁴ al desatar el recurso de súplica interpuesto, en el que se señaló que dicho requerimiento tiene como fundamento sanear circunstancias excepcionales por las que los avisos no se encuentran físicamente en el expediente una vez vencido el término para realizar la acreditación, no extender el término indefinidamente.

(...)

Así mismo, la acreditación incluye, además de realizar las publicaciones, que estas sean allegadas a las diligencias dentro del término legal señalado en el literal g) del numeral 1º del artículo 277 del CPACA”

* * *

CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCIÓN QUINTA

Consejero ponente: ALBERTO YEPES BARREIRO

Bogotá, veintiocho (28) de enero de dos mil dieciséis (2016).

Radicado número: 11001-03-28-000-2015-00046-00

Actor: MANUEL YASSER PÁEZ RAMÍREZ Y OTROS

Demandado: MARTHA PATRICIA ZEA RAMOS – MAGISTRADA DE LA SALA JURISDICCIONAL DISCIPLINARIA DEL CONSEJO SUPERIOR DE LA JUDICATURA

Asunto: Auto que resolvió el recurso de reposición presentado por la parte demandada contra la decisión de la Sala de decretar la suspensión provisional del acto acusado, pues se encontró que la elección en provisionalidad de la Magistrada de la Sala Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura fue proferida por un órgano incompetente. Se confirmó el decreto de la medida cautelar

Extracto: “Para la parte demandada la Sección carecía de competencia para pronunciarse sobre la medida cautelar solicitada, toda vez que, según el artículo 229 del CPACA dicha decisión correspondía de forma exclusiva al ponente.

⁴ Consejo de Estado. Sección Quinta. Rad. 110010328000201400114 – 00. Auto de 14 de mayo de 2015.M.P. Susana Buitrago Valencia.

Al respecto, la Sala encuentra que dicho reproche no tiene vocación de prosperidad pues, como se explicara, en los procesos electorales cuyo conocimiento corresponda a jueces colegiados, la decisión acerca de la procedencia o no de una medida cautelar corresponde a la Sección en pleno y no al magistrado ponente.

(...)

en lo que atañe a la resolución de la solicitud de la medida cautelar en los procesos electorales, el CPACA consagró una norma especial y preferente sobre las disposiciones que rigen al proceso ordinario, pues en el inciso final del artículo 277 Eiusdem, dispuso que dicha petición debería ser resuelta junto con la admisión de la demanda por “el juez, la Sala o la Sección” dependiendo de si la autoridad judicial competente para resolver el asunto electoral era un cuerpo colegiado o unitario.

El tenor literal de la citada normativa reza:

“ARTÍCULO 277. CONTENIDO DEL AUTO ADMISORIO DE LA DEMANDA Y FORMAS DE PRACTICAR SU NOTIFICACIÓN

(...)

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

De la disposición transcrita se concluye, sin lugar a dudas, que en los procesos electorales, contrario a lo que sucede en el proceso ordinario, la decisión acerca de la viabilidad o no de decretar una medida cautelar: i) se resuelve en la misma providencia en la que se admite la demanda y ii) se adopta por la Sala o la Sección, en caso de que la autoridad judicial que conozca del asunto sea un cuerpo colegiado.

(...)

Los requisitos del artículo 231 para la procedencia de la suspensión provisional

(...) la Sala encuentra que el argumento del recurrente según el cual se debían acreditar los requisitos contemplados en el numeral 3 y 4º del artículo 231 ibídem, carece de fundamento jurídico, pues las exigencias que la parte demandada echa de menos únicamente deben acreditarse cuando se pretenda el decreto de una medida cautelar diferente a la de suspensión provisional. Por supuesto, esto no quiere decir que aquel análisis no pueda hacerse, sino que no es obligatorio adelantarlos.

(...)

Así pues, el artículo 231 del C.P.A.C.A. prevé dos eventos en los cuales es viable decretar la suspensión provisional de un acto, así: “cuando se pretenda la nulidad de un acto administrativo, la suspensión provisional de sus efectos procederá por violación de las disposiciones invocadas en la demanda o en la solicitud que se realice en escrito separado, [primer evento] cuando tal violación surja del análisis del acto demandado y su confrontación con las normas superiores invocadas como violadas o [segundo evento] del estudio de las pruebas allegadas con la solicitud.”

Estos dos supuestos son disímiles, pues la ocurrencia de uno u otro dependerá de las circunstancias particulares del caso puesto a consideración del juez.¹

¹ En el mismo sentido, Consejo de Estado, Sección Quinta, auto del 21 de enero de 2016, radicación 11001-03-28-000-2015-00051-00. CP. Alberto Yepes Barreiro.

Por su parte, esa misma disposición señala que “en los demás casos”, esto es, cuando se solicite el decreto de una medida cautelar diferente a la de suspensión provisional deberá acreditarse: i) la razonabilidad de la demanda, ii) que quien solicita la medida es el titular de los derechos invocados, iii) la presentación de elementos probatorios que permitan realizar un juicio de ponderación de intereses, en el que se demuestre que es más gravoso negar la medida que concederla y iv) que de no accederse a la solicitud se materializara un perjuicio irremediable o se harían nugatorios los efectos de la sentencia.

(...)

La supuesta adopción de la decisión sin sustento probatorio

Recuérdese que para la parte demandada, la decisión de decretar la suspensión provisional debe ser revocada, debido a que aquella fue adoptada únicamente con base “en el conocimiento privado del juez”, es decir, según su criterio, la decisión se tomó sin ningún sustento probatorio.

Al respecto, la Sala anticipa que este reproche del recurrente tampoco tiene vocación de prosperidad, pues como se explicará, en el caso concreto la violación del orden jurídico surgía de la confrontación del acto acusado con las normas en las que debía fundarse.

Como se precisó en el acápite precedente, la suspensión provisional de los efectos de un acto será viable en dos eventos a saber: i) cuando la violación de la normas que invocan en la demanda surja de la confrontación del acto con la normatividad, o ii) cuando del estudio de las pruebas allegadas se concluya que hay vulneración del orden jurídico.

En el primer evento, se autoriza la suspensión provisional del acto cuando “la violación surja del análisis del acto demandado y su confrontación con las normas superiores invocadas como violadas”, es decir, cuando del examen del acto acusado y de las normas que se consideran infringidas se concluya que existe una vulneración al ordenamiento jurídico.

Por su parte, el segundo evento en el cual es posible decretar la suspensión provisional del acto acusado, ocurre cuando la violación surge “del estudio de las pruebas allegadas con la solicitud”.

En el caso concreto, nos encontramos en el primero de los eventos, toda vez que, el vicio que endilgaron los Actors, esto es, el de falta de competencia, puede verificarse con la simple confrontación entre el acto acusado y las normas que se indicaron como infringidas.

Decisión: “CONFIRMAR el numeral 2º de la providencia de 15 de diciembre de 2015 a través del cual se ordenó suspender los efectos jurídicos del Acuerdo N° 089 de octubre de 2015.”

LUCY JEANNETTE BERMÚDEZ BERMÚDEZ
Presidenta

ROCÍO ARAÚJO OÑATE
Consejera de Estado
CARLOS ENRIQUE MORENO RUBIO
Consejero de Estado
ALBERTO YEPES BARREIRO
Consejero de Estado

CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCIÓN QUINTA

Consejero ponente: ALBERTO YEPES BARREIRO

Bogotá, dieciocho (18) de febrero de dos mil dieciséis (2016).

Radicación número: 68001-23-33-000-2016-00076-01

Actor: CARLOS LEONARDO HERNÁNDEZ

Demandados: CONCEJALES DEL MUNICIPIO DE BARRANCABERMEJA

Asunto: Auto que revoca el auto del Tribunal que rechazó la demanda instaurada por causales objetivas contra la elección de los concejales de Barrancabermeja por caducidad de la acción, y en su lugar ordena realizar el estudio de la admisibilidad de la demanda.

Extracto: “*El plazo para presentar demanda en los procesos de nulidad electoral está regulado en el literal a) del artículo 164.2 del C.P.A.C.A. que indica:*

“Cuando se pretenda la nulidad de un acto administrativo electoral, el término será de treinta (30) días. Si la elección se declara en audiencia pública el término se contará a partir del día siguiente; en los demás casos de elección y en los de nombramientos se cuenta a partir del día siguiente al de su publicación efectuada en la forma prevista en el inciso 1° del artículo 65 de este Código.

En las elecciones o nombramientos que requieren confirmación, el término para demandar se contará a partir del día siguiente a la confirmación.”

Así las cosas, como la elección demandada fue declarada en audiencia pública realizada el 12 de noviembre de 2015, en el caso concreto el término para la presentación de la demanda vencía el 20 de enero de 2016, como bien lo señaló el a-quo en el auto recurrido.

Sin embargo, la Sala coincide con el recurrente en concluir que la demanda de nulidad electoral instaurada por el señor Carlos Leonardo Hernández fue presentada el 20 de enero de 2016 y no el 21 del mismo mes y año, como pudo creerse con ocasión del error incurrido por la Oficina de Reparto del Tribunal Administrativo de Santander.

En efecto:

- *De acuerdo con lo indicado por el recurrente, dicha persona instauró dos demandas contra la elección de los Concejales del municipio de Barrancabermeja. La primera de estas demandas, como se pudo verificar en la página web de la Rama Judicial, forma parte del expediente 68001-23-33-000-2016-00070-00, cuya Magistrada Ponente es la doctora Solange Blanco Villamizar.¹ La segunda demanda corresponde a este expediente*
- *Según el formato de reparto obrante a folio 583, la primera de estas demandas, identificada con el número de secuencia de reparto 9875, fue presentada el 20 de enero de 2016, a las 4:06:26 P.M.*
- *A folio 582 obra el oficio número 00032 de 21 de enero de 2016, por medio del cual la Secretaria del Tribunal Administrativo de Santander informa a la Oficina de Reparto que al interior de un expediente repartido bajo el número 9875, cuyas partes son idénticas a las del sub judice pero con pretensiones y hechos distintos, fue encontrada la demanda de nulidad electoral cuya presentación extemporánea es controvertida por el recurrente. En el texto de este oficio se señala lo siguiente:*

¹ La verificación fue realizada el 10 de febrero de 2016 en la página web <http://procesos.ramajudicial.gov.co/consultaprocesos/>.

“De la manera más atenta, me permito devolver a ustedes la Acción electoral, sin secuencia de reparto, lo anterior teniendo en cuenta que una vez revisada la misma, y comparada con la repartida y cuyo número de reparto es 9875, se pudo constatar que aunque coinciden las partes, no sucede lo mismo con algunas partes de las pretensiones y de los hechos.”

En consecuencia me permito devolver la acción electoral que no fue registrada en el reparto, para lo de su competencia.”

- Según el acta individual de reparto obrante a folio 585, la demanda objeto del presente proceso fue repartida el 21 de enero de 2016, con el número de secuencia 9878, y su conocimiento correspondió al doctor Julio Edison Ramos Salazar, en calidad de Magistrado Ponente.

En el acta individual de reparto se dejó consignada la siguiente observación: “[s]e deja constancia que el día de ayer enero 20 de 2016 se repartió otra demanda electoral con las mismas partes, pero en virtud al oficio 0032 de la fecha se hace nuevo reparto.”

Las anteriores actuaciones de la Oficina de Reparto y la Secretaría del Tribunal Administrativo de Santander, relacionadas con el reparto de la demanda, denotan que le asiste razón al recurrente cuando afirma que ésta fue presentada el 20 de enero de 2016, y no el día después.

En efecto, su dicho se encuentra corroborado en: (i) el oficio número 00032 remitido el 21 de enero de 2016 por la Secretaría del Tribunal a la Oficina de Reparto, en el que se explica el error en el que incurrió la Oficina de Reparto al incorporar la demanda rechazada en la providencia recurrida entre los anexos de otro proceso con partes similares pero con pretensiones y hechos distintos; y, (ii) la observación contenida en el acta individual de reparto de la demanda.

Consecuentemente, teniendo en cuenta que el término para la interposición de la demanda vencía el 20 de enero de 2016, fecha en la cual ésta fue efectivamente presentada, debe concluirse que no operó el fenómeno de la caducidad. Por lo anterior, el auto recurrido debe ser revocado.”

Decisión: “REVOCAR el auto proferido el 26 de enero de 2016 por el Tribunal Administrativo de Santander que rechazó la demanda de nulidad electoral interpuesta por el señor Carlos Leonardo Hernández contra el acto que declaró la elección de los Concejales del municipio de Barrancabermeja (Santander), por haber operado la caducidad del medio de control, para que en su lugar se realice el estudio sobre la admisión o inadmisión de la demanda.

ADVERTIR a los sujetos procesales que contra lo resuelto no procede ningún recurso.”

LUCY JEANNETTE BERMÚDEZ BERMÚDEZ
Presidenta

ROCÍO ARAÚJO OÑATE
Consejera de Estado
CARLOS ENRIQUE MORENO RUBIO
Consejero de Estado
ALBERTO YEPES BARREIRO
Consejero de Estado

CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCIÓN QUINTA

Consejero ponente: ALBERTO YEPES BARREIRO

Bogotá, D.C., dieciocho (18) de febrero de dos mil dieciséis (2016)

Radicado número: 11001-03-28-000-2016-00011-00

Actor: HÉCTOR ALFONSO CARVAJAL LONDOÑO

Demandado: CONSEJO SUPERIOR DE LA JUDICATURA

Asunto: Auto que confirma en súplica la decisión adoptada por el ponente de rechazar la demanda de nulidad electoral instaurada contra los acuerdos mediante los cuales la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura, formuló ante el Consejo de Estado la lista de candidatos, destinada para proveer las plazas de magistrado de Tribunal Administrativo que creó el Acuerdo 10402 de 2015.

Extracto: *“La doctrina y la jurisprudencia¹ en materia administrativa a lo largo de su trasegar han clasificado los actos de la administración de muy diversas maneras, es así como desde el punto de vista de su relación con la decisión, se pueden clasificar en actos de trámite, preparatorios o accesorios y en actos definitivos o principales².*

De ahí que los actos de trámite son los que se “encargan de dar impulso a la actuación o disponen organizar los elementos de juicio que se requieren para que la administración pueda adoptar la decisión de fondo sobre el asunto mediante el acto definitivo y, salvo contadas excepciones, no crean, modifican o extinguen situaciones jurídicas”³. Es por tanto que “no expresan en concreto la voluntad de la administración, simplemente constituyen el conjunto de actuaciones intermedias que preceden a la formación de la decisión administrativa que se plasma en el llamado acto definitivo”⁴.

Si los de trámite son los que meramente dan impulso a la actuación, los preparatorios, según la academia, son aquellos previos, pero necesarios, para adoptar una decisión de fondo.

Por el contrario, los actos definitivos o principales son los que contienen la decisión propiamente dicha, o como lo establecía el inciso final del artículo 50 del C.C.A., “son actos definitivos que ponen fin a la actuación administrativa, los que deciden directa o indirectamente el fondo del asunto; los actos de trámite pondrán fin a una actuación cuando bagan imposible continuarla”.

En otras palabras, y tal como lo advertía la norma citada, un “acto de trámite puede tornarse definitivo, cuando de alguna manera, decida sobre la cuestión de fondo, o ponga fin a la actuación administrativa, de suerte que se haga imposible la continuación de ésta”⁵. En la actualidad, la norma homóloga del CPACA establece en su artículo 75 que “no habrá recurso contra los actos de carácter general, ni contra los de trámite, preparatorios, o de ejecución excepto en los casos previstos en norma expresa”. Solo en este caso tales actos serían enjuiciables.

1 Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta, Consejero ponente: ALBERTO YEPES BARREIRO, fallo del 22 de noviembre de 2012. Radicación número 11001-03-28-000-2010-00031-00.

2 Entre otros: Libardo Rodríguez, Derecho Administrativo, Temis, 2008, Pág. 288; García de Enterría, Eduardo y Fernández, Tomás-Ramón, Curso de derecho administrativo, Tomo I. Editorial Civitas, Madrid, 1992; González Pérez, Jesús, Manual de derecho procesal administrativo. Editorial Civitas, Madrid, 1992; Gordillo, Agustín, Tratados de derecho administrativo, Tomo III. Editorial Macchi, Buenos Aires, 1979 y en Francia Auby Jean-Marie y Drago Roland. Traité de Contentieux Administratif. L.G.D.J., París, 1984, pág. 165.

3 Sentencia T-088 de febrero 03 de 2005 de la Corte Constitucional, M.P Manuel José Cepeda Espinosa.

4 Sentencia T-945 de Diciembre 16 de 2009 de la Corte Constitucional, M.P Mauricio González Cuervo.

5 Sentencia T-088 de febrero 03 de 2005 de la Corte Constitucional, M.P Manuel José Cepeda Espinosa.

En suma, puede afirmarse que los actos preparatorios y los de trámite, con las diferencias anotadas arriba, simplemente son “actos instrumentales, que integran el procedimiento anterior a la decisión que finalmente resuelva el asunto y sus defectos jurídicos podrán cuestionarse cuando se impugne el acto definitivo, el cual podrá ser inválido”⁶.

Pues bien, para la Sección los acuerdos mediante los cuales la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura formuló ante el Consejo de Estado la lista de candidatos, destinada para proveer las plazas de magistrado de Tribunal Administrativo que creó el Acuerdo 10402 de 2015, constituyen verdaderos actos preparatorios que no ponen fin a la etapa electoral, sino que tan solo permiten que aquella continúe, entonces, por las razones que pasarán a explicarse, no son pasibles de ser controvertidos ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo.

4. De la naturaleza de los actos acusados

Primero. Los actos trámite o preparatorios no son pasibles de control judicial, puesto que desde la perspectiva de la nulidad electoral solo lo son aquellos a través de los cuales se hace la elección, el nombramiento o el llamamiento a proveer vacantes, respectivamente.

En efecto, la normativa contenciosa electoral expresamente regula cuáles son los actos susceptibles de la nulidad electoral, así, el artículo 139 del CPACA, indica:

ARTÍCULO 139. NULIDAD ELECTORAL. Cualquier persona podrá pedir la nulidad de los actos de elección por voto popular o por cuerpos electorales, así como de los actos de nombramiento que expidan las entidades y autoridades públicas de todo orden. Igualmente podrá pedir la nulidad de los actos de llamamiento para proveer vacantes en las corporaciones públicas.

En elecciones por voto popular, las decisiones adoptadas por las autoridades electorales que resuelvan sobre reclamaciones o irregularidades respecto de la votación o de los escrutinios, deberán demandarse junto con el acto que declara la elección. El Actor deberá precisar en qué etapas o registros electorales se presentan las irregularidades o vicios que inciden en el acto de elección. (Subrayas fuera de texto)

En todo caso, las decisiones de naturaleza electoral no serán susceptibles de ser controvertidas mediante la utilización de los mecanismos para proteger los derechos e intereses colectivos regulados en la Ley 472 de 1998.

Por supuesto, ello no implica que si se presentan vicios en los actos preparatorios que dieron origen al acto de designación, aquellos queden sustraídos del control judicial, pues lo que sucede es que dichas anomalías se estudiarán por el juez electoral cuando analice la legalidad del acto definitivo.

En otras palabras, desde el enfoque del medio de control consagrado en el artículo 139 del CPACA, la lista de elegibles que profiere el Consejo Superior de la Judicatura, para la elección de magistrados de tribunal, se erige como un acto preparatorio, cuyo control se realiza cuando el juez electoral estudia la legalidad del acto definitivo contentivo de la designación. Esta tesis no es novedosa, pues en diversas oportunidades la Sección Quinta⁷ ha sostenido que en la acción electoral los vicios en los actos preparatorios o de trámite se escudriñan al examinar el acto definitivo demandando.

6 Sentencia T-945 de Diciembre 16 de 2009 de la Corte Constitucional, M.P. Mauricio González Cuervo.

7 Al respecto consultar entre otros, Consejo de Estado, sentencia del 24 de abril de 2013, radicado 440012331000201100207 01. CP. Alberto Yepes Barreiro, Consejo de Estado, sentencia del 6 de mayo de 2013, radicado 68001-23-31-000-2011-01057-01. CP. Alberto Yepes Barreiro, Consejo de Estado, sentencia del 03 de agosto de 2015, radicado 11001-03-28-000-2014-000128-00 y 11001-03-28-000-2014-000125-00 (Acumulados). CP. Alberto Yepes Barreiro.

De la simple lectura de la disposición en cita, se colige, sin ambages, que el medio de control de nulidad electoral procede para estudiar la legalidad de, entre otros, aquellos actos de nombramiento proferidos por las autoridades en sus diversos niveles.

Si esto es así, la conclusión a la que arriba el Actor carece de asidero jurídico ya que si la lista de elegibles se erige como acto definitivo, sencillamente, aquello traería como consecuencia que los actos de nombramiento, cuando se profieren en el marco de un concurso de méritos, no podrían entonces ser pasibles de control a través de la acción electoral y su legalidad se examinaría, entonces, a través del proceso ordinario.

Segundo. Aceptar como válida la tesis del Actor según la cual las listas de elegibles constituyen un acto definitivo desde la perspectiva electoral, traería como consecuencia, inaceptable desde luego, que el acto contentivo de un nombramiento se tornara, en esto eventos, en uno de mera ejecución y que, con ello, la acción electoral no procediera contra los actos de nombramiento, contrario al querer del legislador.

Nada más alejado de la realidad. Son tan preparatorias las referidas listas, que el nominador, i.e., la Sala Plena del Consejo de Estado, no está indefectiblemente obligada a utilizarlas. En efecto, bien podría: (i) nombrar en la plaza disponible haciendo uso del insumo facilitado para el efecto, (ii) trasladar a esa nueva plaza vacante a un antiguo magistrado -en los términos del artículo 134 de la Ley 270 de 1996- o (iii) devolver la referida lista a la autoridad que la profirió, en caso de llegar a la conclusión de que aquella está viciada por alguna irregularidad.

El abanico de opciones que se presenta ante la autoridad nominadora, evidencia justamente que la lista no es una decisión definitiva, sino que esta es tan sólo un acto preparatorio que se dicta para posibilitar la designación final, acto que, al momento de proferirse, será el que materialice -o no- la supuesta irregularidad que pone de presente la parte actora.

Tercero. Lo expuesto, pone de presente un aspecto adicional. A la fecha, no puede decirse que hay un “vicio” materializado, por ello, el trámite del proceso electoral que ha sido diseñado a manera de un control objetivo de legalidad no puede activarse aún, la conclusión contraria terminaría tornando al electoral en un trámite preventivo, desquiciando así la jurisdicción de lo contencioso administrativo, que no está instaurada para controlar la posible comisión de irregularidades sino para anular aquellos actos que, en efecto, las contengan.

Cuarto. Como aspecto preliminar de la demanda, el actor invocó como precedente aplicable al sub iudice la sentencia 8 de marzo de 2012 de la Subsección B de la Sección Segunda del Consejo de Estado, expediente 2010-00011, en la cual se sostuvo que el acto de convocatoria en los procesos de selección no es un acto de trámite, para concluir que los actos demandados en ese evento eran definitivos, argumento que reiteró en el recurso de súplica al afirmar que “(...) el precedente invocado en la demanda, sí es aplicable, en cuanto a la ratio decidendi relacionada con los efectos de los actos demandados.”

Sobre este asunto, la Sala coincide con lo expuesto en el auto recurrido, en el sentido en que el precedente invocado por el recurrente no es aplicable a la presente controversia por no tratarse de un caso análogo.

En el precedente invocado, la Subsección B de la Sección Segunda del Consejo de Estado estudió la naturaleza del acto de convocatoria para definir si éste se trataba de un acto definitivo o de trámite, cuestión que difiere por completo respecto de la materia objeto de estudio en el presente caso, en la que se cuestiona si las listas de candidatos elaboradas por el Consejo Superior de la Judicatura son actos definitivos o preparatorios.

En efecto, en la providencia citada por el recurrente se concluyó que la convocatoria es un acto definitivo que puede ser demandado de manera independiente y autónoma debido a que éste contiene las reglas que deben regir el proceso de selección, o, como se afirma en la sentencia citada, es la “norma reguladora del concurso”. En cambio, las listas de candidatos demandadas en el sub iudice son actos de trámite que por su naturaleza no tienen un carácter regulatorio frente al proceso de selección, cómo sí lo podría tener la convocatoria.

En conclusión, la Sala considera que el precedente citado por el recurrente no es vinculante para el presente caso, por versar sobre materias distintas que merecen un tratamiento jurídico diferente.

Finalmente, el recurrente, como argumento central del recurso de súplica, sostiene que el objeto de la presente controversia es definir si los actos demandados son definitivos o preparatorios, razón por la cual este estudio no podía ser adelantado al momento de la admisión de la demanda, sino que tenía que ser objeto de la decisión de fondo.

La Sala no acoge este argumento del recurrente debido a que precisamente uno de los presupuestos que el juez contencioso administrativo debe estudiar ab initio para definir la admisión o rechazo de la demanda, es el relacionado con la naturaleza del acto demandado, con el fin de poder determinar si éste se trata de un acto definitivo, pasible de control jurisdiccional; o, si por el contrario, se trata de un acto de trámite o preparatorio, cuya legalidad debe ser cuestionada a través de la demanda dirigida contra el acto definitivo que concluye la actuación administrativa.

Aceptar la tesis del recurrente, según la cual este estudio debe realizarse en la sentencia, implicaría un desgaste innecesario de la administración de justicia, toda vez que conllevaría adelantar un proceso judicial que necesariamente culminaría con una sentencia inhibitoria por no existir un acto definitivo sobre el cual pueda recaer el control del juez administrativo.

Consecuentemente, por las razones expuestas, la Sala considera que el auto recurrido debe ser confirmado.”

Decisión: “CONFIRMAR el auto proferido el 29 de enero de 2016, mediante el cual, el Consejero Ponente, rechazó la demanda presentada por el señor Héctor Carvajal Londoño.”

LUCY JEANNETTE BERMÚDEZ BERMÚDEZ

Presidenta

ROCÍO ARAÚJO OÑATE

Consejera de Estado

CARLOS ENRIQUE MORENO RUBIO

Consejero de Estado

ALBERTO YEPES BARREIRO

Consejero de Estado

* * *

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCIÓN QUINTA

Consejero ponente: ALBERTO YEPES BARREIRO

Bogotá, dieciocho (18) de febrero de dos mil dieciséis (2016)

Radicación número: 25000-23-41-000-2015-00101-02

Actor: MIGUEL AUGUSTO MEDINA RAMÍREZ

Demandado: SERGIO ANTONIO MEDINA MARTÍNEZ – DIRECTOR DE INVESTIGACIONES FISCALES DE LA CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA.

Asunto: Auto que confirmó la decisión adoptada por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca de no declarar probada la excepción previa de inepta demanda propuesta por la parte demandada.

Extracto: “(...) no le asiste razón al recurrente, cuando asevera que la demanda no se ciñe a lo estipulado en el artículo 165 ibídem, pues el escrito introductorio electoral debe estar en armonía frente a las disposiciones especiales que sobre acumulación se previó en los artículos 281 y 282 del CPACA, de forma tal que lo debe acreditarse es que no se acumularon de forma indebida causales subjetivas

[referentes a calidades y requisitos de elegibilidad] con causales objetivas de nulidad [referentes a los vicios en la votación].

Abora bien, una vez hecha esta precisión, es importante resaltar que en el proceso que hoy nos ocupa lo que se cuestiona es la legalidad del acto de nombramiento del señor Medina Martínez, acto pasible de control judicial a través del mecanismo judicial contemplado en el artículo 139 del CPACA, cuyo tenor literal indica:

ARTÍCULO 139. NULIDAD ELECTORAL. Cualquier persona podrá pedir la nulidad de los actos de elección por voto popular o por cuerpos electorales, así como de los actos de nombramiento que expidan las entidades y autoridades públicas de todo orden. Igualmente podrá pedir la nulidad de los actos de llamamiento para proveer vacantes en las corporaciones públicas.

En elecciones por voto popular, las decisiones adoptadas por las autoridades electorales que resuelvan sobre reclamaciones o irregularidades respecto de la votación o de los escrutinios, deberán demandarse junto con el acto que declara la elección. El Actor deberá precisar en qué etapas o registros electorales se presentan las irregularidades o vicios que inciden en el acto de elección. (Subrayas fuera de texto)

En todo caso, las decisiones de naturaleza electoral no serán susceptibles de ser controvertidas mediante la utilización de los mecanismos para proteger los derechos e intereses colectivos regulados en la Ley 472 de 1998.

De la simple lectura, de la disposición en cita se colige sin ambages que el medio de control de nulidad electoral procede para estudiar la legalidad de, entre otros, aquellos actos de nombramiento proferidos por las autoridades en su diversos niveles.

Así las cosas, y atendiendo a que la demanda que ocupa la atención de la Sala se dirige contra un acto pasible de la acción electoral [acto de nombramiento], es evidente que el escrito presentado por el señor Medina Ramírez no tenía por qué dirigirse contra la lista de elegibles.

Esto es así, debido a que los actos trámite o preparatorios¹ no son pasibles de control judicial, puesto que desde la perspectiva de la nulidad electoral solo lo son aquellos a través de los cuales se hace la elección, el nombramiento o el llamamiento a proveer vacantes, respectivamente.

Lo anterior se refuerza si se tiene en cuenta que en asuntos electorales el acto que contiene la declaración de voluntades de la administración es el tendiente a elegir, nombrar o llamar a proveer vacantes, los cuales se constituyen como un verdaderos actos electorales, en los términos del inciso primero del artículo 139 del CPACA, pasibles de ser controlado, únicamente, por la vía de la nulidad electoral según las voces de la norma en comento.²

Por supuesto, ello no implica que si se presentan vicios en los actos de trámite o preparatorios que dieron origen al acto de designación, aquellos queden sustraídos del control judicial, pues lo que sucede es que dichas anomalías se estudiaran por el juez electoral cuando analice la legalidad del acto definitivo.

En otras palabras desde el enfoque del medio de control consagrado en el artículo 139 del CPACA, la lista de elegibles se erige como un acto preparatorio, cuyo control se realiza cuando el juez electoral estudia la legalidad del acto definitivo contentivo de la designación.

¹ Los actos de trámite son aquellos que dan impulso a la actuación y por eso se conocen como meros actos de trámite, en tanto los actos preparatorios, según la academia, son aquellos previos, pero necesarios para adoptar una decisión de fondo.

² En el mismo sentido consultar, Consejo de Estado, auto del 4 de febrero de 2016, radicado 11001-03-28-000-2015-00048-00. CP. Lucy Jeannette Bermúdez.

Es esta tesis no es novedosa, pues en diversas oportunidades la Sección Quinta³ ha sostenido que en la acción electoral los vicios en los actos preparatorios se escudriñan al examinar el acto definitivo demandando.

Lo anterior aplicado al caso concreto implica concluir que la demanda se presentó contra el acto definitivo, desde la perspectiva electoral, toda vez que, el acto acusado es la Resolución ORD-81117-001496-2014 del 11 de agosto de 2014 a través de la cual se nombró al demandado como Director de Investigaciones Fiscales de la Contraloría General de la Nación.

(...)

Como segundo reproche dentro de la excepción de “falta de integración del petitum”, el apoderado del demandado, manifestó que el acto acusado no fue individualizado de forma adecuada, no solo porque no se demandó la lista de elegibles, sino porque además tampoco se precisó con toda claridad (fecha, número del acto, etc.) cuál era el acto de nombramiento, ni se aportó copia del mismo al proceso.

Al respecto, la Sala encuentra que este argumento tampoco está llamado a prosperar, no solo porque, como se explicó, tratándose del medio de control electoral el acto definitivo es aquel a través del cual se realiza la designación, el nombramiento o el llamamiento a proveer vacantes, sino porque además el Actor sí identificó plenamente el acto acusado.

En efecto, aunque el Actor no precisó el número de la resolución contentiva del acto de nombramiento, ni su fecha, ni aportó el acto como anexo de la demanda, lo cierto es que la parte actora brindó todos los elementos para identificar con toda claridad el acto acusado ya que, sin lugar a dudas, en su escrito introductorio señaló que solicitaba la nulidad del acto que “nombró al señor SERGIO ANTONIO MEDINA MARTÍNEZ como DIRECTOR DE INVESTIGACIONES FISCALES, cargos de nivel directivo de la CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA”.⁴

(...)

Para la parte recurrente, el escrito introductorio presentado por el señor Medina Ramírez es inepto, toda vez que, aquel carece de un concepto de la violación, pues en él solo se exponen fórmulas matemáticas, pero no se precisa un concepto jurídico alguno del cual se pueda derivar una causal de nulidad.

Al respecto, la Sala Electoral del Consejo de Estado encuentra que la excepción no tiene vocación de prosperidad, toda vez que, que el Actor sí expone un concepto de la violación, de forma tal que endilga dos causales de nulidad frente al acto de nombramiento.

En efecto, en los folios 4 y 12, respectivamente, se observa que el Actor formula, de un lado, la causal de nulidad de falsa motivación, y de otro, la de infracción de norma superior:

(...)

Como puede observarse, aunque en efecto, el Actor acudió a fórmulas matemáticas para sustentar sus afirmaciones, lo cierto es que en el acápite de concepto de la violación describió a cabalidad las razones por las cuales considera que el acto de nombramiento del señor Medina Ramírez, se encuentra viciado de nulidad.

Cosa distinta es que los supuestos vicios que se endilgan, se prueben y aquellos tengan la virtualidad de afectar la legalidad de la Resolución ORD-81117-001496-2014 del 11 de agosto de 2014, aspecto que deberá ser decidido por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca en el momento procesal correspondiente.

³ Al respecto consultar entre otros, Consejo de Estado, sentencia del 24 de abril de 2013, radicado 440012331000201100207 01. CP. Alberto Yepes Barreiro, Consejo de Estado, sentencia del 6 de mayo de 2013, radicado 68001-23-31-000-2011-01057-01. CP. Alberto Yepes Barreiro, Consejo de Estado, sentencia del 03 de agosto de 2015, radicado 11001-03-28-000-2014-000128-00 y 11001-03-28-000-2014-000125-00 (Acumulados). CP. Alberto Yepes Barreiro.

⁴ Folio 1 del expediente

Bajo el anterior panorama, no cabe sino concluir que la excepción de inepta demanda por ausencia del concepto de la violación no puede prosperar, y por ello, la decisión de primera instancia debe ser confirmada.”

Decisión: “CONFIRMAR la decisión de no declarar probada las excepciones previas formuladas por la parte demandada, proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca en audiencia inicial del 2 de febrero de 2016.

EXHORTAR a la Secretaria del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, para que en próximas oportunidades realice, en los procesos electorales, el traslado de que trata el parágrafo segundo del artículo 175 del CPACA

DEVOLVER al Tribunal de origen para lo de su cargo.

LUCY JEANNETTE BERMÚDEZ BERMÚDEZ
Presidenta

ROCÍO ARAÚJO OÑATE
Consejera de Estado
CARLOS ENRIQUE MORENO RUBIO
Consejero de Estado
ALBERTO YEPES BARREIRO
Consejero de Estado

* * *

CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCIÓN QUINTA

Consejero ponente: ALBERTO YEPES BARREIRO

Bogotá, D. C., veinticinco (25) de febrero de dos mil dieciséis (2016)

Radicación número: 11001-03-28-000-2016-00009-00

Actor: LUIS FELIPE AGUIRRE VÁSQUEZ

Demandado: JOHNNY ALBERTO AVENDAÑO ESTRADA – DIRECTOR DE LA CORPORACIÓN AUTÓNOMA DE SUCRE

Asunto: Auto que resuelve sobre la admisión de la demanda electoral contra el Acuerdo N° 012 de 19 de noviembre de 2015 por medio del cual el Consejo Directivo de la Corporación Autónoma Regional de designó como Director de dicha entidad al señor Johnny Alberto Avendaño Estrada y sobre la solicitud de suspensión provisional del acto acusado.

Extracto: “La demanda que ocupa la atención de la Sala se ajusta formalmente a las exigencias de los referidos artículos 162 y 166 *ibidem*.

Como se explicó, la parte actora solicitó la suspensión provisional del acto demandado, comoquiera que, a su juicio, se materializó la causal de nulidad contemplada en el numeral 5° del artículo 275 del CPACA, toda vez que no se eligió al mejor candidato, puesto que el Consejo Directivo de CARSUCRE, (i) no respetó los principios consagrados en el artículo 209 de la Constitución: moralidad, igualdad, eficacia, economía, imparcialidad, transparencia y publicidad; (ii) no tuvo en cuenta el “proceso de concurso” establecido en el artículo 125 constitucional y (iii) no aplicó los principios legales establecidos en el artículo 3° del CPACA, en razón a que no publicó los perfiles de las bojas de vida de los habilitados para evidenciar quién tenía el mejor perfil y reunía las calidades y requisitos para ser el director de una corporación autónoma regional, como obliga un concurso de méritos.

(...)

En el caso concreto, el estudio de la solicitud de suspensión provisional de los efectos jurídicos que en la actualidad produce el acto de designación del señor Avendaño Estrada, como Director General de CARSUCRE, debe abordarse desde el primero de los escenarios previstos en el artículo 231 del CPACA para lo cual deberán tenerse en cuenta los siguientes argumentos:

El nombramiento de un director de una corporación autónoma regional corresponde, por mandato del artículo 27 numeral j de la Ley 99 de 1993, al consejo directivo de cada entidad. Dicho funcionario será elegido para un período de 4 años, según lo dispone el artículo 1º de la Ley 1263 de 2008.

Por su parte, la norma en mención establece que “[e]l proceso de elección de los Directores de las Corporaciones Autónomas Regionales o de Desarrollo Sostenible, deberá realizarlo el Consejo Directivo en el trimestre inmediatamente anterior al inicio del período institucional respectivo.”

Ahora bien, el Decreto 1768 de 1994, “por el cual se desarrolla parcialmente el literal b) del Artículo 116 en lo relacionado con el establecimiento, organización o reforma de las corporaciones autónomas regionales y de las corporaciones de régimen especial, creadas o transformadas por la Ley 99 de 1993”, señala que el director de las corporaciones autónomas regionales será elegido y nombrado por el consejo directivo y tendrá la calidad de empleado público; nada dice respecto a la forma o procedimiento a seguir al efecto.

En ese orden, puede concluirse con facilidad que i) el cargo de director de una corporación autónoma regional, no es de carrera, sino de período fijo; ii) su designación compete al consejo directivo de la entidad y iii) no existe un mandato legal que imponga una forma determinada a efectos de realizar el nombramiento¹.

Lo anterior implica que no es un empleo de carrera administrativa, sino que se trata de un cargo de período, que según lo previsto en el artículo 5º numeral 1º de la Ley 909, está exceptuado del régimen de carrera².

Ahora bien, frente al desconocimiento de los principios que el actor alega, la Sala considera necesario transcribir, in extenso, por resultar pertinente para el análisis del presente asunto, lo dicho en sentencia de 3 de marzo de 2014³: (...)

La Sala acoge y reitera en esta oportunidad los anteriores argumentos, que frente a los cargos propuestos por el Actor para fundamentar la solicitud de suspensión provisional, permiten concluir que no obstante el Consejo Directivo de CARSUCRE decidió adelantar un proceso público para designar al Director General de la entidad, ello no implica que esté sometido a resultados cuantitativos que le impongan la escogencia del ganador con base en el mérito, es decir en un factor eminentemente objetivo y, en ese orden, no está supeditado a las reglas propias del concurso de méritos que obliguen al nombramiento de quien obtenga el mejor puntaje, pues se insiste, el órgano elector goza de discrecionalidad.

Para la Sala, es clara la distinción entre un concurso de méritos para proveer un cargo de carrera y una convocatoria pública para hacer lo propio en cargos de período fijo. En el segundo caso, se surte un procedimiento administrativo cuya finalidad es la difusión de la convocatoria y garantizar la diversidad de perfiles a juicio del órgano que tiene a cargo el nombramiento y no la escogencia objetiva de un ganador que es la conclusión del concurso.

1 El Decreto número 2555 de 16 de octubre de 1997 establece el procedimiento para la designación del Director General de las Corporaciones, sin embargo, para la Sala es importante poner de presente lo dicho al respecto: “aunque el Decreto 2555 de 1997 fue objeto de modificaciones por parte de los Decretos 3345 de 2003, y 2011 (lo derogó), 3685 y 4523 de 2006, esta Sección ya tuvo oportunidad de precisar que la norma actualmente vigente es el texto original del Decreto 2555 de 1997, porque el Decreto 3345 de 2003 fue anulado por la Sección Primera de esta Corporación, y porque los Decretos 2011, 3685 y 4523 de 2006 fueron suspendidos provisionalmente por la Sección Segunda de esta Corporación.” Sentencia de 3 de marzo de 2014, Rad. 11001-03-28-000-2013-00026-00, Actor: Norbey Castro Gil; Demandado: Corporación Autónoma Regional de Caldas.

2 Ibidem.

3 Ibidem.

Es decir, en el concurso de méritos se surte una competencia entre los participantes a efectos de escoger el mejor, sin que haya consideraciones ajenas a las reglas objetivamente fijadas; mientras que en la convocatoria existe un margen de discrecionalidad, que en modo alguno implica arbitrariedad.

Por otra parte, el reproche del actor respecto a que el demandado no tiene el “mejor perfil” para ocupar el cargo de Director General de CARSUCRE, no solo carece de soporte probatorio -pues no se aportaron las hojas de vida de los candidatos habilitados a efectos de hacer un ejercicio comparativo-, sino que no cuenta con sustento jurídico, pues como se indicó, la designación que realiza el Consejo Directivo de CARSUCRE es discrecional.

Con base en las consideraciones que preceden, en la parte resolutive de esta providencia se negará la solicitud de suspensión provisional del acto acusado.”

Decisión: “ADMITIR la demanda electoral instaurada contra el acto de designación del señor Johnny Alberto Avendaño Estrada como Director General de CARSUCRE. Por lo anterior se dispone:

NOTIFÍQUESE personalmente esta providencia al señor Johnny Alberto Avendaño Estrada, y a su apoderada, en la forma prevista en el numeral 1° literal a) del artículo 277 del CPACA a las direcciones electrónicas obrantes a folios 89 y 146 del expediente.⁴

NOTIFÍQUESE personalmente esta providencia al Consejo Directivo de CARSUCRE, a través de su Presidente⁵. (Art. 277.2 Ib.).

NOTIFÍQUESE personalmente al agente del Ministerio Público (Art. 277.3 Ib.).

NOTIFÍQUESE por estado esta providencia al actor (Art. 277.4 Ib.).

INFÓRMESE a la comunidad la existencia del proceso por medio de la página web de esta Corporación (Art. 277.5 Ib.).

COMUNÍQUESE esta providencia a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado, por medio del buzón electrónico, la cual si así lo decide podrá intervenir en la oportunidad prevista en los artículos 277 y 279 del CPACA.

NEGAR la solicitud de suspensión provisional del acto acusado.”

LUCY JEANNETTE BERMÚDEZ BERMÚDEZ
Presidenta

ROCÍO ARAÚJO OÑATE
Consejera de Estado
CARLOS ENRIQUE MORENO RUBIO
Consejero de Estado
ALBERTO YEPES BARREIRO
Consejero de Estado

⁴ De conformidad con el inciso final del numeral 3° del artículo 291 del CGP cuando se conozca la dirección electrónica de quien deba ser notificado, la notificación podrá remitirse por el Secretario por medio de correo electrónico, el anterior trámite constituye notificación personal para todos los efectos legales. Estos correos electrónicos fueron aportados por la parte actora en el trámite de suspensión provisional.

⁵ El Gobernador de Sucre es el Presidente del Consejo Directivo de dicha Corporación Autónoma, por lo que podrá ser notificado en la dirección electrónica para notificaciones judiciales de que disponga esa entidad. De conformidad con el inciso final del numeral 3° del artículo 291 del CGP cuando se conozca la dirección electrónica de quien deba ser notificado, la notificación podrá remitirse por el Secretario por medio de correo electrónico, el anterior trámite constituye notificación personal para todos los efectos legales.

CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCIÓN QUINTA

Consejero ponente: ALBERTO YEPES BARREIRO

Bogotá, tres (3) de marzo de dos mil dieciséis (2016)

Radicación número: 11001-03-28-000-2015-00019-00

Actor: WILLIAM YESID IASSO

Demandado: CARLOS EMILIANO OÑATE GÓMEZ - RECTOR DE LA UNIVERSIDAD DEL CESAR

Asunto: Auto que: i) rechazó los recursos de reposición presentados por los terceros intervinientes contra la decisión de decretar la medida cautelar del acto a través del cual se designó al Rector de la Universidad Popular del Cesar y ii) Revocó, de oficio, la suspensión provisional decretada en auto de 3 de diciembre de 2015.

Extracto: “El recurso presentado por los terceros intervinientes debe ser rechazado, toda vez que, que su actuación procesal no está en armonía con la desplegada por la parte a la que apoya, esto es, al demandado.

En efecto, todos los recursos de reposición se formularon de manera autónoma por los impugnadores, pese a que el demandado decidió no reponer la medida cautelar decretada, lo cual como se explicó no es viable, pues el papel de los terceros intervinientes es secundar la actuación de la parte a la que acompañan.

En suma, y comoquiera que la participación de los intervinientes es accesoria y está en una relación inescindible con la conducta que adopte la parte a la cual “ayuda”, es evidente que los recursos presentados por los ciudadanos Madel Cecilia Martínez Villareal, Aristides de Jesús Morales Cáceres y Sandra Patricia Pallares Muñoz deben ser rechazados de plano, porque el señor Oñate Gómez, no presentó ninguna petición al respecto.

(...)

De la revocatoria de la medida cautelar originalmente decretada

(...)

Así las cosas, advierte la Sala que se configuran los presupuestos suficientes para proceder, en los términos del artículo 235 de la Ley 1437 de 2011, a la revocatoria de la medida de suspensión provisional originalmente decretada mediante providencia de 3 de diciembre de 2015.

(...)

Ocorre en este caso, que la sustentación de la medida cautelar, como pasará a explicarse en detalle, se efectuó, inicialmente, en la demanda originalmente presentada por el actor, y después, mediante escrito de 18 de agosto de 2015 en donde fuera posteriormente ampliada, todo lo anterior, antes de fenecer el término de caducidad de 30 días a que hace referencia el artículo 164, numeral 2) literal a) de la Ley 1437 de 2011.

En efecto, en la demanda original respecto a la solicitud de suspensión provisional, el actor afirmó:

“por tal motivo, solicito medida de suspensión provisional de los efectos de este acto administrativo como medida cautelar, de conformidad con el artículo 229 del CPACA. Como consecuencia de la vio-

lación flagrante y demostrada inhabilidades (sic) en los artículos 64 de la Ley 30 y 10 del Decreto 128 de 1976¹

Posteriormente, con escrito radicado en esta Corporación el día 18 de agosto de 2015² el Actor como sustento de la solicitud de suspensión provisional adujo que:

“Con funcionamiento en el art. 231 y 277 de la Ley 1437 de 2011, solicito se decrete la suspensión provisional del acto administrativo atacado. Por reunir los requisitos que establecen las normas señaladas en la demanda

Como argumento de esta solicitud remito a los argumentos utilizados en el acápite normas violadas.”³

Como puede observarse la justificación de la solicitud fue, de un lado, la presunta vulneración de los artículos 64 de la Ley 30 de 1992⁴ y 10 del Decreto 128 de 1976⁵ y, de otro, la remisión a las normas invocadas como vulneradas en el acápite de concepto de la violación de su demanda.

Revisado el acápite de normas violadas (fls 64-68) estas se refieren a los artículos 29 (Debido proceso) 69 (autonomía universitaria), y 209 (Principios de la Función Pública) de la Constitución Política, 3 (principios), 11 (Conflictos de interés y causales de impedimento y recusación) y 12 (Trámite de los impedimentos) de la Ley 1437 de 2011, 67 de la Ley 30 de 1993 (nuevamente) y el numeral 5º del artículo 275 del CPACA (causales de nulidad electoral: requisitos e inhabilidades).

Bajo este panorama, es claro que pese a que el Actor en efecto formuló en el folio 1 del escrito introductorio el cargo relativo a la insuficiencia de votos para la declaratoria de la elección demandada, aquel no sirvió como sustento de su solicitud de suspensión provisional, pues esta solo se fundamentó en la presunta inhabilidad del demandado para ser elegido rector.

(...)

Así, como el único de los aspectos que llevó a esta Sala a decretar la suspensión provisional del acto acusado, fue el relativo al de la insuficiencia de votos para la elección del demandado, se impone a la Sala revocar la medida cautelar inicialmente decretada mediante el numeral segundo del auto de 3 de diciembre de 2015, y así se resolverá en la parte resolutive de este proveído.

(...)

1 Folios 1 al 6 del expediente

2 Este documento fue radicado el último día del término de caducidad de la acción electoral, es decir, fue radicado oportunamente.

3 Folio 69 del expediente

4 Artículo 64. El consejo superior universitario es el máximo órgano de dirección y gobierno de la universidad y estará integrado por:

- a. El Ministro de Educación Nacional o su delegado, quien lo presidirá en el caso de las instituciones de orden nacional;
- b. El gobernador, quien preside en las universidades departamentales;
- c. Un miembro designado por el Presidente de la República, que haya tenido vínculos con el sector universitario;
- d. Un representante de las directivas académicas, uno de los docentes, uno de los egresados, uno de los estudiantes, uno del sector productivo y un ex rector universitario, y
- e. El rector de la institución con voz y sin voto.

Parágrafo 1º En las universidades distritales y municipales tendrán asiento en el consejo superior los respectivos alcaldes quienes ejercerán la presidencia y no el gobernador.

Parágrafo 2º Los estatutos orgánicos reglamentarán las calidades, elección y período de permanencia en el consejo superior, de los miembros contemplados en el literal d) del presente artículo.

5 Artículo 10º.- De la prohibición de prestar servicios profesionales. Los miembros de las juntas o consejos, durante el ejercicio de sus funciones y dentro del año siguiente a su retiro, y los gerentes o directores, dentro del período últimamente señalado, no podrán prestar sus servicios profesionales en la entidad en la cual actúa o actuaron ni en las que hagan parte del sector administrativo al que aquélla pertenece.

De la presunta inhabilidad alegada

(...)

La disposición que, a juicio del actor, se encuentra desconocida contempla:

“Decreto Ley 128 de 1976

(...)

“Artículo 10º.- De la prohibición de prestar servicios profesionales. Los miembros de las juntas o consejos, durante el ejercicio de sus funciones y dentro del año siguiente a su retiro, y los gerentes o directores, dentro del período últimamente señalado, no podrán prestar sus servicios profesionales en la entidad en la cual actúa o actuaron ni en las que hagan parte del sector administrativo al que aquélla pertenece.”

Así pues, de una lectura armónica del artículo 103 del Acuerdo N° 038 de 2004 con el artículo 10 del Decreto Ley 128 de 1976, se puede colegir que los miembros del Consejo Superior Universitario que gocen de la calidad de la empleados públicos durante el ejercicio de sus funciones y dentro del año siguiente a su retiro no podrán prestar sus servicios profesionales en la entidad en la cual actúa o actuaron.

Así las cosas, es claro que para ser sujeto pasivo de la inhabilidad es menester haberse desempeñado como miembro del Consejo Superior Universitario, pero bajo la calidad de empleado público.

Respecto a la calidad de los miembros de los Consejos Superiores Universitarios esta Corporación, tanto en la Sección Quinta⁶ como en la Sala Plena⁷ ha determinado que el solo hecho de integrar dichos consejos no concede a sus miembros la calidad de empleados públicos.

Al respecto se señaló: “no todos los integrantes de los Consejos Superiores de las Universidades Públicas tienen, por el sólo hecho de conformarlos y de cumplir en ellos funciones públicas, la calidad de empleados públicos.”⁸

En consecuencia, la Sala se reafirma en esta posición pues es evidente que no todas las personas que tienen asiento en el Consejo Superior Universitario detentan la calidad de empleado público, ya que aquel está conformado por una pluralidad de estamentos en los que se encuentran servidores públicos y particulares.

En el caso concreto, es claro que el representante de los Ex Rectores no es un empleado público, porque aquel carece de una vinculación legal y reglamentaria con la universidad del Cesar. De hecho, el artículo 19 del Acuerdo N° 001 de 1994 estipula como requisito para ser Representante de los Ex rectores: “No tener vínculo laboral o contractual de cualquier naturaleza con la Universidad del Cesar”⁹ lo cual descarta de plano que el demandado tenga vínculo como empleado público de dicho ente autónomo, pues de lo contrario no hubiese podido desempeñarse como representante de los ex rectores.

A lo anterior se suma, que en este momento procesal no obra ningún elemento probatorio que permita determinar que el demandado, al momento de su elección, detentaba la calidad de empleado público

6 Consejo de Estado, Sección Quinta, sentencia del 24 de agosto de 2005, radicado: 11001-03-28-000-2003-00041-01(3171) CP Darío Quiñones Pinilla Dte: Jorge Enrique Ibáñez Najar y Consejo de Estado, Sección Quinta, sentencia del 4 de marzo de 2011, radicado N° 11001-03-28-000-2010-00040-00. CP María Nohemí Hernández Pinzón. Dte: Ana María Angel Castaño.

7 Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, sentencia del 9 de noviembre de 2010, radicado N° 11001-03-15-000-2010-00921-00(PI), CP. Rafael E. Ostau De Lafont Pianeta. Dte: Cesar Julio Gordillo Núñez.

8 Ibídem.

9 Folio 213 del expediente

en otra entidad o institución, razón por la cual es claro que no está probada la inhabilidad endilgada y, por lo tanto, no es viable decretar la suspensión provisional del acto acusado.

Para el Actor, la elección del señor Oñate Gómez vulneró el Acuerdo N° 038 de 2004, pues aquel fungió como miembro del Consejo Superior Universitario en Representación de los Ex rectores hasta el 3 de febrero de 2015.

Al respecto, el párrafo del artículo 2° de Acuerdo N° 038 de 2004 dispone:

“Artículo segundo: Calidades y Requisitos: para ser rector se requiere

(...)

Parágrafo: No podrá ser rector de la Universidad Popular del Cesar quien haya ejercido funciones de dirección, administración o gobierno durante los tres meses anteriores a la fecha prevista para la designación.”

Bajo este panorama, la Sala encuentra que en este momento procesal, no es viable decretar la suspensión provisional del acto de elección, toda vez que, de las pruebas obrantes en el expediente se desprende que no se cumple con el lapso exigido en la normativa estatutaria, ya que el demandado renunció a su dignidad 5 meses antes de la elección.

En efecto, a folio 6 obra la renuncia presentada por el señor Oñate Gómez al cargo de Representante de los Ex Rectores el día 29 de enero de 2015 y en ella se lee:

“Por medio de la presente me permito presentar mi renuncia y retiro irrevocable de la representación que ostento ante este cuerpo colegiado en calidad de representante de los Ex rectores. Esto por motivos de tipo personal y familiar.”

(...)

De lo anterior se desprende, aun sin entrar a determinar si en el cargo de Representante de Ex rectores se ejerce función de “dirección, administración o gobierno”, que la inhabilidad alegada no se encuentra acreditada, pues al momento de la elección habían transcurrido 5 meses de la dimisión presentada por el señor Oñate Gómez y, por ello, es evidente que con base en el cargo de inhabilidad no es posible decretar la suspensión provisional solicitada.

En consecuencia, en la parte resolutive de esta providencia, se revocará el numeral segundo del auto del 3 de diciembre de 2015 y en su lugar se negará la medida cautelar por los motivos antes expuestos.

(...)

Sobre la solicitud de aclaración

Recuérdese que el Actor solicitó la aclaración del auto que decretó la suspensión provisional de los efectos del acto mediante el cual se eligió a Carlos Emiliano Oñate Gómez como rector de la UPC en el sentido que “se prevenga que el encargo de Rector en tanto dure la suspensión, se haga por parte del Ministerio de Educación y no por el Consejo de esa Universidad, lo anterior con el objeto de que sea más transparente y garantizada (sic) la acción de la justicia y del proceso”¹⁰.

No obstante, como la Sala en esta providencia, por disposición del artículo 235 del CPACA, ha decidido revocar la decisión de suspensión provisional originalmente deprecada, resulta inane pronunciarse respecto de la solicitud de aclaración allegada.”

10 Folio 326 del expediente.

Alberto Yepes Barreiro

Decisión: “RECHAZAR de plano los recursos de reposición formulados por los señores Madel Cecilia Martínez Villareal, Arístides de Jesús Morales Cáceres y Sandra Patricia Pallares Muñoz en su calidad de terceros intervinientes.

REVOCAR la medida cautelar originalmente decretada mediante el numeral segundo del Auto de 3 de diciembre de 2015, para en su lugar negar la medida cautelar por la razones expuestas.

NO EFECTUAR pronunciamiento en relación con la solicitud de aclaración presentada por el apoderado del Actor.

ADVERTIR que de conformidad con el artículo 295 del CPACA la presentación de peticiones impertinentes y recursos y nulidades improcedentes se toman como dilación del proceso y pueden ser sancionadas con multas de 5 a 10 SMMIV.

ADVERTIR que contra lo aquí decidido no procede recurso alguno en los términos del inciso segundo del artículo 236 del CPACA, del artículo 285 del Código General del Proceso y del inciso cuarto del artículo 318 de la misma norma.”

LUCY JEANNETTE BERMÚDEZ BERMÚDEZ
Presidenta

ROCÍO ARAÚJO OÑATE
Consejera de Estado
CARLOS ENRIQUE MORENO RUBIO
Consejero de Estado
ALBERTO YEPES BARREIRO
Consejero de Estado

* * *

CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCIÓN QUINTA

Consejero ponente: ALBERTO YEPES BARREIRO

Bogotá, D.C., tres (3) de marzo de dos mil dieciséis (2016)

Radicación número: 11001-03-28-000-2016-00027-00

Actor: ÁLVARO LUÍS CASTILLA FRAGOZO

Demandado: KALEB VILLALOBOS BROCHEL – DIRECTOR GENERAL DE LA CORPORACIÓN AUTÓNOMA REGIONAL DEL CESAR

Asunto: Auto que admite la demanda y niega la suspensión provisional de los efectos del acto acusado. Se solicita la nulidad la elección del demandado como director general de CORPOCESAR por su expedición irregular.

Extracto: “Corresponde a la Sala analizar si están comprobados, en esta etapa procesal, los cargos que alega el Actor; y en caso afirmativo, si desde este momento se vislumbra que aquellos son de tal entidad que impongan al juez electoral la necesidad de suspender los efectos jurídicos del acto cuya legalidad se estudia.

En ese orden, corresponde a la Sala verificar: (i) si se hayan probados los supuestos de hecho en los que el actor fundamenta la solicitud de la medida cautelar, y (ii) efectuar el análisis jurídico pertinente que permita verificar la materialización de los requisitos que conduzcan a la suspensión provisional.

El artículo 231 del C.P.A.C.A. prevé dos eventos en los cuales es viable decretar la suspensión provisional de un acto, así: “cuando se pretenda la nulidad de un acto administrativo, la suspensión provisional de sus efectos procederá por violación de las disposiciones invocadas en la demanda o en la solicitud que se realice en escrito separado, [primer evento] cuando tal violación surja del análisis del acto demandado y su confrontación con las normas superiores invocadas como violadas o [segundo evento] del estudio de las pruebas allegadas con la solicitud.” Estos dos supuestos son disímiles, pues la ocurrencia de uno u otro dependerá de las circunstancias particulares del caso puesto a consideración del juez.

En efecto, en el primer evento, se autoriza la suspensión provisional del acto cuando “la violación surja del análisis del acto demandado y su confrontación con las normas superiores invocadas como violadas”, es decir, cuando del examen del acto acusado y de las normas que se consideran infringidas se concluya que existe una vulneración al ordenamiento jurídico.

Al respecto, cabe recordar que en la actualidad, ya no es necesario que la violación sea ostensible como exigía el derogado Decreto 01 de 1984, sino que la nueva codificación avala que el juez efectué un verdadero análisis que permita no solo amparar en forma idónea y eficaz los derechos e intereses en juego sino hacer del mecanismo cautelar el recurso judicial efectivo que el legislador quiso implementar en nuestro ordenamiento.

Por su parte, el segundo evento en el cual es posible decretar la suspensión provisional del acto acusado, ocurre cuando la violación surge “del estudio de las pruebas allegadas con la solicitud”.

Sin embargo, en el caso concreto, la Sala observa que no se sustentó debidamente la medida cautelar, puesto que en dicha solicitud, contenida en la demanda, el actor se limitó a afirmar lo siguiente:

“7.1. Como quiera que existe suficiente evidencia probatoria documental de la flagrante vulneración del orden jurídico legal, constitucional y reglamentario originada dentro del proceso de convocatoria y selección que dio origen a la elección del Doctor Kaleb Villalobos Broche, como director general de CORPOCESAR, período 016 (sic) – 2019, solicito a usted de conformidad con lo autorizado por los artículos 231 y 277 del CPACA, la siguiente medida cautelar:

7.2. La suspensión provisional del acto administrativo acusado contenido en el Acuerdo 014 del 4 de Noviembre de 2015, mediante la (sic) cual el Consejo Directivo dispuso la elección del Doctor KALEB VILLALOBOS BROCHEL, como Director General de la Corporación Autónoma del Cesar <<CORPOCESAR>>”.

En relación con la necesidad de motivar la solicitud de suspensión provisional de los efectos del acto demandado, la Sala tuvo recientemente la oportunidad de pronunciarse en el siguiente sentido:

“Conviene precisar, que el actor propuso en el escrito de demanda la solicitud de la medida cautelar de suspensión provisional de los efectos del acto acusado únicamente en los siguientes términos:

“Honorable Magistrado, solicitamos que decrete la suspensión provisional de los actos administrativos contenidos en el Acuerdo número 118 de fecha diciembre 18 de 2015, expedido por el Consejo Superior de la Universidad de Córdoba ‘por el cual se designa al señor Jairo Torres Oviedo como rector de la Universidad de Córdoba, Código 0045, Grado20, para un periodo de tres años, a partir del 19 de diciembre de 2015` y el Acta de Posesión de fecha diciembre 18 de 2015 `Por el cual el señor Jairo Torres Oviedo, toma posesión del cargo de rector de la Universidad de Córdoba, Código 0045, Grado 20, designado por el Acuerdo número 118 de fecha diciembre 18 de 2015”.

Resulta evidente que la parte Actor omitió cumplir con la carga de sustentar su petición de suspensión provisional y tampoco anunció que para estos efectos la Sala se remitiera a los fundamentos de la demanda, situación que impone que su solicitud sea desestimada pues, el

incumplimiento de este requisito deviene en el desconocimiento de las razones normativas y fácticas por las cuales se pretende que los efectos jurídicos del acto de designación acusado deben ser suspendidos.

En este mismo sentido, la Sala en providencia de 9 de abril de 2015, precisó:

“Pues bien, esta Sección en diferentes oportunidades ha dejado claro que sustentar de manera precisa la solicitud de suspensión provisional obedece a expresa exigencia legal. Ello toma mayor relevancia cuando se controvierte un acto que declara una elección, es decir, que otorgó el derecho a una persona de acceder al ejercicio de un cargo. Para que sean suspendidos sus efectos la oposición a la norma debe surgir bien de la confrontación o por el examen de las pruebas que se acompañen con tal fin. A tal estudio no puede accederse cuando la petición carece de soporte.

Tal estado de cosas impone que el numeral segundo del auto del 30 de enero de 2015 proferido por el Tribunal Administrativo del Cauca que decretó la suspensión provisional del acto acusado sea revocado para, en su lugar, negar la medida cautelar solicitada”.

De acuerdo con lo expuesto la Sala admitirá la demanda y negará la solicitud de suspensión provisional requerida.”¹

Al igual que en el caso citado, en el sub judice el Actor omitió cumplir con la carga de sustentar la solicitud de la medida cautelar, toda vez que no precisó las normas violadas con base en las cuales la Sala debía adelantar el estudio de la suspensión provisional del acto demandado, ni hizo remisión al concepto de violación explicado en la demanda.”

Decisión: “ADMITIR la demanda de nulidad electoral presentada contra el acto de designación del señor Kaleb Villalobos Brochel, como Director General de CORPOCESAR, contenido en el Acuerdo 014 de 4 de noviembre de 2015, expedido por el Consejo Directivo de este ente autónomo. En consecuencia se dispone:

NOTIFICAR a Kaleb Villalobos Brochel y a su apoderado judicial, de conformidad con el literal a) del numeral 1º del artículo 277 de la Ley 1437 de 2011, a la dirección electrónica obrante a folios 74 y 112, respectivamente, del expediente.²

NOTIFICAR personalmente al del Consejo Directivo de CORPOCESAR, a través de su Presidente, y a su apoderado, de acuerdo con lo dispuesto en el numeral 2º del artículo 277 de la Ley 1437 de 2011, a las direcciones electrónicas obrantes a folio 177 del expediente.³

NOTIFICAR personalmente al señor Agente del Ministerio Público ante esta Sección como lo dispone el numeral 3º del artículo 277 de la Ley 1437 de 2011.

NOTIFICAR por estado a la parte actora.

INFORMAR a la comunidad la existencia del proceso como lo ordena el numeral 5º del artículo 277 de la Ley 1437 de 2011.

1 Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta. Radicación 11001-03-28-000-2016-00014-00. Auto de 18 de febrero de 2016.

2 De conformidad con el inciso final del numeral 3º del artículo 291 del C.G.P. cuando se conozca la dirección electrónica de quien deba ser notificado, la notificación podrá remitirse por el Secretario por medio de correo electrónico, el anterior trámite constituye notificación personal para todos los efectos legales.

3 De conformidad con el inciso final del numeral 3º del artículo 291 del C.G.P. cuando se conozca la dirección electrónica de quien deba ser notificado, la notificación podrá remitirse por el Secretario por medio de correo electrónico, el anterior trámite constituye notificación personal para todos los efectos legales.

COMUNICAR esta providencia a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado, por medio del buzón electrónico, la cual si así lo decide podrá intervenir en la oportunidad prevista en los artículos 277 y 279 de la Ley 1437 de 2011.

NO DECRETAR la suspensión provisional solicitada por el Actor, con fundamento en los motivos expuestos en la parte motiva de esta providencia.

RECONOCER al señor Juan Manuel Claros Useche, identificado con C.C. número 1.136.880.975 de Bogotá y T.P. número 236.707 del C.S. de la J., como apoderado judicial del señor Kaleb Villalobos Brochel, conforme a los términos y condiciones del poder conferido obrante a folio 99.”

LUCY JEANNETTE BERMÚDEZ BERMÚDEZ
Presidenta

ROCÍO ARAÚJO OÑATE
Consejera de Estado
CARLOS ENRIQUE MORENO RUBIO
Consejero de Estado
ALBERTO YEPES BARREIRO
Consejero de Estado
Aclara Voto

Aclaración de voto del Consejero Alberto Yepes Barreiro

Extracto: “Con el acostumbrado respeto por las decisiones de esta Sección, me permito exponer las razones por las cuales aclaro el voto respecto de la decisión adoptada en el auto de la referencia de no decretar la medida cautelar por su indebida sustentación.

En el auto aprobado por decisión mayoritaria de la Sala, se afirma que “(...) en el sub judice el demandante omitió cumplir con la carga de sustentar la solicitud de la medida cautelar, toda vez que no precisó las normas violadas con base en las cuales la Sala debía adelantar el estudio de la suspensión provisional del acto demandado, ni hizo remisión al concepto de violación explicado en la demanda (...) A pesar de que el demandante no realizó una remisión expresa al concepto de la violación, los demás integrantes de la Sala no debieron perder de vista que al recorrer el traslado de dicha solicitud el demandado, el Consejo Directivo de CORPOCESAR y el Agente del Ministerio Público consideraron que la medida cautelar de suspensión provisional de los efectos del acto sub judice había sido solicitada con base en los mismos fundamentos expuestos en el texto de la demanda, razón por la cual se pronunciaron respecto de cada uno de los cargos allí propuestos.

Por lo tanto, considero que no se hubiera violado el debido proceso y el derecho a la contradicción de las partes y sujetos procesales vinculados al presente proceso, si en la providencia se hubiese realizado el estudio de la solicitud de la medida cautelar con fundamento en los cargos contenidos en el concepto de la violación de la demanda.

En todo caso, considero que en esta etapa procesal el actor no demostró con suficiencia los vicios censurados contra el acto por el cual se designó al señor Kaleb Villalobos Brochel como Director General de CORPOCESAR, razón por la cual comparto la decisión de no decretar la suspensión provisional de sus efectos. (...)”

CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCIÓN QUINTA

Consejero ponente: ALBERTO YEPES BARREIRO

Bogotá, tres (3) de marzo de dos mil dieciséis (2016).

Radicación número: 05001-23-33-000-2015-02494-01

Actor: CARLOS MARIO URIBE ZAPATA

Demandado: CONCEJALES DEL MUNICIPIO DE MEDELLÍN

Asunto: Auto que confirma el rechazo de la demanda por falta de agotamiento del requisito de procedibilidad en materia electoral. Se demanda la elección de los concejales de Medellín por la causal de falsedad de documentos electorales.

Extracto: *“En los procesos de nulidad electoral fundados en el numeral 3º del artículo 275 del C.P.A.C.A., el Actor debe demostrar, como requisito de procedibilidad para acceder a la jurisdicción de lo contencioso administrativo, que la irregularidad por la cual se demanda el acto electoral fue puesta en conocimiento de las autoridades administrativas con antelación a la declaratoria de la elección.*

De manera reciente la Sala precisó lo siguiente sobre el agotamiento del requisito de procedibilidad en materia electoral:

“De conformidad con lo dispuesto en el artículo 161.6 del C.P.A.C.A., cuando se invoquen como causales de nulidad del acto de elección por voto popular, aquellas contenidas en los numerales 3º y 4º del artículo 275 del mismo Código, es requisito de procedibilidad haber sido sometido por cualquier persona antes de la declaratoria de la elección, a examen de la autoridad administrativa electoral correspondiente. (...)

Por su parte, el artículo 237 Constitucional, adicionado en su numeral 7º por el Acto Legislativo número 01 de 2009 estableció como requisito de procedibilidad para el ejercicio del medio de control de nulidad electoral, la obligación de exponer previamente los presuntos vicios y causales de irregularidad en el proceso de votación y escrutinio ante las autoridades electorales respectivas; esta exigencia fue recogida en el artículo 139 del C.P.A.C.A., que estableció que en elecciones por voto popular, las decisiones adoptadas por las autoridades electorales que resuelvan sobre reclamaciones o irregularidades respecto de la votación o de los escrutinios, deberán demandarse junto con el acto que declara la elección; y que, para ello, el Actor debe precisar en qué etapas o registros electorales se presentan las irregularidades o vicios que inciden en el acto de elección.

En relación con el requisito de procedibilidad, la Sala ha determinado que las siguientes son las características que lo informan: i) legitimación: se predica de cualquier ciudadano en razón a la naturaleza pública del contencioso electoral. No puede exigirse correspondencia entre quien plantea las irregularidades ante la autoridad electoral y quien acude al contencioso electoral, pues puede existir coincidencia, como puede no haberla; ii) oportunidad: la solicitud que se eleva con tal propósito debe ejercitarse con anterioridad a la declaratoria de elección; iii) objeto: obtener de la autoridad electoral en sede administrativa, ante la inmediatez de la prueba y con los recursos logísticos que posee; introducir correctivos que protejan la verdad electoral, lo que a la vez contribuye a racionalizar la labor judicial; iv) consecuencia jurídica: La solicitud permite que frente a las mismas censuras planteadas

ante la autoridad electoral se pueda concurrir a ejercitar la acción de nulidad electoral, con independencia de si fueron decididas o no¹.²

Abora bien, debido a que el agotamiento del requisito de procedibilidad es un requisito formal señalado en la ley para poder demandar el acto electoral, su falta de demostración origina la inadmisión de la demanda según lo dispuesto en el artículo 276 del C.P.A.C.A., el cual otorga al Actor un término de tres (3) días para poder subsanar este defecto.

La Sala considera que este plazo es perentorio e improrrogable, razón por la cual la obligación del actor de subsanar la demanda, la cual es de resultado,³ debe ser cumplida estrictamente dentro del término previsto en el artículo 276 Ibidem, y no después.

Por lo tanto, dicho término no puede ser ampliado mediante la interposición de recursos contra el auto que rechaza la demanda, como lo pretende realizar el apoderado de la parte Actor en el sub judice, al allegar la prueba del agotamiento del requisito procedibilidad con el escrito de impugnación dirigido contra el auto proferido el 20 de enero de 2016 por el Tribunal Administrativo de Antioquia.

Aceptar lo contrario llevaría al absurdo que en cualquier evento en el que no se subsane oportunamente, el Actor pueda hacerlo posteriormente, a través del recurso dirigido contra el auto que ordenó su rechazo por no haberse corregido la demanda dentro de la oportunidad legalmente establecida, en desconocimiento del carácter obligatorio y perentorio de los términos procesales.

Así mismo, la justificación aducida por el actor según la cual no tenía en su poder los documentos que acreditaban el agotamiento del requisito de procedibilidad, por lo que tuvo que esperar la respuesta a la petición que elevó para tal fin ante la Registraduría Especial de Medellín, no es de recibo, toda vez que el actor debió haber sido diligente y obtener copia de las reclamaciones electorales presentadas antes de interponer la demanda, o, a lo sumo, dentro del término concedido por el Tribunal para subsanarla.

En cualquier caso, la Sala destaca que los documentos allegados inicialmente por el actor al momento de subsanar la demanda, en lo concerniente al agotamiento del requisito de procedibilidad, no son suficientes para demostrar su cumplimiento por las siguientes razones:

- *Con el escrito de subsanación de la demanda, el Actor allegó copia simple del auto 004 de 30 de octubre de 2015, por medio del cual la Comisión Escrutadora Principal de Medellín resolvió el recurso de apelación interpuesto por la testigo electoral María Alejandra Henao Rivera contra la decisión adoptada por la Comisión Escrutadora Auxiliar 49 que rechazó la reclamación interpuesta por extemporaneidad. En el texto de este auto se expresa que en la reclamación interpuesta no se precisaron los puestos, zona, o mesa en las que se presentaron las irregularidades denunciadas. Así mismo, se confirma la decisión recurrida porque la reclamación no fue presentada ante los jurados de votación y debido a que se fundó en una causal inaplicable al caso concreto.*

Este documento, por si solo, no es válido para demostrar el agotamiento del requisito de procedibilidad porque: (i) no se especificaron ante las autoridades administrativas los puestos, zonas y mesas en los que supuestamente se presentó la irregularidad denunciada por la reclamante

1 Ver entre otras, Sentencias de 1° de noviembre de 2012, Radicación: 11001-03-28-0.00-2010-00086-00 y 11001-03-28-000-2010-00102-00; 18 de abril de 2013, Radicación número 85001-23-31-000-2011-00189-01; y 10 de abril de 2014 Radicación 76001233100020110179102.

2 Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta. Radicación 6300123330002015-00318-01. Auto de 28 de enero de 2016. En el salvamento de voto presentado por el actual ponente respecto de esta providencia fueron expresadas las razones por las cuales no fue compartida la posición de la Sala respecto del agotamiento del requisito de procedibilidad en materia electoral, a pesar de lo cual se advirtió que en adelante dicho precedente será acatado por constituir una regla de derecho.

3 En ese sentido ver el auto de ponente proferido el 09 de febrero de 2016, Radicación 11001-03-28-000-2016-00021-00.

y que ahora son objeto del proceso de nulidad electoral; (ii) este auto no permite determinar precisamente cuáles fueron las irregularidades puestas en conocimiento de las autoridades electorales; (iii) consecuentemente, este documento no permite definir si las diferencias de resultados contenidos en los formularios E-14 y E-24 objeto del presente proceso de nulidad electoral fueron puestas en conocimiento de las autoridades administrativas, de manera previa a la declaratoria de la elección.

- *Las peticiones elevadas por el Actor ante la Registraduría Especial de Medellín, el Consejo Nacional Electoral y la Personería de Medellín, en las que denuncia supuestas irregularidades en la elección de Concejales para el municipio de Medellín, las cuales fueron allegadas con el escrito de subsanación de la demanda, tampoco son válidas para agotar el requisito de procedibilidad debido a que algunas de estas fueron presentadas ante autoridades ajenas a la organización electoral o autoridades electorales no competentes, como en el caso de la Personería de Medellín o la Registraduría Especial de Medellín.*

Adicionalmente, las demás peticiones dirigidas ante las autoridades electorales fueron presentadas con posterioridad a la declaratoria de la elección, como lo evidencia su objeto consistente en obtener la revocatoria del acto que declaró la elección del candidato Ricardo León Yépez Pérez, razón por la cual, según lo señalado en el previamente citado auto de 28 de enero de 2016 de la Sección, el requisito de procedibilidad no fue agotado oportunamente en el sub judice.

Consecuentemente, debido a que el actor no demostró oportunamente haber agotado el requisito de procedibilidad en materia electoral, la Sala confirmará la providencia recurrida.”

Decisión: CONFIRMAR el auto proferido el 20 de enero de 2016 por el Tribunal Administrativo de Antioquia que rechazó la demanda de nulidad electoral interpuesta por el señor Carlos Mario Uribe Zapata contra el acto que declaró la elección de los Concejales del municipio de Medellín, por las razones expuestas en esta providencia.

ADVERTIR a los sujetos procesales que contra lo resuelto no procede ningún recurso.”

LUCY JEANNETTE BERMÚDEZ BERMÚDEZ
Presidenta

ROCÍO ARAÚJO OÑATE
Consejera de Estado
CARLOS ENRIQUE MORENO RUBIO
Consejero de Estado
ALBERTO YEPES BARREIRO
Consejero de Estado

* * *

CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCIÓN QUINTA

Consejero ponente: ALBERTO YEPES BARREIRO

Bogotá, D.C., tres (3) de marzo de dos mil dieciséis (2016)

Radicación número: 11001-03-28-000-2016-00007-00

Actor: RICARDO MENDOZA CARPINTERO

Demandado: REPRESENTANTES DE LAS ENTIDADES SIN ÁNIMO DE LUCRO ANTE EL CONSEJO DIRECTIVO DE LA CORPORACIÓN AUTÓNOMA REGIONAL DEL ATLÁNTICO “CRA”

Asunto: Auto que admite la demanda y niega la solicitud de suspensión provisional de los efectos del acto acusado. Se solicita la nulidad del acto por el cual fueron elegidos los representantes de las entidades sin ánimo de lucro ante la CRA por su expedición irregular, dado que se habilitaron 154 entidades sin ánimo de lucro por parte del Comité Evaluador de la CRA que no reunían los requisitos que contempla la ley para su postulación.

Extracto: “(...) Como se explicó, la parte actora solicitó en una primera oportunidad la suspensión provisional del acto demandado, sin expresar motivo alguno que la sustentara. Luego, en un segundo memorial acusa que las elecciones de los representantes de las entidades sin ánimo de lucro de la Corporación Autónoma Regional del Atlántico - CRA, estuvieron precedidas de la habilitación irregular de 154 entidades, pese a que no cumplían los requisitos para intervenir en dicho proceso.

En ese orden, corresponde a la Sala verificar si la solicitud elevada por el actor amerita un pronunciamiento en atención a que solo vino a sustentarse en un segundo escrito, lo que impone verificar su oportunidad a efectos de establecer si es posible que tal pedimento se realice antes de que la demanda se admita.

Estos interrogantes deben resolverse teniendo en cuenta el trámite que se ha adelantado en este proceso, así:

El señor Ricardo Mendoza Carpintero, a través de apoderado judicial, presentó demanda de nulidad electoral¹ contra el acto del 10 de octubre de 2015, a través del cual se eligió a los señores: Asleth Ortega Mora, Rafael Ladrón de Guevara (suplente), Juan Urquijo Cárcamo y Amaury Trujillo Burgos (suplente) como representantes de las ONG ante el Consejo Directivo de la Corporación Autónoma Regional del Atlántico - en adelante CRA -, y junto con su escrito pidió la suspensión provisional de los efectos del acto demandado.

Por auto del 26 de enero de 2016 el Despacho Ponente inadmitió la demanda para que el actor corrigiera la indebida acumulación de pretensiones, para lo cual debía dividir su escrito en cinco (5) demandas y con fundamento en ello formular el concepto de la violación respecto del cargo objetivo y de los reclamos por faltas de requisitos e inhabilidades de los cuatro (4) elegidos (causales subjetivas). También se pidió que aportara copia íntegra del acto acusado con la constancia de su publicación.

El término para corregir la demandada estuvo comprendido entre el 28 de enero y el 1° de febrero de 2016.

En atención a lo ordenado por dicha providencia, el 1° de febrero de 2016, el apoderado judicial del Actor, a través de correo electrónico² remitió demanda de nulidad electoral en la cual, reiteró la controversia suscitada por causales objetivas contra la elección de los representantes de las ONG's ante el Consejo Directivo de la CRA y, junto con este escrito, remitió una nueva solicitud de medida cautelar, esta vez su argumentación se fundó en lo siguiente:

“Acatadamente solicitamos a los honorables Consejeros que dentro del auto admisorio de la demanda se decrete la suspensión provisional del proceso de convocatoria, evaluación y elección emitido (sic) CORPORACIÓN AUTONOMA REGIONAL DEL ATLANTICO - CRA, por medio de la cual se habilitó de manera irregular a 154 ONG's a participar en el proceso de votación y elección de dos (2) representantes de las entidades sin ánimo de lucro, ante el Consejo Directivo de esa Corporación, para ocupar los cargos para el período comprendido entre los años 2016 a 2019.

1 La demanda se presentó el 11 de noviembre de 2015, fecha en que se sometió a reparto la acción electoral ante los magistrados del Tribunal Administrativo del Atlántico, Corporación que luego remitió por competencia la demanda a esta Sección.

2 En dicho correo electrónico señaló que el soporte documental lo enviaba por servicio postal y tal como da cuenta el informe secretarial fue recibido el 8 de febrero de 2016 en la oficina de correspondencia por la citadora de la Sección según se aprecia al folio 350 vto.

Lo anterior teniendo en cuenta que los candidatos electos a través del proceso irregular, ya están ejerciendo el cargo en el que fueron elegidos, gracias a un proceso de elección amañado, torticero, mañoso, arreglado, como se ilustró con suficiencia en el libelo demandatorio.

Dentro del cuerpo de la demanda se logró demostrar sumariamente la legitimación en causa objetiva del Actor, quien ostenta la titularidad del derecho reclamado, así como también la existencia de un perjuicio irremediable al Actor y se indicó que existen serios motivos para considerar que, de no otorgarse la medida deprecada, los efectos de la sentencia se bariarían nugatorios.”

Bajo estas consideraciones debe señalarse que de conformidad con lo previsto en el artículo 231 del C.P.A.C.A., son dos eventos en los cuales es viable decretar la suspensión provisional de un acto, así: “cuando se pretenda la nulidad de un acto administrativo, la suspensión provisional de sus efectos procederá por violación de las disposiciones invocadas en la demanda o en la solicitud que se realice en escrito separado, [primer evento] cuando tal violación surja del análisis del acto demandado y su confrontación con las normas superiores invocadas como violadas o [segundo evento] del estudio de las pruebas allegadas con la solicitud.”. Estos dos supuestos son disimiles, pues la ocurrencia de uno u otro dependerá de las circunstancias particulares del caso puesto a consideración del juez.

*En el **primer evento**, se autoriza la suspensión provisional del acto cuando “la violación surja del análisis del acto demandado y su confrontación con las normas superiores invocadas como violadas”, es decir, cuando del examen del acto acusado y de las normas que se consideran infringidas se concluya que existe una vulneración al ordenamiento jurídico.*

Al respecto, cabe recordar que en la actualidad, ya no es necesario que la violación sea ostensible como exigía el derogado Decreto 01 de 1984, sino que la nueva codificación avala que el juez efectúe un verdadero análisis que permita no solo amparar en forma idónea y eficaz los derechos e intereses en juego sino hacer del mecanismo cautelar el recurso judicial efectivo que el legislador quiso implementar en nuestro ordenamiento.

*Por su parte, es posible en el **segundo evento** decretar la suspensión provisional del acto acusado, cuando la violación surge “del estudio de las pruebas allegadas con la solicitud”.*

Bajo las anteriores consideraciones es preciso traer a colación el siguiente precedente, en el que se hicieron las precisiones necesarias sobre la interpretación del artículo 277 del C.P.A.C.A., frente a que la solicitud de suspensión provisional “debe solicitarse en la demanda”:

“[...] La Sala tiene en cuenta que si bien es cierto el inciso final del artículo 277 del C.P.A.C.A. establece literalmente que la solicitud de suspensión provisional “debe solicitarse en la demanda”, tal expresión, en aras de garantizar el acceso a la administración de justicia, al tiempo que la tutela judicial efectiva, no puede entenderse de una manera exegética.

Para mayor claridad sobre el punto, se precisa que de conformidad con el artículo 277 del C.P.A.C.A., existen dos posibles interpretaciones frente a la oportunidad en la que se puede solicitar la medida cautelar de suspensión provisional, en el marco de un proceso electoral: (i) ésta solo puede presentarse en la demanda y; (ii) o con posterioridad a la presentación de ésta, siempre y cuando la solicitud se haya presentado antes de la admisión de la demanda y en vigencia del término de caducidad, independientemente de que se radique con la misma, o posteriormente en escrito separado, corresponde al juez hacer el estudio de la misma.

[...]

En suma, la Sala, al interpretar la expresión “debe solicitarse en la demanda” entiende que con la misma no se exige, literalmente, que se trate de un capítulo en ella contenido, sino que, ella se impetre dentro del término de caducidad y previamente a la admisión de la misma.

Lo contrario conllevaría un exceso ritual manifiesto que daría lugar a que un ciudadano que se encuentre en la situación fáctica antes descrita, es decir, que presente un escrito adicional dentro del término de caducidad y con antelación a su admisión, se vea obligado a retirar³ la demanda para volverla a presentar, esta vez, con el capítulo de la solicitud provisional.⁷⁴ (Subrayas y resalta fuera del texto).

En el caso bajo examen, atendiendo a los anteriores presupuestos se concluye que no es posible adelantar el análisis de la solicitud planteada por el actor, por cuanto el primero de los escritos que éste presentó junto con la demanda, si bien se hizo en término, esto es, en observancia del plazo fijado por el legislador como caducidad de la acción electoral, carece de sustentación, pues de su lectura se aprecia que se limitó a pedir tan solo la suspensión de los efectos del acto acusado, sin explicar las razones de su reclamo.

Por su parte, si bien existe otro memorial - radicado el 1° de febrero de 2016 - con el cual pretende el actor se analice la solicitud de la medida cautelar de cara a los argumentos que conforman el concepto de violación de la demanda, el mismo se presentó por fuera del término⁵ que prevé el literal a) del numeral 2° artículo 164 del C.P.A.C.A. para el ejercicio de la acción electoral, en tanto tal plazo para ello feneció el 25 de noviembre de 2015.

Así las cosas, la Sala no puede asumir un análisis frente a los argumentos que allí se esgrimen con remisión al escrito de demanda por cuanto el memorial que se presentó si bien se presentó antes de admitir la demanda, para tal momento ya había vencido la oportunidad para accionar en ejercicio de la acción electoral. Este es el límite temporal o plazo que ha entendido esta Sección de manera reiterada para hacer viable el análisis de la medida de suspensión provisional en este medio de control.

Esta decisión impide abordar el análisis pretendido por extemporáneo y, en consecuencia, tampoco hay lugar a examinar en esta etapa procesal las pruebas que aportó con el escrito de corrección de la demanda.

En consecuencia, al carecer la primera de las peticiones de sustento argumentativo y probatorio, que fue la presentada en oportunidad, y al haberse presentado el segundo escrito, de manera extemporánea⁶, esta Sala negará la medida solicitada.

Finalmente, es del caso advertir que se abstendrá de emitir pronunciamiento frente a la solicitud de exclusión del trámite de la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado, comoquiera que quien

3 Que no a desistir. Recuerda la sala que el desistimiento y el retiro son figuras procesales distintas y que la primera de ellas no es admisible en tratándose de procesos electorales.

4 Consejo de Estado - Sección Quinta. Auto del veintisiete (27) de junio de dos mil trece (2013). Radicación N° 11001-03-28-000-2013-00008-00.

5 El escrito se presentó el 1 de febrero de 2016 según da cuenta la impresión del correo electrónico visible al folio 307 del expediente mientras que el plazo para presentar la demanda de nulidad electoral atendiendo a la fecha de publicación del acto acusado, venció el **25 de noviembre de 2015**.

6 Esta Sección ha reiterado en diversas oportunidades la posición esgrimida. Al respecto se pueden consultar, entre otras, las siguientes providencias: i) Consejo de Estado, Sección Quinta, auto del 26 de noviembre de 2015, radicación N° 11001-03-28-000-2015-00023-00 C.P. dra. Lucy Jeannette Bermúdez, Consejo de Estado, Sección Quinta, ii) auto del 26 de noviembre de 2015, radicación N° 11001-03-28-000-2015-00026-00 C.P. dra. Lucy Jeannette Bermúdez, Consejo de Estado, Sección Quinta, iii) auto del 4 de febrero de 2016, radicación N° 11001-03-28-000-2016-00003-00, C.P. dr. Carlos Enrique Moreno, Consejo de Estado, Sección Quinta, iv) auto del 7 de septiembre de 2015, radicación N° 11001-03-28-000-2015-00020-00, C.P. dr. Carlos Enrique Moreno, Consejo de Estado, Sección Quinta y v) auto del 5 de junio de 2015, radicación N° 11001-03-28-000-2014-00129-00 CP. Lucy Jeannette Bermúdez, en este último se establece que “las disposiciones precisan que la medida cautelar i) se debe solicitar con fundamento en el mismo concepto de violación de la demanda, o en lo que el Actor sustente al respecto en escrito separado -**siempre que se encuentre en término para accionar**- o en la misma demanda, pero en todo caso que sea específica y propia para la procedencia de la medida excepcional, o una expresa remisión a que el apoyo de la medida se soporta en el concepto de violación y ii) al resolver se debe indicar si la violación de las disposiciones invocadas surge de la confrontación entre el acto demandado y las normas superiores invocadas como violadas o del estudio de las pruebas allegadas con la solicitud”. (Subrayas fuera de texto)

elevó tal solicitud, no acreditó la representación con la que obra ni el acto de delegación que la faculta para actuar en este proceso.”

Decisión: “ADMITIR la demanda electoral instaurada contra los señores: Asleth Ortega Mora y su suplente, Rafael Ladrón de Guevara; y Juan Urquijo Cárcamo y su suplente, Amaury Trujillo Burgos, en su condición de representantes de las entidades sin ánimo de lucro ante el Consejo Directivo de la Corporación Autónoma Regional del Atlántico - CRA. Por lo anterior se dispone:

NOTIFÍQUESE personalmente esta providencia a los señores: Asleth Ortega Mora y su suplente, Rafael Ladrón de Guevara; y Juan Urquijo Cárcamo y su suplente, Amaury Trujillo Burgos, y a su apoderado, en la forma prevista en el numeral 1° literal a) del artículo 277 del C.P.A.C.A. a las direcciones electrónicas⁷ informadas por la CRA mediante correo visible al folio 375 y según escrito visible al folio 391 del expediente, respectivamente.

NOTIFÍQUESE personalmente esta providencia al Consejo Directivo de la Corporación Autónoma Regional del Atlántico, a través de su Presidente⁸. Para tal efecto se acudirá al mecanismo establecido en el numeral 2° del artículo 277 del CPACA, mediante mensaje dirigido al buzón para notificaciones judiciales. (Art. 277.2 Ib.).

NOTIFÍQUESE personalmente al agente del Ministerio Público (Art. 277.3 Ib.).

NOTIFÍQUESE por estado esta providencia al actor (Art. 277.4 Ib.).

INFÓRMESE a la comunidad la existencia del proceso por medio de la página web de esta Corporación (Art. 277.5 Ib.).

COMUNÍQUESE esta providencia a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado, por medio del buzón electrónico, la cual si así lo decide podrá intervenir en la oportunidad prevista en los artículos 277 y 279 del C.P.A.C.A.

NEGAR la solicitud de suspensión provisional del acto acusado.

ABSTENERSE de emitir pronunciamiento respecto de la solicitud de desvinculación elevada por la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado, por la razón esgrimida en la parte motiva de esta providencia.

RECONOCER personería al doctor Fernando Antonio Castillo Solano en los términos y para los efectos de los poderes conferidos mediante el memorial visible al folio 382 a 385 del expediente, en condición de apoderado de los aquí demandados.”

LUCY JEANNETTE BERMÚDEZ BERMÚDEZ
Presidenta

ROCÍO ARAÚJO OÑATE
Consejera de Estado
CARLOS ENRIQUE MORENO RUBIO
Consejero de Estado
ALBERTO YEPES BARREIRO
Consejero de Estado

7 De conformidad con el inciso final del numeral 3° del artículo 291 del CGP cuando se conozca la dirección electrónica de quien deba ser notificado, la notificación podrá remitirse por el Secretario por medio de correo electrónico, el anterior trámite constituye notificación personal para todos los efectos legales. Estos correos electrónicos fueron aportados por la Corporación Autónoma del Atlántico - CRA en el trámite del traslado de la suspensión provisional.

8 El Gobernador del Atlántico es el Presidente de la Asamblea Corporativa de la CRA, según el artículo 18 de los Estatutos, su notificación se efectuará a la dirección electrónica que para el efecto disponga la gobernación.

CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCIÓN QUINTA

Consejero ponente: ALBERTO YEPES BARREIRO

Bogotá, diez (10) de marzo de dos mil dieciséis (2016)

Radicación número: 20001-23-39-003-2015-00583-01

Actor: ROBERTO CARLOS CASTRO ROMERO

Demandado: VÍCTOR JULIO ALVARADO BOLAÑOS – CONCEJAL DE VALLEDUPAR

Asunto: Auto que confirmó la decisión de no declarar probada la excepción previa de inepta demanda formulada por la parte demandada, proferida por el Tribunal Administrativo del Cesar en audiencia inicial de 11 de febrero de 2016.

Extracto: “Finalmente y respecto al trámite de las excepciones previas, la Sala desea resaltar que según lo estipulado con el parágrafo segundo del artículo 175 del CPACA¹, disposición aplicable al proceso electoral porque no es incompatible con su naturaleza, cuando se presenten esta clase de excepciones, corresponderá a la secretaria, sin auto que lo ordene, dar traslado de las mismas por el término de 3 días.²

La anterior precisión, se hace necesaria, toda vez que, revisado el proceso de la referencia la Sección encontró que en el sub judice dicho trámite se omitió. Sin embargo, es de anotar que aquella irregularidad no tiene la virtualidad de viciar la actuación, comoquiera que dicho vicio quedo subsanado en la audiencia inicial del 11 de febrero de 2016.

En efecto, en la referida diligencia el magistrado ponente determinó que el proceso estaba **totalmente saneado**³, decisión que quedo en firme, ya que no fue recurrida por las partes. En este orden corresponde, **exhortar** a la Secretaria del Tribunal Administrativo del Cesar, para que en próximas oportunidades realice, en los procesos electorales, el traslado de que trata el parágrafo segundo del artículo 175 del CPACA.

(...)

5. Caso concreto

Con el objeto de dilucidar el problema jurídico antes expuesto y por efectos metodológicos en primer lugar, se analizará la excepción de inepta demanda por “no demostración del cargo de violación referente a la inhabilidad invocado (sic) en la demanda”, la cual se configura, a juicio del demandado, porque no se demostró la afirmación contenida en la demanda según la cual Víctor Julio Alvarado Bolaños y Mercedes Omaira Alvarado Bolaño, son hermanos.

Al respecto, la Sala Electoral del Consejo de Estado encuentra que la excepción no tiene vocación de prosperidad, toda vez que, la falta de prueba de los fundamentos de la demanda no la hace inepta.

En efecto, la excepción de inepta demanda solo se materializa cuando el Actor no satisface los requerimientos consagrados en los artículos 162 y siguientes del CPACA, situación que no ocurre en el sub

1 El Artículo 175 del CPACA **PARÁGRAFO 2o.** dispone “Cuando se formulen excepciones se correrá traslado de las mismas por secretaria, sin necesidad de auto que lo ordene, por el término de tres (3) días.”

2 Trámite que en efecto se surte por la Secretaría de la Sección Quinta, sin auto que lo ordene, en todos los procesos electorales cuyo conocimiento corresponde a esta Sección.

3 Al respecto en el folio 127 del expediente se lee: “el Despacho advierte que no existen irregularidades ni posibles nulidades dentro del proceso que puedan enmarcarse en el artículo 133 del Código General del Proceso, que deban ser objeto de saneamiento”.

examine, pues el libelo introductorio presentado por el señor Castro Romero a través de apoderado, cumplió con los requisitos contemplados en la ley.

Ahora bien, es cierto que i) a las partes les corresponde probar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen, artículo 167 del CGP; y ii) en la demanda deberán aportarse todas pruebas documentales en poder del Actor, artículo 162.5 CPACA.

Frente al primer aspecto, para la Sala es claro que será en la sentencia en donde se defina si están probadas o no la materialización de la causal de nulidad del acto acusado. En caso negativo, es decir, si no se logra probar que el acto está viciado de nulidad, no se configura la excepción de inepta demanda, sino que constituye el incumplimiento de la carga procesal consistente en desvirtuar la legalidad del acto de elección.

En cuanto al segundo, debe señalarse que justamente ese es el objeto del proceso, pues a partir de la demostración del parentesco es que se hace el análisis de la inhabilidad endilgada. En otras palabras, solo si en el desarrollo del proceso se logra acreditar el parentesco, se analizarán los demás supuestos de la inhabilidad, esto es, el ejercicio autoridad civil, política, administrativa o militar en el respectivo municipio o distrito dentro de los doce (12) meses anteriores a la elección (factores objetivo y temporal).

*De otra parte, para la Sala es razonable considerar que el Actor no **debía** tener en su poder los registros civiles de nacimiento de Víctor Julio Alvarado Bolaños y Mercedes Omaira Alvarado Bolaño, de quienes predica parentesco en segundo grado, pues no se trata de documentos que normal y habitualmente una persona tiene en su haber, con excepción de los propios.*

En ese orden, es importante tener en cuenta que el artículo 162.5 exige al Actor aportar únicamente las pruebas que estén en su poder, por ello, no era exigible al actor que al momento de la presentación de la demanda, aportara documentos que por su naturaleza no tiene por qué tener en su poder, sobre todo cuando pueden decretarse a petición de parte, como ocurrió en el presente caso⁴, o incluso de manera oficiosa por el juez en ejercicio de las facultades que le otorga el artículo 213 del CPACA.

En todo caso, se advierte la diligencia del el apoderado judicial en la obtención de dichas pruebas, pues se evidencia que con la demanda aportó documento original del derecho de petición que radicó el 18 de noviembre de 2015 ante la Notaría Primera de Valledupar con el fin de que le fueran expedidas copias auténticas de los registros civiles con números seriales 01372236 de 1976 y 9688684 de 1985 correspondientes a los señores Mercedes Omaira Alvarado Bolaño y Víctor Julio Alvarado Bolaños, respectivamente.

Además, si bien no aportó la respuesta emitida por dicha Notaría ni los respectivos registros civiles, allegó copia de la comunicación de 11 de noviembre de 2015 dirigida al Director Nacional de Registro civil por la Notaría Primera de Valledupar, en la cual solicitó con carácter urgente, copias de los duplicados de los registros civiles de nacimiento antes referidos y ordenar la reconstrucción de los mismos, toda vez que los folios están extraviados.

Bajo el anterior panorama, no cabe sino concluir que la excepción de inepta demanda por falta de prueba del parentesco no puede prosperar, y por ello, la decisión de primera instancia debe ser confirmada.”

⁴ En el acta de la audiencia inicial se lee; “6.1.1.- Se accede a la práctica de la prueba documental contenida a folio 4 del expediente, por lo cual se ordena oficiar a la Notaría Primera del Círculo de Valledupar, para que allegue dentro de los 5 días siguientes al recibo de la comunicación que ponga en conocimiento el contenido de esta decisión, copias auténticas de los Registros Civiles de la señora Mercedes Omaira Alvarado Bolaño (indicativo serial número 01372236 del año 1976) y del señor Víctor Julio Alvarado Bolaños (indicativo serial número 9688684 del 31 de julio de 1985)”

Decisión: “CONFIRMAR la decisión de no declarar probada la excepción previa formulada por la parte demandada, proferida por el Tribunal Administrativo del Cesar en audiencia inicial de 11 de febrero de 2016.

EXHORTAR a la Secretaria del Tribunal Administrativo del Cesar, para que en próximas oportunidades realice, en los procesos electorales, el traslado de que trata el parágrafo segundo del artículo 175 del CPACA

DEVOLVER al Tribunal de origen para lo de su cargo.”

LUCY JEANNETTE BERMÚDEZ BERMÚDEZ
Presidenta

ROCÍO ARAÚJO OÑATE
Consejera de Estado
CARLOS ENRIQUE MORENO RUBIO
Consejero de Estado
ALBERTO YEPES BARREIRO
Consejero de Estado

* * *

CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCIÓN QUINTA

Consejero ponente: ALBERTO YEPES BARREIRO

Bogotá, D.C., diecisiete (17) de marzo de dos mil dieciséis (2016)

Radicación número: 11001-03-28-000-2015-00029-00

Actor: GERARDO ANTONIO ARIAS

Demandado: JORGE ELIECER LAVERDE VARGAS – SECRETARIO DE LA COMISIÓN SEXTA DEL SENADO

Asunto: Auto de unificación sobre el trámite y sustentación del recurso de súplica en audiencia. Se resuelve el recurso de súplica interpuesto por la parte demandada contra la decisión de no declarar probada la excepción de cosa juzgada. Se confirmó la decisión adoptada por el Ponente.

Extracto: “El artículo 246 del CPACA contiene un vacío normativo en lo que atañe al trámite del recurso de súplica cuando la decisión recurrida se profiera en audiencia y sea notificada por estrados. Este vacío normativo se supera con la aplicación analógica de los artículos 242 y 244 de la Ley 1437 de 2011, en lo que se refiere al trámite -interposición, sustentación y traslado- del recurso cuando la providencia cuestionada es proferida por el juez en audiencia y sea notificada en estrados.

En consecuencia, el recurso de súplica que se formule contra un auto proferido en audiencia pública y notificado por estrados, deberá interponerse, sustentarse y trasladarse en la misma audiencia, conforme a la subregla que se crea en esta providencia, como acertadamente lo hizo el Consejero Sustanciador. Agotado el trámite anterior, la Secretaria remitirá el expediente al Despacho del Magistrado que sigue en turno al que dictó la providencia con el fin de que elabore la ponencia que habrá de ser resuelta por la respectiva Sala.

Esto conlleva a que el trámite expresamente previsto en el artículo 246 del CPACA para el recurso de súplica, solo sea aplicable cuando la decisión recurrida sea proferida por escrito y notificada por estado a las partes.

(...)

La Sala anticipa que la decisión debe ser confirmada, toda vez que no se configuran los supuestos que permitan entender que frente a esta controversia ha operado el fenómeno de la cosa juzgada.

(...)

*Como se explicó, según el artículo 189 del CPACA, los efectos de las sentencias que se pronuncien sobre pretensiones de nulidad de actos -administrativos o electorales-, se diferencian en atención a si declaran o no su nulidad. En efecto, la providencia que declara una nulidad tiene efectos de **cosa juzgada erga omnes** [primer evento], razón por la cual el acto anulado se sustrae del ordenamiento jurídico no solo para las partes, sino para todos [esfera positiva de la cosa juzgada].*

*Por su parte, la sentencia que niega la pretensión anulatoria **también tiene efectos de cosa juzgada erga omnes pero, únicamente, respecto a la causa petendi** [segundo evento], de forma tal que será posible demandar, nuevamente, un acto electoral ya sometido a control judicial si los nuevos motivos son diferentes a los previamente analizados por el juez [esferas positiva y negativa de la cosa juzgada].*

*En el caso concreto, es evidente que nos encontramos ante el primer evento regulado por el artículo 189 ibidem, comoquiera que la sentencia del 3 de agosto de 2015 anuló el Acta N° 02 del 5 de agosto de 2014, **de forma tal que produjo efectos absolutos, oponibles a todos, bayan o no intervenido en el proceso.**¹*

Así, como el efecto de cosa juzgada de la sentencia proferida por esta Sección en el año 2015 es erga omnes, se puede colegir que, naturalmente, ningún ciudadano está habilitado para proponer nuevos cargos de nulidad contra el acto electoral ya declarado nulo.

*Si bien eso es cierto, no es lo que ocurre con la demanda que actualmente ocupa la atención de la Sala, toda vez que, con ella, no se pretende plantear una controversia sobre un acto ya anulado, este es, **el contenido en el Acta N° 02 del 5 de agosto de 2014, todo lo contrario, el nuevo escrito introductorio recae sobre un acto totalmente diferente: el Acta N° 07 de 9 de septiembre de 2015.***

Lo anterior sería suficiente para confirmar la decisión proferida por el Ponente, no obstante, para mayor ilustración se le explicará al recurrente por qué no se materializa en relación con el proceso que nos ocupa, la triple identidad de sujeto, objeto y causa, frente al proceso decidido en 2015 por esta Sección.

(...)

- i. **La existencia de dos procesos:** Está demostrado que el 3 de agosto de 2015 la Sección Quinta profirió sentencia en el radicado 2014-128 (acumulado) en el que declaró la nulidad del Acta N° 02 del 5 de agosto de 2014. Por su parte, está acreditado que después de la ejecutoria de la citada sentencia, el señor Arias Molano formuló demanda de nulidad electoral contra el Acta N° 07 del 9 de septiembre de 2015.
- ii. **Identidad de partes:** aunque como se explicó tratándose de los procesos de nulidad, por los efectos erga omnes que le otorga el artículo 189 del CPACA a las sentencias que la declaran, no le es aplicable el requisito de identidad de partes, lo cierto es que en el caso concreto está probado que entre el proceso 2014-128 (acumulado) y el proceso de la referencia dicha equivalencia sí existe, comoquiera que en **ambos** funge como Actor el Señor Gerardo Arias Molano y como demandado el señor **Jorge Eliecer Laverde Vargas**.
- iii. **Identidad de objeto:** No existe identidad de objeto, porque el proceso que se adelanta y el que ya se surtió, tienen pretensiones totalmente disímiles.

1 Betancur Jaramillo Carlos, Derecho Procesal Administrativo, Señal Editora, 2014, Bogotá, pág. 579

Esto es así, porque en el proceso 2014-128 (acumulado) se pretendía la nulidad del Acta N° 02 del 5 de agosto de 2014², mientras que en el proceso de la referencia lo que se solicita es la anulación del Acta N°07 del 9 de septiembre de 2015.³

Nótese entonces como los actos cuyo control se deprecia son disimiles, pues aunque ambos recaigan sobre la misma persona, lo cierto es que se trata de dos actos de elección diferentes, pues en el proceso de la referencia el acto acusado es el contenido en el Acta N° 7 del 9 de septiembre, mientras en el proceso 2014-128 lo era el Acta N° 02 de 5 de agosto de 2014.

En otras palabras, es claro que los actos demandados son diferentes, razón por la cual no existe la equivalencia de objeto.

Por supuesto, no escapa a la Sala el hecho de que el acto hoy acusado se produjo como consecuencia de la decisión adoptada en la sentencia del 3 de agosto de 2015; sin embargo, ese simple hecho no es suficiente para entender que existe identidad de objeto.

A lo anterior se suma que, como se explicó, de conformidad con el artículo 189 del CPACA, la referida providencia hizo tránsito a cosa juzgada con efectos erga omnes porque anuló el Acta N° 02 del 5 de agosto de 2014.

Por supuesto, se reitera, la nueva demanda no desconoce el efecto erga omnes asignado por la ley a la sentencia de nulidad del 3 de agosto de 2015, ya que el problema jurídico que subyace al caso concreto es precisamente determinar si la nulidad del Acta N° 02 del 5 de agosto de 2014 derivó en la incompetencia del Senado para realizar una nueva convocatoria para proveer el cargo de Secretario de la Comisión Sexta constitucional permanente de dicha cámara del Congreso, y no revivir el debate que se originó en torno al acto ya declarado nulo.

Ahora bien, respecto a la segunda pretensión de la demanda en la que se solicita que se ordene al Congreso de la República que reinicie el proceso de convocatoria del año 2014 la cual, según el recurrente, denota la identidad de objeto y la intención del actor de modificar la sentencia del 3 de agosto de 2015, la Sala precisa que, contrario a lo afirmado por el apoderado del demandado, aquella no denota la identidad de objeto entre el proceso 2014-128 y el de la referencia porque, como se explicó en precedencia, la nueva demanda pretende la nulidad de un acto diferente.

En consecuencia, respecto a esta pretensión es importante advertir, de un lado, que le corresponderá al Ponente determinar en la fijación del litigio si aquella tiene incidencia o no en el problema jurídico a resolver y, de otro, que su prosperidad o no será resuelta por la Sala en la sentencia respectiva.

En todo caso, se reitera que los efectos de la sentencia del 3 de agosto de 2015 se encuentran plenamente regulados por los artículos

- iv. **Identidad de causa:** Como si lo anterior no fuera suficiente, la Sala observa que **tampoco existe identidad de causa** entre el proceso 2014-128 y el proceso 2015-29, puesto que los

2 Expresamente el Actor del proceso 2014-128 solicitó: “Declarar que es nulo el acto de ELECCIÓN Y POSESIÓN del señor JORGE ELIECER LAVERDE VARGAS como Secretario de la Comisión Sexta Constitucional Permanente del Senado de la República, contenido en el ACTA NÚMERO 02 del cinco (05) de agosto de 2014 de esa comisión, publicada formalmente en la Gaceta del Congreso de la República, en razón a los aspectos que se narran en el capítulo de HECHOS de esta demanda.” Reverso del Folio 23 del expediente

3 A folio 1 se lee como pretensión: “Declarar que es nulo el acto de ELECCIÓN Y POSESIÓN del señor JORGE ELIECER LAVERDE VARGAS como Secretario de la Comisión Sexta Constitucional Permanente del Senado de la República, contenido en el ACTA NÚMERO: 07 del nueve (09) de septiembre de 2014 de esa comisión (...).”

motivos que llevaron a la parte Actor a ejercer su derecho de acción en esa oportunidad y los que hoy nos ocupan son totalmente diferentes.

En efecto, en el proceso 2014-128 (acumulado) las razones por las cuales se solicitó la nulidad se fundamentaban, entre otras, en que el Congreso de la República no tenía la facultad para modificar los términos de la Convocatoria Pública del 25 de junio de 2014, profiriendo el acto de “reapertura” del 10 de julio de 2014.

Por su parte, en el proceso del vocativo de la referencia el reproche se sustenta en que el Senado de la República no podía proferir las Resoluciones N° 022 de agosto de 2015 y 026 de 1° de septiembre de 2015 a través de las cuales se fijó el procedimiento de “elección de convocatoria pública para selección de candidatos al Senado de la República”⁴ y se convocó a la “inscripción para proveer el cargo de secretario de la comisión sexta constitucional permanente del Senado de la República”⁵ respectivamente, sino que tenía que retrotraer la actuación de elección a lo previsto por la Convocatoria Pública del 25 de junio de 2014, pues, según su criterio, así se desprendía de la sentencia del 3 de agosto de 2015.

Obsérvese, como la causa petendi es absolutamente disímil no solo porque se está solicitando la nulidad de un acto de electoral completamente diferente el uno del otro, sino porque además las censuras que el Actor eleva en el proceso de la referencia, son diametralmente distintas a las que en su momento formuló en el proceso 2014-128 (Acumulado).

Lo anterior se refuerza, si se tiene en cuenta que el problema jurídico abordado en el fallo del 3 de agosto de 2015 versaba sobre si era válido o no que el Senado de la República modificara la convocatoria pública del 2 de junio de 2014 no solo ampliando sus términos, sino reabriendo la misma una vez vencidos los lapsos fijados por el cronograma. Por su parte, en esta oportunidad, sin perjuicio de la fijación del litigio que realice el ponente, la controversia gira en torno a determinar si anulado el acto electoral correspondía o no la entidad electora realizar un nuevo procedimiento de elección.

De lo expuesto se concluye que no se materializan los elementos que el artículo 303 del C.G.P. prevé para la configuración de la cosa juzgada.

Tampoco puede válidamente sostenerse que las pretensiones actuales del Actor hubiesen sido resueltas de forma tácita o implícita por el Consejo de Estado en la sentencia del 3 de agosto de 2015. En efecto, el alcance del análisis efectuado el año pasado por la Sección no puede extenderse a la controversia que hoy ocupa la atención de la Sala, en tanto que, en su momento, correspondió a este juez electoral resolver un problema jurídico sustancialmente distinto.

Finalmente, es oportuno aclarar que pese a que los reproches del Actor tienen como sustento el supuesto desconocimiento de la sentencia del 3 de agosto de 2015 proferida en el radicado 2014-128 (acumulado), esto no conlleva, como erradamente lo entiende el apoderado del Actor, a que se pueda modificar la referida providencia.

Esto es así, debido a que admitir el control judicial en contra de la nueva elección del señor Laverde no implica aceptar las censuras formuladas por el actor, sino determinar si el nuevo acto electoral, el cual como se explicó es totalmente distinto al ya estudiado por la Sección, se encuentra ajustado o no al ordenamiento jurídico.

(...)

4 Folio 172 -173 del expediente

5 Folio 174 a 176 del expediente

Decisión: “CONFIRMAR la decisión adoptada por el Consejero Ponente en auto proferido en audiencia del 7 de marzo de 2016, a través del cual se declaró no probada la excepción mixta de cosa juzgada.”

LUCY JEANNETTE BERMÚDEZ BERMÚDEZ
Presidenta

ROCÍO ARAÚJO OÑATE
Consejera de Estado
ALBERTO YEPES BARREIRO
Consejero de Estado

CARLOS ENRIQUE MORENO RUBIO
Consejero de Estado

* * *

CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCIÓN QUINTA

Consejero ponente: ALBERTO YEPES BARREIRO

Bogotá, siete (7) de abril de dos mil dieciséis (2016).

Radicación número: 50001-23-33-000-2016-00136-01

Actor: JULIÁN DAVID VILLA NIEVES

Demandado: NATALIA RODRÍGUEZ OROS – DIPUTADA A LA ASAMBLEA DEPARTAMENTAL DEL META

Asunto: Auto que revoca el rechazo de la demanda por caducidad de la acción. Se solicitó la nulidad de la elección de la demandada como diputada de la Asamblea Departamental del Meta por no reunir las calidades y requisitos legales de elegibilidad.

Extracto: “En la decisión recurrida el Tribunal concluyó que la demanda presentada contra el acto que declaró la elección de la señora Natalia Rodríguez Oros como Diputada a la Asamblea Departamental, el cual fue notificado por estrados durante el período de vacancia judicial, debía ser rechazada por ocurrencia de la caducidad.

Para llegar a esta conclusión el a quo señaló que para efectos de contabilizar el término de caducidad debían tenerse en cuenta los días posteriores a la notificación del acto demandado comprendidos en la vacancia judicial, dado que esta situación no interrumpía ni suspendía términos. En ese sentido, concluyó que “(...) no es correcto interpretar que [los términos] se suspendan y vuelvan a reanudarse en el momento que cese la inactividad de la jurisdicción.”

La Sala considera que la decisión recurrida debe ser revocada por los siguientes motivos:

El cómputo de términos está regulado en los artículos 62 de la Ley 4 de 1913 y 118 del C.G.P., normas que disponen lo siguiente:

“**ARTÍCULO 62.** En los plazos de días que se señalen en las leyes y actos oficiales, se entienden suprimidos los feriados y de vacantes, a menos de expresarse lo contrario. Los de meses y años se computan según el calendario; pero si el último día fuere feriado o de vacante, se extenderá el plazo hasta el primer día hábil.”

“**ARTÍCULO 118. CÓMPUTO DE TÉRMINOS.** (...) Cuando el término sea de meses o de años, su vencimiento tendrá lugar el mismo día que empezó a correr del correspondiente mes o año. Si este no tiene ese día, el término vencerá el último día del respectivo mes

o año. Si su vencimiento ocurre en día inhábil se extenderá hasta el primer día hábil siguiente.

En los términos de días no se tomarán en cuenta los de vacancia judicial ni aquellos en que por cualquier circunstancia permanezca cerrado el juzgado.”

Estas disposiciones consagran dos reglas distintas para el cómputo de términos, según éstos sean: (i) de días o (ii) de meses y años.

En el primer caso no se pueden tomar en cuenta aquellos comprendidos en la vacancia judicial, feriado o cualquier otra circunstancia por la cual esté cerrado el juzgado.

En el segundo caso si su vencimiento ocurre en día inhábil, el vencimiento ocurrirá hasta el primer día hábil siguiente.

Ahora bien, el término de la caducidad del medio de control de nulidad electoral es de aquellos que se computa en días, el cual se encuentra regulado en los siguientes términos en el literal a) del numeral 2º del artículo 164 del C.P.A.C.A.:

“Cuando se pretenda la nulidad de un acto administrativo electoral, el término será de treinta (30) días. Si la elección se declara en audiencia pública el término se contará a partir del día siguiente; en los demás casos de elección y en los de nombramientos se cuenta a partir del día siguiente al de su publicación efectuada en la forma prevista en el inciso 1º del artículo 65 de este Código.

En las elecciones o nombramientos que requieren confirmación, el término para demandar se contará a partir del día siguiente a la confirmación.”

Por lo tanto, contrario a lo señalado en la decisión recurrida, la Sala destaca que debido a que el término de caducidad del medio de control de nulidad electoral es de días, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 62 de la Ley 4 de 1913 y 118 del C.G.P., en su cómputo no pueden ser tomados en cuenta los días inhábiles y de vacancia judicial.

Así lo reconoció esta Sección al admitir una demanda dirigida contra el acto de elección del doctor Francisco Javier Ricaurte Gómez como magistrado de la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura, caso en el cual el acto demandado fue confirmado el 19 de noviembre de 2012 y la Sala concluyó que, en atención a la vacancia judicial, el término para interponer la demanda de nulidad electoral vencía el 23 de enero de 2013.¹

Este criterio ha sido reiterado en otras decisiones de ponente, como la admisión de la demanda dirigida contra el acto de elección de un representante del sector privado ante el Consejo Directivo de la CDMB² y la admisión de la demanda interpuesta contra el acto que declaró la elección de la Directora General de CORPOMOJANA.³

1 Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta. Radicación 11001-03-28-000-2013-00007-00. Auto de 28 de febrero 2013.

2 Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta. Radicación 11001-03-28-000-2016-00031-00. Auto de ponente de 30 de marzo de 2016. En dicho auto el Ponente señaló: “Así las cosas, como el acto demandado es del 25 de noviembre 2015 y la demanda fue radicada el 01 de febrero de 2016, se concluye que esta se presentó en tiempo, pues entre una y otra fecha transcurrieron 30 días hábiles, teniendo en cuenta que de conformidad con el inciso final del artículo 118 del CGP “En los términos de días no se tomarán en cuenta los de vacancia judicial ni aquellos en que por cualquier circunstancia permanezca cerrado el juzgado.”

3 Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta. Radicación 11001-03-28-000-2016-00008-00. Auto de ponente de 21 de enero de 2016. En dicho auto el Ponente señaló: “Así las cosas, como el acto demandado es del 24 de noviembre 2015 y la demanda fue radicada el 12 de enero de 2016, se concluye que esta se presentó en tiempo, pues entre

Adicionalmente, como bien lo sostiene el apelante, el precedente citado en la decisión recurrida, de acuerdo con el cual cuando un término se cumple en día de vacancia judicial o feriado debe trasladarse al primer día hábil siguiente, no es aplicable al sub judice por abordar un problema jurídico distinto.

En efecto, en dicha providencia se hace referencia a un caso en el cual el término, cuyo conteo debía realizarse en meses por tratarse del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, venció durante la vacancia judicial. En cambio, en el presente caso, el término se debe computar en días y su vencimiento no ocurrió durante la vacancia judicial.

Explicadas las razones por las cuales el Tribunal aplicó indebidamente las reglas en materia de cómputo de términos para efectos de determinar la ocurrencia de la caducidad en el caso concreto, la Sala entra a estudiar si en el sub judice la demanda de nulidad electoral fue presentada o no oportunamente.

El acto demandado, contenido en el Acuerdo 003 de 22 de diciembre de 2015 expedido por el Consejo Nacional Electoral,⁴ fue notificado en audiencia que tuvo lugar el 23 de diciembre de 2015.

Debido a que la fecha de notificación por estrados ocurrió durante el período de vacancia judicial, entre el 19 de diciembre de 2015 y el 11 de enero de 2016 no corrieron términos.

Por lo tanto, el término de caducidad del medio de control de nulidad electoral feneció el 22 de febrero del presente año, fecha que coincide con la de la interposición de la demanda. Consecuentemente, la Sala concluye que en el presente caso no ocurrió el fenómeno de la caducidad.

En atención a lo expuesto, la decisión recurrida será revocada, por lo que se ordenará al Tribunal Administrativo del Meta realizar el estudio sobre la admisión de la demanda.”

Decisión: REVOCAR el auto proferido el 26 de febrero de 2016 por el Tribunal Administrativo del Meta, que rechazó la demanda de nulidad electoral presentada contra el acto que declaró la elección de la señora Natalia Rodríguez Oros como Diputada a la Asamblea Departamental del Meta, por las razones expuestas en esta providencia. Como consecuencia de lo anterior, se ordena al Tribunal continuar con el estudio sobre la admisión de la demanda.

ADVERTIR a los sujetos procesales que contra lo resuelto no procede ningún recurso.”

LUCY JEANNETTE BERMÚDEZ BERMÚDEZ
Presidenta

ROCÍO ARAÚJO OÑATE
Consejera de Estado
CARLOS ENRIQUE MORENO RUBIO
Consejero de Estado
ALBERTO YEPES BARREIRO
Consejero de Estado

una y otra fecha transcurrieron 19 días hábiles, teniendo en cuenta que de conformidad con el inciso final del artículo 118 del CGP “En los términos de días no se tomarán en cuenta los de vacancia judicial ni aquellos en que por cualquier circunstancia permanezca cerrado el juzgado.”

⁴ Obrante a folios 15 a 35.

CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCIÓN QUINTA

Consejero ponente: ALBERTO YEPES BARREIRO

Bogotá, D.C., veintiuno (21) de abril de dos mil dieciséis (2016)

Radicación número: 11001-03-28-000-2016-00042-00

Actor: DAIRIS LILIANA GARCÍA JIMENEZ Y LILIANA ESTHER DE LA CRUZ

Demandado: REPRESENTANTES DE LAS COMUNIDADES AFRODESCENDIENTES ANTE EL CONSEJO DIRECTIVO LA CORPORACIÓN AUTÓNOMA DE LA GUAJIRA (CORPOGUAJIRA)

Asunto: Auto que admitió la demanda y negó la suspensión provisional del acto que declaró la elección de los representantes de las comunidades afrodescendientes ante el Consejo Directivo de CORPOGUAJIRA, ya que en ese momento procesal no se encontró acreditado el cargo de expedición irregular que se alegaba.

Extracto: “Respecto a esta causal [expedición irregular] la Sección Quinta¹ ha sostenido que para que aquella se materialice no solo debe probarse la existencia de una anomalía en la formación del acto, sino también que aquella fue de tal magnitud que afectó de forma directa el sentido de la decisión. En otras palabras la irregularidad que se presente debe ser sustancial, trascendental y con incidencia directa en el contenido y/o sentido del acto definitivo.

Por consiguiente, antes de examinar si tal y como lo aseveran las Actoras se presentaron 8 votos espurios en la elección del representante de las comunidades afrodescendientes ante el consejo directivo de CORPOGUAJIRA, es necesario analizar si hay incidencia del vicio en el resultado, esto es, si de haberse materializado la censura alegada el resultado obtenido habría sido distinto.

Al respecto, en este momento procesal, se encuentra probado² que en la elección acusada participaron 71 consejos comunitarios (...) Bajo este panorama y teniendo en cuenta que se cuestiona la validez de 8 de los 71 votos emitidos, especialmente los proferidos por los Consejos Comunitarios Manuel Antonio Ochoa, Las Balsas, Puerto Colombia, Celinda Arévalo, Miguel Herrera, Clara Rosa Brito Molina, Zulinda Acosta de Solano y Agudelo Amaya Cantillo, es claro que el vicio alegado por las Actoras, **de llegar a materializarse, tendría incidencia en el resultado.**

Esto es así, pues de haberse descontado los 8 votos cuestionados los resultados obtenidos hubiesen sido distintos, habida cuenta que la plancha N° 1 y la plancha N° 2 tienen tan solo una diferencia de 3 votos. En consecuencia, es viable analizar si, tal y como lo aseguran las Actoras, los 8 votos acusados se profirieron con contravención a la ley.

(...)

La Sala encuentra que el documento aportado por los citados consejos comunitarios sí es idóneo para dar por acreditado el requisito contemplado en el literal a) del artículo 2.2.8.5.1.2 del Decreto 1076 de 2015, pues pese a que aquel no lleva el nombre de certificación, sino resolución lo cierto es que en él se encuentran todos y cada uno de los ítems que la norma contempla que debe contener la certificación expedida por la alcaldía correspondiente. Un esquema evidenciará en mejor manera el asunto: (...)

1 Consejo de Estado, Sección Quinta, Sentencia de 27 de enero de 2011., Radicación N° .11001-03-28-000-2010-00015-00 CP. Filemón Jiménez Ochoa, Consejo de Estado, Sección Quinta, Sentencia de 25 de septiembre de 2015., Radicación N° .11001-03-28-000-2014-00132-00 CP. Alberto Yepes Barreiro

2 Información visible a folio 80 del expediente

Nótese, entonces como de los documentos aportados por los consejos comunitarios se podía extraer, sin lugar a dudas, toda la información que el literal a) del artículo 2.2.8.5.1.2 del Decreto 1076 de 2015 exige que debe contener la certificación.

En consecuencia, no tiene importancia que los escritos aportados no se denominen “certificación” sino “resolución”, pues a la larga lo que interesaba al proceso electoral adelantado por la corporación autónoma era la información acerca de la ubicación, la junta y el representante legal de los consejos comunitarios participantes, datos que claramente se encuentran contenidos en los documentos analizados y, que por contera, pudieron ser analizados bajo esta misma perspectiva por CORPOGUAJIRA en la actuación administrativa surtida.

*Para la parte actora, se debe decretar la suspensión provisional del acto acusado, comoquiera que en la adopción del acto electoral se permitió la participación y votación de 5 consejos comunitarios que no acreditaron el cumplimiento del requisito exigido en el literal c) del artículo 2.2.8.5.1.2 del Decreto 1076 de 2015, esto es, **el referente a allegar copia del acta en la que constara la designación del candidato postulado por la comunidad afrodescendiente.***

Al respecto la Sala, por las razones que pasarán a explicarse, colige que tampoco es viable decretar la suspensión provisional del acto acusado, con base en este cargo.

Para entender mejor este requisito, el de la indicación del candidato postulado, vale la pena revisar casos análogos como el que regula la elección de los representantes de las ONG ante los Consejos Directivos de las CAR.

El parágrafo 1º del artículo 2º de la Resolución N° 606 de 2006 expedida por el Ministerio de Ambiente consagra unos requisitos especiales, tratándose de la elección del representante de las entidades sin ánimo de lucro, cuando dichas colectividades quieran postular candidatos, lo cual denota que unos son los requisitos que deben acreditar las organizaciones que deseen llanamente participar en el proceso de elección, y otros los que deben demostrar aquellos que pretendan, no solo participar, sino también, postular un candidato.

*Lo anterior implica entender que solo cuando se pretenda postular un candidato para la elección le será exigible la satisfacción del requisito establecido al efecto. En otras palabras, **la exigencia contemplada en la disposición en cita, es optativa para aquellos que solo quieran participar en el proceso de elección, pero que no deseen postular candidato alguno:***

A pesar de que la norma que nos ocupa no es tan afortunada en su redacción como la aplicable para los representantes de las ONG, la lógica con la que debe interpretarse es la misma. Aceptar lo contrario, es decir, señalar que incluso quienes que no quieran postular candidatos deban aportar certificación en la que conste alguna designación al respecto, tornaría inviable el proceso de elección por existir igual número de candidatos que de consejos comunitarios. Entonces, se pregunta la Sala, ¿si cada quien vota por su candidato como alguien podría ganar la elección?

*En suma, insiste la Sala, en que la interpretación razonable de la norma que se dice desconocida conlleva a entender que **la exigencia en comento es solo aplicable para aquellos consejos que deseen postular su candidato.***

Todas estas consideraciones imponen concluir que, en este momento procesal, no se vislumbra que los votos proferidos por los consejos comunitarios Celinda Arévalo, Miguel Herrera, Clara Rosa Brito Molina, Zulinda Acosta de Solano y Agudelo Amaya Cantillo carezcan de validez, pues lo cierto es que todas estas organizaciones aportaron acta de la sesión respectiva en la que consta que aquellas solo iban a participar en el proceso electoral adelantado por COPORGUAJIRA ejerciendo el derecho al voto a través de su representante legal, lo cual las habilitó para participar en la elección.”

Decisión: “ADMITIR la demanda electoral instaurada contra el acto de elección a través del cual las comunidades afrodescendientes eligieron los representantes de esa colectividad ante el Consejo Directivo de COPORGUAJIRA. Para el efecto se dispone:

NOTIFÍQUESE personalmente esta providencia a los demandados, esto es, a la señora Yohanis Mejia Mendoza, en la forma prevista en el numeral 1° literal a) del artículo 277 del C.P.A.C.A. a la dirección electrónica suministrada por ella suministrada visible a folio 97 del expediente y al señor Evaristo de Armas en la misma forma al correo electrónico suministrado por la Secretaria General de CORPOGUAJIRA visible a folio 84 del expediente.

NOTIFÍQUESE personalmente, de conformidad con el artículo 197 del C.P.A.C.A., esta providencia al Director de la CDMB, quien funge como su representante legal, por ser esta entidad quien organizó y llevó a cabo la elección demandada, (Art. 277.2 Ib.) al correo de notificaciones judiciales oficinajuridica@corpoguajira.gov.co y al correo director@corpoguajira.gov.co

NOTIFÍQUESE personalmente al agente del Ministerio Público (Art. 277.3 Ib.).

NOTIFÍQUESE por estado esta providencia al actor (Art. 277.4 Ib.).

INFÓRMESE a la comunidad la existencia del proceso por medio de la página web de esta Corporación (Art. 277.5 Ib.).

COMUNÍQUESE esta providencia a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado, por medio del buzón electrónico, la cual si así lo decide podrá intervenir en la oportunidad prevista en los artículos 277 y 279 del C.P.A.C.A..

NEGAR la solicitud de suspensión provisional del acto acusado.”

LUCY JEANNETTE BERMÚDEZ BERMÚDEZ
Presidenta

ROCÍO ARAÚJO OÑATE
Consejera de Estado
CARLOS ENRIQUE MORENO RUBIO
Consejero de Estado
ALBERTO YEPES BARREIRO
Consejero de Estado

* * *

CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCIÓN QUINTA

Consejero ponente: ALBERTO YEPES BARREIRO

Bogotá, veintiuno (21) de abril de dos mil dieciséis (2016).

Radicación número: 11001-03-28-000-2015-00054-00

Actor: MIGUEL ARTURO RODRÍGUEZ MONROY

Demandado: JOSÉ RICARDO LÓPEZ DULCEY – DIRECTOR GENERAL DE CORPOBOYACÁ

Asunto: Auto que confirma la decisión de no decretar unas pruebas testimoniales por considerarlas innecesarias. Se solicita la nulidad de la elección del demandado como director general de CORPOBOYACÁ por los siguientes cargos: (i) El acto fue expedido con desconocimiento de lo establecido en el artículo 145 del C.G.P., al no haber sido suspendido el procedimiento de elección, una vez fueron radicadas las recusaciones en contra de los miembros del Consejo Directivo de CORPOBOYACÁ, hasta tanto éstas no

fueran resueltas. (ii) El acto fue expedido con infracción de lo dispuesto en el artículo 12 del C.P.A.C.A., al no haberse seguido el procedimiento establecido en esta norma respecto de la resolución de las recusaciones, debido a que: (a) las recusaciones presentadas en contra los miembros del Consejo Directivo de CORPOBOYACÁ no fueron resueltas por la Procuraduría General de la Nación; (b) las recusaciones no se resolvieron antes de la elección; y, (c) las recusaciones no fueron resueltas en la sesión del 29 de octubre de 2015, a pesar de haberse incluido este tema en el respectivo orden del día.

Extracto: “En el escrito de contestación de la demanda, el apoderado del señor José Ricardo López Dulcey solicitó que se decretaran las pruebas testimoniales de los señores Emma Judith Salamanca Guaque, Jorge Enrique Galán Ávila, Gerson Aymer Ruíz Carreño y María del Pilar Jiménez Mancipe, con el fin de que rindieran testimonio respecto del trámite dado a las recusaciones formuladas contra algunos integrantes del Consejo Directivo de CORPOBOYACÁ y, en general, al procedimiento de elección del Director General de este ente autónomo.

El conductor del proceso negó estas pruebas en la decisión recurrida por considerarlas innecesarias, toda vez que en el expediente obra copia de las actas por medio de las cuales se adelantó el procedimiento y se decidieron esas recusaciones, y se decretó oficiar a CORPOBOYACÁ para que allegue copia del audio de la sesión del Consejo Directivo realizada el 3 de noviembre de 2015, durante la cual llevó a cabo la designación del demandado.

El apoderado de la parte demandada interpuso recurso de súplica contra esta decisión debido a que “(...) hubo un intercambio de opiniones [entre los miembros del Consejo Directivo] que no están comprendidos ni dentro del auto ni dentro de las actas del Consejo Directivo. En esa medida, al considerar pertinentes y conducentes, solicitó que la sala reestudie la decisión del señor magistrado ponente para que se decreten esos testimonios toda vez que van a aportar elementos de juicio para resolver la controversia planteada.”

Sea lo primero advertir que la finalidad de la prueba es llevar al juez a la certeza o conocimiento de los hechos que se relatan en la demanda o en su contestación y su objetivo es soportar las pretensiones o las razones de la defensa.

Para el efecto, la ley previó una serie de medios de prueba que pueden ser decretados en el marco del proceso, los cuales están enunciados en el artículo 165 del Código General del Proceso.¹

Específicamente, el Legislador estableció que uno de los medios mediante el cual el juez podría llegar a tener conocimiento de los hechos relevantes para el proceso sería a través de la “declaración de terceros”² también conocidos como testimonios.

Esta clase de prueba ha sido definida como: “una declaración de una o varias personas naturales que no son partes del proceso y que son llevadas a él para que con sus relatos ilustren los hechos que interesen al mismo, para efectos de llevar certeza al juez acerca de las circunstancias que constituyen el objeto del proceso.”³

No obstante, y pese a la utilidad de los testimonios, su decreto y práctica no es automática, toda vez que, que previo a tomar cualquier decisión respecto a las pruebas, el juez deberá analizar si aquella es conducente, pertinente y útil.

1 El citado artículo consagra: “**ARTÍCULO 165. MEDIOS DE PRUEBA.** Son medios de prueba la declaración de parte, la confesión, el juramento, el testimonio de terceros, el dictamen pericial, la inspección judicial, los documentos, los indicios, los informes y cualesquiera otros medios que sean útiles para la formación del convencimiento del juez. El juez practicará las pruebas no previstas en este código de acuerdo con las disposiciones que regulen medios semejantes o según su prudente juicio, preservando los principios y garantías constitucionales.”

2 El capítulo 5º de la Sección Tercera, Título Único del Código General del Proceso regula la “Declaración de Terceros”.

3 López Blanco, Hernán Fabio, Procedimiento Civil, Tomo 3 “pruebas”, Segunda Edición, Dupré Editores, 2008 pág. 181

Lo anterior, porque según el tenor del artículo 168 del Código General del Proceso se deben rechazar aquellos medios de convicción que no satisfagan las citadas características.⁴

Así las cosas, la Sala anticipa que la decisión recurrida debe ser confirmada dado que la solicitud de los testimonios de los señores Emma Judith Salamanca Guaque, Jorge Enrique Galán Ávila, Gerson Aymer Ruíz Carreño y María del Pilar Jiménez Mancipe no satisface el principio de utilidad de la prueba, como se pasará a explicar a continuación.

La doctrina ha entendido que una prueba es inútil o innecesaria cuando a través de ésta se pretende demostrar hechos que ya se encuentran probados en el proceso, a través de otros medios de prueba; o hechos que no requieran de prueba, como los hechos notorios.⁵

En el caso concreto, debe determinarse si los hechos que se pretenden demostrar a través de estas pruebas, consistentes en que se rinda testimonio respecto del “(...) trámite dado por el Consejo Directivo de CORPOBOYACÁ a las recusaciones formuladas contra la doctora Patricia Quito Quito y el señor Julio Ernesto Dallos Baez” y “del trámite cumplido por la Corporación y en particular el Consejo Directivo al proceso de designación del Director General de la Corporación Autónoma Regional de Boyacá CORPOBOYACÁ período 1 de enero de 2016 al 31 de diciembre de 2019”, se encuentran demostrados o pueden serlo a través otras pruebas obrantes o solicitadas dentro del proceso.

De acuerdo con la finalidad de las pruebas testimoniales solicitadas, a través de las cuales se pretende demostrar hechos relacionados con el trámite de la elección demandada y, en particular, de las recusaciones formuladas contra algunos de los miembros del Consejo Directivo de CORTOLIMA, se observa que estos mismos hechos pretenden ser demostrados a través de distintas pruebas que fueron decretadas durante la audiencia inicial, como las siguientes pruebas documentales allegadas por las partes:

- *Copia simple y auténtica de la recusación formulada contra la señora Patricia Quito Quito (folios 45 a 55 y 267 a 272).*
- *Copia auténtica del escrito por medio del cual la señora Patricia Quito Quito recorrió traslado de la formulación formulada en contra de ella (folio 291).*
- *Copia auténtica de la recusación formulada contra el señor Julio Ernesto Dallos Baez (folio 293).*
- *Copia auténtica del escrito por medio del cual el señor Julio Ernesto Dallos Baez recorrió traslado de la formulación formulada en contra de ella (folio 294).*
- *Copia simple y auténtica del Acuerdo número 016 expedido el 15 de septiembre de 2015, por medio del cual el Consejo Directivo de CORPOBOYACÁ estableció el procedimiento para la designación del Director General de CORPOBOYACÁ, para el período institucional comprendido entre el 1º de enero de 2016 y el 31 de diciembre de 2019 (folios 103 a 108 y 238 a 243), junto con su constancia de publicación en el Diario Oficial (folios 244 a 245).*
- *Copia auténtica del Acuerdo número 17 expedido el 14 de octubre de 2015, por medio del cual el Consejo Directivo de CORPOBOYACÁ modificó el cronograma de elección (folio 249), junto con su constancia de publicación en el Diario Oficial (folio 50).*

⁴ El artículo en cita consagra: “ARTÍCULO 168. RECHAZO DE PLANO: El juez rechazará, mediante providencia motivada, las pruebas ilícitas, las notoriamente impertinentes, las inconducentes y las manifiestamente superfluas o inútiles.”

⁵ “En desarrollo del principio de economía, una prueba será inútil cuando el hecho que se quiere probar con ella se encuentra plenamente demostrado en el proceso, de tal modo que se torna en innecesaria y aún costosa para el debate procesal. // Para que una prueba pueda ser considerada inútil, primero se debe haber establecido su conducencia y su pertinencia, que son presupuestos de utilidad. // En virtud de este principio, serán inútiles las pruebas que tiendan a demostrar hechos notorios, hechos debatidos en otro proceso o hechos legalmente presumidos.” Nattan Nisimblat, Derecho probatorio: introducción a los medios de prueba en particular, Editorial Ediciones Doctrina y Ley Ltda., Edición 2014. Pág. 170.

- *Copia auténtica de las actas de las sesiones del Consejo Directivo de CORTOLIMA en las cuales se desarrolló la elección sub judice (folios 253 a 266).*
- *CD contentivo de copia de las actuaciones adelantadas dentro del procedimiento de elección del Director General de CORPOBOYACÁ, para el periodo institucional comprendido entre el 1º de enero de 2016 y el 31 de diciembre de 2019 (folio 168).*
- *Copia del aviso de publicación de la convocatoria publicado en el diario El Tiempo (folio 248).*
- *Copia auténtica de las certificaciones expedidas por la Secretaría General de CORPOBOYACÁ relacionadas con el procedimiento de elección del Director General de este ente autónomo, para el periodo institucional comprendido entre el 1º de enero de 2016 y el 31 de diciembre de 2019, y las recusaciones formuladas (folios 298 a 335).*

Y las siguientes pruebas que fueron solicitadas por las partes y decretadas en la audiencia inicial:

- *Oficio librado a CORPOBOYACÁ, con el fin de que allegue: (i) el CD contentivo del audio de la sesión del Consejo Directivo de 3 de noviembre de 2015, durante la cual se realizó la elección sub judice; (ii) copia auténtica de los estatutos de este ente autónomo; (iii) copia auténtica de las órdenes y contratos que se haya celebrado con el señor Edwin Javier Quito Cuadrado durante los últimos cinco años; (iv) certificaciones de las publicaciones realizadas en la página web, los actos administrativos y demás pronunciamientos ocurridos durante el trámite de la designación del demandado como Director General de esta CAR.*

Consecuentemente, se observa que los hechos que se pretenden demostrar a través de la solicitud de testimonios negada en la decisión recurrida, los cuales se reitera versan sobre el trámite de la elección demandada y de las recusaciones presentadas durante ésta, coinciden con la finalidad de las demás pruebas decretadas durante la audiencia inicial.

En efecto, el desarrollo del procedimiento de elección del Director General de CORPOBOYACÁ, para el periodo institucional comprendido entre el 1º de enero de 2016 y el 31 de diciembre de 2019, así como el trámite de las recusaciones presentadas con ocasión de éste, fue documentado en las pruebas que ya obran en el expediente y en aquellas solicitadas durante la audiencia inicial.

Por lo tanto, los testimonios negados en la decisión recurrida no podrían demostrar hechos distintos o adicionales a aquellos que se pretenden probar a través de los demás medios de prueba ya obrantes en el expediente y aquellos ya decretados a solicitud de las partes, razón por la cual los demás integrantes de la Sala coinciden en sostener que éstos son innecesarias o inútiles, por lo que se confirmará la decisión recurrida.”

Decisión: “CONFIRMAR la decisión de no decretar los testimonios de los señores Emma Judith Salamanca Guaque, Jorge Enrique Galán Ávila, Gerson Aymer Ruíz Carreño y María del Pilar Jiménez Mancipe, contenida en el auto adoptado por el Consejero Ponente en el trámite de la audiencia inicial realizada el 11 de marzo de 2016, por los motivos expuestos en esta providencia.

ADVERTIR a los sujetos procesales que de conformidad con lo dispuesto en el artículo 246 del C.P.A.C.A. contra lo resuelto no procede ningún recurso.

En firme esta providencia, REMITIR el proceso al despacho del H. Consejero Sustanciador para lo de su cargo.”

LUCY JEANNETTE BERMÚDEZ BERMÚDEZ
Presidenta

ROCÍO ARAÚJO OÑATE
Consejera de Estado
ALBERTO YEPES BARREIRO
Consejero de Estado
CARLOS ENRIQUE MORENO RUBIO
Consejero de Estado

* * *

CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCIÓN QUINTA

Consejero ponente: ALBERTO YEPES BARREIRO

Bogotá, D.C., veintiocho (28) de abril de dos mil dieciséis (2016)

Radicación número: 25000-23-24-000-2015-02753-01

Actor: MARTÍN RAINIERO QUIJANO ARIAS

Demandado: NELSON CASTRO RODRÍGUEZ – CONCEJAL DE BOGOTÁ PARA EL PERÍODO 2016-2019

Asunto: Auto que confirmó la decisión del Tribunal Administrativo de Cundinamarca que negó la suspensión provisional del acto acusado, pues no se encontró acreditada la inhabilidad de celebración de contratos atribuida al demandado.

Extracto: “Explicado lo anterior y teniendo en claro cuáles son elementos probatorios hasta ahora obrantes en el expediente respecto a la inhabilidad de intervención en la celebración de contratos, es viable estudiar si en el caso concreto aquella se configuró o no, Veamos:

i. El elemento temporal:

Como se explicó, para determinar el lapso temporal de la inhabilidad es necesario contar un año hacia atrás tomando como punto de referencia el día de la elección.

En el sub judice, y teniendo en cuenta que las elecciones se llevaron a cabo el día 25 de octubre de 2015, el periodo inhabilitante para el demandado transcurrió entre el 25 de octubre de 2014 y el 25 de octubre de 2015.

Sin embargo, en esta etapa procesal, se encuentra acreditado que el contrato de trabajo a término indefinido celebrado entre el demandado y la Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Bogotá¹ se suscribió por fuera del periodo inhabilitante, comoquiera que en él, en el ítem fecha, se lee “julio 19/89”² y se establece que el señor Castro Rodríguez comenzaría sus labores en la empresa en el mes de agosto del año 1989.

Como puede observarse, el contrato que, a juicio, de la parte actora origina la inhabilidad de celebración de contratos, se perfeccionó hace más de 25 años, es decir, en un lapso mucho mayor al previsto por el numeral 3º del artículo 40 de la Ley 617 de 2000 para la configuración de la inhabilidad.

Por consiguiente y se tiene en cuenta que, como se explicó en detalle en el acápite 4.2 de esta providencia, para la configuración de la inhabilidad es necesario que el contrato se haya celebrado

1 Según el artículo 3 del Acuerdo N° 11 de 13 de septiembre de 2010 dicha entidad es una empresa industrial y comercial del Estado del Distrito Capital. El acuerdo se encuentra disponible en el siguiente enlace electrónico: http://www.acueducto.com.co/wpsv61/wps/html/resources/empresa/AcuerdoNo_11_2010.pdf

2 Folio 170

dentro del año anterior a la fecha de la elección es evidente que, en este momento del proceso, no se encuentra acreditada la inhabilidad endilgada.

Aunque lo anterior sería suficiente para detener el estudio de la solicitud de medida cautelar y proceder, por las razones aquí expuestas, a confirmar la decisión proferida por la Sección Primera Subsección B del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, la Sala considera necesario estudiar el elemento subjetivo de la inhabilidad con el propósito de explicar por qué la concesión de la licencia no remunerada al Actor no puede entenderse como la celebración de un nuevo contrato.

ii. Elemento Subjetivo

En efecto, tampoco se podría entender que la concesión de una licencia no remunerada configura la intervención en la celebración de un contrato estatal, pues lo cierto es que ella es una situación administrativa del trabajador que, precisamente, se deriva del contrato de trabajo previamente suscrito; de forma tal que, aquella puede concebirse, si se quiere, como un acto posterior a la celebración del contrato, el cual según la jurisprudencia³ de esta Sección, no configura la inhabilidad estudiada.

Comoquiera que “no configuran intervención en la celebración de contratos aquellas actividades efectuadas antes de que inicie la operación contractual; aquellas que se verifican luego de que se ha suscrito el respectivo negocio jurídico, ni las que se cumplen por fuera del trámite administrativo contractual”.⁴

Por lo anterior, carece de asidero jurídico el entendimiento de la parte recurrente según el cual se acreditó que el contrato del demandado estuvo vigente durante el año anterior a la elección debido a que, como se expuso, el elemento material u objetivo de la inhabilidad solo se configura cuando efectivamente durante el año previo a la elección se intervino en la celebración del contrato bien participando en su negociación o bien suscribiéndolo o perfeccionándolo, sin que la vigencia del mismo en el tiempo tenga la potencialidad de configurar dicha inhabilidad.

Finalmente, es de resaltar que, contrario a lo afirmado por la apoderada del Actor, el fungir como trabajador oficial de la EAAB E.S.P tampoco da lugar a la inhabilidad contemplada en el numeral 3º del artículo 40 de la Ley 617 de 2000, pues lo cierto es que esta situación, no encaja dentro de ninguno de tres escenarios configurativos de esta prohibición antes analizados.

Bajo las consideraciones que preceden, se confirmará la decisión del Tribunal de negar la medida cautelar deprecada, pero por las razones aquí explicadas.”

Decisión: “Confirmar la decisión de negar la suspensión provisional del acto a través del cual se declaró electo como concejal de Bogotá al señor Nelson Castro Rodríguez para el periodo 2016-2019, proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca Sección Primera Subsección B, pero por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

Devolver al Tribunal de origen para lo de su cargo.”

LUCY JEANNETTE BERMÚDEZ BERMÚDEZ

Presidenta

Aclara Voto

ROCÍO ARAÚJO OÑATE

Consejera de Estado

³ Al respecto consultar, entre otras, Consejo de Estado, Sección Quinta, sentencia del 10 de mayo de 2013, radicación 76001-23-31-000-2011-01854-01 CP. Alberto Yepes Barreiro y Consejo de Estado, Sección Quinta, sentencia del 21 de marzo de 2013, radicación 15001-23-31-000-2011-00650-01 CP. Mauricio Torres Cuervo.

⁴ Consejo de Estado, Sección Quinta, sentencia del 21 de marzo de 2013, radicación 15001-23-31-000-2011-00650-01 CP. Mauricio Torres Cuervo.

CARLOS ENRIQUE MORENO RUBIO
Consejero de Estado
ALBERTO YEPES BARREIRO
Consejero de Estado

Aclaración de voto de consejera Lucy Jeannette Bermúdez

Extracto: “La inhabilidad alegada en la apelación correspondiente al numeral 3 del artículo 40 de la Ley 617 de 2000⁵ no es aplicable a contratos laborales de término indefinido, puesto que el numeral 2 del citado artículo es el que correspondería a los hechos del presente caso.

(...)

Si bien es cierto que el numeral 3 del artículo 40 de la Ley 617 de 2000 no hace mención expresa a algún tipo de contrato en particular, de su redacción si es posible colegir que establece inhabilidades para situaciones contractuales distintas al contrato laboral de término indefinido, como lo podría ser un contrato de prestación de servicios.

Teniendo en cuenta lo anterior, me permito aclarar que no pretendía que se realizara un estudio sobre el numeral 2 del artículo 40 de la Ley 617 de 2000, sino que debido a que el actor solo hizo alusión a una de las causales de inhabilidad que invocó en la demanda, no era necesario realizar el análisis extensivo de los elementos de una de las inhabilidades establecidas en el numeral 3 del artículo 40 de la Ley 617 de 2000.

Por tanto, habría sido suficiente con que se rechazara la aplicación del citado numeral 3 al caso concreto sin entrar al estudio de cada elemento de la inhabilidad.”

En estos términos aclaro mi voto.

* * *

**CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCIÓN QUINTA**

Consejero ponente: ALBERTO YEPES BARREIRO

Bogotá, veintiocho (28) de abril de dos mil dieciséis (2016)

Radicación número: 70001-23-33-000-2016-00011-01

Actor: RAÚL ENRIQUE VERGARA ÁLVIZ – PROCURADOR NÚMERO 44 JUDICIAL II ADMINISTRATIVO DE SUCRE

Demandado: MIGUEL ARRAZOLA SÁENZ – CONTRALOR DEL DEPARTAMENTO DE SUCRE PARA EL PERÍODO 2016-2019

Asunto: Auto que confirma la decisión de negar la suspensión provisional del acto a través del cual se eligió como Contralor Departamental de Sucre para el periodo 2016-2019 al señor Miguel Alfonso Arrazola Sáenz, proferida por el Tribunal Administrativo de Sucre.

5 3. Quien dentro del año anterior a la elección haya intervenido en la gestión de negocios ante entidades públicas del nivel municipal o distrital o en la celebración de contratos con entidades públicas de cualquier nivel en interés propio o de terceros, siempre que los contratos deban ejecutarse o cumplirse en el respectivo municipio o distrito. Así mismo, quien dentro del año anterior haya sido representante legal de entidades que administren tributos, tasas o contribuciones, o de las entidades que presten servicios públicos domiciliarios o de seguridad social en el régimen subsidiado en el respectivo municipio o distrito.

Extracto: “La elección de contralores departamentales, municipales y distritales está a cargo de las respectivas Asambleas y Concejos, por mandato del artículo 272 de la Constitución Política.

Dichas corporaciones, en virtud de la reforma constitucional introducida por el Acto Legislativo número 02 de 2015, deben adelantar una convocatoria pública para la referida elección, en los términos fijados por la ley, la cual a la fecha no ha sido expedida.

Ello significa, como lo reconoció recientemente esta Sección, que:

“el mandato contenido en el artículo 272 de la Carta no ha sido objeto de desarrollo legislativo, lo cual implica que no existe actualmente un mecanismo que permita determinar el procedimiento que debe seguirse a partir de la convocatoria pública que corresponde hacer a las corporaciones territoriales para la elección, en este caso, de los contralores.

No obstante, estima la Sala que este vacío normativo en el cual insistió el actor no permite concluir, en esta etapa inicial del proceso, que el trámite adelantado por la Asamblea de Santander para la elección del contralor departamental haya sido irregular; ni que la convocatoria pública hecha para tales efectos sea ilegal en sí misma. (...)

La determinación de los posibles vicios en dicho procedimiento constituye un aspecto que solo puede ser determinado en la sentencia, cuando sea abordado el análisis de fondo sobre la incidencia que tiene la ausencia de norma que establezca la actuación que debe seguirse para la elección del contralor.”¹ (Negrilla fuera de texto)

De otra parte, debe señalarse que la Sala no cuenta con los elementos probatorios suficientes para concluir que la convocatoria pública hecha por la Asamblea desconoció las garantías de publicidad, objetividad, transparencia y mérito.

Si bien se advierte en el Acta de la visita practicada a la Secretaría de la Asamblea General de Sucre el 16 de diciembre de 2015 por funcionarios de la Procuraduría Regional de ese departamento, que “las bojas de vidas (sic) como tales no fueron objeto de examen por la comisión, ni se verificó el cumplimiento de los requisitos de los candidatos admitidos ni el incumplimiento de los inadmitidos...”, se observa que en el Acta número 003 de la sesión de la Asamblea Departamental de 6 de enero de 2016 en la cual se eligió al Contralor de Sucre, una de las diputadas, Karime Cotes, manifestó entre otras cosas, que “bemos tenido la oportunidad de estudiar detenidamente las bojas de vida radicadas en la Secretaría para hoy tomar la mejor decisión para este departamento”.

Asimismo, otro diputado, Jorge Mario Hernández quien afirmó haber ostentado esa investidura en el período anterior, sostuvo que “hoy contamos con el acompañamiento como lo hemos contado (sic) desde un principio de la Procuraduría, existen manifestaciones por algunos organismos de control que han acompañado y donde han encontrado todo en absoluta transparencia... existen nombres de grandes calidades de cualidades profesionales y éticas de alto reconocimiento a la población que tiene el departamento de Sucre...”

Ello evidencia que la sola convocatoria no es suficiente para saber cuál fue el desarrollo del proceso. Además tampoco es posible establecer, en este momento procesal, la incidencia de las etapas de la convocatoria respecto de la elección, teniendo en cuenta la ausencia de regulación legal. Es decir, como ya se indicó, será la sentencia el escenario para definir si, como lo plantea el actor, era indispensable la aplicación de pruebas e instrumentos de selección como criterio de mérito, las cuales no fueron establecidas en la convocatoria para elegir al demandado.

1 Consejo de Estado, Sección Quinta, Auto de 31 de marzo de 2016, Rad. 68001-23-33-000-2016-00149-01, Actor: Miguel Darío Cárdenas Mancera; Demandado: Diego Fran Ariza Pérez (Contralor de Santander); C.P. Carlos Enrique Moreno Rubio.

Así las cosas, se advierte que las pruebas no tienen la fuerza suficiente para que el acto acusado pierda ejecutoriedad², pues si bien la Procuraduría Regional dejó constancia de posibles irregularidades, lo cierto es que varios diputados dieron cuenta del cumplimiento del procedimiento y de la evaluación de las bojas de vida de quienes atendieron la convocatoria.

De otra parte, debe precisarse que el antecedente citado por el actor referido al Consejo de Gobierno Judicial no ha sido desconocido por cuanto se trata de un caso distinto al sub examine...

Bajo las anteriores consideraciones, se confirmará la decisión del Tribunal de negar la medida cautelar deprecada, pues será la sentencia el escenario para determinar si el procedimiento que adelantó la Asamblea de Sucre para elegir al Contralor Departamental trasgredió las normas invocadas por el actor.

Decisión: “CONFIRMAR la decisión de negar la suspensión provisional del acto a través del cual se eligió como Contralor Departamental de Sucre para el periodo 2016-2019 al señor Miguel Alfonso Arrazola Sáenz, proferida por el Tribunal Administrativo de Sucre.

DEVOLVER al Tribunal de origen para lo de su cargo.”

LUCY JEANNETTE BERMÚDEZ BERMÚDEZ
Presidenta

ROCÍO ARAÚJO OÑATE
Consejera de Estado
ALBERTO YEPES BARREIRO
Consejero de Estado
CARLOS ENRIQUE MORENO RUBIO
Consejero de Estado

* * *

CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCIÓN QUINTA

Consejero ponente: ALBERTO YEPES BARREIRO

Bogotá, diecinueve (19) de mayo de dos mil dieciséis (2016)

Radicación número: 68001-23-33-000-2016-00131-01

Actor: LUIS JOSÉ ESCAMILLA MORENO

Demandado: ROBIEL BARBOSA OTÁLORA – PERSONERO DE FLORIDA BLANCA

Asunto: Auto que confirma la decisión de declarar probada parcialmente la excepción previa de indebida acumulación de pretensiones formulada por la parte demandada, proferida por el Tribunal Administrativo de Santander en audiencia inicial de 19 de abril de 2016.

2 ARTÍCULO 91. PÉRDIDA DE EJECUTORIEDAD DEL ACTO ADMINISTRATIVO. Salvo norma expresa en contrario, los actos administrativos en firme serán obligatorios mientras no hayan sido anulados por la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo. Perderán obligatoriedad y, por lo tanto, no podrán ser ejecutados en los siguientes casos:

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

Extracto: “La Sala considera, al igual que el a quo, que en el presente caso existe una indebida acumulación de pretensiones, pero no por el desconocimiento del artículo 282 del CPACA -sobre causales objetivas y subjetivas-, sino por las razones que se explican a continuación:

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 162 del CPACA toda demanda deberá dirigirse a quien sea competente y contendrá “... lo que se pretenda, expresado con precisión y claridad. Las varias pretensiones se formularán por separado, con observancia de lo dispuesto en este mismo código para la acumulación de pretensiones...”.

Por su parte el artículo 165 del mismo estatuto, refiere la necesidad de que las pretensiones que se formulen sean conexas y no se excluyan entre sí “salvo que se propongan como principales y subsidiarias”, so pena de indebida acumulación de éstas. (...)

En términos similares está regulada esta figura en el Código General del Proceso – CGP: (...)

En el caso bajo estudio, es evidente la acumulación de pretensiones propias de un proceso electoral y otras que corresponden a un proceso de nulidad y restablecimiento del derecho.

Sobre el tema esta Sección ha sostenido:

“El numeral 3º del artículo 82 del C. de P. C., establece que la acumulación de pretensiones no procede cuando todas no puedan tramitarse por el mismo procedimiento y la jurisprudencia de la Sección ha señalado que en ejercicio de la acción de nulidad electoral sólo hay lugar a declarar la nulidad de los actos de elección o nombramiento de que se trate, como se infiere de lo establecido en los artículos 223, 226, 227, 228 y 229 del C. C. A., y 7º de la Ley 14 de 1988, y en ciertos casos a disponer la práctica de un nuevo escrutinio; que las solicitudes de restablecimiento del derecho que se aleguen por un daño ocasionado por un acto de elección o nombramiento sólo procede en ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento instituida en el artículo 85 del C. C. A., y que cuando impropiaamente se acumulan pretensiones en uno y otro sentido debe interpretarse la demanda y resolverse acerca de las pretensiones respecto de las cuales el juez tenga competencia e inhibirse para decidir las demás. Por ello, cuando impropiaamente se ha adelantado un proceso con base en la demanda orientada a obtener la declaración de nulidad del acto de elección y el restablecimiento del derecho, el juez decidirá sobre la primera pretensión y se inhibirá acerca de las pretensiones resarcitorias, para hacer prevalecer el derecho sustancial sobre las formas y el derecho de acceso a la administración de justicia, consagrados en los artículos 228 y 229 de la Constitución Política, respectivamente.”^{1,2}

Conforme lo expuesto, es claro que la procedencia de acumulación de pretensiones debe sujetarse a ciertos requisitos, que en el presente caso no se cumplen. Veamos:

El actor pretende obtener simultáneamente (i) la nulidad del acto de elección del Personero de Floridablanca; (ii) su separación del cargo; (iii) que el tribunal ordene y practique una nueva calificación a la entrevista; (iv) así como una comparación de las preguntas, respuestas y calificaciones del Actor y demandado para que se corrija el error aritmético y (v) que una vez confirmado el error aritmético, se ordene expedir una nueva lista de elegibles y hacer la respectiva elección del Actor como Personero de Floridablanca.

1 Sentencias de la Sección Quinta de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado de 2 de junio de 1996, exp. no. 1558, y de 10 de marzo de 2005, exp. no. 3333.

2 Consejo de Estado, Sección Quinta, sentencia de 4 de mayo de 2007, exp. 11001-03-28-000-2006-00079-00(4013), Actor: Jose Luis Arcila Cordoba; Demandado: Representantes a la Cámara por el departamento del Valle del Cauca; C.P. Reinaldo Chavarro Buritica.

Claramente las pretensiones referidas a la nulidad del acto de elección y la separación del cargo del demandado que es consecuencia necesaria de la anulación, son propias de un proceso de nulidad electoral según el artículo 139 que establece que por este medio de control, se deben cuestionar tanto los actos de elección por voto popular como los actos de nombramiento que expidan las entidades y autoridades públicas de todo orden.

Por tanto, se puede deducir que la elección efectuada por el Concejo Municipal de Floridablanca en el proceso de la referencia, debía demandarse a través de la acción electoral, como en efecto se hizo.

Ahora bien, las pretensiones referidas a la nueva calificación de la entrevista, la comparación de las respuestas dadas por los señores Escamilla Moreno y Barbosa Moreno así como la de nombramiento del Actor como Personero de Floridablanca, claramente tienen un contenido resarcitorio propio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho.

(...)

En este escenario, las pretensiones 3ª, 4ª y 5ª de la demanda, podrían corresponder a modalidades de reparación y por ende, tendrían un contenido subjetivo respecto del Actor.

Es evidente en este caso que, de cara a los argumentos fácticos que fundamentan la demanda, no puede predicarse de dichas pretensiones la defensa de la legalidad en abstracto, sino la de un derecho subjetivo que el señor Escamilla Moreno cree tener.

Recuérdese que la nulidad electoral, es una acción pública de legalidad, encaminada a mantener incólume el ordenamiento jurídico de las posibles violaciones que se puedan presentar por la expedición de un acto de elección o de nombramiento³.

Es decir, mediante este medio de control, se pretende la defensa del ordenamiento jurídico en abstracto y por ello se considera que es un contencioso objetivo de legalidad, lo que implica una evidente incompatibilidad con pretensiones referidas a derechos subjetivos, que deben ventilarse en el marco de un proceso de nulidad y restablecimiento del derecho.

(...)

Así las cosas, si bien la indebida acumulación de pretensiones está probada como lo sostuvo el a quo, lo cierto es que dicha excepción se configura no por la imposibilidad de acumular censuras de naturaleza objetiva y subjetiva, sino porque las pretensiones 3ª, 4ª y 5ª corresponden a un proceso de nulidad y restablecimiento del derecho, para el cual, el legislador ha previsto un trámite distinto al electoral.

Bajo el anterior panorama, no cabe sino concluir que la decisión de primera instancia debe ser confirmada.”

Decisión: “CONFIRMAR la decisión de declarar probada parcialmente la excepción previa de indebida acumulación de pretensiones formulada por la parte demandada, proferida por el Tribunal Administrativo de Santander en audiencia inicial de 19 de abril de 2016.

DEVOLVER al Tribunal de origen para lo de su cargo.”

LUCY JEANNETTE BERMÚDEZ BERMÚDEZ
Presidenta

ROCÍO ARAÚJO OÑATE
Consejera de Estado

3 Consejo de Estado, Sección Quinta, sentencia de 12 de septiembre de 2013, Exp. 11001-03-28-000-2012-00060-00, Actor: José Leoncio Betancur Largo; Demandado: Notario cincuenta y ocho del Círculo de Bogotá; C.P. Alberto Yepes Barreiro.

CARLOS ENRIQUE MORENO RUBIO
Consejero de Estado
ALBERTO YEPES BARREIRO
Consejero de Estado

* * *

CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCIÓN QUINTA

Consejero ponente: ALBERTO YEPES BARREIRO

Bogotá, veintiséis (26) de mayo de dos mil dieciséis (2016)

Radicación número: 73001-23-33-004-2015-00762-01

Actor: ADRIANA MILENA ROMERO GALEANO

Demandado: CONCEJALES DE EL ESPINAL (TOLIMA)

Asunto: Auto que confirmó la decisión adoptada por el Tribunal Administrativo del Tolima de declarar la probada la excepción de falta de agotamiento del requisito de procedibilidad y, por consiguiente, la de terminar el proceso iniciado contra la elección de los concejales del Espinal.

Extracto: *“Tal y como se puso de presente en los antecedentes de esta providencia, para la parte recurrente el requisito de procedibilidad se encuentra agotado toda vez que el día 5 de noviembre de 2015 presentó ante los Delegados Departamentales de la Registraduría Nacional solicitud en la cual evidenciaba la diferencia E-14 y E-24 en las elecciones del Concejo Municipal de El Espinal (Tolima).*

Abora bien, a folio 367 del expediente obra copia del documento radicado ante los Delegados Departamentales de la Registraduría Nacional en el cual se lee que su propósito era agotar “el requisito de procedibilidad en una posterior reclamación ante los tribunales administrativos de la jurisdicción”, en relación con las mesas 9, 12, 13, 17, 19, y 20, del puesto 5, zona 1.

No obstante, la Sala encuentra que con dicho documento NO puede entenderse agotado el requisito de procedibilidad, comoquiera que aquel no satisface varios de los elementos que la jurisprudencia ha exigido para tal fin.

En efecto, a folios 79 a 86 del expediente consta que la elección de Concejales de El Espinal se declaró por parte de la comisión escrutadora municipal el día 31 de octubre de 2015.

En consecuencia y atendiendo a que la petición para agotar el requisito de procedibilidad, visible a folios 367 a 368, se presentó el día 5 de noviembre de 2015 se puede colegir, sin lugar a dudas, que la solicitud con base en la cual se pretende dar por acreditado el requisito de procedibilidad se presentó de forma extemporánea, porque se formuló después la declaración de la elección acusada.

A lo ya expuesto se suma, que la petición de la parte actora se presentó ante una autoridad frente a la cual no era posible acreditar el requisito de procedibilidad, es decir, frente a los Delegados Departamentales de la Registraduría Nacional. Esto es así, porque la solicitud con base en la cual se busca agotar el requisito de que trata el numeral 6° del artículo 161 del C.P.A.C.A. debe formularse ante la autoridad electoral correspondiente.

(...)

Así mismo, la Sala destaca que la petición elevada por la demandada con el fin de agotar el requisito de procedibilidad en el sub judice, la cual obra a folios 367 y 368 del expediente, no satisface dicha exigencia toda vez que: (i) no existe una coincidencia en la identificación de las mesas en las cuales aparentemente se presentó la falsedad documental, puesto que en la demanda se hace referencia a

27 mesas, de las cuales solamente una de éstas (zona 05, puesto 01, mesa 13) fue incluida en dicha petición; y, (ii) debido a la indeterminación de la petición no se puede agotar el requisito de procedibilidad, dado que en dicho escrito se afirma que en las mesas 9, 12, 13, 17, 19, y 20, del puesto 5, zona 1, hubo una diferencia de 126 entre los votos consignados en los formularios E-14 a favor de la demandada y aquellos reportados en el formulario E-24 correspondiente, sin que se especifique cómo se concretó dicha diferencia en cada una de las mesas.

Es de anotar que para la Sala no es de recibo el argumento expuesto en el recurso de apelación según el cual, la extemporaneidad de la solicitud se justifica porque las diferencias E-14 y E-24 se introdujeron de forma oculta por la comisión escrutadora violando el principio de publicidad del trámite electoral de forma tal que los vicios solo se evidenciaron al expedirse el E-26, puesto que el escrutinio, como lo dispone el artículo 1º del Código Electoral, es público.¹

Además, en el expediente se encuentra plenamente acreditado que, contrario a estas afirmaciones, el escrutinio se adelantó de forma pública y participativa.

(...)

Por las razones que preceden la Sala encuentra que no es viable entender agotado el requisito de procedibilidad, a través del escrito presentado por la Actor, debido a que la solicitud: (i) se formuló por fuera de la oportunidad legal correspondiente; (ii) no se presentó ante la autoridad electoral correspondiente; (iii) las supuestas irregularidades denunciadas en la solicitud no coinciden con aquellas contenidas en la demanda; y, (iv) la solicitud es indeterminada, dado que no se especifica cuál fue la diferencia entre los formularios E-14 y E-24, en cada una de las mesas en las que supuestamente se presentó la irregularidad.

Ahora bien, no escapa a la Sala que junto con la demanda se allegaron otros documentos que dan cuenta de las solicitudes elevadas durante el escrutinio de votos obtenidos en las elecciones celebradas el 25 de octubre de 2015, los cuales, dada la legitimación universal que existe en esta materia, podrían dar por agotado el requisito de procedibilidad en el caso concreto.

En efecto, a folios 224 a 363 del expediente, obra copia simple de las resoluciones a través de las cuales la comisión escrutadora resolvió las reclamaciones presentadas durante el escrutinio realizado.

Sin embargo, del análisis de dichos documentos la Sala concluye que no es posible entender que con ellos se agotó el requisito de procedibilidad, pues precisamente aquellas son reclamaciones y no peticiones para dar por agotado la exigencia de que trata el numeral 6º del artículo 161 del C.P.A.C.A.

Esto es así, debido a que de la redacción de dichos escritos se infiere que las peticiones presentadas en el escrutinio del Concejo de El Espinal (Tolima) se formularon en ejercicio de la facultad contemplada en el artículo 192 del Código Electoral y no para agotar el requisito de procedibilidad.

(...)

Bajo este panorama, es claro que los documentos obrantes en el expediente no acreditan el agotamiento del requisito de procedibilidad, comoquiera que aquellos se elevaron en ejercicio de la facultad de reclamación consagrada en el Código Electoral y no para evidenciar falsedades en los documentos electorales.

1 “ARTÍCULO 1. (...)2º Principio del secreto del voto y de la publicidad del escrutinio.

El voto es secreto y las autoridades deben garantizar el derecho que tiene cada ciudadano de votar libremente sin revelar sus preferencias.

El escrutinio es público, según las reglas señaladas por este código y las demás disposiciones electorales. (...)”

Por consiguiente, y debido a que la parte actora no demostró haber agotado el requisito de procedibilidad en materia electoral, la Sala confirmará la decisión de no encontrar agotado el requisito de procedibilidad.”

Decisión: “DECLARAR SANEADO el proceso de la referencia de la nulidad de conformidad en lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

CONFIRMAR la decisión proferida por el Tribunal Administrativo del Tolima en la audiencia inicial del 8 de abril de 2016 de declarar no agotado el requisito de procedibilidad consagrado en el numeral 6º del artículo 161 de la Ley 1437 de 2011, y, como consecuencia de lo anterior, terminar el proceso de la referencia en atención a lo dispuesto en el inciso 3º del numeral 6º del artículo 180 del C.P.A.C.A.

ADVERTIR a los sujetos procesales que contra lo resuelto no procede ningún recurso.”

LUCY JEANNETTE BERMÚDEZ BERMÚDEZ
Presidenta

ROCÍO ARAÚJO OÑATE
Consejera de Estado
CARLOS ENRIQUE MORENO RUBIO
Consejero de Estado
ALBERTO YEPES BARREIRO
Consejero de Estado

* * *

CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCIÓN QUINTA

Consejero ponente: ALBERTO YEPES BARREIRO

Bogotá, ocho (8) de junio de dos mil dieciséis (2016).

Radicación número: 76001-23-33-004-2016-00074-01

Actor: ALVEIRO MURCIA OME Y SAMUEL CASTRO GONZÁLEZ

Demandado: NORMAN MAURICE ARMITAGE CADAVID – ALCALDE DEL MUNICIPIO DE SANTIAGO DE CALI

Asunto: Auto que confirma el rechazo de la demanda. Se solicita la nulidad de la elección del demandado como alcalde de Cali por no estar contenida en un acto administrativo, pues afirmaron los Actor que el formulario E-26ALC se trata de un simple boletín informativo, que no cumple las formalidades necesarias para ser considerado como acto administrativo. Así mismo sostuvieron que dicho formulario “es ilegal o espurio” porque de acuerdo con éste la elección del demandado fue declarada el 02 de noviembre de 2015, fecha en la cual las comisiones no habían concluido el escrutinio total.

Extracto: “En el presente caso se observa que en las pretensiones de la demanda se solicitó la nulidad del formulario E-26ALC, de 2 de noviembre de 2016, mediante el cual se declaró la elección del señor Norman Maurice Armitage Cadavid como Alcalde del municipio de Santiago de Cali.

Sin embargo, tanto en la demanda y su corrección como en el recurso de apelación, los Actores insistieron en que dicho formulario no reúne los requisitos formales para ser considerado como el acto administrativo que declara la elección, pues en su opinión se trata de un mero soporte documental que contiene el conteo de votos, razón por la cual adujeron que el medio de control procedente en el sub judice es la nulidad y no la nulidad electoral.

Contrariamente a lo sostenido por los Actores, la Sala advierte que en las elecciones por voto popular el formulario E-26 corresponde al acto electoral susceptible de control ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo, pues a través de éste se plasma la voluntad democrática popular y se declara la elección.

En ese sentido, el formulario E-26 no puede considerarse como un mero boletín o soporte informativo sino que éste propiamente constituye el acto electoral, pues a través de éste se declara la voluntad política de los ciudadanos expresada a través de ejercicio del derecho al voto.

Ahora bien, el artículo 171 del C.P.A.C.A. ordena al juez admitir la demanda que cumpla con los requisitos formales, para lo cual “(…) le dará el trámite que le corresponde aunque el Actor haya indicado una vía procesal inadecuada (…).”

*En atención a esta facultad, la Sala observa que en el sub judice, al estar dirigidas las pretensiones anulatorias de la demanda contra un acto electoral y no existir pretensiones subjetivas de restablecimiento de derechos, la vía procesal adecuada para tramitar la acción corresponde a la del medio de control de nulidad electoral regulado en el artículo 139 del C.P.A.C.A., mediante el cual “[c]ualquier persona podrá pedir la nulidad de los actos de elección por voto popular o por cuerpos electorales, así como de los actos de nombramiento que expidan las entidades y autoridades públicas de todo orden. Igualmente podrá pedir la nulidad de los actos de llamamiento para proveer vacantes en las corporaciones públicas”, y no a la nulidad prevista en el artículo 137 *Ibídem*, de acuerdo con la causa petendi formulada.*

Por lo tanto, ante la indebida escogencia del medio de control y su posterior falta de adecuación el Tribunal debió verificar el cumplimiento de los requisitos legales señalados en los artículos 162, 164, 166 y 281 del C.P.A.C.A., y en caso de que éstos se encontraran reunidos, admitir la demanda y darle el trámite según la vía procesal adecuada, es decir aquel correspondiente a la nulidad electoral, en atención a la naturaleza de las pretensiones formuladas y del acto demandado.

Ahora bien, en ejercicio de las facultades interpretativas de la demanda, si el libelo introductorio reúne los requisitos legales para ser admitido, es el juez, y no las partes, quien debe determinar la vía procesal adecuada para su trámite según la naturaleza específica del acto demandado y de las pretensiones formuladas.

Por lo tanto, no es de recibo para la Sala la argumentación de los recurrentes según la cual el presente proceso debe ser tramitado de acuerdo con las reglas procesales del medio de control de nulidad previsto en el artículo 137 del C.P.A.C.A., puesto que se reitera que al haberse demandado un acto electoral y no haber sido formuladas pretensiones de naturaleza subjetiva con alcance de restablecimiento expreso o implícito que pueda deducirse de la causa petendi, y dado que la censura de violación o de irregularidad contra el acto declaratorio de la elección fue invocada, por la parte actora, en el artículo 275 numeral 5º del CPACA, que consagra una típica y específica causal de nulidad electoral,¹ este proceso corresponde a uno de nulidad electoral.

En síntesis, debido a que el medio de control no fue adecuado al medio de control respectivo al Tribunal le correspondía darle el trámite relativo al medio de control de nulidad electoral, de encontrarse cumplidos los requisitos legales para su admisión. Sin embargo, se anticipará que dicha decisión será confirmada por la ocurrencia del fenómeno de la caducidad.

2.4.2. La caducidad en el medio de control de nulidad electoral

Entre otros motivos, el Tribunal también rechazó la demanda porque la parte actora no allegó constancia de la publicación del acto demandado, a pesar de que en el auto inadmisorio advirtió dicho

1 En el escrito de subsanación de la demanda se invoca la causal quinta de nulidad del artículo 275 del C.P.A.C.A., como se observa a folio 23 del expediente Sin embargo, en dicho escrito no se desarrollan las razones por las cuales se solicita que el acto demandado se anule con base en esta causal.

error, lo que impedía poder determinar si la demanda había sido interpuesta dentro del término de caducidad previsto para el ejercicio del medio de control de nulidad electoral.

Los Actores recurrieron este argumento de la decisión porque en su opinión el formulario E-26ALC demandado no es un acto administrativo, sino un simple boletín, razón por la cual no era posible que existiera constancia de su publicación. Así mismo, adujeron que por tratarse de un medio de control de simple nulidad no opera el fenómeno de la caducidad. Adicionalmente, manifestaron que en los procesos en donde se pretende la nulidad de una elección por la configuración de una inhabilidad, el término de caducidad debe contarse a partir del momento de la posesión del demandado o que éste ni siquiera es aplicable dado que existen razones de interés público relacionadas con los cuestionamientos respecto de la idoneidad, moralidad y probidad de la persona elegida, que impiden que opere la caducidad.

Como ya se explicó en el acápite anterior, los Actores erraron al sostener que el presente proceso debía tramitarse por la vía procesal del medio de control de nulidad, por lo que deberá seguirse el trámite correspondiente al medio de control de nulidad electoral.

La regla en materia de caducidad para este medio de control está regulada en el literal a) del numeral 2º del artículo 164 del C.P.A.C.A., que indica:

“Cuando se pretenda la nulidad de un acto administrativo electoral, el término será de treinta (30) días. Si la elección se declara en audiencia pública el término se contará a partir del día siguiente; en los demás casos de elección y en los de nombramientos se cuenta a partir del día siguiente al de su publicación efectuada en la forma prevista en el inciso 1º del artículo 65 de este Código.

En las elecciones o nombramientos que requieren confirmación, el término para demandar se contará a partir del día siguiente a la confirmación.”

De acuerdo con esta disposición, si la elección es declarada en audiencia pública, el término de caducidad debe contabilizarse a partir del día siguiente de su realización.

Ahora bien, la Sala ha sostenido que las elecciones populares son de aquellas que se declaran en audiencia pública, razón por la cual el término de caducidad debe computarse a partir del día siguiente de su realización.

(...)

Consecuentemente, debido a que las elecciones de alcaldes municipales son de aquellas que se declaran en audiencia pública, en el presente caso, el a quo, no debió exigir a los Actores que allegaran constancia de publicación del acto demandado, pues conforme al artículo 166 numeral 1º del CPACA, aplicable por el principio de integración normativa previsto en el artículo 296 ibidem, a la demanda debe acompañarse copia del acto acusado, con las constancias de su publicación, notificación o ejecución, según sea el caso y, en atención a que de la lectura del mismo formulario E-26ALC, se observa que la elección del señor Armitage Cadavid como Alcalde del municipio de Santiago de Cali se declaró en audiencia pública realizada el 02 de noviembre de 2015, lo procedente según el caso era contar con la fecha cierta de la notificación en estrados o audiencia, como en efecto, se demuestra del texto de impresión del E-26ALC (obrante a folios 4 y 5 del expediente).

Así las cosas, como la audiencia en la cual se declaró la elección se realizó el 02 de noviembre de 2015 y la demanda fue presentada el 26 de enero de 2016, se concluye que ésta fue presentada extemporáneamente, puesto que el término de caducidad de treinta (30) días que establece el literal a) del numeral 2º del artículo 164 del C.P.A.C.A. debió empezar a contarse desde el día siguiente a la realización de dicha diligencia, en la que el acto de elección se notificó en estrados.

(...)

Por último, la Sala no comparte los argumentos de los recurrentes según los cuales en los procesos en los que se discuten inhabilidades el término de caducidad debe contabilizarse desde el momento de la posesión del demandado o ni siquiera debe computarse, puesto que dichos razonamientos, además de carecer de soporte jurídico alguno, resultan irrelevantes para el sub iudice, dado que en el presente caso no se demanda la nulidad del acto censurado por la configuración de una posible inhabilidad.

En conclusión, en atención a lo expuesto, la Sala confirmará la decisión de rechazar la demanda. Sin embargo, esta decisión no se adoptará por las razones expuestas en la decisión recurrida sino porque en el presente caso la demanda fue presentada por fuera del término de caducidad regulado en el literal a) del numeral 2º del artículo 164 del C.P.A.C.A.”

Decisión: “CONFIRMAR la decisión de rechazar la demanda de nulidad electoral presentada por los señores Alveiro Murcia Ome y Samuel Castro González contra la elección del señor Norman Maurice Armitage Cadavid como Alcalde del municipio de Santiago de Cali, adoptada por el Tribunal Contencioso Administrativo del Valle del Cauca en el auto de 09 de febrero de 2016, por las razones expuestas en esta providencia.

ADVERTIR a los sujetos procesales que contra lo resuelto no procede ningún recurso.”

LUCY JEANNETTE BERMÚDEZ BERMÚDEZ
Presidenta

ROCÍO ARAÚJO OÑATE
Consejera de Estado
CARLOS ENRIQUE MORENO RUBIO
Consejero de Estado
ALBERTO YEPES BARREIRO
Consejero de Estado

* * *

CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCIÓN QUINTA

Consejero ponente: ALBERTO YEPES BARREIRO

Bogotá D.C, diecisiete (17) de junio de dos mil dieciséis (2016)

Radicación número: 170001-23-33-000-2016-00025-01

Actor: LUIS EFRÉN LEYTON CRUZ

Demandado: TULIA HELENA HERNÁNDEZ BURBANO – PERSONERA MUNICIPAL DE MANIZALES (CALDAS)

Asunto: Auto que confirmó la decisión del Tribunal Administrativo de Caldas de no decretar la suspensión provisional del acto acusado, pues se encontró que contrario a lo afirmado por la parte actora, la demandada sí había sido inscrita en el concurso de méritos para proveer el cargo de Personero de Manizales.

Extracto: “Para resolver sobre el punto es importante recordar que el artículo 231 del CPACA prevé dos eventos en los cuales es viable decretar **la suspensión provisional** de un acto, así: “cuando se pretenda la nulidad de un acto administrativo, la suspensión provisional de sus efectos procederá por violación de las disposiciones invocadas en la demanda o en la solicitud que se realice en escrito separado, **[primer evento]** cuando tal violación surja del análisis del acto demandado y su confrontación con las normas superiores invocadas como violadas o **[segundo evento]** del estudio de las pruebas allegadas con la solicitud.”.

Estos dos supuestos son disimiles, pues la ocurrencia de uno u otro dependerá de las circunstancias particulares del caso puesto a consideración del juez. ¹ En efecto, en el **primer evento**, se autoriza la suspensión provisional del acto cuando “la violación surja del análisis del acto demandado y su confrontación con las normas superiores invocadas como violadas”, es decir, cuando del examen del acto acusado y de las normas que se consideran infringidas se concluya que existe una vulneración al ordenamiento jurídico.

Por su parte, el **segundo evento** en el cual es posible decretar la suspensión provisional del acto acusado, ocurre cuando la violación surge “del estudio de las pruebas allegadas con la solicitud”.

En el caso concreto, nos encontramos en el **segundo de los eventos**, toda vez que, el vicio que endilgó el Actor en su recurso de apelación, esto es, que la señora Hernández Burbano fue elegida pese a su inadmisión al concurso de méritos, solo puede verificarse con el estudio de las pruebas allegadas.

En efecto, para sustentar su dicho la parte Actor aportó copia del documento a través del cual la Universidad de Manizales² publicó la “lista de admitidos y no admitidos concurso público de méritos para la elección de personero (Manizales- Caldas)”. Según su criterio aquel escrito prueba fehacientemente que la demandada fue inadmitida al concurso de méritos y, que por ende, no era viable su designación como personera municipal.

En el folio 42 del expediente se lee

Cedula	Estado	Observaciones
25.097.220 ³	No admitido	El aspirante no presentó evidencia (numeral b: certificado de antecedentes expedida por el consejo superior de la judicatura) de la convocatoria publicada

Ahora bien, aunque podría señalarse que el vicio que alega el actor se encuentra acreditado, lo cierto es que no se puede perder de vista que en ese mismo acto también se previó la posibilidad de presentar, por parte de los participantes, reclamaciones respecto al estado que fue asignado por la Universidad de Manizales. Por ello, al final de la lista de admitidos se lee con toda claridad:

“Nota: Las reclamaciones se realizaran vía correo electrónico a la dirección (...) con el asunto: Reclamación concurso personero Manizales- Calda. Las reclamaciones se reciben vía correo electrónico, hasta el 15 de diciembre de 2015 (5:00pm)”

Esto se explica debido a que el artículo 6 literal d) del Acuerdo Municipal N° 876 de 31 de octubre de 2015 estableció que en el concurso de méritos para la elección de personero de Manizales se podía reclamar la lista de admitidos dentro de los dos días siguientes a su publicación y se previó que dicho reclamo sería resuelto por el operador del concurso.⁴ Por lo anterior, es claro que esa lista no podía entenderse como definitiva, pues estaba sujeta a los ajustes que surgieran después de las reclamaciones elevadas.

1 En el mismo sentido, Consejo de Estado, Sección Quinta, auto del 21 de enero de 2016, radicación 11001-03-28-000-2015-00051-00. CP. Alberto Yepes Barreiro y Consejo de Estado, Sección Quinta, auto del 28 de enero de 2016, radicación 11001-03-28-000-2015-00046-00. CP. Alberto Yepes Barreiro

2 De conformidad con el artículo 1 del Decreto 1083 de 2015 el concurso de méritos para elegir personero podrá efectuarse a través de universidades o instituciones de educación superior públicas o privadas.

3 En la contestación de la demanda, así como en diversos escritos firmados por la demandada se observa que en efecto dicho número corresponde al número de cédula asignado a Tulia Elena Hernández Burbano: (Fl. 56,60)

4 Reverso del folio 34 del expediente

Bajo este contexto se explica y cobra toda relevancia la petición visible a folio 58 y 59 del expediente a través del cual la demandada presentó lo que denominó “recurso de reposición” contra el acto que decidió excluirla del concurso de mérito. En efecto, en los citados folios obra documento cuyo asunto reza:

“Asunto: Recurso de reposición y reclamación

Referencia: Listado de admitidos y no admitidos al concurso de personero municipal de Manizales”

En el referido escrito se exponen las razones por las cuales la demandada solicita que se revoque la inadmisión al concurso y, en su lugar, se permita la continuidad en el proceso.

*Es de anotar que frente a este requerimiento la Universidad de Manizales, mediante escrito visible a folio 69 a 70, contestó que **revocaba** la decisión de inadmisión y, que por consiguiente la señora Tulia Elena Hernández Burbano quedaba admitida en el concurso de méritos; textualmente el documento en cita señala:*

“una vez analizado el recurso interpuesto por usted, el comité de concurso de personeros considera que su petición es admisible de conformidad con las normas citadas, “ley de supresión de trámites abrevió el aporte de documentos que pueden ser consultados en las bases de datos públicas y para el caso de antecedentes disciplinarios profesionales correspondientes al registro de abogados, este es público, corresponde a datos abiertos por la Ley 1712 de 201 que garantiza la transparencia y el acceso a la información.

(...)

*Por todo lo anterior, **accedemos al recurso de reposición y por tanto queda admitida en el concurso de personeros.**” (Negritas fuera de texto)*

*Nótese entonces, como aunque en principio la demandada fue inadmitida al concurso de méritos, lo cual por obvias razones le vedaba el acceso al cargo de personero municipal, dicha decisión fue **revocada** por quien el concejo municipal mediante Acuerdo N° 815 de octubre de 2015 autorizó para resolver las reclamaciones, de forma que no solo se accedió a su solicitud, sino que además se admitió al concurso, lo que conllevó a que pudiera participar en él.*

*Por lo anterior, para la Sala es claro la señora Hernández Burbano **sí quedó legalmente admitida y, por contera, podía concursar válidamente para ocupar el cargo de personero municipal de Manizales.** En otras palabras, en este momento procesal, no está acreditado el vicio que alega el Actor, pues como se explicó, el material probatorio obrante en el Radicación permite colegir que, contrario a lo afirmado por la parte actora, la demandada **sí fue admitida al concurso de méritos adelantado para proveer el cargo de personero municipal.**”*

Decisión: “MODIFICAR el numeral 1º del auto de 9 de marzo de 2016 proferido por el Tribunal Administrativo de Caldas, para en su lugar aceptar el desistimiento de la pretensión de restablecimiento del derecho contenida en la corrección de la demanda, y consecuentemente, entender que se dio aplicación al artículo 171 del CPACA, de forma que la demanda se tramitará conforme a las reglas de la nulidad electoral.

CONFIRMAR la decisión de negar la suspensión provisional del acto acusado proferida por el Tribunal Administrativo de Caldas en auto del 9 de marzo de 2016.

DEVOLVER al Tribunal de origen para lo de su cargo.”

5 Reverso del folio 69 del expediente.

LUCY JEANNETTE BERMÚDEZ BERMÚDEZ
Presidenta

ROCÍO ARAÚJO OÑATE
Consejera de Estado
(Aclara de Voto)

CARLOS ENRIQUE MORENO RUBIO
Consejero de Estado
ALBERTO YEPES BARREIRO
Consejero de Estado

Aclaración de voto de la consejera Rocío Araújo Oñate

Asunto: Aclaración de voto respecto del auto proferido el 17 de junio de 2016, en el proceso de la referencia. De conformidad con lo establecido en el artículo 129 de la Ley 1437 de 2011⁶ y con el debido respeto por la decisión tomada por la Sala, procedo

Extracto: *“Se debe resaltar que el denominado medio de control de nulidad electoral consagrado en el artículo 139 de la Ley 1437 de 2011⁷, se caracteriza principalmente porque puede ser ejercido por cualquier persona para solicitar la nulidad de los actos de elección por voto popular o por cuerpos electorales, así como de los actos de nombramiento que expidan las entidades y autoridades públicas de todo orden. Igualmente, a través de este medio de control, se podrá pedir la nulidad de los actos de llamamiento para proveer vacantes en las corporaciones públicas.*

La finalidad de la nulidad electoral entonces es la protección del ordenamiento jurídico en abstracto, es decir, la salvaguardia de la legalidad. Así las cosas, a través del contencioso electoral se procura el restablecimiento del ordenamiento jurídico conculcado con ocasión de la expedición de

6 ARTÍCULO 129. FIRMA DE PROVIDENCIAS, CONCEPTOS, DICTÁMENES, SALVAMENTOS DE VOTO Y ACLARACIONES DE VOTO. Las providencias, conceptos o dictámenes del Consejo de Estado, o de sus salas, secciones, subsecciones, o de los Tribunales Administrativos, o de cualquiera de sus secciones, una vez acordados, deberán ser firmados por los miembros de la corporación que hubieran intervenido en su adopción, aún por los que hayan disentido. Al pie de la providencia, concepto o dictamen se dejará constancia de los Magistrados ausentes. Quienes participaron en las deliberaciones, pero no en la votación del proyecto, no tendrán derecho a votarlo.

Los Magistrados discrepantes tendrán derecho a salvar o aclarar el voto. Para ese efecto, una vez firmada y notificada la providencia, concepto o dictamen, el expediente permanecerá en secretaría por el término común de cinco (5) días. La decisión, concepto o dictamen tendrá la fecha en que se adoptó. El salvamento o aclaración deberá ser firmado por su autor y se agregará al expediente.

Si dentro del término legal el Magistrado discrepante no sustentare el salvamento o la aclaración de voto, sin justa causa, perderá este derecho.

7 Ley 1437 de 2011. Artículo 139. Nulidad electoral. Cualquier persona podrá pedir la nulidad de los actos de elección por voto popular o por cuerpos electorales, así como de los actos de nombramiento que expidan las entidades y autoridades públicas de todo orden. Igualmente podrá pedir la nulidad de los actos de llamamiento para proveer vacantes en las corporaciones públicas.

En elecciones por voto popular, las decisiones adoptadas por las autoridades electorales que resuelvan sobre reclamaciones o irregularidades respecto de la votación o de los escrutinios, deberán demandarse junto con el acto que declara la elección. El demandante deberá precisar en qué etapas o registros electorales se presentan las irregularidades o vicios que inciden en el acto de elección.

En todo caso, las decisiones de naturaleza electoral no serán susceptibles de ser controvertidas mediante la utilización de los mecanismos para proteger los derechos e intereses colectivos regulados en la Ley 472 de 1998.

un acto de elección o nombramiento incurso en las causales de nulidad previstas en los artículos 137⁸ y 275 de la Ley 1437 de 2011⁹.

Por su parte, el medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, según lo dispuesto en el artículo 138 de la Ley 1437 de 2011¹⁰, precisamente, se diferencia del medio de control anterior en que la consecuencia necesaria de la nulidad del acto administrativo, es el correspondiente restablecimiento del derecho conculcado o la reparación del daño infringido por aquél, el cual, de acuerdo con el artículo 90 de la Constitución Política¹¹, debe revestir la connotación de antijurídico.

Por lo anterior, si la pretensión del demandante se dirige a obtener, además de la nulidad de acto administrativo que declara la elección, el restablecimiento del derecho vulnerado, el medio de control que corresponde es la nulidad y restablecimiento del derecho y no la nulidad electoral.

Por otra parte, cabe precisar que, específicamente en materia de nulidad electoral, según lo prescrito en el numeral 3° del artículo 288 de la Ley 1437 de 2011¹², las sentencias que disponen la nulidad del

8 LEY 1437 DE 2011. ARTÍCULO 137. NULIDAD. Toda persona podrá solicitar por sí, o por medio de representante, que se declare la nulidad de los actos administrativos de carácter general.

Procederá cuando hayan sido expedidos con infracción de las normas en que deberían fundarse, o sin competencia, o en forma irregular, o con desconocimiento del derecho de audiencia y defensa, o mediante falsa motivación, o con desviación de las atribuciones propias de quien los profirió. (...)

9 LEY 1437 DE 2011. ARTÍCULO 275. CAUSALES DE ANULACIÓN ELECTORAL. Los actos de elección o de nombramiento son nulos en los eventos previstos en el artículo 137 de este Código y, además, cuando:

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

10 LEY 1437 DE 2011. ARTÍCULO 138. NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO. Toda persona que se crea lesionada en un derecho subjetivo amparado en una norma jurídica, podrá pedir que se declare la nulidad del acto administrativo particular, expreso o presunto, y se le restablezca el derecho; también podrá solicitar que se le repare el daño. La nulidad procederá por las mismas causales establecidas en el inciso segundo del artículo anterior.

Igualmente podrá pretenderse la nulidad del acto administrativo general y pedirse el restablecimiento del derecho directamente violado por este al particular demandante o la reparación del daño causado a dicho particular por el mismo, siempre y cuando la demanda se presente en tiempo, esto es, dentro de los cuatro (4) meses siguientes a su publicación. Si existe un acto intermedio, de ejecución o cumplimiento del acto general, el término anterior se contará a partir de la notificación de aquel.

11 ARTÍCULO 90. El Estado responderá patrimonialmente por los daños antijurídicos que le sean imputables, causados por la acción o la omisión de las autoridades públicas.

En el evento de ser condenado el Estado a la reparación patrimonial de uno de tales daños, que haya sido consecuencia de la conducta dolosa o gravemente culposa de un agente suyo, aquél deberá repetir contra éste.

12 LEY 1437 DE 2011. ARTÍCULO 288. CONSECUENCIAS DE LA SENTENCIA DE ANULACIÓN. Las sentencias que disponen la nulidad del acto de elección tendrán las siguientes consecuencias:

(...) 3. En los casos previstos en los numerales 5 y 8 del artículo 275 de este Código, la nulidad del acto de elección por voto popular implica la cancelación de la respectiva credencial que se hará efectiva a la ejecutoria de la sentencia. (...)

acto de elección en los procesos denominados subjetivos, es decir, aquéllos (i) en los que se debaten las calidades y requisitos constitucionales o legales de elegibilidad o en los que se configuren causales de inhabilidad previstas en el ordenamiento jurídico (causal 5° del artículo 275 de la Ley 1437 de 2011¹³), o (ii) en los cuales se alegue se haya incurrido en doble militancia (causal 8° del artículo 275 de la Ley 1437 de 2011¹⁴), tienen como consecuencia la cancelación de la respectiva credencial, pero no la realización de nuevos escrutinios.”

* * *

**CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCIÓN QUINTA**

Consejero ponente: ALBERTO YEPES BARREIRO

Bogotá D.C, diecisiete (17) de junio de dos mil dieciséis (2016)

Radicación número: 15001-23-33-000-2016-00119-01

Actor: PEDRO JAVIER BARRERA VARELA

Demandado: ILBAR EDILSON LÓPEZ RUÍZ – PERSONERO DE TUNJA PARA EL PERÍODO 2016-2019

Asunto: Auto que i) revoca la decisión de no declarar probada la excepción de falta de legitimación en la causa por pasiva formulada por el municipio de Tunja, proferida en audiencia inicial de 10 de mayo de 2016; ii) ordena al Tribunal Administrativo de Boyacá, desvincular del proceso al municipio de Tunja, y, en su lugar, vincular al Concejo Municipal de Tunja, de conformidad con el artículo 277.2 del CPACA; iii) declara sin valor y efecto jurídico las actuaciones que hubiere surtido el Tribunal Administrativo de Boyacá, que se vean afectadas por estas decisiones, conforme a la parte motiva de este proveído, en especial las actuaciones que se hubieren surtido con ocasión de la vinculación del municipio de Tunja al proceso y la falta de vinculación del Concejo Municipal de Tunja al mismo; y iv) ordena al Tribunal Administrativo de Boyacá realizar nuevamente aquellas actuaciones afectadas por la necesidad de vincular al Concejo Municipal de Tunja al proceso, como la admisión de la demanda y la realización de la audiencia inicial.

Extracto: “*Antes de adentrarnos en la resolución de los problemas jurídicos que subyacen a los recursos de apelación presentados, la Sala con criterio pedagógico, considera necesario exponer algunas consideraciones sobre la audiencia inicial.*”

Como es sabido, la oralidad se introdujo en la jurisdicción de lo contencioso administrativo con el CPACA, lo que implica que los procesos que ante ella se surten, se tramitan principalmente mediante la realización de audiencias: inicial; de pruebas y; de alegaciones y juzgamiento.

La audiencia inicial, regulada en el artículo 180 del CPACA para los procesos ordinarios, con las particularidades establecidas en el 283 para los electorales, constituye la audiencia más importante del proceso teniendo en cuenta que tiene por objeto: (i) resolver las excepciones previas; (ii) efectuar el saneamiento del trámite; (iii) fijar el objeto del litigio y; (iv) decretar las pruebas.

Pese a que la redacción de la norma sugiere un orden distinto para llevar a cabo la mencionada diligencia y pronunciarse frente a cada una de las etapas de la audiencia inicial –primero el sanea-

13 LEY 1437 DE 2011. ARTÍCULO 275. CAUSALES DE ANULACIÓN ELECTORAL. Los actos de elección o de nombramiento son nulos en los eventos previstos en el artículo 137 de este Código y, además, cuando:

(...) 5. Se elijan candidatos o se nombren personas que no reúnan las calidades y requisitos constitucionales o legales de elegibilidad o que se hallen incursas en causales de inhabilidad. (...)

14 LEY 1437 DE 2011. ARTÍCULO 275. CAUSALES DE ANULACIÓN ELECTORAL. Los actos de elección o de nombramiento son nulos en los eventos previstos en el artículo 137 de este Código y, además, cuando:

(...) 8. Tratándose de la elección por voto popular, el candidato incurra en doble militancia política. (...)

*miento y luego la decisión de las excepciones previas–, lo cierto es que resulta más lógico y coherente que, previo a efectuar el saneamiento del proceso, el juez resuelva las excepciones previas y mixtas, por cuanto, como se verá más adelante, estas pretenden el saneamiento del proceso, por causa de vicios o defectos en el mismo, y su finalidad es **mejorarlo** o **terminarlo** cuando lo primero no es posible, todo orientado a evitar nulidades o sentencias inhibitorias. De manera que si hay lugar a la terminación del proceso, por encontrarse probada alguna excepción que tenga dicha consecuencia, resultará inane continuar el trámite.*

De otra parte, debe tenerse en cuenta que en los procesos ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo, rige el principio de preclusividad, lo que implica que el proceso se desarrolla por etapas y, una vez se agota o concluye cada una de ellas, se debe pasar a la siguiente sin que el proceso pueda retrotraerse.

Este principio, como sostiene el profesor Hernando Morales Molina, “significa la clausura, por ordenarlo una norma legal, de las actividades que pueden llevarse a acabo, sea por las partes o por el juez, dentro del desarrollo del proceso de cada una de las etapas en que la ley lo divide”¹⁵.

Este principio, también llamado de eventualidad, “enseña que siguiendo el proceso el orden señalado por la ley, se logra su solidez jurídica, la cual se obtiene con el ejercicio de los derechos de las partes y el cumplimiento de las obligaciones del juez en el momento oportuno y no cuando arbitrariamente se quieran realizar, de ahí la trascendente misión que cumple su inexorable observancia dentro de los procesos.”¹⁶

En el desarrollo de la audiencia inicial, la aplicación de este principio adquiere vital importancia toda vez que se adoptan diversas decisiones frente a las cuales proceden distintos recursos, que constituyen etapas dentro de la diligencia.

*Por ejemplo y teniendo en cuenta el presente asunto, una vez instalada la audiencia y reconocidas las personerías jurídicas, si es del caso, se continúa con la decisión sobre excepciones previas, la cual debe notificarse en estrados. Frente a dicha decisión procede el recurso de apelación o el de súplica, según el caso. En tratándose del recurso de apelación, éste debe concederse en el efecto **suspensivo** como se explicará en detalle más adelante.*

Por consiguiente, una vez surtidos los traslados respectivos, el juez conductor del proceso debe pronunciarse en ese mismo momento sobre la concesión del recurso interpuesto, pues se insiste, el efecto en que se debe conceder la apelación es el suspensivo, lo que implica que el trámite de la audiencia no puede continuar.

En ese orden, si el juez no se pronuncia sobre el recurso interpuesto en ese momento sino que continúa la diligencia y/o concede la apelación en un efecto equivocado, está desconociendo el principio de preclusividad, pues claramente la decisión sobre una excepción previa o mixta que puede poner fin al proceso no está en firme y puede afectar las demás etapas de la audiencia inicial y del proceso, como ocurre en el presente asunto, en detrimento de la celeridad que debe regir estos procesos, pues obliga a que deba retrotraerse la(s) actuación(es) afectadas con la decisión del recurso.

(...)

15 Citado por López Blanco, Hernán Fabio. Código General del Proceso, parte general. 2016. Dupré Editores. Bogotá. Págs. 112.

16 Ibidem. Pág. 111.

3.3. Del efecto en que se concede el recurso de apelación frente a las excepciones previas

En el caso objeto de estudio, la Magistrada conductora del Tribunal Administrativo de Boyacá concedió la alzada, en la parte final de la audiencia inicial, en el efecto **devolutivo**¹⁷.

Para la Sala es importante poner de presente que el efecto en que debe concederse la apelación frente a la decisión que adopte el juez o magistrado ponente respecto de las excepciones previas propuestas, es el **suspensivo**, como se señaló recientemente:

*“... la Sala advierte que de conformidad con el artículo 243 de la Ley 1437 de 2011 el recurso de apelación se concede por regla general en el efecto suspensivo, salvo en los eventos contemplados en sus numerales 2, 6, 7 y 9, que se concede en el efecto devolutivo. De esta manera, al no encontrarse consagrado en estos casos el auto que declaró no probada la excepción de inepta demanda..., **dicho recurso debe concederse en el efecto suspensivo y no devolutivo.***

En este mismo sentido, el párrafo del artículo 243 idem señala frente al recurso de apelación, que éste solo procederá de conformidad con las normas del presente Código, aun cuando se deban adelantar trámites e incidentes que se rijan por el Código General del Proceso; significa esto que no le es permitido al operador judicial integrar normas ajenas a la Ley 1437 de 2011 en cuanto se trate del recurso de apelación, por expresa prohibición legal.”¹⁸. (Negrilla fuera de texto)

Es importante precisar que de acuerdo con el último inciso del artículo 243 del CPACA, la regla general en cuanto a los efectos de la apelación es que se conceda en el suspensivo a menos que exista norma especial que indique otro.

Como no existe norma en el CPACA que de manera específica regule el efecto en que debe concederse el recurso de apelación frente al auto que decide las excepciones previas, debe aplicarse la regla general, esto es, que debe concederse en el efecto suspensivo.

Lo anterior resulta razonable si se tiene en cuenta que las excepciones previas o mixtas tienen como finalidad sanear o **terminar** el proceso cuando se presenten vicios o defectos en el mismo, para evitar nulidades o sentencias inhibitorias.

Por tanto, que la competencia del inferior se suspenda y por ende, que el curso normal del proceso se detenga mientras se resuelve la apelación sobre las excepciones, resulta necesario en aras de evitar que se tomen decisiones que a la postre resulten inanes o contradictorias con la resolución definitiva sobre el punto, toda vez que la decisión sobre las excepciones puede incidir de manera determinante en el curso del proceso y, de manera especial, en las demás decisiones que se deben adoptar en el marco de la audiencia inicial, como lo son la fijación del litigio y el decreto de pruebas.

En consecuencia, y como se hiciera en el caso referido líneas atrás, se exhorta al Tribunal Administrativo de Boyacá para que en adelante conceda el recurso de apelación aplicando esta disposición con fundamento en la integración normativa prescrita en el artículo 296 de la Ley 1437 de 2011 y no remitiéndose a las normas del Código General del Proceso, tal y como lo hizo en el presente caso, circunstancia que por demás no fue objetada por los demandados en el correspondiente traslado del recurso.

(...)

¹⁷ En aplicación del artículo 324 del CGP.

¹⁸ Consejo de Estado, Sección Quinta, Auto de 5 de mayo de 2016, Radicación 50001-23-33-000-2015-00666-01, Actor: Gentil Briceño Sánchez, Demandados: Diputados por el departamento de Vaupés, C.P. Rocío Araújo Oñate.

Contrario a lo resuelto por el a quo, la Sala anticipa que es evidente la configuración de la excepción de falta de legitimación en la causa por pasiva del municipio de Tunja, lo que impone revocar la decisión recurrida en esta materia e impide que pueda pronunciarse sobre la apelación de las demás decisiones recurridas, como pasa a explicarse:

(...)

*En materia electoral, la legitimación en la causa por **activa** está consagrada en el artículo 139 del CPACA, el cual autoriza a cualquier persona a interponer dicho medio de control.*

*En lo que atañe a la legitimación en la causa por **pasiva** en los procesos electorales deben tenerse en cuenta las siguientes reglas fijadas en los numerales 1º y 2º del artículo 277 del CPACA:*

- *Si se trata de la elección para (i) un cargo unipersonal o (ii) se demande la nulidad del acto por las causales 5ª –falta de calidades y requisitos, violación del régimen de inhabilidades- y 8ª –doble militancia¹⁹- del artículo 275 del CPACA, la capacidad para comparecer como demandado se encuentra: i) en la persona elegida; ii) en la entidad que profirió el acto de elección y iii) en la que intervino en su adopción.*
- *En los procesos en que se demande la elección por voto popular a cargos de corporaciones públicas por las causales 1ª, 2ª, 3ª, 4ª, 6ª y 7ª del artículo 275 del CPACA –relacionadas con irregularidades o vicios en la votación o en los escrutinios-²⁰, la capacidad para comparecer como demandado está igualmente en la entidad que profirió el acto de elección y en la que intervino en su adopción, con la diferencia de que se tienen como demandados **todos** los ciudadanos elegidos.*

5.1.3. Legitimación en la causa por pasiva en el caso bajo estudio

*De acuerdo con lo expuesto, y teniendo en cuenta que el presente proceso versa sobre la elección para un cargo uninominal, se aplica la primera de las reglas mencionadas y en consecuencia, la legitimación en la causa por pasiva la tienen la persona elegida: **Ilbar Edilson López Ruiz**; así como la entidad que profirió el acto de elección: **Concejo Municipal de Tunja**.*

Ahora bien, la demanda inicialmente se dirigió en contra “del municipio de Tunja–Boyacá – Concejo Municipal de Tunja.”

Sin embargo, por auto de 9 de febrero de 2016, la Magistrada Ponente del Tribunal de Boyacá inadmitió la demanda, entre otras razones, porque no se dirigió contra todas las personas con legitimación en la causa.

Al efecto, considero que “[e]n las demandas de nulidad electoral, de acuerdo con los artículos 275 y siguientes del CPACA, la calidad de demandado se predica del elegido o nombrado dada la naturaleza especial del proceso electoral (Art. 277 número 2º). Ahora bien, los Concejos Municipales son entidades corporativas de la administración y carecen de personería jurídica. Así las cosas, actúan en el proceso a través de los municipios, de acuerdo con las reglas previstas en el artículo 159 del CPACA. Así las cosas, la demanda no puede dirigirse contra el Concejo Municipal excluyendo al elegido.”

En atención a las anteriores consideraciones y las instrucciones dadas en el auto mencionado, la apoderada judicial del Actor procedió a subsanar la demanda, y, en lo que concierne a la legitimación, suprimió como demandado al Concejo de Tunja, quedando como demandados el municipio de Tunja representado por su Alcalde y el elegido como Personero de Tunja, el señor Ilbar Edilson López Ruiz.

19 Estas causales de nulidad son de naturaleza subjetiva pues se relacionan con el incumplimiento de calidades y requisitos constitucionales o legales de elegibilidad o violación del régimen de inhabilidades de la persona elegida o nombrada.

20 Estas causales de nulidad son de naturaleza objetiva porque se refieren a vicios relacionados con irregularidades o vicios en la votación o en los escrutinios, es decir, no están relacionadas con las calidades de las personas elegidas.

*En consecuencia, y por estimar subsanadas todas las irregularidades advertidas en el auto inadmisorio, la Magistrada Ponente, por auto de 2 de marzo de 2016, admitió la demanda electoral y ordenó la notificación (i) a Ilbar Edilson López Ruíz; (ii) **al municipio de Tunja en calidad de representante del Concejo Municipal en los términos del numeral 2º del artículo 277 del CPACA**; (iii) a la Escuela Superior de Administración Pública en los términos del numeral 2º del artículo 277 del CPACA, (iv) al Ministerio Público; y (v) al actor. Asimismo, ordenó informar a la comunidad la existencia de este proceso en el sitio web de la jurisdicción de lo contencioso administrativo o en su defecto, a través de radio o televisión institucional.*

Como se advierte, el Concejo Municipal de Tunja fue excluido del proceso por instrucción de la Magistrada conductora del proceso, situación que claramente desconoce el mandato contenido en el numeral 2º del artículo 277 del CPACA...

De acuerdo con las consideraciones expuestas, que la Sala reitera en esta oportunidad, si bien es cierto el Concejo Municipal de Tunja carece de personería jurídica, está habilitado por la ley para intervenir directamente en el presente medio de control de nulidad electoral, porque tiene capacidad para ser sujeto procesal, atribuida por el numeral 2º del artículo 277 del CPACA.

Así las cosas, la Sala revocará la decisión de negar la excepción de falta de legitimación en la causa por pasiva propuesta por el municipio de Tunja, el cual, en consecuencia, deberá ser desvinculado del trámite del presente proceso, para que en su lugar sea vinculado el Concejo Municipal de dicha entidad territorial, no sin antes advertir que todas las actuaciones surtidas por el Tribunal de instancia que se vean afectadas por esta decisión carecen de validez y que deberán realizarse nuevamente aquellas afectadas por la necesidad de vincular al proceso a dicha corporación pública, dado que el recurso de apelación interpuesto contra la decisión recurrida fue erróneamente otorgado en el efecto devolutivo y no en el suspensivo, como fue explicado previamente.

5.1.4. Sobre las demás excepciones y el recurso de apelación

En atención a que se revocará la decisión referida a la falta de legitimación en la causa del ente territorial vinculado, y en consecuencia, se dejarán sin efecto aquellas actuaciones surtidas por el Tribunal de instancia que se vean afectadas por esta decisión carecen de validez y se ordenará realizar nuevamente aquellas afectadas por la necesidad de vincular al proceso al Concejo Municipal de Tunja, la Sala queda relevada de estudiar la apelación frente a las decisiones sobre las demás excepciones y la prueba negada en primera instancia, por cuanto la vinculación de la referida Corporación incidirá en el trámite del proceso, en la medida en que se le debe dar la oportunidad de contestar la demanda, proponer excepciones, aportar y solicitar pruebas etc., lo cual sin duda puede incidir en la fijación del litigio y demás decisiones a adoptarse en la audiencia inicial."

Decisión: "REVOCAR la decisión de no declarar probada la excepción de falta de legitimación en la causa por pasiva formulada por el municipio de Tunja, proferida por el Tribunal Administrativo de Boyacá en audiencia inicial de 10 de mayo de 2016.

Como consecuencia de lo anterior, se ordena al Tribunal Administrativo de Boyacá, DESVINCULAR del proceso al municipio de Tunja, y, en su lugar, VINCULAR al Concejo Municipal de Tunja, de conformidad con el artículo 277.2 del CPACA.

DECLARAR sin valor y efecto jurídico las actuaciones que hubiere surtido el Tribunal Administrativo de Boyacá, que se vean afectadas por estas decisiones, conforme a la parte motiva de este proveído, en especial las actuaciones que se hubieren surtido con ocasión de la vinculación del municipio de Tunja al proceso y la falta de vinculación del Concejo Municipal de Tunja al mismo.

Como consecuencia de lo anterior, se ordena al Tribunal Administrativo de Boyacá realizar nuevamente aquellas actuaciones afectadas por la necesidad de vincular al Concejo Municipal de Tunja al proceso, como la admisión de la demanda y la realización de la audiencia inicial.

Devolver al Tribunal de origen para lo de su cargo.”

LUCY JEANNETTE BERMÚDEZ BERMÚDEZ
Presidenta

ROCÍO ARAÚJO OÑATE
Consejera de Estado
CARLOS ENRIQUE MORENO RUBIO
Consejero de Estado
ALBERTO YEPES BARREIRO
Consejero de Estado

* * *

CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCIÓN QUINTA

Consejero ponente: ALBERTO YEPES BARREIRO

Bogotá D.C., veintitrés (23) de junio de dos mil dieciséis (2016)

Radicación número: 68001-23-33-000-2016-00070-01

68001-23-33-000-2016-00076-01(acumulados)

Actor: CARLOS LEONARDO HERNÁNDEZ

Demandado: CONCEJALES DEL MUNICIPIO DE BARRANCABERMEJA

Asunto: Auto que revoca la decisión de negar la excepción de inepta demanda por indebida integración del petitum propuesta por los apoderados de los demandados en el proceso 2016-0070, para en su lugar declararla probada.

Extracto: “Esta Sección ha señalado que en las elecciones por voto popular, en ejercicio del medio de control de nulidad electoral, no sólo debe demandarse el acto que declara la elección sino también aquellos proferidos durante el procedimiento electoral en los cuales se resuelven las irregularidades o reclamaciones puestas en conocimiento de las autoridades electorales.¹

Esta exigencia quedó actualmente plasmada en el segundo inciso del artículo 139 del C.P.A.C.A., de acuerdo con el cual “[e]n elecciones por voto popular, las decisiones adoptadas por las autoridades electorales que resuelvan sobre reclamaciones o irregularidades respecto de la votación o de los escrutinios, deberán demandarse junto con el acto que declara la elección. El Actor deberá precisar en qué etapas o registros electorales se presentan las irregularidades o vicios que inciden en el acto de elección.”

En el caso concreto se observa que ninguna de las pretensiones de la demanda se dirigió contra los actos que resolvieron las reclamaciones e irregularidades puestas en conocimiento de la organización electoral.

En efecto, el Actor se limitó a formular las siguientes pretensiones:

“PRIMERA: Se excluyan del cómputo los votos para la Corporación Concejo Municipal de Barrancabermeja contenidos en las mesas que a continuación relaciono: (...)

1 Ver, entre otras, Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta. expediente 250002324000201200075-01, 250002324000201200076-01, 250002324000201200077-01. Demandados: Concejales de Bogotá.

SEGUNDO: *Que se declare la nulidad del acto de Elección contenido en el Formulario E-26CA de fecha 12 de Noviembre de 2016, por medio del cual La Comisión Escrutadora Departamental de Santander declaró la elección de los Concejales de Barrancabermeja Santander, para el periodo 2016 a 2019.*

TERCERO: *De conformidad con el numeral 2 y el **parágrafo** del artículo 288 de la Ley 1437 de 2011, declarada la nulidad del acto de elección (Acta E 26 del 12 de noviembre de 2015 por la cual se declara la elección de los Concejales de Barrancabermeja para el periodo 2016-2019 WILMAR TAMARA CABARIQUE, EMEL DARIO HARNACHE BUSTAMANTE, IRIS YECENIE VILLAMIZAR RUIZ, HENRY YAIR CORREA CARABALLO, LUIS FERNANDO CALDERON MEJIA, HOLMAN JOSE JIMENEZ MARTINEZ, ELAYNE LEONOR JIMENEZ BECERRA, YAMILE VEGA GUTIERREZ, LEONARDO GONZALEZ CAMPERO, PAUL ENRIQUE SOLORZANO GARCIA, JASER CRUZ GAMBINDO, ALEXANDER ARQUEZ ACEVEDO, KELLYN LUDID BAEZA URBINA, FRANKLIN ANGARITA BECERRA, JORGE ARMANDO CARRERO PIMENTEL, HOBER TORRES ARRIETA, LUIS ALBERTO ARISMENDI SOLANO) Se cancelen las respectivas credenciales, se declare la elección de quienes finalmente resulten elegidos y se les expida su respectiva credencial.*²

Sin embargo, en un capítulo posterior del texto de la demanda, se identificaron los siguientes actos demandados:

“1. En virtud de (sic) declaratoria de (sic) elección, me permito demandar el documento electoral denominado Acta E26 CA por el cual se declara la elección de [los demandados] como Concejales del Municipio de Barrancabermeja Santander para el periodo 2016-2019 el cual se produjo el día 12 de noviembre de 2015 por la comisión escrutadora departamental.

2. En cumplimiento de lo ordenado en el artículo 139 de la ley 1437 de 2011 en sentido que: <<en elecciones por voto popular, las decisiones adoptadas por las autoridades electorales que resuelvan sobre reclamaciones o irregularidades respecto de la votación o de los escrutinios, deberán demandarse junto con el acto que declara la elección>> **me permito demandar todos y cada uno de los actos administrativos emanados de las diversas comisiones escrutadoras que resolvieron sobre las declaraciones o irregularidades respecto del escrutinio.** Actos que se allegan con éste (sic) libelo.” (Subrayado y negrilla por fuera del texto original)

Si bien en la identificación de los actos demandados se mencionan “todos y cada uno de los actos administrativos emanados de las diversas comisiones escrutadoras que resolvieron sobre las declaraciones o irregularidades respecto del escrutinio”, esta alusión genérica no satisface la exigencia dispuesta en el segundo inciso del artículo 139 del C.P.A.C.A., dado que el Actor debió individualizar en las pretensiones de la demanda cuáles son dichos actos que resolvieron las irregularidades en la elección objeto de discusión en el presente proceso judicial.

Así mismo, como consecuencia de esta exigencia, en el concepto de violación de la demanda se debió haber explicado de manera específica cuáles son los motivos por los cuales dichos actos deben ser anulados.

De lo contrario, en el presente caso sería necesario estudiar la legalidad de cada uno de los actos expedidos por las distintas comisiones escrutadoras en el marco de la elección de los Concejales de Barrancabermeja, muchos de los cuales no guardan relación alguna con las irregularidades demandadas en el sub lite, razón por la cual su presunción de legalidad debe mantenerse.

Así las cosas, la Sala considera que el Tribunal erró al negar la excepción de inepta demanda por indebida integración del petitum, dado que la simple mención de “todos y cada uno de los actos administrativos emanados de las diversas comisiones escrutadoras que resolvieron sobre las declaraciones

2 Cuaderno principal Número: 1, folios 4 a 8.

o irregularidades respecto del escrutinio” en la identificación de los actos demandados, no satisface el requisito dispuesto en el segundo inciso del artículo 139 del C.P.A.C.A.

Por el contrario, le correspondía al actor identificar de manera precisa y concreta en las pretensiones anulatorias de la demanda cuáles fueron los actos expedidos durante el procedimiento electoral que resolvieron o se ocuparon de estudiar las irregularidades objeto de control judicial en el presente proceso.

Adicionalmente, la Sala considera que la providencia de la Sección Quinta del Consejo de Estado de 3 de abril de 2014, Radicación 2014-00014, la cual fue invocada por el actor al recorrer el traslado del recurso para sostener que en el proceso de nulidad electoral no se pueden demandar actos distintos a aquel por medio del cual se declara la elección, no es pertinente para resolver el caso concreto.

En dicha ocasión la Magistrada Ponente ordenó rechazar una demanda de nulidad electoral interpuesta contra la elección de un Senador de la República, debido a que ésta fue presentada antes de que se expidiera por las autoridades electorales el acto declarativo de la elección.

Al respecto se señaló que “[d]e conformidad con reiterada jurisprudencia de esta Corporación <<es contrario a la naturaleza de la acción electoral, demandar actos distintos al que declara la elección>> porque según el artículo 275 del C.P.A.C.A., para obtener la nulidad de una actuación administrativa que culmina con un acto de carácter electoral, debe demandarse precisamente el acto por medio del cual la elección se declara.”³

Por lo tanto, en esta providencia, en ningún momento se señaló que en las elecciones por voto popular, en ejercicio del medio de control de nulidad electoral, no se deban demandar las decisiones adoptadas por las autoridades electorales que resuelvan sobre las reclamaciones o irregularidades respecto de la votación o de los escrutinios. Simplemente se señaló que en materia electoral debe demandarse el acto que declara la elección, por ser éste el definitivo.

Debido a que por las anteriores razones se revocará la decisión recurrida y, en su lugar, se declarará probada la excepción de inepta demanda por indebida integración del petitum, la Sala prescindirá de estudiar los recursos de apelación interpuestos contra las demás decisiones adoptadas por el a quo en relación con las excepciones previas propuestas por los demandados en el proceso 2016-0070.

En todo caso, en atención a la acumulación de procesos decretada por el Tribunal mediante auto de 02 de mayo de 2016, se advierte que la presente decisión solo afecta las pretensiones de anulación propuestas en el marco del proceso 2016-0070, razón por la cual el Tribunal deberá continuar con el trámite de aquéllas correspondientes al proceso 2016-0076.”

Decisión: “REVOCAR la decisión de negar la excepción de inepta demanda por indebida integración del petitum propuesta por los apoderados de los demandados en el proceso 2016-0070, para en su lugar DECLARARLA PROBADA. Se advierte que la presente decisión solo afecta las pretensiones de anulación propuestas en el marco del proceso 2016-0070, razón por la cual el Tribunal deberá continuar con el trámite de aquéllas correspondientes al proceso 2016-0076.

ADVERTIR a los sujetos procesales que contra lo resuelto no procede ningún recurso.

DEVOLVER al Tribunal de origen para lo de su cargo.”

LUCY JEANNETTE BERMÚDEZ BERMÚDEZ
Presidenta

³ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta. expediente 11001-03-28-000-2014-00014-00. Auto de 3 de abril de 2014. Demandado: Álvaro Uribe Vélez.

ROCÍO ARAÚJO OÑATE
Consejera de Estado
CARLOS ENRIQUE MORENO RUBIO
Consejero de Estado
ALBERTO YEPES BARREIRO
Consejero de Estado

* * *

CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCIÓN QUINTA

Consejero ponente: ALBERTO YEPES BARREIRO

Bogotá, D. C., treinta (30) de junio de dos mil dieciséis (2016).

Radicación número: 47001-23-33-000-2016-00038-01

Actor: LACIDES JOSÉ SOTO LABORDE

Demandado: DIPUTADOS DEL DEPARTAMENTO DE MAGDALENA

Asunto: Auto que revoca la decisión de no declarar probada la excepción de falta de legitimación en la causa por activa del supuesto Actor y confirma la decisión de declarar no probadas las demás excepciones propuestas.

Extracto: “En el caso objeto de estudio, el Magistrado conductor del proceso del Tribunal Administrativo de Magdalena concedió la alzada contra la decisión de las excepciones previas y mixtas en el efecto **devolutivo**, sin que para ello invocara fundamento normativo alguno

*Para la Sala es importante reiterar que el efecto en que debe concederse la apelación frente a la decisión que adopte el juez o magistrado ponente respecto de las excepciones previas y mixtas propuestas, es el **suspensivo**, como se señaló recientemente.¹*

Es importante precisar que de acuerdo con el último inciso del artículo 243 del C.P.A.C.A., la regla general en cuanto a los efectos de la apelación es que se conceda en el suspensivo a menos que exista norma especial que indique otro.

Como no existe norma en el C.P.A.C.A. que de manera específica regule el efecto en que debe concederse el recurso de apelación frente al auto que decide las excepciones previas y mixtas, debe aplicarse la regla general, esto es, que debe concederse en el efecto suspensivo.

*Lo anterior resulta razonable si se tiene en cuenta que las excepciones previas o mixtas tienen como finalidad sanear o **terminar** el proceso cuando se presentan vicios o defectos en el mismo, para evitar nulidades o sentencias inhibitorias.*

Por tanto, que la competencia del inferior se suspenda y por ende, que el curso normal del proceso se detenga mientras se resuelve la apelación sobre las excepciones, resulta necesario en aras de evitar que se tomen decisiones que a la postre resulten inanes o contradictorias con la resolución definitiva sobre el punto, toda vez que la decisión sobre las excepciones puede incidir de manera determinante en el curso del proceso y, de manera especial, en las demás decisiones que se deben adoptar en el marco de la audiencia inicial, como lo son la fijación del litigio y el decreto de pruebas.

¹ Ver Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta. Auto de 5 de mayo de 2016. Radicación 50001-23-33-000-2015-00666-01. Demandados: Diputados por el departamento de Vaupés; y Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta, Auto de 17 de junio de 2016. Radicación 15001-23-33-000-2016-00119-01. Demandado: Ilbar Edilson López Ruíz.

En consecuencia, y como se hiciera en los casos referidos líneas atrás, se exhorta al Tribunal Administrativo de Magdalena para que en adelante conceda el recurso de apelación contra la decisión de las excepciones previas y mixtas en efecto suspensivo, en aplicación del artículo 243 del C.P.A.C.A.

Por lo tanto, debido a que el recurso fue concedido en un efecto indebido, la Sala advierte que en el evento que se decida revocar total o parcialmente la decisión recurrida, se deberán dejar sin efecto aquellas actuaciones surtidas por el Tribunal de instancia que se vean afectadas por esta decisión.

2.4.1. ***Sobre la excepción de “falta de legitimación en la causa por activa frente a Lacides Soto Laborde”***

(...) De acuerdo con el artículo 139 del C.P.A.C.A., “[c]ualquier persona podrá pedir la nulidad de los actos de elección por voto popular o por cuerpos electorales, así como de los actos de nombramiento que expidan las entidades y autoridades públicas de todo orden. Igualmente podrá pedir la nulidad de los actos de llamamiento para proveer vacantes en las corporaciones públicas.”

En atención al carácter público del medio de control de nulidad electoral, éste puede ser ejercido por cualquier persona, ya sea de manera directa o a través de apoderado judicial.

Cuando el medio de control es ejercido a través de apoderado judicial, el otorgamiento del poder debe realizarse de conformidad con los requisitos previstos en el artículo 74 del C.G.P., norma aplicable a los procesos contenciosos administrativos en virtud de la remisión contenida en el artículo 306 del C.P.A.C.A., que prevé lo siguiente:

“ARTÍCULO 74. PODERES. (...) El poder especial para uno o varios procesos podrá conferirse por documento privado. En los poderes especiales los asuntos deberán estar determinados y claramente identificados.

El poder especial puede conferirse verbalmente en audiencia o diligencia o por memorial dirigido al juez del conocimiento. El poder especial para efectos judiciales deberá ser presentado personalmente por el poderdante ante juez, oficina judicial de apoyo o notario. Las sustituciones de poder se presumen auténticas. (...)”

De acuerdo con esta norma los poderes especiales, como el que se discute en el presente proceso, deben cumplir los siguientes requisitos: (i) el asunto para el cual fue otorgado el poder debe determinarse e identificarse claramente; (ii) el poder debe tener presentación personal por el poderdante, la cual puede realizarse ante el juez, la oficina judicial de apoyo o notario.

(...)

Del análisis del poder y de la demanda, la Sala coincide con el apoderado del señor Guida Ponce en reprochar las imprecisiones contenidas en ambos. En efecto, en el encabezado del poder se incurrió en error al identificar la parte Actor dado que no se advierte que el Actor sea el señor Lacides José Soto Laborde sino que se indica que es el señor Manuel Fernando Otero Gamero; y en el texto de la demanda no se advirtió que el señor Otero Gamero actuara en ejercicio del derecho de postulación consagrado en el artículo 73 del C.G.P.²

Así mismo, se advierte que se incurrieron en otros yerros en el otorgamiento del poder:

En primer lugar, en el texto del poder no se determina con claridad y precisión el asunto para el cual fue conferido. En el poder simplemente se identifican, de manera errónea, las partes de un proceso

2 “ARTÍCULO 73. DERECHO DE POSTULACIÓN. Las personas que hayan de comparecer al proceso deberán hacerlo por conducto de abogado legalmente autorizado, excepto en los casos en que la ley permita su intervención directa.”

de nulidad electoral, sin que se explique que éste fue conferido para solicitar la nulidad del acto por medio del cual se declaró la elección de los diputados de la Asamblea del Magdalena o para otro fin.

En segundo lugar, en el texto del poder se incurren en inconsistencias en la indicación del número de la cédula de ciudadanía del señor Soto Laborde, ya que se reproduce aquel correspondiente al documento de identificación del abogado Otero Gamero.

En atención a estos yerros, y en especial la falta de determinación del asunto para el cual fue conferido el poder y a que en el texto de la demanda no se señaló que ésta haya sido presentada por el señor Otero Gamero en representación del señor Soto Laborde, para la Sala no es posible concluir, como lo hizo el Tribunal, que es clara la voluntad del señor Lacides José Soto Laborde de haberle otorgado poder al abogado Manuel Fernando Otero Gamero para que lo representara en el proceso de nulidad electoral de la referencia.

Así mismo, la Sala considera que si bien existe una legitimación universal para el ejercicio del medio de control de nulidad electoral, esto no subsana los yerros contenidos en el poder y el texto de la demanda, ni habilita a que el señor Otero Gamero pueda actuar en el presente proceso como apoderado del señor Soto Laborde.

Por las anteriores razones, la Sala revocará la decisión recurrida y en su lugar declarará probada la excepción de “falta de legitimación en la causa por activa frente a Lacides Soto Laborde”, para lo cual se deberá revocar el numeral 10º de la parte resolutive del auto de 15 de febrero de 2016, que ordenó el reconocimiento de personería del señor Otero Gamero como apoderado del señor Soto Laborde.

En todo caso, en atención al carácter público del medio de control de nulidad electoral y a la legitimación universal para su ejercicio, el proceso podrá continuar su curso pero bajo el entendido de que la demanda fue interpuesta directamente por el señor Otero Gamero, quien para todos los efectos procesales será tenido en cuenta como el único Actor dentro del proceso de la referencia.

Así mismo, deberá entenderse que las actuaciones procesales realizadas hasta el momento por el señor Otero Gamero lo fueron en calidad de Actor y no de apoderado del señor Soto Laborde.

2.4.2. Sobre la excepción de “inepta demanda por indebida acumulación de pretensiones”

(...) Tratándose del proceso electoral, dicho artículo regula la acumulación de pretensiones de la siguiente manera:

“ARTÍCULO 281. IMPROCEDENCIA DE ACUMULACIÓN DE CAUSALES DE NULIDAD OBJETIVAS Y SUBJETIVAS. En una misma demanda no pueden acumularse causales de nulidad relativas a vicios en las calidades, requisitos e inhabilidades del elegido o nombrado, con las que se funden en irregularidades en el proceso de votación y en el escrutinio.

La indebida acumulación dará lugar a la inadmisión de la demanda para que se presenten de manera separada, sin que se afecte la caducidad del medio de control.”

Como puede observarse, existe prohibición expresa de acumular causales objetivas [referidas a vicios en la votación] con causales subjetivas [aquellas que cuestionan las calidades, requisitos e inhabilidades del elegido o nombrado], de forma tal que si un escrito introductorio incurre en la indebida acumulación de pretensiones, es menester que se inadmita la demanda y se ordene al actor que se presenten escritos separados en el que, de un lado, se expongan los vicios objetivos y, de otro, los vicios subjetivos endilgados.

En el presente caso, de acuerdo con el concepto de violación de la demanda se cuestiona la inscripción de los candidatos para la Asamblea del Magdalena del Partido de la U, porque según el actor dicha lista fue revocada integralmente por el Consejo Nacional Electoral mediante la Resolución 2465 de 21

de septiembre de 2015, por no cumplir la cuota de género prevista en el artículo 28 de la Ley 1475 de 2011, y luego dicho partido no procedió a inscribirla nuevamente en su totalidad.

En relación con la naturaleza de causal de anulación derivada del anterior concepto de violación, la Sala coincide con el a quo en considerar que se trata de una causal objetiva de nulidad electoral.

A pesar de la equívoca remisión en el concepto de la violación a la causal 5ª del artículo 275 del C.P.A.C.A., norma que permite solicitar la nulidad de los actos electorales por razones subjetivas relativas a la falta de calidades y requisitos constitucionales o legales de elegibilidad o por la configuración de causales de inhabilidad, el reproche que formula el actor no se centra en cuestionar posibles vicios subjetivos de carácter individual respecto de los candidatos inscritos por el Partido de la U para la Asamblea del Magdalena, sino en la debida inscripción de la lista de candidatos de este partido político, irregularidad que realmente atañe a posibles vicios originados en la etapa pre electoral. En ese sentido se resalta que la indicación de la causal de nulidad invocada no es un requisito de la demanda según lo dispuesto en el artículo 162 del C.P.A.C.A., dado que es al juez a quien le corresponde interpretarla.

A una similar conclusión llegó la Sala al adelantar el proceso de nulidad electoral adelantado contra los Representantes a la Cámara por el Departamento de Boyacá, período 2014-2018, en el cual se cuestionaron irregularidades en la inscripción de los candidatos del Grupo Significativo de Ciudadanos “Uribe Centro Democrático”, el cual fue admitido y tramitado por esta Sección de conformidad con las reglas propias de los procesos de nulidad electoral fundados en causales objetivas.³

En efecto, en el evento de que prosperen las pretensiones anulatorias en el sub judice, de conformidad con el artículo 288 del C.P.A.C.A.,⁴ el Tribunal deberá declarar la elección de quienes finalmente resulten elegidos, para lo cual no podrá computar los votos obtenidos por los candidatos inscritos en la lista del Partido de la U, vicio que potencialmente podría afectar a la totalidad de las personas que resultaron elegidas para la Asamblea del departamento de Magdalena para el período 2016-2019, razón por la cual se hace necesaria su vinculación al proceso.

En ese sentido, el apoderado del señor Guida Ponce se equivoca al sostener que la pretensión de exclusión de los votos obtenidos por los candidatos del Partido de la U sea de carácter subjetivo, dado que ésta simplemente se declararía como consecuencia de la constatación de las posibles irregularidades que se incurrieron en la etapa pre electoral y tendría vocación de afectar la elección de todos los actuales miembros de la Asamblea del Magdalena.

Por lo tanto, una correcta interpretación del concepto de violación de la demanda permite concluir que la causal de nulidad invocada por el actor es de carácter objetivo, a pesar de la incorrecta remisión a la causal 5ª del artículo 275 del C.P.A.C.A., razón por la cual no le asiste razón al apoderado del demandado Guida Ponce cuando señala que en el sub judice hubo una indebida acumulación de pretensiones subjetivas y objetivas contra el acto que declaró una elección por voto popular; puesto que en el presente caso no fueron propuestas pretensiones de nulidad electoral de tipo subjetivo.

3 En el auto admisorio de la demanda se observa que la notificación de la demanda se dirigió a todos los Representantes electos para dicha corporación, de conformidad con los literales b) y c) del numeral 1º del artículo 277 del C.P.A.C.A., y no únicamente a los candidatos elegidos pertenecientes a la lista cuya inscripción se estaba cuestionando. Ver Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta. Radicación 11001-03-28-000-2014-00028-00. Auto de 23 de mayo de 2014. Demandados: Representantes a la Cámara por Boyacá.

4 “ARTÍCULO 288. CONSECUENCIAS DE LA SENTENCIA DE ANULACIÓN. Las sentencias que disponen la nulidad del acto de elección tendrán las siguientes consecuencias: (...)

2. Cuando se anule la elección, la sentencia dispondrá la cancelación de las credenciales correspondientes, declarar la elección de quienes finalmente resulten elegidos y les expedirá su credencial, si a ello hubiere lugar. De ser necesario el juez de conocimiento practicará nuevos escrutinios.”

Por las anteriores razones la Sala confirmará la decisión de no declarar probada esta excepción.

2.4.3. Sobre la excepción de “inepta demanda por falta de individualización del acto demandado”

(...) De acuerdo con el artículo 163 del C.P.A.C.A., “[c]uando se pretenda la nulidad de un acto administrativo éste se debe individualizar con toda precisión.”

En el presente caso la Sala advierte que si bien en la demanda no se identificó la fecha del acto demandado ni su número se indicó que ésta se dirigía contra “los nombramientos (sic) (...) que acreditan como diputados del departamento del Magdalena a todos los actuales miembros de la Asamblea del departamento”.

Como lo señaló el recurrente, el actor erró al indicar que el acto demandado corresponde a un nombramiento, pues al ser los diputados de las asambleas elegidos mediante comicios por voto popular, realmente se debió haber hecho referencia al acto de elección.

Sin embargo, esta imprecisión no impide que en el caso concreto el juez, en ejercicio de las facultades interpretativas de la demanda, pueda deducir que las pretensiones se dirigieron contra el acto que declaró la elección de los diputados del departamento de Magdalena, para el período 2016-2019, contenido en el formulario E-26 ASA que fue allegado con el libelo introductorio, como efectivamente concluyó el a quo.

Por lo tanto, la Sala confirmará la decisión de no declarar probada esta excepción.

2.4.4. Sobre las excepciones de “inepta demanda por la indebida formulación de las pretensiones de la demanda, en contra de la naturaleza del medio de control de nulidad electoral” y de “inepta demanda por falta de separación de las pretensiones”

(...) De acuerdo con el artículo 162 del C.P.A.C.A., la demanda debe contener “(...) [l]o que se pretenda, expresado con precisión y claridad. Las varias pretensiones se formularán por separado, con observancia de lo dispuesto en este mismo Código para la acumulación de pretensiones.”

De manera complementaria, el segundo inciso del artículo 163 Ibidem indica que “[c]uando se pretendan declaraciones o condenas diferentes de la declaración de nulidad de un acto, deberán enunciarse clara y separadamente en la demanda.”

En el medio de control de nulidad electoral, de acuerdo con el artículo 288 de este Código, en caso de prosperar la pretensión de nulidad del acto declarativo de la elección, es necesario ordenar en la sentencia la cancelación de las credenciales correspondientes y la declaración de la elección de quienes resulten elegidos.⁵

Ahora bien, en el sub lite la Sala considera que el actor incurrió en errores de técnica al formular las pretensiones de la demanda, puesto que: (i) de un lado, incluyó en una misma pretensión dos distintas (la nulidad del acto demandado y la solicitud de exclusión de votos); y, (ii) de otro, formuló en el orden incorrecto las pretensiones (primero la exclusión de votos y luego la nulidad del acto demandado).

Sin embargo, los errores formales de técnica en la formulación de pretensiones cometidos en el presente caso, los cuales pueden ser reprochables en atención a que la demanda fue presentada directamente

5 “ARTÍCULO 288. CONSECUENCIAS DE LA SENTENCIA DE ANULACIÓN. Las sentencias que disponen la nulidad del acto de elección tendrán las siguientes consecuencias: (...)

2. Cuando se anule la elección, la sentencia dispondrá la cancelación de las credenciales correspondientes, declarar la elección de quienes finalmente resulten elegidos y les expedirá su credencial, si a ello hubiere lugar. De ser necesario el juez de conocimiento practicará nuevos escrutinios.”

por un profesional del derecho, no impiden al juez comprender con precisión y claridad lo que se pretende en ejercicio del deber de interpretación de la demanda.

En efecto, la Sala concluye que en este caso existe claridad sobre lo que se pretende, esto es la nulidad del acto que declaró la elección de los diputados del departamento del Magdalena y, consecuentemente, en el evento de que se declare una nueva elección, que se excluyan los votos afectados por la indebida inscripción de la lista de candidatos del Partido de la U.

Así mismo, debe destacarse que adoptar una decisión contraria, bajo el pretexto de que el Actor incurrió en errores formales al formular las pretensiones de la demanda, impediría el derecho de acceso a la administración de justicia en un caso en el cual es claro lo pretendido por el Actor.

En atención a lo expuesto, al existir claridad sobre lo pretendido y en aras de garantizar el derecho de acceso a la administración de justicia, se confirmará la decisión de declarar no probadas las excepciones de “inepta demanda por la indebida formulación de las pretensiones de la demanda, en contra de la naturaleza del medio de control de nulidad electoral” y de “inepta demanda por falta de separación de las pretensiones”.

Decisión: “REVOCAR la decisión de no declarar probada la excepción de “falta de legitimación en la causa por activa frente a Lacides Soto Laborde”, adoptada por el Tribunal Administrativo del Magdalena en el auto dictado durante la audiencia inicial realizada el 12 de mayo de 2016.

Como consecuencia de lo anterior, se ordena: (i) REVOCAR el numeral 10º de la parte resolutive del auto de 15 de febrero de 2016, mediante el cual se ordenó el reconocimiento de personería del señor Otero Gamero como apoderado del señor Soto Laborde; y, (ii) al Tribunal Administrativo del Magdalena CONTINUAR el trámite del proceso bajo el entendido de que la demanda fue interpuesta directamente por el señor Otero Gamero, quien para todos los efectos procesales será tenido en cuenta como el único Actor. Se advierte al Tribunal que las actuaciones procesales realizadas hasta el momento por el señor Otero Gamero deberán entenderse que fueron realizadas en calidad de Actor y no de apoderado del señor Soto Laborde.

CONFIRMAR la decisión de declarar no probadas las demás excepciones propuestas por el apoderado del señor Guida Ponce, adoptada por el Tribunal Administrativo del Magdalena en el auto dictado durante la audiencia inicial realizada el 12 de mayo de 2016.

ADVERTIR a los sujetos procesales que contra lo resuelto no procede ningún recurso.

DEVOLVER al Tribunal de origen para lo de su cargo.”

LUCY JEANNETTE BERMÚDEZ BERMÚDEZ
Presidenta

ROCÍO ARAÚJO OÑATE
Consejera de Estado
CARLOS ENRIQUE MORENO RUBIO
Consejero de Estado
ALBERTO YEPES BARREIRO
Consejero de Estado

CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCIÓN QUINTA

Consejero ponente: ALBERTO YEPES BARREIRO

Bogotá D, C, siete (7) de julio de dos mil dieciséis (2016)

Radicación número: 68001-23-33-000-2016-00206-01

Actor: HUGO ALBERTO CAMPO CARRILLO

Demandada: OLIVA OLIVELLA GUARÍN – CONTRALORA MUNICIPAL DE BARRANCABERMEJA

Asunto: Auto que confirma las decisiones de declarar probada parcialmente la excepción previa de indebida acumulación de pretensiones formulada por la parte demandada y de negar las demás excepciones propuestas, proferidas por el Tribunal Administrativo de Santander en audiencia inicial de 2 de mayo de 2016.

Extracto: “*El a quo declaró no probada esta excepción por considerar, de manera confusa, que la declaratoria de la elección de Oliva Olivella como Contralora de Barrancabermeja “no conlleva necesariamente a que se deba demandar los actos administrativos que alude la parte demandada, esto es, la Resolución número 003 de 15 de enero de 2016 y el Acta número 008 de 20 de enero de 2016 por cuanto, en criterio del Despacho, el argumento puesto de presente por el Actor es la causal de nulidad electoral consagrada en el numeral 4 del artículo 275 del CPACA, con base en el cual se pretende la nulidad del acto administrativo que declara la elección de la Contralora Municipal de Barrancabermeja. . .”.*

La recurrente insistió en que la demanda es inepta porque solo se cuestionó la legalidad de la elección que se surtió en sesión plenaria del Concejo de Barrancabermeja el 9 de enero de 2016 siendo imperioso que se hubiesen demandado los siguientes actos: i) Resolución número 003 de 15 de enero de 2016 “por medio de la cual se inicia el proceso de revocatoria directa de oficio del acta de votación para la elección de Contralor Municipal del día 09 de enero de 2016 del Concejo Municipal de Barrancabermeja” y ii) el Acta número 008 de 20 de enero de 2016 en la cual se dispuso “retomar el proceso de votación para subsanar el acto de votación del día 09 de enero de 2016, mediante el acto de revocatoria directa del acto (sic)”.

La Sala confirmará la decisión por considerar, a diferencia del Tribunal Administrativo de Santander, que no es la causal de nulidad invocada sino las pretensiones de la demanda, lo que determina si el petitum se integra adecuadamente.

En tratándose de elecciones por voto popular deberá tenerse en cuenta que según el artículo 139 inciso 2º según el cual “...las decisiones adoptadas por las autoridades electorales que resuelvan sobre reclamaciones o irregularidades respecto de la votación o de los escrutinios, deberán demandarse junto con el acto que declara la elección. (...)”.

De este modo, solo cuando la elección censurada sea producto de la voluntad popular, será necesario demandar, además del acto que declara la elección, aquellos actos que resuelven reclamaciones o irregularidades. Este escenario no se presenta en casos como el presente, en el que la elección del Contralor Municipal de Barrancabermeja es efectuado por una Corporación Pública como es el Concejo.

En ese orden, y en los términos del artículo 139 del CPACA, el acto de elección de la señora Olivella Guarín como Contralora de Barrancabermeja 2016-2019 efectuada por el Concejo de dicho ente territorial el 9 de enero de 2016, es un acto pasible de control judicial de manera autónoma sin que sea necesario demandar los actos posteriores para que pueda haber una debida integración del petitum.

En todo caso, no sobra señalar que los actos que ordenaron la revocatoria del acto sub judice y de aquel que ordenó la nueva elección de la demanda pueden ser objeto de control judicial de manera independiente y autónoma del acto cuya legalidad se analiza en el presente caso.

Ahora bien, será la sentencia el escenario para que el juez de primera instancia se pronuncie, si hay lugar a ello, sobre la incidencia de la decisión que adopte frente a los actos posteriores que a juicio de la demandada debieron ser demandados.

Por las anteriores razones, la Sala confirmará la decisión de no declarar probada la excepción de inepta demanda por indebida integración del petitum.

5.2. Excepción de inepta demanda por no aportar el acto acusado en debida forma

*El Ponente declaró **no probada** esta excepción pues a su juicio, la parte Actor allegó un audio en CD en el que se escucha la sesión celebrada el 9 de enero de 2016 en la que el Concejo declaró como Contralora Municipal de Barrancabermeja a la señora Oliva Olivella Guarín, elección cuya nulidad es el objeto del presente proceso.*

La apoderada judicial de la demandada reiteró que no basta con que se haya aportado el audio porque debió aportarse la constancia de su publicación como lo ordena el numeral 1º del artículo 166 del CPACA.

La Sala coincide con el a quo pues la excepción alegada no se configura toda vez que la constancia de publicación resulta relevante a la hora de decidir sobre la admisión de la demanda para el conteo del término de caducidad.

En el presente caso, aun si se cuentan los 30 días hábiles que concede el literal a) del numeral 2 del artículo 164 del CPACA para la presentación oportuna de la demanda electoral, desde la fecha del acto -9 de enero de 2016-¹ y no desde su publicación, se impone concluir que la demanda fue presentada en tiempo -22 de febrero de 2016-, como se concluyó en el auto admisorio.

Lo anterior no es óbice para señalar que esta Sala se ha pronunciado sobre la legalidad de actos cuya copia fue aportada en medio magnético, concretamente en un CD. Así, en sentencia de 31 de julio de 2014² sostuvo que: “La demanda se admitió a pesar de no contar con la copia del acta de la sesión en la que se llevó a cabo la elección acusada, toda vez que en el Radicación obraba el CD suministrado por el Congreso de la República donde se evidencia claramente la voluntad de este órgano en elegir al accionado.”

(...)

Por lo expuesto, en el presente caso no resulta necesaria la constancia de publicación del acto acusado, cuya existencia fue demostrada por el Actor al allegar la grabación en medio magnético de la sesión del Concejo en la cual se realizó la elección de la demandada, por lo que la Sala confirmará la decisión de negar la excepción de inepta demanda por no haberse aportado en debida forma el acto acusado.

5.3. Excepción de inepta demanda por indebida acumulación de pretensiones

*El a quo declaró **probada parcialmente** esta excepción. Explicó que las pretensiones segunda y tercera, encaminadas a que se declare nula la Resolución número 100 del 12 de diciembre de 2015 que convoca y reglamenta la convocatoria pública para proveer el cargo en cuestión y se declare la nulidad de todos los actos de trámite de selección surtidos desde la convocatoria pública y divulgación hasta el acto de elección, “contienen un tinte subjetivo que no es propio del contencioso electoral, el cual se caracteriza por ser un medio de control público que se orienta al restablecimiento de la legalidad y del orden público.”*

1 Fecha en la cual se realizó la elección demandada.

2 Consejo de Estado, Sección Quinta, sentencia de 31 de julio de 2014, Exp. 11001-03-28-000-2014-00008-00, Actor: Néstor Iván Osuna Patiño, Demandado: Congreso de la República; C.P. (e) Alberto Yepes Barreiro.

*La recurrente señaló que i) en la nulidad electoral no es posible acumular pretensiones propias de otros medios de control; ii) debe acreditarse que no se acumularon indebidamente causales subjetivas y objetivas de nulidad; iii) el escrito presentado por el Actor no tenía por qué dirigirse contra los actos de trámite o preparatorios tal como en efecto se desprende de las **pretensiones segunda y tercera**, referidas a actos preparatorios.*

La Sala no efectuará pronunciamiento sobre esta excepción por cuanto, si bien el ponente declaró probada la excepción de manera parcial, lo cierto es que excluyó del proceso las pretensiones 2 y 3 de la demanda, lo que justamente es lo solicitado por la recurrente.”

Decisión: “CONFIRMAR las decisiones de declarar probada parcialmente la excepción previa de indebida acumulación de pretensiones formulada por la parte demandada y de negar las demás excepciones propuestas, proferidas por el Tribunal Administrativo de Santander en audiencia inicial de 2 de mayo de 2016.

ADVERTIR a los sujetos procesales que contra lo resuelto no procede ningún recurso.”

LUCY JEANNETTE BERMÚDEZ BERMÚDEZ
Presidenta

ROCÍO ARAÚJO OÑATE
Consejera de Estado
CARLOS ENRIQUE MORENO RUBIO
Consejero de Estado
ALBERTO YEPES BARREIRO
Consejero de Estado

* * *

CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCIÓN QUINTA

Consejero ponente: ALBERTO YEPES BARREIRO

Bogotá, D.C., veintiuno (21) de julio de dos mil dieciséis (2016)

Radicación número: 11001-03-28-000-2016-00048-00

Actor: NICOLÁS EDUARDO RODRÍGUEZ

Demandado: BLANCA CLEMENCIA ROMERO ACEVEDO – COMISIONADA NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL.

Asunto: Auto que admitió la demanda y decretó la suspensión provisional del acto a través del cual se designó a la Comisionada Nacional del Servicio Civil, toda vez que en ese momento procesal se encontró acreditada la inhabilidad de ejercicio de potestad nominadora en una entidad a las que le aplica la Ley 909 de 2004, dentro de los 12 meses antes a la designación.

Extracto: “Ahora bien, de la lectura del artículo 9º de la Ley 909 de 2004, antes transcrito, se desprende que para que se materialice la inhabilidad alegada es necesario que se encuentren probados los siguientes elementos: **i)** que la persona baya ostentado facultad nominadora (elemento objetivo); **ii)** dentro del año inmediatamente anterior a la designación (elemento temporal) y **iii)** que tal potestad se haya ostentando en una entidad de aquellas a las que se les aplica la Ley 909 de 2004.

(...) Así las cosas, para resolver si tal y como lo aduce la parte actora es viable suspender provisionalmente el Decreto 708 de 27 de abril de 2016 mediante el cual se nombró a la señora Blanca Clemencia Romero Acevedo como Comisionada de la CNSC, se analizarán los citados elementos en el caso concreto. Veamos:

i) **Que la persona elegida haya ostentando facultad nominadora**

Lo primero que quiere resaltar la Sala es que no le asiste razón a las autoridades que participaron en la expedición del acto al argumentar que la atribución nominadora es exclusiva del Comisionado Presidente por cuanto: (i) es el quien ostenta la representación legal de la entidad -Artículo 7º del Reglamento Interno de la CNSC- y (ii) a quien le corresponde firmar los actos de nombramiento -Artículo 8º literal m) del Reglamento Interno de la CNSC-

Un entendimiento como el que se propone dejarían sin efecto útil y propósito las funciones establecidas en el Acuerdo 508 de 2014 -Reglamento Interno de la CNSC-, contenidas en: (i) el artículo 3º literal j) de conformidad con la cual a la Sala Plena de la CNSC -i.e. a los Comisionados en su conjunto- le corresponde: “j) Elegir, designar y remover los empleados del nivel Directivo y Asesor de la Comisión, excepto los del Despacho de cada Comisionado y del Comisionado Presidente, con observancia de lo dispuesto en el artículo 13 del presente acuerdo” y (ii) el inciso 2º del artículo 6º según la cual a cada Comisionado se le faculta para nombrar a los funcionarios de su Despacho, así: **“Los empleos adscritos a los Despachos de los Comisionados serán de libre nombramiento y remoción de cada uno de los Comisionados y los empleos de Secretario (a) General y Asesor(a) Jurídico(a) serán de libre nombramiento y remoción del Comisionado Presidente, al igual que los demás empleos cuyo jefe inmediato sea el Presidente. Los demás empleos de la planta de personal serán provistos por decisión de Sala Plena y de conformidad con la naturaleza de cada cargo”.**

Ciertamente, el hecho de que el Comisionado Presidente haga las veces de Representante Legal de la CNSC y que firme los actos de nombramiento no lo autorizaría a nombrar, sin consultar con sus compañeros, a un empleado del nivel Directivo y Asesor de la Comisión cuya competencia nominadora radique en la Sala Plena, y de hacerlo sin consultarlo, o en contravía de lo decidido por la Corporación en Pleno, tal nombramiento, sin duda, estaría viciado de ilegalidad. Lo propio ocurriría con los nombramientos de los empleados adscritos al Despacho de otro Comisionado.

Ahora, en relación con el argumento relativo al encargo, de conformidad con la jurisprudencia de esta Sección¹ es irrelevante que la facultad nominadora se hubiese ostentado bajo esta calidad pues lo importante es que se haya tenido la posibilidad de ejercerla, y ello no se desdibuja en el encargo.

Hechas estas precisiones para la Sala no cabe duda que la demandada ostentó facultad nominadora, pues al desempeñarse como comisionada en encargo tuvo poder de nombramiento de los servidores públicos adscritos al despacho del cual fue encargada.

Esto es así, porque como se explicó en los párrafos que anteceden, los funcionarios adscritos a los despachos de los comisionados son de libre nombramiento y remoción, y por ende, los cargos del despacho del cual la señora Romero Acevedo fue encargada estaban a su disposición.

(...)

ii) **Que dicha facultad se haya ostentado dentro del año inmediatamente anterior a la designación (elemento temporal)**

Para encontrar acreditado este elemento es necesario que dentro del año inmediatamente anterior a la designación, la demandada haya ostentado potestad nominadora. Así pues, como aquella fue nombrada como Comisionada en Propiedad a través del Decreto 708 de 27 de abril de 2016, es evidente que el elemento temporal de la inhabilidad estuvo comprendido entre el 27 de abril de 2015 al 27 de abril de 2016.

Lo primero a resaltar que es aunque el Ministerio Público señaló que no se encontraba acreditado que la demandada hubiese fungido como comisionada encargada ni el periodo durante el cual ostentó dicha calidad, lo cierto es que durante el traslado de la medida cautelar: **1) el apoderado de**

1 Exp. 2011-00637. Sentencia del 6 de mayo de 2013.

la demandada aceptó que la señora Romero Acevedo ejerció como Comisionada en Encargo aunque nada dijo sobre las fechas en las que ejerció dicha dignidad y ii) se allegó certificado expedido por la señora Fabiana Esther Fajardo Ferreira profesional especializada de la oficina de Talento Humano de la Comisión Nacional del Servicio Civil en el que consta que la demandada ejerció como comisionada en encargo “desde el 9 de diciembre de 2014 hasta la fecha”², esto es, hasta el 25 de abril de 2016, pues ese es el día en el que fue suscrita la citada certificación.³

Así las cosas, para la Sala no queda duda que, contrario a lo afirmado por la vista fiscal, en esta etapa procesal, está plenamente acreditado que en efecto la señora Blanca Clemencia Romero Acevedo fungió como comisionada de la CNSC en calidad de encargo, durante el periodo de 9 de diciembre de 2014 hasta por lo menos el 25 de abril de 2016, y por consiguiente, ostentó potestad nominadora dentro del periodo inhabilitante, encontrándose así configurado el elemento temporal de la inhabilidad endilgada.

iii) Que la potestad nominadora se haya ejercido en una entidad de aquellas a las que se les aplica la Ley 906 de 2004

Finalmente corresponde a la Sala determinar si la demandada ostentó la potestad nominadora dentro de una de las entidades a las que por disposición legal se les aplique la Ley 909 de 2004. Para resolver este cuestionamiento basta con consultar el tenor del artículo 3º de la Ley 909 de 2004, sobre el ámbito de aplicación de dicha normativa, el cual contempla que:

“ARTÍCULO 3º. CAMPO DE APLICACIÓN DE LA PRESENTE LEY.

1. Las disposiciones contenidas en la presente ley serán aplicables en su integridad a los siguientes servidores públicos:

(...)

b) A quienes prestan sus servicios en empleos de carrera en las siguientes entidades:

- En las corporaciones autónomas regionales.

- En las personerías.

- En la Comisión Nacional del Servicio Civil.

- En la Comisión Nacional de Televisión.

- En la Auditoría General de la República.

- En la Contaduría General de la Nación;

(...).”

De lo expuesto se colige que, por virtud de la ley, a la Comisión Nacional del Servicio Civil, entidad en donde la demandada ostentó potestad nominadora, es de aquellas a las que se les aplica la Ley 909 de 2004, encontrándose así materializado también este elemento de la inhabilidad.

Bajo el anterior panorama, es claro que la señora Blanca Clemencia Romero Acevedo ostentó potestad nominadora dentro del año inmediatamente anterior a su designación en una entidad a la que le aplica la Ley 909 de 2004, esto es, la Comisión Nacional del Servicio Civil, razón por la que para la

² Reverso del Folio 171 del expediente

³ La certificación se encuentra en los folios 171 a 173 del expediente

Sección es evidente que, en esta etapa procesal, se encuentra acreditado que aquella incurrió la inhabilidad prevista en el artículo 9º ibídem.

En consecuencia, la Sala suspenderá provisionalmente el Decreto 708 de 27 de abril de 2016, toda vez que, que en este momento procesal se encuentra acreditado uno de los vicios endilgados. Es de advertir que como se demostró la materialización de unas de las censuras con base en las cuales se solicitó la medida cautelar, no es necesario analizar los demás reproches que también fundamentaron dicha solicitud.”

Decisión: “ADMITIR la demanda electoral instaurada contra el acto de elección a través del cual el Presidente de la República designó a Blanca Clemencia Romero Acevedo como comisionada de la Comisión Nacional del Servicio Civil. Para el efecto se dispone:

NOTIFÍQUESE personalmente esta providencia a la demandada, esto es, a la señora Blanca Clemencia Romero Acevedo, en la forma prevista en el numeral 1º literal a) del artículo 277 del C.P.A.C.A. a la dirección electrónica suministrada por ella suministrada visible a folio 53 del Radicación.

NOTIFÍQUESE personalmente, de conformidad con el artículo 197 del C.P.A.C.A., esta providencia al: i) Director del Departamento Administrativo de la Función Pública, ii) al Director del Departamento Administrativo de la Presidencia de la República y iii) a la Escuela Superior de Administración Pública –ESAP, por ser estas las entidades que intervinieron en la adopción del acto acusado, (Art. 277.2 Ib.) al correo de notificaciones judiciales de que dispongan estas entidades.

NOTIFÍQUESE personalmente al agente del Ministerio Público (Art. 277.3 Ib.).

NOTIFÍQUESE por estado esta providencia al actor (Art. 277.4 Ib.).

INFÓRMESE a la comunidad la existencia del proceso por medio de la página web de esta Corporación (Art. 277.5 Ib.).

COMUNÍQUESE esta providencia a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado, por medio del buzón electrónico, la cual si así lo decide podrá intervenir en la oportunidad prevista en los artículos 277 y 279 del C.P.A.C.A..

SUSPENDER provisionalmente el acto acusado por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.”

LUCY JEANNETTE BERMÚDEZ BERMÚDEZ
Presidenta

ROCÍO ARAÚJO OÑATE
Consejera de Estado
CARLOS ENRIQUE MORENO RUBIO
Consejero de Estado
ALBERTO YEPES BARREIRO
Consejero de Estado

* * *

CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCIÓN QUINTA

Consejero ponente: ALBERTO YEPES BARREIRO

Bogotá, cuatro (4) de agosto de dos mil dieciséis (2016)
Radicación número: 25000-23-41-000-2016-00395-01
Actor: MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL

Demandado: ADRIANO MUÑOZ BARRERA – RECTOR DE LA UNIVERSIDAD DE CUNDINAMARCA

Asunto: Auto que declara fundado el impedimento presentado por la Consejera Rocío Araujo Oñate para conocer del asunto de la referencia, por su amistad con el apoderado del demandado.

Extracto: “Como se sabe, los impedimentos son garantía de imparcialidad en la labor que cumplen los funcionarios judiciales, y en consecuencia, se impone analizar si en el caso concreto se configura o no la causal invocada.

En relación con la causal prevista en el numeral 9° del artículo 141 del C.G.P., se ha indicado que “la existencia de la amistad estrecha o de la enemistad grave entre el Juez y alguna de las partes, su representante o apoderado, es una manifestación que tiene un nivel de credibilidad que se funda en aquello que expresa el operador judicial, pues no es jurídicamente posible, comprobar los niveles de amistad íntima o enemistad grave que un funcionario pueda llegar a sentir por otra persona. Lo anterior, debido a que tales situaciones se conocen y trascienden el ámbito subjetivo, cuando el Juzgador mediante su afirmación la pone de presente para su examen, sin que sea del caso que su amigo o enemigo, lo ratifique”¹.

Así las cosas, encontrándose acreditado² que el señor Carlos Ariel Sánchez Torres funge como apoderado judicial del demandado, sujeto frente al cual la Consejera manifestó en su impedimento tener “amistad íntima”, esa sola circunstancia impone a la Sala aceptar el impedimento formulado, puesto que el nivel de amistad existente podría afectar la imparcialidad de la Consejera Rocío Araujo Oñate.

En consecuencia, el impedimento manifestado será aceptado y la Consejera Rocío Araujo Oñate será separada del conocimiento del presente asunto.”

Decisión: DECLARAR fundado el impedimento presentado por la Consejera de Estado Rocío Araujo Oñate, por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

ORDENAR la separación de la Consejera de Estado Rocío Araujo Oñate, respecto del conocimiento de este asunto.

ADVERTIR a los sujetos procesales que contra la presente providencia no procede recurso alguno, de conformidad con el artículo 131 del C.P.A.C.A.”

LUCY JEANNETTE BERMÚDEZ BERMÚDEZ
Presidenta

ROCÍO ARAÚJO OÑATE
Consejera de Estado
CARLOS ENRIQUE MORENO RUBIO
Consejero de Estado
ALBERTO YEPES BARREIRO
Consejero de Estado

1 Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta, Consejero Ponente: Susana Buitrago Valencia, auto de 17 de julio de 2014, Acción de nulidad electoral, Radicación N°: 11001-03-28-000-2014-00022-00, Actor: Wilfrand Cuenca Zuleta.

2 En efecto así consta en: i) el poder obrante a folio 131 del expediente, ii) en el folio 148 a 149 del expediente en el que se observa que mediante auto del 7 de junio de 2016 el Ponente en el Tribunal le reconoció personería jurídica al Dr. Sánchez Torres para actuar en representación del demandado y iii) en el acta de audiencia inicial en la que consta que el doctor Carlos Ariel Sánchez asistió a dicha diligencia en calidad de apoderado del señor Adriano Muñoz.

CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCIÓN QUINTA

Consejero ponente: ALBERTO YEPES BARREIRO

Bogotá D, C, cuatro (4) de agosto de dos mil dieciséis (2016).

Radicación número: 11001-03-28-000-2016-00022-00

Actor: RICARDO MENDOZA CARPINTERO

Demandado: AMAURY TRUJILLO BURGOS – REPRESENTANTE DE LAS ENTIDADES SIN ÁNIMO DE LUCRO ANTE EL CONSEJO DIRECTIVO DE LA CRA

Asunto: Auto que revoca la decisión del ponente de no declarar probada una excepción y, consecuentemente, decreta la terminación del proceso. Se solicitó la nulidad de la elección del demandado como representante de las entidades sin ánimo de lucro ante el consejo directivo de la CRA. Sin embargo, no se expuso el concepto de violación.

Extracto: “ El Actor, en el proceso que hoy nos ocupa, según lo ordenado en el auto de 26 de enero de 2016 tenía que explicar las razones por las cuales consideraba que se materializó la causal de nulidad del numeral 5º del artículo 275 del CPACA en lo que concierne a la elección del señor Trujillo Burgos, es decir, exponer los argumentos por los cuales, según su opinión, el demandado fue elegido sin reunir las “calidades y requisitos constitucionales o legales de elegibilidad”.

(...)

No obstante, el Despacho encuentra que la parte actora no corrigió la demanda en los términos antes expuestos, toda vez que se limitó, de un lado, a replicar el cargo objetivo de nulidad referente a que las ONG no podían ni votar ni postular candidatos por tener domicilio en la ciudad de Barranquilla, y de otro, a afirmar con base en hechos sin sustento jurídico alguno, y sin desarrollar el concepto de violación inicialmente expuesto en la demanda que se ordenó corregir, que el demandado carecía de los requisitos para fungir como representante principal ante el Consejo Directivo de la CRA.

En efecto, luego de comparar el concepto de violación expuesto en la demanda inicial y aquel contenido en el escrito de corrección, se observa que el Actor no atendió la orden dispuesta en el auto de 26 de enero de 2016 en el sentido de desarrollar dicho elemento de la demanda en cuanto a la causal de nulidad subjetiva invocada contra la elección del demandado, toda vez que el concepto de violación expuesto en ambos escritos en relación con la causal de nulidad subjetiva invocada es sustancialmente idéntico, (...)

Como se observa a partir de la anterior comparación, el único argumento adicional que fue expuesto en el concepto de violación contenido en el escrito de corrección de la demanda fue el siguiente: “Al no estar inscrito debidamente el candidato – hoy elegido – AMAURY TRUJILLO BURGOS en ninguna ong o fundación y menos por las que participó, éste (sic) candidato no podía haber sido aceptado ni siquiera como inscrito en la convocatoria, tampoco debió haber superado nunca el proceso de selección y habilitación por parte del comité evaluador ni mucho menos debió haber sido aceptado como postulado, menos aún, no ostentaba el derecho a elegir y ser elegido, pero finalmente se hizo elegir torticeramente, es por ello que este acto de elección se demanda a través de este medio de control, para evitar esta corrupción, arbitrariedad e irregularidad tan flagrante que cometieron los candidatos electos en conubio con la C.R.A.”, en el cual el actor se limitó a afirmar que el demandado no se encontraba inscrito en ninguna entidad sin ánimo de lucro al momento de la elección, sin explicar la razón por la cual se configuró la causal de nulidad subjetiva invocada.

El Actor incurrió en el mismo yerro en los procesos 2016-0020 y 2016-0021, en los cuales se rechazaron los escritos de corrección de las demandas instauradas con fundamento en causales subjetivas contra la elección de los señores Rafael Ladrón de Guevara y Juan Urquijo Cárcamo como representantes de

las entidades sin ánimo de lucro ante el Consejo Directivo de la CRA, por considerar que no se había cumplido la orden impartida en el auto inadmisorio de la demanda de 26 de enero de 2016.¹

(...)

Consecuentemente, dado que en el presente caso tampoco se cumplió con la orden de desarrollar el concepto de violación respecto de la demanda de nulidad electoral por causales subjetivas instauradas contra el acto que declaró la elección del señor Amaury Trujillo Burgos como representante de las entidades sin ánimo de lucro ante el Consejo Directivo de la CRA, se revocará la decisión recurrida, por lo que se terminará el proceso.”

Decisión: “REVOCAR el auto dictado por el Magistrado Ponente en la audiencia inicial realizada el 18 de julio de 2016, que declaró impróspera la excepción de “indebida acumulación de pretensiones – ausencia del concepto de violación que sustenta el cargo de nulidad” propuesta por esta parte. En su lugar DECLARASE probada esta excepción, por lo que se TERMINARÁ el proceso, según lo expuesto en las consideraciones de esta providencia.

ADVERTIR a los sujetos procesales que de conformidad con lo dispuesto en el artículo 246 del C.P.A.C.A. contra lo resuelto no procede ningún recurso.

En firme esta providencia, REMITIR el proceso al despacho del H. Consejero Sustanciador para lo de su cargo.”

LUCY JEANNETTE BERMÚDEZ BERMÚDEZ
Presidenta
(Salva voto)

ROCÍO ARAÚJO OÑATE
Consejera de Estado
CARLOS ENRIQUE MORENO RUBIO
Consejero de Estado
ALBERTO YEPES BARREIRO
Consejero de Estado

Salvamento de voto de la consejera Lucy Jeannette Bermúdez

Asunto: i) Revocatoria del auto dictado por el Magistrado Ponente en la audiencia inicial realizada el 18 de julio de 2016, ii) declarar probada la excepción de “*indebida acumulación de pretensiones – ausencia del concepto de violación que sustenta el cargo de nulidad*”, y, iii) dar por terminado el proceso.

Extracto: “*En la audiencia inicial el apoderado de la Corporación propuso dicha excepción, porque el demandante “...no cumplió a cabalidad lo ordenado en el auto de 26 de enero de 2016 que inadmitió inicialmente la demanda dado que: (i) nuevamente se acumularon causales subjetivas y objetivas de nulidad; y, (ii) no se desarrolló el concepto de violación en relación con la causal de nulidad subjetiva dirigida contra la elección del señor Trujillo Burgos...*”.

Durante la audiencia inicial, el Consejero Ponente declaró impróspera la excepción porque “...si bien es cierto que el actor reiteró algunas inconsistencias en el proceso de elección, también lo es que la demanda está sustentada básicamente en la posible ‘inhabilidad’ del señor Trujillo Burgos para ser designado en el cargo por el incumplimiento de los requisitos legales para su postulación e inscripción

¹ Ver Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta. Radicación 110010328000201600021-00. Auto de 9 de febrero de 2016. Demandado: Juan Urquijo Cárcamo. C.P.: Dr. Alberto Yepes Barreiro; y Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta. Radicación 110010328000201600020-00. Auto de 9 de marzo de 2016. Demandado: Rafael Ladrón de Guevara. C.P.: Dra. Rocío Araújo Oñate.

como representante suplente de las entidades sin ánimo de lucro. Esto hace que la controversia esté circunscrita a la causal de nulidad de orden subjetivo”.

Con el recurso de súplica el demandado insistió en los argumentos de la excepción. Y el auto proferido por la Sala revocó la decisión del ponente y declaró probada la excepción porque, comparadas la demanda inicial del proceso 2016-0007 y la que dio origen a este proceso 2016-0022, se estableció que no “...se cumplió con la orden de desarrollar el concepto de violación respecto de la demanda de nulidad electoral por causales subjetivas...” en los términos del auto de 26 de enero de 2016, dictado en el curso del proceso 2016-0007-00.

Pues bien, no comparto el sentido de la decisión porque considero que el examen del caso se hizo a partir de la orden de corrección del auto proferido por el Dr. Alberto Yepes Barreiro en el proceso 2016-0007-00, y se establece que, básicamente, la excepción prospera por no obedecer la orden de corrección allí impartida.

A mi juicio, la conclusión a la que arribó la Sala mayoritaria del recurso de súplica no tuvo en cuenta que por disponerse la división de las demandas, la presente acción electoral es independiente de aquella donde se dictó el auto de 26 de enero de 2016, lo que significa que no podía examinarse la excepción propuesta de cara al cumplimiento o no, de la orden de corrección inicialmente impartida.

Es más, analizado el Radicación con detenimiento, resulta evidente que el Consejero conductor del proceso, una vez le fue asignado por reparto, dictó auto con el cual inadmitió la demanda para el actor corrigiera unos defectos formales, lo cual, una vez fue ajustado, permitió que fuera dictado el auto con el cual se admitió.

De otra parte, estimo que con el auto proferido por la Sala tampoco se consideró que la insuficiencia del cargo de nulidad propuesto en contra del acto de elección, que es el argumento central de la excepción propuesta, no es una razón para inadmitir la demanda o rechazarla en los términos de los artículos 162, 169 y 170 del CPACA, los cuales se refieren a los requisitos de la demanda, su inadmisión por el incumplimiento de los “requisitos señalados en la ley” y su rechazo, “cuando habiendo sido inadmitida no se hubiere corregido la demanda dentro de la oportunidad legalmente establecida”.

A lo dicho se suma que, como lo estimó el Dr. Moreno en la audiencia inicial, del examen de la demanda sí es posible establecer que se formuló un cargo de naturaleza subjetiva en contra del acto de elección del demandado, diferente es que el cargo de nulidad tenga la suficiencia para lograr su propósito, esto es, que se declare la nulidad del acto de elección, lo cual, valga insistir, solo hubiese sido posible examinar den debida forma al momento de dictar el fallo. “

* * *

CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCIÓN QUINTA

Consejero ponente: ALBERTO YEPES BARREIRO

Bogotá, dieciocho (18) de agosto de dos mil dieciséis (2016)

Radicación número: 25000-23-41-000-2016-00395-01

Actor: MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL

Demandado: ADRIANO MUÑOZ BARRERA – RECTOR DE LA UNIVERSIDAD DE CUNDINAMARCA

Asunto: Auto que confirmó la decisión del Tribunal Administrativo de Cundinamarca de no declarar probada la excepción de falta de legitimación en la causa tanto por activa, como por pasiva propuesta por el demandado en el proceso iniciado contra la elección del Rector de la Universidad de Cundinamarca.

Extracto: “Tal y como quedó establecido en los antecedentes de esta providencia para el recurrente se debe declarar la falta de legitimación en la causa por activa, debido a que el Ministerio de Educación acudió al proceso electoral sin manifestar que la demanda la presentaba la Nación a través de esta cartera ministerial. Por consiguiente, para el apoderado de la Universidad de Cundinamarca, es obvio que el Actor carece de legitimación para actuar en el proceso de la referencia.

Para resolver sobre este punto es necesario analizar lo que el artículo 159 del CPACA dispone respecto a la capacidad y representación de quién desee acudir al proceso contencioso administrativo. La citada disposición contempla:

“ARTÍCULO 159. CAPACIDAD Y REPRESENTACIÓN. Las entidades públicas, los particulares que cumplen funciones públicas y los demás sujetos de derecho que de acuerdo con la ley tengan capacidad para comparecer al proceso, podrán obrar como *Actores, demandados o intervinientes en los procesos contencioso administrativos, por medio de sus representantes, debidamente acreditados.*

La entidad, órgano u organismo estatal estará representada, para efectos judiciales, por el Ministro Director de Departamento Administrativo, Superintendente, (...).”

De la simple lectura de la norma, se desprende con toda claridad que la misma ley consagra que, **para efectos judiciales**, las entidades u organismos del nivel central del Estado, que en principio estarían agrupados en la persona jurídica de la Nación, se representan, según el caso, directamente a través del Ministro, Director de Departamento Administrativo, Superintendente, sin tener que aludir necesariamente a la Nación.

En otras palabras en los procesos judiciales surtidos ante la jurisdicción contencioso administrativo, por disposición legal, las carteras ministeriales se representan a través de sus ministros, con independencia de que el atributo de la personalidad recaiga en la Nación, pues la ley entiende, precisamente, que el ministro está actuando en representación de esa persona jurídica.

Para entender el alcance de esta disposición, y por qué es viable que los ministerios, departamentos administrativos y superintendencias del nivel central de la rama ejecutiva del poder público acudan a la administración de justicia en representación de la Nación, sin tener que señalar expresamente que actúan en dicha calidad, es ilustrativo examinar que ha dicho la doctrina al respecto. Veamos:

“El segundo inciso contiene la lista de los funcionarios que para efectos judiciales, representan algunas de los órganos u organismos que hacen parte de la Nación en tanto principal persona jurídica pública (...). Cada uno de ellos representa a la Nación.

El inciso en comento suprimió la mención a la Nación como sujeto de derecho y representado por los funcionarios anotados que traía el derogado Código de 1984, y parece adoptar una posición organicista en tanto permite que tales órganos u organismos sean sujetos procesales a pesar de carecer del atributo de la personalidad (...).”

Lo anterior significa que los ministerios sí pueden acudir directamente a la jurisdicción contenciosa y en ese evento por virtud del inciso segundo del artículo 159 del CPACA, el juez debe entender que lo hace en representación de la Nación. Por supuesto, esto no implica que la organización estatal cambie o que los ministerios dejen de pertenecer al nivel central tal y como lo estipula el artículo 38 de la Ley 489 de 1998, lo que ello significa que es para efectos judiciales el ministro, director, o superintendente, según el caso, tiene capacidad de acudir al proceso contencioso administrativo en representación de la Nación.

1 Arboleda Perdomo, Enrique José. *Comentarios al Nuevo Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo*. Segunda edición, Legis, Bogotá, 2015, pág. 258 y 259

Bajo este panorama, para la Sala es evidente que el Ministerio de Educación no tenía que señalar de forma expresa en su escrito introductorio, que la parte Actor era la Nación- Ministerio de Educación Nacional para que el juez pudiera, válidamente, deducir que dicho órgano actuaba en representación de dicha persona jurídica ya que, por virtud de la ley, se entiende que en los procesos contenciosos administrativos la Nación está representada por el ministro, así no se aluda a ella explícitamente.

(...)

Para el recurrente se encuentra acreditada la excepción de falta de legitimación en la causa por pasiva debido a que en la demanda se especificó que la entidad demandada era la Universidad de Cundinamarca y no el señor Muñoz Barrera quien fue quien resultó elegido.

Para la Sala, por las razones que se explicarán a continuación, dicho argumento tampoco tiene vocación de prosperidad.

En primer lugar, porque en virtud del numeral 2º del artículo 277 del CPACA la autoridad que intervino en la adopción del acto acusado debe estar vinculada al proceso electoral, razón por la que la Universidad de Cundinamarca debía ser notificada del auto admisorio de la demanda.

En segundo lugar, porque pese a que en la demanda se haya establecido que el demandado era la universidad y no la persona que resultó electa, lo cierto es que, como se explicó en el acápite 4.1 de esta providencia, en los procesos electorales quien funge en sentido estricto como demandado es la persona elegida, nombrada o llamada a proveer vacantes y, por ello, aunque el Actor no haga mención explícita a elegido, le corresponde al juez no solo notificarlo del auto admisorio de la demanda, sino además tenerlo como parte en calidad de demandado.

*De la mano con lo anterior y en tercer lugar, porque contrario a lo afirmado por el recurrente, esta Sala en múltiples oportunidades ha reconocido que el juez puede y debe interpretar la demanda electoral, razón por la que el Tribunal estaba en toda la capacidad de interpretar la demanda y concluir que en la acción impetrada por el Ministerio de Educación Nacional fungía como demandado el señor **Adriano Muñoz Barrera** en su calidad de rector de la Universidad de Cundinamarca, pues de la simple lectura del escrito introductorio se desprende, con suma claridad, que se lo que persigue con la acción de la referencia es la nulidad del acto de su elección, y que por consiguiente le corresponde a él acudir al proceso en calidad de demandado.*

Finalmente, es de señalar que la excepción no está llamada a prosperar debido a que es la ley la que le indica al juez no solo en a quien vincular al proceso electoral, sino que además le señala en que calidad debe hacerse esa vinculación.

Por las razones, expuestas es claro que tampoco la excepción de falta de legitimación en la causa por pasiva esta llamada a prosperar lo que impone a esta Sala Especializada confirmar la decisión de primera instancia también en lo que este punto respecta.”

Decisión: “CONFIRMAR la decisión de no declarar probada excepción de “falta de legitimación en la causa” tanto por pasiva, como por activa proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca en audiencia inicial del 13 de julio de 2016.

DEVOLVER al Tribunal de origen para lo de su cargo.”

LUCY JEANNETTE BERMÚDEZ BERMÚDEZ
Presidenta

ROCÍO ARAÚJO OÑATE
Consejera de Estado
CARLOS ENRIQUE MORENO RUBIO
Consejero de Estado
ALBERTO YEPES BARREIRO
Consejero de Estado

CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCIÓN QUINTA

Consejero ponente: ALBERTO YEPES BARREIRO

Bogotá, D.C., veinticinco (25) de agosto de dos mil dieciséis (2016)

Radicación número: 11001-03-28-000-2016-00048-00

Actor: NICOLÁS EDUARDO RODRÍGUEZ

Demandado: BLANCA CLEMENCIA ROMERO ACEVEDO - COMISIONADA NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL.

Asunto: Auto que resolvió el recurso de reposición presentado por la demandada contra la decisión de la Sala de decretar la suspensión provisional del acto que designó a la Comisionada Nacional del Servicio Civil por haberse materializado la inhabilidad de ejercicio de potestad nominadora. Se confirmó el decreto de la medida cautelar.

Extracto: “Por ello, es decir debido a las diferencias sustanciales que existe entre las figuras antes descritas, es claro que el argumento del DAFP que sostiene que los comisionados estarían sujetos a “dos inhabilidades” carece de sustento jurídico, pues mientras la inhabilidad se prevé para quien aspire a desempeñarse como comisionado, la prohibición de reelección aplica, únicamente, para quien ya ostenta dicha dignidad.

Por ello, es decir debido a las diferencias sustanciales que existe entre las figuras antes descritas, es claro que el argumento del DAFP que sostiene que los comisionados estarían sujetos a “dos inhabilidades” carece de sustento jurídico, pues mientras la inhabilidad se prevé para quien aspire a desempeñarse como comisionado, la prohibición de reelección aplica, únicamente, para quien ya ostenta dicha dignidad.

Lo propio sucede con el entendimiento del DAPRE que afirma que la inhabilidad solo aplica para los comisionados titulares, pero no para los encargados pues, se insiste, la inhabilidad es exigible para todos aquellos que aspiren a desempeñarse como Comisionado Nacional del Servicio Civil con independencia del cargo o dignidad que hayan ostentando antes de la elección como comisionado.

Bajo este panorama, no cabe duda de que los argumentos de los recurrentes carecen de asidero jurídico, pues es obvio que la inhabilidad de que trata el inciso 5º del artículo 9º de la Ley 909 de 2004 no tiene un “sujeto calificado”, habida cuenta que aquella es aplicable a todas las personas que aspiren a ocupar el cargo de Comisionado Nacional del Servicio Civil. Así las cosas, es obvio que lo que hace a la demandada sujeto de la inhabilidad de que trata la norma en cita no es el hecho, como erróneamente lo entienden los recurrentes, que aquella se haya desempeñado como Comisionada encargada, sino que la señora Romero Acevedo aspiraba a ocupar dicho cargo en propiedad.

*En suma, es claro que la causal de inhabilidad y la prohibición de reelección para el periodo siguiente son totalmente distintas, de forma que la inhabilidad no tiene un sujeto calificado, sino que se aplica a todos aquellos que busquen **acceder** al cargo de Comisionado Nacional del Servicio Civil.*

(...)

La potestad nominadora

A folios 39 y 40 del Radicación obra la Resolución Nº 2768 del 9 de diciembre de 2014 a través de la cual la Comisión Nacional del Servicio Civil encargó, sin limitación alguna, a la señora Romero Acevedo como Comisionada. Así pues, atendiendo a la naturaleza del cargo encargado y de la redacción de la resolución en cita, se colige que la demandada fue encargada de todas las funciones, deberes y atribuciones propias de los Comisionados, incluyendo por supuesto no solo la posibilidad de nombrar a las personas adscritas al Despacho del que fue encargada, tal y como lo sostiene el inciso 2º del artículo 6º

del Acuerdo 508 de 2014, sino también la de participar en las decisiones de nominaciones adoptadas por la Sala Plena de la CNSC.

Por lo tanto, contrario a lo afirmado por la demandada, es claro que al ser encargada como Comisionada, la señora Romero Acevedo sí ostentó la facultad nominadora sobre los cargos de libre nombramiento y remoción del Despacho en el que fungió como encargada.

*Asimismo, la Sección considera oportuno precisar que no comparte la posición de los recurrentes, según la cual a los encargados no les aplica el régimen de inhabilidades, toda vez que, cualquier persona, independiente de la vinculación que tenga antes de su postulación, que aspire **a acceder** al cargo de Comisionado está sujeta a la prohibición de que trata el inciso 5º del artículo 9º de la Ley 909 de 2004.*

Es de advertir que contrario a lo sostenido por los recurrentes, la Sala no desconoció su precedente, pues lo cierto es que en el caso del 10 de mayo de 2013, que cita como desconocido,¹ se abordó un tema totalmente distinto al que hoy nos ocupa, de forma que las subreglas fijadas en esa oportunidad, no son vinculantes, ni aplicables al caso concreto.

(...)

Finalmente, la Sala Electoral encuentra que los recurrentes tampoco tienen razón cuando aseveran que en el auto del 21 de julio de 2016 se incluyó un nuevo elemento a la inhabilidad al señalar que la facultad nominadora debía “ostentarse” y no “ejercerse”.

Esto es así porque de la mera literalidad de la inhabilidad endilgada se desprende que la conducta prohibitiva es ostentar y no ejercer. En efecto, el inciso 5º del artículo 9º de la Ley 909 de 2004 contempla “No podrá ser elegido miembro de la Comisión Nacional del Servicio Civil quien en el año inmediatamente anterior haya ostentado la facultad nominadora en las entidades a las cuales se les aplica la presente ley” (Subraya la Sala)

*Esto significa que la disposición en cita consagra que la prohibición se materializa cuando, dentro del año anterior a la elección, la persona que aspire a desempeñarse como comisionado haya tenido, poseído, detentando u ostentado la facultad nominadora. En otras palabras, **basta con poseer la competencia de nominación, dentro del año anterior, para que la conducta prohibitiva se configure.***

(...)

La inhabilidad es aplicable a la Comisión Nacional del Servicio Civil

La Sala anticipa que este razonamiento carece de asidero jurídico, comoquiera que la inhabilidad endilgada no contempla la excepción a la que alude el recurrente; por el contrario, la norma establece con toda claridad que la facultad nominadora debe ostentarse en una entidad a la que aplique la Ley 909 de 2004, y por disposición de esa misma ley, la CNSC es una de esas autoridades.

A lo expuesto debe añadirse que el hecho de que el comisionado elegido, efectivamente, ostentara facultad nominadora en la CNSV, no significa que la inhabilidad sea inaplicable a la Comisión, pues su observancia debe acreditarse como requisito de acceso al cargo.

(...)

Sobre la situación especial de la demandada

al respecto, es de resaltar que pese a que la Sala no desconoce que el concurso de méritos a través del cual se buscaba proveer el cargo de Comisionado fue objeto de dilaciones y un sinnúmero de acciones judicia-

1 Se trata de Consejo de Estado, Sección Quinta. Sentencia del 10 de mayo de 2013, radicación 110010328000201200065 00 CP. Mauricio Torres Cuervo.

les interpuestas por parte de uno de los participantes, lo cierto es que esta circunstancia, por reprochable y e indeseable que sea, no tiene la potencialidad de mitigar o hacer desaparecer la inhabilidad, toda vez que el régimen de inhabilidades es objetivo y ninguna circunstancia particular o concreta puede modificarlo, mitigarlo o hacerlo más benevolente para el aspirante o candidato.

Esta tesis no es novedosa, ya que la Sección en diversas ocasiones² ha tenido la oportunidad de precisar que el estudio de las inhabilidades en el marco de la acción de nulidad electoral es meramente objetivo, y por ello “queda descartada toda posibilidad de acudir, en este tipo de procesos, a figuras jurídicas que supongan la inaplicación de la causal de inhabilidad en beneficio de una persona en particular.”³

(...)

Sobre la excepción de inconstitucionalidad de la inhabilidad

Para el apoderado del DAFP, el auto del 21 de julio de 2016 debe ser revocado, para en su lugar aplicar la excepción de inconstitucionalidad de la inhabilidad alegada, pues aquella no puede aplicarse a los comisionados que son elegidos por concurso.

Desde ya se anticipa que este argumento esta llamado al fracaso, pues como en efecto lo sostiene el Actor, no se probó que la inhabilidad prevista en la norma en cita sea contraria a la Carta Política, sin que se pueda alegar que aquella sacrifica el derecho a elegir y ser elegido, porque precisamente la intención del legislador al crear este tipo de prohibiciones es limitar, razonablemente, el ejercicio de dicha prerrogativa.

(...)

El encargo fue en el cargo que la demandada ganó en el concurso de méritos

Por último, es procedente abordar el argumento según el cual la inhabilidad no se configura, debido a que la demandada fue encargada de un cargo al cual había accedido ganar el concurso de méritos. Este argumento no tiene la potencialidad de modificar la decisión adoptada por la Sala en auto del 21 de julio de 2016, ya que está plenamente probado que al momento de realizarse el encargo, la lista de elegibles no estaba en firme, y por ende, es obvio que no existía certeza de quién había ganado el concurso de méritos.

De hecho, en el acto a través del cual se realizó el encargo se especifica que se recurre a dicha figura, habida cuenta que mediante auto del 20 de noviembre de 2014 la Sala jurisdiccional disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura determinó suspender como medida provisional el concurso de méritos y en especial la lista de elegibles⁴, hasta que se resolviera la acción de tutela interpuesta pues, justamente, la pretensión del tutelante era ser incluido en dicha lista en el primer lugar.”

Decisión: “NO REPONER el auto del 21 de julio de 2016 mediante el cual la Sala decidió decretar la suspensión provisional del acto a través del cual se eligió a Blanca Clemencia Romero Acevedo como Comisionada Nacional del Servicio Civil.

ADVERTIR que contra lo aquí decidido no procede recurso alguno”

2 Al respecto consultar entre otros, Consejo de Estado, sentencia del 2 de octubre de 2009, radicación N° 47001-23-31-000-2007-00501-00 C. P. Filemón Jiménez Ochoa, Consejo de Estado, Sección Quinta, sentencia del 26 de junio de 2013, radicación N° 76001233100020040002401CP. Alberto Yepes Barreiro y Consejo de Estado, Sección Quinta, sentencia del 17 de octubre de 2017, radicación N19001-33-31-006-2011-00442-0103 C.P. Alberto Yepes Barreiro.

3 Consejo de Estado, Sección Quinta, sentencia del 10 de marzo de 2016, radicación N°540012331000201200001 03 C.P. Lucy Jeannette Bermúdez.

4 Folio 39 del expediente

LUCY JEANNETTE BERMÚDEZ BERMÚDEZ
Presidenta

ROCÍO ARAÚJO OÑATE
Consejera de Estado
CARLOS ENRIQUE MORENO RUBIO
Consejero de Estado
ALBERTO YEPES BARREIRO
Consejero de Estado

* * *

CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCIÓN QUINTA

Consejero ponente: ALBERTO YEPES BARREIRO

Bogotá, D.C., veinticinco (25) de agosto de dos mil dieciséis (2016)

Radicación número: 47001-23-33-000-2016-00074-01

Actor: BELQUIN CRESPO OLIVEROS

Demandado: WILFRIDO ENRIQUE GUTIÉRREZ OSPINO – CONTRALOR DISTRITAL DE SANTA MARTA 2016-2019

Asunto: Auto que estima bien denegado el recurso de apelación interpuesto por la apoderada de la autoridad que expidió el acto acusado y del Distrito de Santa Marta contra el auto de 16 de mayo de 2016 que no concedió la apelación presentada contra la providencia de 25 de abril del mismo año en la cual el magistrado ponente: i) aceptó el desistimiento de pruebas del señor Belquin Crespo Oliveros, en consecuencia, ii) prescindió de la audiencia de pruebas que fuere programada para el 28 de abril de 2016 y iii) ordenó nuevamente al secretario del tribunal correr traslado de las excepciones, pese a que dicho trámite ya se había surtido.

Extracto: “Teniendo en cuenta que corresponde a la Sala decidir la queja interpuesta, se debe determinar si estuvo bien denegado el recurso de apelación interpuesto por la apoderada judicial de la autoridad que expidió el acto acusado y del Distrito de Santa Marta.

Al efecto debe recordarse que por auto de 25 de abril de 2016 el magistrado ponente: i) aceptó el desistimiento de pruebas del señor Belquin Crespo Oliveros, en consecuencia, ii) prescindió de la audiencia de pruebas que fuere programada para el 28 de abril de 2016 y iii) ordenó nuevamente al secretario del tribunal correr traslado de las excepciones, pese a que dicho trámite ya se había surtido.

La apoderada judicial del Distrito de Santa Marta y del presidente del Concejo Distrital de esa ciudad interpuso recurso de reposición y en subsidio apelación frente a la providencia anterior por considerar que las excepciones deben resolverse en la audiencia inicial, en consecuencia solicitó que i) se adicionara el auto de 25 de abril de 2016 para que se retrotrajera la actuación para continuar la audiencia inicial con el fin de que se resolvieran las excepciones y ii) se revocara la decisión de prescindir de la audiencia de pruebas.

Estima la Sala que el recurso de apelación estuvo bien denegado por las siguientes razones:

3.1. El recurso de apelación carece de sustento, pues la verdadera inconformidad de la recurrente tiene que ver con el momento en que debieron resolverse las excepciones de mérito propuestas. Por ello insistió en que esa decisión debió emitirse en el marco de la audiencia inicial y pretendió que se retrotrajera la actuación –a modo de una nulidad procesal- para que el ponente se pronunciara sobre las excepciones en la audiencia referida.

Justamente, el argumento principal de la apelación es que las excepciones debían resolverse en la audiencia inicial y como consecuencia debía retrotraerse la actuación lo que implicaba no pronunciarse en ese momento sobre las pruebas desistidas.

En realidad, en el recurso de apelación no se advierte ningún reproche de la recurrente frente al desistimiento de las pruebas porque, por ejemplo, no hizo ninguna manifestación referida a la necesidad de mantener el decreto de dichas pruebas.

Tampoco formuló ninguna censura frente a la consecuencia que el ponente derivó del desistimiento de las pruebas mencionadas, esto es, prescindir de la audiencia de pruebas, pues la recurrente no puso de presente la necesidad de que se surtiera dicha diligencia.

En ese orden, insiste la Sala, es claro que a través del recurso interpuesto no contravirtió ninguna de las decisiones adoptadas por el Ponente en el Tribunal del Magdalena en auto de 25 de abril de 2016.

*Ahora bien, en el auto objeto de apelación el ponente ordenó al secretario del tribunal correr traslado de las excepciones. Al respecto, debe ponerse de presente que ese mandato es simplemente una reiteración de lo resuelto en la audiencia inicial, momento procesal en el que se advirtió que no se había efectuado dicho trámite. Es decir, el auto de **25 de abril de 2016** solo repitió una decisión adoptada **en la audiencia inicial**, y, **de hecho**, dicho traslado, para el momento de la interposición del recurso, ya había sido surtido por la Secretaria del Tribunal Administrativo del Magdalena.¹*

3.2. Pero además las decisiones adoptadas mediante auto del 25 de abril de 2016 no son pasibles del recurso de apelación, por las razones que pasarán a explicarse:

- *En relación con la decisión de aceptar el desistimiento de la prueba, aquella situación no encaja en ninguno de los eventos relacionados en el artículo 243 del CPACA.*
- *En lo que atañe a la decisión de prescindir de la audiencia de pruebas, tampoco es apelable, comoquiera que según lo dispuesto en el artículo 243 del CPACA dicha providencia solo **es apelable** cuando es proferida en primera instancia por los **jueces administrativos**, escenario que no corresponde al presente caso.*

*En efecto, la norma en cita² enlista algunos autos que son apelables cuando son proferidos por los **tribunales administrativos**, entre ellos: el que rechace la demanda; el que decrete una medida cautelar y el que resuelva los incidentes de responsabilidad y desacato en ese*

¹ Folio 232 del expediente

² **ARTÍCULO 243. APELACIÓN.** Son apelables las sentencias de primera instancia de los Tribunales y de los Jueces. También serán apelables los siguientes autos proferidos en la misma instancia por los jueces administrativos:

1. El que rechace la demanda.
2. El que decrete una medida cautelar y el que resuelva los incidentes de responsabilidad y desacato en ese mismo trámite.
3. El que ponga fin al proceso.
4. El que apruebe conciliaciones extrajudiciales o judiciales, recurso que solo podrá ser interpuesto por el Ministerio Público.
5. El que resuelva la liquidación de la condena o de los perjuicios.
6. El que decreta las nulidades procesales.
7. El que niega la intervención de terceros.
8. El que prescinda de la audiencia de pruebas.
9. El que deniegue el decreto o práctica de alguna prueba pedida oportunamente.

Los autos a que se refieren los numerales 1, 2, 3 y 4 relacionados anteriormente, serán apelables cuando sean proferidos por los tribunales administrativos en primera instancia.

El recurso de apelación se concederá en el efecto suspensivo, salvo en los casos a que se refieren los numerales 2, 6, 7 y 9 de este artículo, que se concederán en el efecto devolutivo.

PARÁGRAFO. La apelación solo procederá de conformidad con las normas del presente Código, incluso en aquellos trámites e incidentes que se rijan por el procedimiento civil.

mismo trámite; el que ponga fin al proceso; y el que apruebe conciliaciones extrajudiciales o judiciales, recurso que solo podrá ser interpuesto por el Ministerio Público. En consecuencia, al no enlistar el auto que prescinde de la audiencia de pruebas, se impone concluir que no es apelable cuando lo profiere un tribunal administrativo como ocurre en el caso bajo estudio.³

4. Conforme lo expuesto, resulta acertada la determinación adoptada en el auto de 16 de mayo de 2016 que no repuso el del 25 de abril del mismo año y no concedió el recurso de apelación interpuesto.”

Decisión: “ ESTÍMASE bien denegado el recurso de apelación interpuesto por la apoderada de la autoridad que expidió el acto acusado y del Distrito de Santa Marta contra el auto de 16 de mayo de 2016 que no concedió la apelación presentada contra la providencia de 25 de abril del mismo año.

ADVERTIR a los sujetos procesales que contra lo resuelto no procede ningún recurso.

DEVOLVER el Radicación al tribunal de origen para lo de su cargo.”

LUCY JEANNETTE BERMÚDEZ BERMÚDEZ
Presidenta

ROCÍO ARAÚJO OÑATE
Consejera de Estado
CARLOS ENRIQUE MORENO RUBIO
Consejero de Estado
ALBERTO YEPES BARREIRO
Consejero de Estado

* * *

CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCIÓN QUINTA

Consejero ponente: ALBERTO YEPES BARREIRO

Bogotá D.C, veinticinco (25) de agosto de dos mil dieciséis (2016)

Radicación número: 52001-23-33-000-2015-00811-01

Actor: OSCAR GERMÁN RAMOS RODRÍGUEZ

Demandado: MILDRE KAROLA LÓPEZ – DOCENTE DE TIEMPO COMPLETO DE LA FACULTAD DE CIENCIAS ECONÓMICAS Y ADMINISTRATIVAS DE LA UNIVERSIDAD DE NARIÑO

Asunto: Auto que resolvió el recurso de queja presentado por la parte demandada contra la decisión del Magistrado Ponente en el Tribunal Administrativo de Nariño de no conceder el recurso de apelación propuesto contra la sentencia que declaró la nulidad del acto acusado, por encontrar que dicho proceso era de única instancia. Se estimó bien negado el recurso de apelación presentado por la parte demandada.

3 Esta interpretación fue objeto de control por parte de la Corte Constitucional, autoridad judicial que mediante sentencia C-329 de 2015 determinó que era totalmente válido entender que ciertas providencias, cuando era proferidas por los Tribunales Administrativos, no podían ser apeladas, pues precisamente lo que se buscaba con la redacción del artículo 243 del CPACA era evitar la congestión judicial en el Consejo de Estado, autoridad que debía resolver los recursos provenientes de los Tribunales. Específicamente, el máximo Tribunal Constitucional señaló: “En efecto, de la circunstancia de que algunas providencias judiciales proferidas por el magistrado ponente en un tribunal administrativo, en las condiciones ya analizadas, no sean apelables, no se sigue que el Estado incumpla el deber de garantizar los derechos de las personas que acceden a la administración de justicia, pues el legislador tiene un amplio margen de configuración en materia de recursos y de los hechos y de las circunstancias relacionadas con dichas providencias pueden ser puestos en conocimiento del Consejo de Estado en el trámite del recurso de apelación de la sentencia.”

Extracto: “es pertinente analizar si tal y como lo afirma el recurrente la competencia del Tribunal, en única instancia, para el caso concreto no puede estar radicada en los numerales 12 y 13 del artículo 151 del CPACA, toda vez que el cargo de “docente de tiempo completo” no puede equipararse a los niveles de asesor, profesional, o técnico a los que alude la norma en cita, pues aquel es un empleo especial propio de la carrera docente de las universidades públicas.

(...)

Hecha esta precisión, es de advertir que la competencia para conocer del caso concreto no puede ser enmarcada dentro del numeral 12 del artículo 151 del CPACA, comoquiera que el acto acusado no designa a un empleado público del orden nacional, sino a uno del orden departamental.

En efecto, aunque según las voces del artículo 72 de la Ley 30 de 1992 los docentes de tiempo completo son empleados públicos, ese solo hecho no los convierte en empleados del orden nacional, máxime cuando la Universidad de Nariño es una autoridad del orden departamental¹.

(...)

Ahora bien, la Sala encuentra que en efecto **los docentes de las universidades públicas tiene un nivel jerárquico diferente y sui generis a los que el orden jurídico previo para los empleos públicos de la rama ejecutiva**, de forma que el empleo de “docente” tienen una clasificación propia y especial que se define bien por el tipo de vinculación que se realice [titular, asociado, auxiliar, etc.] o bien por el tiempo que dediquen a la labor educativa [dedicación exclusiva, medio tiempo, tiempo completo, etc.]

No obstante, no escapa a la Sala que dicha disposición también prevé que el Tribunal conoce en única instancia de la nulidad electoral contra los actos de nombramiento de los empleados públicos cuyo nivel se **equipare** o equivalga a los asesor, profesional o técnico.

Así las cosas, para la Sección un **efecto útil** de la expresión “o su equivalente” contenida en el numeral 13 del artículo 151 del CPACA, impone colegir que dicha norma de competencia también aplica en aquellos casos en los que se cuestione el nombramiento de empleos **semejantes** a los de asesor, profesional o técnico, pues precisamente dicha acepción está pensada para que la norma sea aplicable en eventos en los que los nombramientos demandados no se encuadren, dentro de ninguno de los niveles jerárquicos previstos en tal disposición.

Lo anterior quiere decir que es posible que la autoridad judicial, a efectos de establecer su competencia, cuando el nombramiento demandado no encaje dentro de los niveles previstos en el artículo 151.12 del CPACA realice un ejercicio hermenéutico con el propósito de establecer si a través del acto demandado se designa a alguien en un cargo equivalente a los niveles asesor, profesional o técnico contemplados en la ley.

Esto aplicado al caso concreto, significa que para determinar si el recurso de apelación estuvo bien o mal negado es menester establecer si el empleo de “docente de tiempo completo”, en el que fue nombrada la demandada, se asemeja a alguno de los niveles consagrados en la norma en comento.

Para esta Sala Especializada, aunque por las razones explicadas es claro que los cargos de docente responden a niveles y clasificaciones distintas a las establecidas para la rama ejecutiva, el empleo de “docente de tiempo completo” de la Universidad de Nariño puede **equivaler o ser semejante a**

1 Así se desprende no solo del análisis del Decreto 049 de 1904, esto es, el acto de creación de la Universidad de Nariño en la que se puede constatar que dicho ente autónomo fue creado por decisión del gobernador del Departamento de Nariño, sino también de los artículos 1º y 10 del Acuerdo 194 de 1993 (Estatutos de la Universidad de Nariño) disponibles en: http://secretariageneral.udenar.edu.co/?wpfb_dl=2569

uno que se enmarque en el nivel jerárquico profesional, ya que en dicha dignidad el docente aplica y ejecuta conocimientos propios de la profesión que desempeña.

(...)

En consecuencia, la Sala observa que se encuentran materializados todos los supuestos que activan la competencia del Tribunal en única instancia, según las voces del artículo 151.13 del CPACA, toda vez que: i) se cuestiona un acto de nombramiento, ii) que ese nombramiento se hizo en un cargo que equivale a los del nivel profesional y iii) que dicho acto fue proferido por un autoridad del orden departamental, como lo es la Universidad de Nariño.

Bajo este panorama, no cabe duda de que el Tribunal acertó al no conceder el recurso de apelación contra la sentencia del 14 de abril de 2016, pues es claro que el proceso de la referencia sí es de aquellos que se tramitan en única instancia, y por consiguiente, carece de ese tipo de recursos.”

Decisión: “ESTÍMASE bien negado el recurso de apelación presentado por la parte demandada, contra la sentencia del 14 de abril de 2016 a través de la cual el Tribunal Administrativo de Nariño declaró la nulidad del acto acusado.

DEVOLVER al Tribunal de origen para lo de su cargo.”

LUCY JEANNETTE BERMÚDEZ BERMÚDEZ
Presidenta

ROCÍO ARAÚJO OÑATE
Consejera de Estado
CARLOS ENRIQUE MORENO RUBIO
Consejero de Estado
ALBERTO YEPES BARREIRO
Consejero de Estado

* * *

CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCIÓN QUINTA

Consejero ponente: ALBERTO YEPES BARREIRO

Bogotá D.C, ocho (8) de septiembre de dos mil dieciséis (2016)

Radicación número: 76001-23-33-000-2016-00231-01 (Acumulado)

Actor: GUSTAVO ALONSO RODRÍGUEZ Y OTROS

Demandado: CARLOS ALFONSO WILCHES, JAMES HERNÁN GÓMEZ SERRATO Y ALBA STELLA ANACONA– CONCEJALES DE BUGA (VALLE) PERÍODO 2016-2019

Asunto: Auto de unificación sobre acumulación de pretensiones que confirmó la decisión del Tribunal Administrativo del Valle de no declarar probadas las excepciones de caducidad y de inepta demanda propuestas por los demandados, en el proceso de nulidad iniciado contra algunos concejales de Buga por doble militancia en la modalidad de apoyo.

Extracto: “Bajo este panorama, para la Sección Quinta del Consejo de Estado un correcto entendimiento de las reglas que sobre acumulación de procesos y pretensiones electorales prevé el CPACA, impone concluir que por **regla general sí se pueden acumular tanto pretensiones como procesos basados en causales subjetivas, siempre y cuando la elección este contenida en un mismo acto.**

Lo anterior, es así porque para determinar si una pretensión de carácter subjetiva es acumulable con otra, o si un proceso, fundado en causales subjetivas, puede ser acumulado con otro, solo basta con cerciorarse de que la declaratoria de elección esté contenida en el mismo acto de elección, para que dicha acumulación sea viable. Un ejemplo ilustrará de mejor forma este asunto, veamos:

*Si se demanda por causales subjetivas la elección, por ejemplo, del Alcalde de Buga y en el mismo tribunal cursa la demanda de nulidad electoral contra el Alcalde de Cali no es viable, por disposición del artículo 282 del CPACA, acumular estos procesos, pues las elecciones están declaradas en actos diferentes; **tampoco** sería posible que en una misma demanda se pretenda la nulidad, por causales subjetivas, tanto de la elección del Alcalde de Buga como del Alcalde de Cali, ya que la declaratoria de elección no está contenida en el mismo acto.*

*Bajo las consideraciones que preceden la Sala Electoral **unifica** su postura y señala que un adecuado entendimiento del artículo 282 del CPACA implica aceptar que por regla general **sí se pueden acumular tanto pretensiones como procesos basados en causales subjetivas, siempre y cuando la elección este contenida en un mismo acto.***

Caso concreto

*Desde ya se anticipa que la decisión adoptada por el Tribunal en cuanto a la excepción de caducidad será confirmada, habida cuenta que a través de la corrección de la demanda del 3 de marzo de 2016 no se formularon cargos de nulidad, como lo aduce el recurrente, pues los **Actores simplemente se limitaron a cumplir con la orden impuesta por la autoridad judicial.***

En efecto, como quedó reseñado en los antecedentes de esta providencia la demanda se inadmitió porque, a juicio de la Magistrada Ponente en el Tribunal Administrativo del Valle, se debía demandar también el acta de escrutinio del concejo municipal. Fue por ello, que mediante escrito del 3 de marzo de 2016 la parte actora cumplió la orden dada por la autoridad judicial y presentó una pretensión en el siguiente sentido:

“que se declare la nulidad del acta de escrutinio contenida en el formulario E-26 proferida por la Comisión Escrutadora Municipal de Buga, en cuanto contiene el resultado final del escrutinio de la elección del concejo municipal de Buga para el periodo 2016-2019 (...)”¹

*Nótese entonces, como lo que los Actores hicieron fue **únicamente**, acatar la orden judicial impuesta, ya que es claro que de no haberlo hecho la demandada hubiese sido rechazada, según las voces del artículo 276 del CPACA.*

(...)

la Sala encuentra que el recurrente confunde las figuras de “inadmisión de la demanda” y de “reforma a la demanda”, y por ello, deriva de ellas unas consecuencias equivocadas.

*En efecto, a través de la primera de ellas el juez, es decir a través de la inadmisión, se **pospone** el acceso a la administración de justicia hasta tanto la parte Actor no corrija los yerros presentados y evidenciados por autoridad judicial en la providencia de inadmisión.*

(...)

Ahora bien, todo lo anterior aplicado al caso concreto impone colegir que la excepción de “improcedencia de la segunda corrección” no estaba llamada a prosperar, como acertadamente lo concluyó el a quo, pues:

1 Folio 94 del expediente 2016-231

- i. *El escrito del 3 de marzo de 2016 se originó por la inadmisión de la demanda, razón por la que no cabe duda que su propósito era, únicamente subsanar el yerro evidenciado por el juez a quo a efectos de que aquel admitiera la demanda, y no modificar el escrito inicialmente presentado.*
- ii. *El documento del 14 de marzo de 2016 tiene como fundamento el artículo 278 del CPACA, de forma que se erige como una muestra de la voluntad libre y autónoma del Actor de modificar, en algunos aspectos el escrito inicialmente presentado.*
- iii. *El escrito de reforma a la demanda no incluyó nuevos cargos de nulidad, ya que tal y como consta en el folio 100 y siguientes del expediente 2016-231 aquel se limitó a reformar el acápite de pruebas incluyendo algunas de carácter testimonial y documental. En otras palabras, la reforma a la demanda solo modificó un acápite de que aquellos que según el artículo 173 ibídem, pueden ser cambiados por el actor en su escrito de reforma.*
- iv. *Está demostrado que el Actor solo reformó su demanda por una vez debido a que, se insiste, el escrito del 3 de marzo de 2016 no era una reforma, sino una corrección solicitada por el juez, sin que en el expediente obre una segunda reforma a la demanda, ni una segunda inadmisión.*

Bajo este panorama, es evidente que no le asiste razón al recurrente cuando solicita que el escrito del 14 de marzo de 2016 sea excluido del proceso, y por consiguiente, la decisión del tribunal, en lo que corresponde a esta excepción, también ha de ser confirmada.”

Decisión: “CONFIRMAR la decisión, adoptada por el Tribunal Administrativo del Valle del Cauca el 29 de julio de 2016, de declarar “infundadas” las excepciones de caducidad y de “improcedencia de la segunda corrección”.

EXHORTAR al Tribunal Administrativo del Valle del Cauca para que en adelante conceda el recurso de apelación contra la decisión de excepciones en el efecto suspensivo, tal y como lo exige el artículo 243 del CPACA.”

LUCY JEANNETTE BERMÚDEZ BERMÚDEZ
Presidenta

ROCÍO ARAÚJO OÑATE
Consejera de Estado
CARLOS ENRIQUE MORENO RUBIO
Consejero de Estado
ALBERTO YEPES BARREIRO
Consejero de Estado

* * *

CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCIÓN QUINTA

Consejero ponente: ALBERTO YEPES BARREIRO

Bogotá, D.C., veintiuno (21) de septiembre de dos mil dieciséis (2016)

Radicación número: 63001-23-33-000-2016-00006-01

Actor: JAIME ALBERTO MURIEL LOTERO

Demandado: FREDDY VALENCIA CARDONA – DIPUTADO DEL QUINDÍO

Asunto: Auto que niega la solicitud de adición y aclaración de la sentencia de segunda instancia. Se solicita la nulidad de la elección del demandado como diputado del Quindío por doble militancia bajo la modalidad de pertenencia simultánea a dos partidos o movimientos políticos.

Extracto: “(...) La Sala anticipa que negará la solicitud de adición y aclaración del fallo de 25 de agosto de 2016 por las siguientes razones:

2.3.1. En lo que concierne a la solicitud de aclaración de los alcances de los efectos de la sentencia, el apoderado del demandado se limitó a transcribir la parte resolutive de dicha providencia, sin explicar cuál de sus frases o conceptos pudiera ofrecer duda, razón por la cual ésta debe ser negada.

Sin embargo, debe resaltarse que en dicha sentencia se dispuso expresamente, con toda claridad, que los efectos de la nulidad del acto de elección del señor Freddy Valencia Cardona como Diputado a la Asamblea Departamental del Quindío por el período 2016-2019 son ex nunc, es decir hacia futuro, de conformidad con lo expuesto en la consideración 2.6.7 de esa providencia.

Adicionalmente, en relación con los efectos de la nulidad del acto acusado la Sala destaca que se siguió el precedente sentado en la sentencia de unificación de 07 de junio de 2016, expediente 11001-03-28-000-2015-00051-00, Demandada: Oneida Rayeth Pinto Pérez, el cual fue citado en la nota de pie de página 28 del fallo, en el cual se explican con precisión las razones por las cuales en casos como el presente la decisión de anular el acto demandado debe tener efectos hacia futuro.

Por tal razón, la Sala considera que en la parte resolutive de la sentencia de 25 de agosto de 2016 no existen conceptos o frases que puedan ofrecen duda sobre los alcances de sus efectos.

2.3.2. En relación con la solicitud de adición de la sentencia respecto a la responsabilidad del Partido Opción Ciudadana, se resalta que la nulidad electoral no tiene por objeto imputar posibles responsabilidades de los partidos políticos en el ejercicio de sus funciones, sino estudiar la legalidad de los actos de elección y nombramiento, razón por la cual un pronunciamiento de esa naturaleza escapa del objeto de este medio de control.

En todo caso, la Sala observa que a través de la solicitud de adición objeto de estudio el apoderado del demandado realmente pretende controvertir la valoración de las pruebas realizada en la sentencia y obtener su revocatoria, lo que resulta a toda luz improcedente.”

Decisión: NEGAR la solicitud de aclaración y adición presentada por el apoderado del demandado, en relación con el fallo de 25 de agosto de 2016, por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

ADVERTIR a los sujetos procesales que, por virtud de lo dispuesto en el artículo 290 del C.P.A.C.A., contra la decisión de las solicitudes de aclaración no procede recurso alguno::

RECONOCER al abogado Enrique Antonio Casas Rojas, identificado con C.C. número 79.110.977 de Fontibón y T.P. número 47.463 del C.S. de la J., como apoderado del señor Freddy Valencia Cardona.”

LUCY JEANNETTE BERMÚDEZ BERMÚDEZ
Presidenta

ROCÍO ARAÚJO OÑATE
Consejera de Estado
CARLOS ENRIQUE MORENO RUBIO
Consejero de Estado
ALBERTO YEPES BARREIRO
Consejero de Estado

CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCIÓN QUINTA

Consejero ponente: ALBERTO YEPES BARREIRO

Bogotá, D.C., veintiuno (21) de septiembre de dos mil dieciséis (2016)

Radicación número: 11001-03-28-000-2016-00048-00

Actor: NICOLÁS EDUARDO RODRÍGUEZ

Demandado: BLANCA CLEMENCIA ROMERO ACEVEDO - COMISIONADA NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL.

Asunto: Auto que negó la solicitud presentada por la Comisionada Nacional del Servicio Civil de revocar la medida cautelar de suspensión provisional decretada en auto del 21 de julio de 2016.

Extracto: “En el caso concreto, la Sala para el decreto de la medida cautelar analizó no solo las normas que se consideraban infringidas, sino también las pruebas que ese momento obraban en el expediente, y de ese examen concluyó que estaba demostrado, al menos provisionalmente, que la demandada estaba incurso en la causal de inhabilidad alegada por el Actor, sin que en la solicitud se haya probado que esa situación ha variado o fuere superado.

Aunque para la Sala no es indiferente la situación familiar de la señora Romero Acevedo, lo cierto es que esta circunstancia no desvirtúa la tipificación de la conducta prohibitiva de que trata el inciso 5º del artículo 9º de la Ley 909 de 2004, pues la legalidad o ilegalidad del acto no puede depender de la difícil situación por la que atraviesa la demandada.

Por ello, no es posible entender, como equivocadamente lo hace el apoderado de la demandada, que con la decisión de suspensión provisional se estén vulnerando sus derechos fundamentales y los de su familia, y por ello, no es viable revocarla, pues la única vía para que la medida pueda ser levantada es que se acredite que la trasgresión alegada cesó, *sin que este supuesto se haya probado, ni siquiera argumentado, en el caso concreto.*

Bajo este panorama, es evidente que **los motivos que ocasionaron la decisión de suspensión del Decreto N° 708 de abril de 2015 no se han superado**, pues la situación familiar de la demandada en nada cambia, el hecho de que para la Sala, en este momento procesal, se encuentre acreditado que se configuró la inhabilidad de que trata el inciso 5º del artículo 9º de la Ley 909 de 2004.”

Decisión: “NEGAR la solicitud de revocatoria de medida cautelar elevada por la parte demandada, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

ADVERTIR que contra lo aquí decidido no procede recurso alguno en los términos del inciso segundo del artículo 236 del CPACA.”

LUCY JEANNETTE BERMÚDEZ BERMÚDEZ
Presidenta

ROCÍO ARAÚJO OÑATE
Consejera de Estado
CARLOS ENRIQUE MORENO RUBIO
Consejero de Estado
ALBERTO YEPES BARREIRO
Consejero de Estado

CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCIÓN QUINTA

Consejero ponente: ALBERTO YEPES BARREIRO

Bogotá, D.C., veintinueve (29) de septiembre de dos mil dieciséis (2016)

Radicación número: 15001-23-33-000-2016-00119-01

Actor: PEDRO JAVIER BARRERA VARELA

Demandado: ILBAR EDILSON LÓPEZ RUÍZ – PERSONERO DE TUNJA PARA EL PERÍODO 2016-2019

Asunto: Auto que i) revoca la decisión de declarar probada la excepción de caducidad de la reforma de la demanda formulada por el concejo municipal de Tunja, proferida por el Tribunal Administrativo de Boyacá en audiencia inicial de 6 de septiembre de 2016; y ii) confirma la decisión de no declarar probada la excepciones propuestas por el demandado, proferida por el Tribunal Administrativo de Boyacá en audiencia inicial de 10 de mayo de 2016.

Extracto: “Como se expuso, la apoderada de dicha corporación pública, propuso la excepción de caducidad de la reforma de la demanda por considerar que allí se propusieron cargos nuevos por fuera del término de caducidad de la acción electoral, sin embargo no explicó las razones específicas que a su juicio implicaban que en la reforma se propusieran cargos nuevos.

Lo anterior conduciría a que la excepción se declarara no probada por cuanto quien la propuso no cumplió con la carga argumentativa que le correspondía, máxime cuando la reforma de la demanda electoral está permitida, como se verá más adelante.

Sin embargo, la magistrada ponente del Tribunal de Boyacá, declaró probada la excepción, pues a su juicio, se incluyó un cargo referido a la entrevista que realizó el concejo municipal de Tunja, argumentación respecto de la cual las partes tuvieron oportunidad de pronunciarse.

En efecto, la parte recurrente consideró que no se configura dicha excepción por cuanto, los hechos y argumentos expuestos en el escrito de reforma están en conexidad con lo dicho en la demanda inicial y por tanto, no se trata de ningún cargo nuevo, toda vez que se incluyeron unos hechos que prueban la falta de transparencia, lo cual se afirmó desde la demanda.

Así las cosas, la Sala estudiará el recurso interpuesto y se ocupará de resolver si en el escrito de la reforma se formularon o no nuevos cargos contra el acto acusado una vez acaecida la caducidad del medio de control electoral.

4.1.2. En el presente caso, la magistrada ponente sostuvo que la elección del personero se llevó a cabo en la sesión plenaria de 10 de enero de 2016, por tanto el término de caducidad venció el 22 de febrero de 2016 y la reforma de la demanda se presentó el 8 de marzo del mismo año. Estos aspectos no fueron objeto de reproche alguno::

Como la reforma se presentó vencido el término de caducidad, la discusión se centra en si contiene cargos nuevos, pues de ser así, la decisión de rechazo deberá ser confirmada.

(...)

4.1.5. Del análisis de los argumentos expuestos, la Sala concluye que es viable acceder a los argumentos de la recurrente porque en realidad no se formularon nuevos cargos, toda vez que, en el escrito de la reforma simplemente se precisaron los argumentos expuestos en la demanda, es decir, no se trajeron a colación nuevas explicaciones referidas a la falta de transparencia de la entrevista.

En efecto, en la demanda se dijo que la entrevista no fue transparente y que la calificación fue sospechosa y pareciera haber sido manipulada. En la reforma se precisaron los hechos que constituirían esa conducta por parte del concejo, cuando se afirma que la calificación se alteró al asignarse primero en dos dígitos y luego en uno.

En ese orden de ideas, se puede afirmar que la adición corresponde a los hechos, lo cual está permitido por el numeral 2º del artículo 173 del CPACA, y por tanto esta “añadidura” contemplada en el escrito de la reforma no implica una ampliación del concepto de la violación.

En el caso concreto la introducción de nuevas situaciones de hecho constituye una simple adición de los supuestos fácticos, como quiera que aquellos precisan el argumento propuesto por la parte Actor en el escrito que subsanó la demanda, referido a la falta de transparencia en la calificación de la entrevista.

Por último la Sala debe señalar que la incidencia de la introducción de nuevos hechos a la demanda junto con las pruebas que a juicio de la parte Actor permitirán su comprobación, no deriva en una nueva demanda, lo cual evidencia que era viable la reforma y por tanto, no se afecta sustancialmente la fijación del litigio.

Entonces, contrario a lo dicho por el a quo, en realidad no se amplió el concepto de la violación incluyendo más casos dentro de un mismo cargo.

4.1.6. Teniendo en cuenta que la magistrada ponente sostuvo que la decisión adoptada en el auto de 11 de diciembre de 2014 en la que se apoyó para declarar probada la excepción de caducidad de la reforma de la demanda, fue confirmar la providencia objeto del recurso de súplica, lo cierto es que allí (i) se confirmó parcialmente la decisión de rechazar la reforma respecto de los cargos por presunta gestión de negocios realizados en la ciudad de Newark y los supuestamente realizados en Nueva York a favor de Jesús Leandro Riaño y Jenny Saavedra y (ii) se aceptó la reforma a la demanda en lo que atañe a la ampliación del cargo de gestión de negocios en favor de John Moreno Escobar y a la adición de pruebas realizada por la Actor en el marco de dicho cargo, sin que esto último signifique que aquellas serán decretadas.

La aceptación de la reforma se dio justamente porque “en ese mismo escrito [de reforma] la Actor abundó el cargo de nulidad respecto a la presunta gestión de negocios que llevo a cabo el demandado a favor de Jhon Moreno Escobar en el consulado de Nueva York, cargo que sí fue presentado en el escrito de la subsanación de la demanda y que por lo tanto NO comporta una reforma sustancial a la demanda, sino una precisión o puntualización de la misma”.

Ese caso ejemplifica cuándo debe aceptarse la reforma de la demanda porque no se adicionan cargos. Justamente, en dicho antecedente la Sala concluyó que lo que hizo el Actor fue “abondar” en la presunta gestión de negocios respecto de una persona, pues en el escrito de la demanda se había presentado ese cargo.

Algo similar ocurre en el presente proceso en el que la apoderada del Actor se refirió en el escrito inicial a la falta de transparencia en la entrevista lo que la llevó a afirmar que la calificación fue sospechosa y pareciera haber sido manipulada. En dichos aspectos “abundó” en la reforma cuando precisó que esa situación se materializó con el cambio de la pregunta que solicitó el Actor y la modificación en el número de dígitos con que se efectuó la calificación que alteró el puntaje final, lo que precisamente, constituye la falta de transparencia que alegó desde la demanda.

(...)

4.2. Excepciones propuestas por el demandado

(...)

4.2.1. Falta de integración del petitum: (...)

Al respecto, la Sala considera que le asiste razón al a quo por cuanto:

i) En los procesos que se adelantan en ejercicio de la acción electoral, el acto pasible de ser demandado es el definitivo, en los términos del artículo 139 del CPACA¹.

ii) La lista de elegibles, en el marco de un proceso electoral, es un acto preparatorio y por tanto su legalidad no puede cuestionarse de manera independiente².

iii) No se presenta en este caso un acto complejo, pues este “se forma bajo la intervención de voluntades de dos o más órganos o autoridades, en momentos distintos, pero encaminados hacia la misma finalidad y constituye una verdadera unidad jurídica en donde cada acto es totalmente dependiente del otro”.³

Ello implica que lo que debe demandarse es el acto complejo porque “habiendo unidad de contenido y unidad de fin en las diversas voluntades que se unen para producirlo, la serie de actos que lo integran no tienen existencia jurídica separada e independiente”⁴. Situación que no se presenta en la designación de un personero.

Ahora bien, teniendo en cuenta la mención que hace el recurrente al caso del ex fiscal Montealegre, aclara la Sala que la elección del fiscal general de la Nación es un acto complejo sujeto a confirmación⁵, lo cual no se sucede en el presente caso.

4.2.2. Acumulación de causales subjetivas y objetivas⁶: (...)

La Sala considera que también le asiste la razón al a quo, pues lo cierto es que la Sección ha entendido que la prohibición contenida en el artículo 281 del CPACA, únicamente opera respecto de las elecciones por voto popular⁷, por lo tanto, la acumulación de causales subjetivas y objetivas en procesos dirigidos contra elecciones realizadas por corporaciones públicas, como sucede en este caso, no genera la nulidad del proceso.

Por consiguiente y ante la providencia a la que hace referencia el actor, la Sala precisa que esta fue dictada en el marco de un proceso contra una elección popular - Representantes a la Cámara por la Circunscripción Especial de las Comunidades Afrodescendientes-, lo que de entrada pone de presente que es un escenario distinto al de la elección del personero por parte del concejo.

1 Así lo dijo esta Sección en la sentencia de 3 de agosto de 2015, Exp. 11001-03-28-000-2014-000128-00 y 11001-03-28-000-2014-000125-00 (Acumulados), C.P. Alberto Yepes Barreiro.

2 Al respecto puede consultarse el auto de 18 de febrero de 2016, Exp. 11001-03-28-000-2016-00011-00, C.P. Alberto Yepes Barreiro.

3 Consejo de Estado, Sección Quinta, auto de 11 de abril de 2013, Exp. 11001-03-28-000-2013-00012-00, C.P. Alberto Yepes Barreiro.

4 Ibídem.

5 Consejo de Estado, Sección Quinta, auto de 8 de mayo de 2012, Exp. 11001-03-28-000-2012-00028-00, C.P. Alberto Yepes Barreiro.

6 Si bien no guarda estrecha relación con el caso que se estudia, la Sala pone de presente que el 8 de septiembre de 2016 dictó auto de unificación acerca de la acumulación de procesos y pretensiones en el marco del proceso electoral fundado en causales subjetivas y concluyó que “por regla general sí se pueden acumular tanto pretensiones como procesos basados en causales subjetivas, siempre y cuando la elección este contenida en un mismo acto.” (negrilla de texto original). Exp. 76001-23-33-000-2016-00231-01 (Acumulado), C.P. Alberto Yepes Barreiro.

7 Ver, entre otras, Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta, Exp. 11001-03-28-000-2016-00033-00, auto de 17 de marzo de 2016, C.P. Alberto Yepes Barreiro; Exp. 11001-03-28-000-2015-00031-00, auto de 3 de marzo de 2016. C.P. Alberto Yepes Barreiro; Exp. 11001-03-28-000-2016-00007, auto de 26 de enero de 2016. C.P. Alberto Yepes Barreiro; Exp. 11001-03-28-000-2015-00041-00, auto de 3 de diciembre de 2015, C.P. Alberto Yepes Barreiro.

4.2.3. Acumulación de procesos: (...)

Por lo tanto, basta a la Sala reiterar lo dicho al pronunciarse sobre la excepción de indebida acumulación de pretensiones, pues al ser posible en este caso, que se acumulen causales objetivas y subjetivas, lo cierto es que ambas serán tramitadas y decididas en un mismo proceso.

4.2.4. Indebida individualización del acto demandado: (...)

En el presente caso, si bien el Actor no identificó con precisión toda la información relacionada con el acto demandado, puesto que no hizo alusión al acta de la sesión del Concejo en la cual estaba contenido, lo cierto es que del texto de la demanda y de su subsanación es posible interpretar, sin lugar a duda alguna, que se trata del acto contentivo de la elección del Ilbar Edilson López Ruíz como Personero de Tunja para el período 2016-2019.

Y para despejar cualquier duda, debe advertirse que la parte Actor solicitó al Tribunal que se allegara copia de dicho acto antes de la admisión de la demanda, quien realizó dicha solicitud mediante oficio obrante a folio 119 del cuaderno 1.

Por lo tanto, la Sala coincide con el a quo, toda vez que desde el inicio del proceso no existe duda de cuál es el acto acusado, esto es, el de elección del señor Ilbar Edilson López Ruíz como personero de Tunja 2016-2020, el cual fue aportado por orden del Tribunal.

La postura del demandado conllevaría a un excesivo formalismo lo cual no es de recibo en el presente caso en el que no cabe duda de cuál es el acto censurado, máxime cuando éste fue aportado al proceso por orden del a quo.

4.2.5. Indebida representación: (...)

Al respecto, la Sala considera que en el poder se determinó el asunto para el cual fue otorgado en los términos establecidos por el inciso primero del artículo 74 del CGP.

En efecto, en dicho documento se indicó que se confería “con el objeto de obtener sentencia mediante la cual se declare que es NULO el acto administrativo por el cual, esa Corporación designó Personero Municipal de Tunja, al señor ILBAR EDILSON LÓPEZ RUÍZ...”.

Así, no cabe duda de cuál fue propósito para el cual fue conferido el poder por parte del señor Pedro Javier Barrera Varela y, en ese orden, no era necesario que dicho documento precisara la sesión en la cual se produjo la elección.”

Decisión: “REVOCAR la decisión de declarar probada la excepción de caducidad de la reforma de la demanda formulada por el concejo municipal de Tunja, proferida por el Tribunal Administrativo de Boyacá en audiencia inicial de 6 de septiembre de 2016.

CONFIRMAR la decisión de no declarar probada la excepciones propuestas por el demandado, proferida por el Tribunal Administrativo de Boyacá en audiencia inicial de 10 de mayo de 2016.

DEVOLVER al Tribunal de origen para lo de su cargo.”

LUCY JEANNETTE BERMÚDEZ BERMÚDEZ
Presidenta

ROCÍO ARAÚJO OÑATE
Consejera de Estado
CARLOS ENRIQUE MORENO RUBIO
Consejero de Estado
ALBERTO YEPES BARREIRO
Consejero de Estado

CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCIÓN QUINTA

Consejero ponente: ALBERTO YEPES BARREIRO

Bogotá D, C, veintinueve (29) de septiembre de dos mil dieciséis (2016)

Radicación número: 63001-23-33-000-2016-00676-01

Actor: STEFANÍA PIEDRAHITA OROZCO

Demandado: YOHAN EDWARD PERDOMO HERRERA

Asunto: Auto que declara fundado el impedimento manifestado por los Magistrados de la Sala Plena de Decisión del Tribunal Contencioso Administrativo de Risaralda. Se demandó la nulidad de un nombramiento expedido por el Tribunal.

Extracto: “(...) Los Magistrados de la Sala Plena de Decisión del Tribunal Contencioso Administrativo de Risaralda, Dufay Carvajal Castañeda, Fernando Alberto Álvarez Beltrán, Juan Carlos Hincapié Mejía y Paola Andrea Gartner Henao, manifestaron estar impedidos para actuar dentro del trámite de este proceso, para lo cual invocaron la causal establecida en el numeral 1º del artículo 130 del C.P.A.C.A., que dice:

“... Cuando el juez, su cónyuge, compañero o compañera permanente, o alguno de sus parientes hasta el segundo grado de consanguinidad, segundo de afinidad o único civil, hubieren participado en la expedición del acto enjuiciado, en la formación o celebración del contrato o en la ejecución del hecho u operación administrativa materia de la controversia.”

La causal transcrita tiene como finalidad que el juez no actúe como tal frente a su propio acto.

De conformidad con los presupuestos de la norma, para que la situación encaje dentro de la causal de impedimento alegada, se deben configurar los siguientes requisitos: (i) que se haya expedido un acto controlable por parte de esta jurisdicción; (ii) que el magistrado haya participado en la expedición del referido acto; y (iii) que el acto expedido con la participación del magistrado, en los términos de la demanda presentada, sea el que se enjuicie.

2.2. Del caso concreto

Los argumentos del impedimento presentados por los Magistrados de la Sala Plena de Decisión del Tribunal Contencioso Administrativo de Risaralda, se ajustan a los presupuestos de la norma, por lo que se procederá a declararlo fundado, con fundamento en:

- 1. El acto proferido por los Magistrados que manifiestan su impedimento es susceptible de ser controlado judicialmente a través del medio de control previsto en el artículo 139 del C.P.A.C.A. por tratarse de un acto de nombramiento, y*
- 2. Uno de los actos enjuiciados, correspondiente a “la resolución 075 del 11 de agosto de 2016, proferida por el Tribunal Contencioso Administrativo de Risaralda, por medio de la cual fue nombrado el señor Yohan Edward Perdomo Herrera (...) para ocupar en propiedad el cargo de técnico en sistemas grado 11, del Tribunal Contencioso Administrativo de Risaralda”, es el mismo expedido por los integrantes de la Sala Plena de Decisión del Tribunal Contencioso Administrativo de Risaralda que manifestaron el impedimento objeto de estudio, mediante el cual se nombró en propiedad para desempeñar el cargo de técnico en sistemas grado 11 de dicha Corporación, al señor Yohan Edward Perdomo Herrera.*

Así, se declarará fundado el impedimento. Ahora bien, de conformidad con lo previsto en el numeral 5º del artículo 131 del C.P.A.C.A., cuando el impedimento se declara fundado como en el presente caso, se devolverá el expediente al tribunal de origen para el respectivo sorteo de conjueces.”

Decisión: “DECLARAR fundado el impedimento manifestado por los Magistrados de la Sala Plena de Decisión del Tribunal Contencioso Administrativo de Risaralda, por lo que se les acepta y se les separa del conocimiento del presente asunto.

ORDENAR que mediante la Secretaría del Tribunal Contencioso Administrativo de Risaralda se proceda al sorteo de cuatro conjuces para conocer del asunto, uno por cada magistrado al que se le aceptó el impedimento.

DEVOLVER el expediente al Tribunal de origen.

ADVERTIR que contra esta providencia no procede recurso alguno por disposición del numeral 7º del artículo 131 del C.P.A.C.A.”

LUCY JEANNETTE BERMÚDEZ BERMÚDEZ
Presidenta

ROCÍO ARAÚJO OÑATE
Consejera de Estado
CARLOS ENRIQUE MORENO RUBIO
Consejero de Estado
ALBERTO YEPES BARREIRO
Consejero de Estado

* * *

CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCIÓN QUINTA

Consejero ponente: ALBERTO YEPES BARREIRO

Bogotá, D.C; catorce (14) de octubre de dos mil dieciséis (2016)

Radicación número: 730001-23-33-000-2015-00806-01

Actor: CARLOS ENRIQUE RAMÍREZ PEÑA

Demandado: JOSÉ CRISPÍN GUERRA CÓRDOBA – DIPUTADO DEL DEPARTAMENTO DEL TOLIMA

Asunto: Auto que negó la solicitud de aclaración de la sentencia del 29 de septiembre de 2016 que declaró la nulidad de la elección de un Diputado del Tolima por doble militancia, presentada por el demandado debido a que la solicitud no cumplía con lo exigido por el artículo 285 del C.G.P.

Extracto: “*Si bien la solicitud de aclaración fue presentada en tiempo, lo cierto es que el escrito de aclaración formulado por el apoderado del demandado no cumple con los requisitos exigidos por la ley para que la Sala pueda acceder a las peticiones aclaratorias.*

En efecto, tal y como quedó expuesto en los antecedentes de esta providencia el demandado no puso de presente cuales son aquellas frases contenidas en la parte resolutive o en la motiva que fueran conexas con ella, que, a su juicio, ofrecen duda y, que por consiguiente, ameriten ser aclaradas o precisadas por la Sección.

*Por el contrario, el señor Guerra Córdoba en su escrito de aclaración no solo se limitó a cuestionar la valoración probatoria realizada en la referida sentencia sino que su argumentación va dirigida a que la Sección tome una decisión favorable a sus intereses, sin que por supuesto la figura de la aclaración de la sentencia pueda utilizarse para realizar ese tipo de argumentaciones ya que, aquella **no** es una oportunidad para que las partes reclamen una evaluación distinta del caso, pues según el artículo 285 del C.G.P “la sentencia no es revocable ni reformable por el juez que la pronunció”.*

A esto se suma, que el fallo objeto de aclaración es claro y no genera motivo de duda respecto de conceptos o frases que estén contenidos en la parte resolutive de la sentencia, pues aquel se limitó a declarar la nulidad del acto acusado y a exponer los efectos que según la ley se derivan de tal declaratoria, sin que esto ofrezca alguna duda que imponga ser aclarada.¹

Decisión: “NEGAR la solicitud de aclaración del fallo de 29 de septiembre de 2016 presentada por el apoderado del demandado.

ADVERTIR a los sujetos procesales que contra lo aquí decidido no cabe recurso alguno en los términos del artículo 290 de la Ley 1437 de 2011.”

LUCY JEANNETTE BERMÚDEZ BERMÚDEZ
Presidenta

ROCÍO ARAÚJO OÑATE
Consejera de Estado
CARLOS ENRIQUE MORENO RUBIO
Consejero de Estado
ALBERTO YEPES BARREIRO
Consejero de Estado

* * *

CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCIÓN QUINTA

Consejero ponente: ALBERTO YEPES BARREIRO

Bogotá, veintisiete (27) de octubre de dos mil dieciséis (2016).

Radicación número: 05001-23-33-000-2015-02589-01

Actor: ALBERTO DE JESÚS ALZATE CORREA

Demandado: CÉSAR AUGUSTO SUÁREZ MIRA - ALCALDE DEL MUNICIPIO DE BELLO, PERÍODO 2016-2019

Asunto: Auto que revoca la decisión de no declarar probada la excepción de cosa juzgada y, consecuentemente, ordena la terminación del proceso. Se solicita la nulidad de la elección del demandado como alcalde de Bello porque éste fue elegido por el Partido Conservador, en coalición o con apoyo del Partido de la U, el Partido Cambio Radical, el Partido Liberal Colombiano, el Partido Opción Ciudadana y otros partidos o movimientos políticos como Bello Unido, MAIZ, AICO, sin que en el seno del Partido Conservador se hubiera realizado una consulta interna para que se autorizaran esos apoyos o adhesiones. Según el Actor esta situación entrañó una violación de las causales 3ª, 4ª y 8ª del artículo 275 C.P.A.C.A., así como de distintas disposiciones de la Ley 1475 de 2011.

Extracto: “La doctrina reconoce que “las sentencias (...) luego de ciertos trámites, pasan a ser imperativas, son susceptibles de cumplirse coercitivamente y se hacen inmutables, por cuanto no pueden ser variadas, es decir, hacen tránsito a cosa juzgada”².

Desde el punto de vista teórico, la cosa juzgada tiene una función positiva y otra negativa, la primera, referida a su propósito de dotar de seguridad a las relaciones jurídicas y al ordenamiento jurídico en

1 En el mismo sentido Consejo de Estado, Sección Quinta, auto de Sala del 22 de octubre de 2015, radicación Nª 11001-03-28-000-2014-00132-00 CP. Alberto Yepes Barreiro.

2 López Blanco, Hernán Fabio. Dupre Editores. Bogotá D.C. – Colombia 2005. Pág. 633 y siguientes.

general y, la segunda, en razón a que prohíbe a la autoridad judicial conocer, tramitar y fallar sobre lo ya resuelto.³

En este contexto, el artículo 189 del C.P.A.C.A. se ocupa de regular expresamente la institución de la cosa juzgada, entre otros, en el marco de los medios de control de nulidad, dentro de los que naturalmente se encuentra el de nulidad electoral, así:

“ARTÍCULO 189. EFECTOS DE LA SENTENCIA. La sentencia que declare la nulidad de un acto administrativo en un proceso tendrá fuerza de cosa juzgada erga omnes. La que niegue la nulidad pedida producirá cosa juzgada erga omnes pero solo en relación con la causa petendi juzgada”.

En efecto, la disposición en cita, en lo que atañe a los efectos de las providencias que se pronuncien sobre la pretensión de nulidad de un acto -electoral o administrativo-, diferencia los efectos de cosa juzgada del fallo dependiendo de si se accede o no a las pretensiones anulatorias de la demanda.

Lo anterior implica que unos serán los efectos de la sentencia que declare la nulidad de un acto, y otros los de la que la niegue. En efecto, la sentencia que declara una nulidad tiene efectos de cosa juzgada erga omnes⁴, de forma tal que el acto anulado se sustrae del ordenamiento jurídico, no solo para las partes, sino para todo conglomerado y, en consecuencia, no es viable que el juez se pronuncie de nuevo sobre su legalidad.

Por el contrario, si la sentencia no accede a las pretensiones anulatorias, **también existe cosa juzgada erga omnes, pero únicamente en relación con la causa petendi.**

Lo anterior significa que el acto -administrativo o electoral-, previamente revisado por el juez, puede ser nuevamente demandado sí, y solo sí, la causa petendi de la nueva demanda es diferente a la inicialmente analizada.

De lo hasta acá expuesto se puede colegir, como en efecto lo advierte la doctrina, que la figura de la cosa juzgada tiene como propósito, de un lado, dotar de inmutabilidad a las sentencias; y de otro, evitar que sobre una misma controversia se pronuncie la autoridad judicial en oportunidades distintas.

2.3. Los elementos de la cosa juzgada

Es de anotar que la cosa juzgada no opera de forma automática ni con el simple hecho de manifestar que en determinado caso aquella acaeció, sino que se impone al juez cerciorarse de que, en efecto, se configuran todos los elementos que dan lugar a esta figura.

Para que obre la cosa juzgada, según el artículo 303 del Código General del Proceso, se requiere:

- i. *Que se adelante un nuevo proceso con posterioridad a la ejecutoria de la sentencia dictada.*⁵
- ii. *Que ese nuevo proceso sea entre unas mismas partes, es decir, que exista identidad de partes.*

Es oportuno aclarar que, en tratándose de procesos de simple nulidad o de nulidad electoral, como el que hoy nos ocupa, sólo es relevante a efectos de analizar si hay, o no, identidad de partes, el extremo pasivo de la ecuación.

³ Corte Constitucional Sentencia C-774 de 2001.

⁴ Dicha expresión significa “respecto de todos” o “frente a todos”.

⁵ Aunque no está expresamente contenido en el texto del artículo 303 del C.G.P el tratadista Hernán Fabio López Blanco lo cita como tal.

- iii. *Que el nuevo proceso verse sobre un mismo objeto, entendiéndose como tal a las declaraciones que se reclaman de la justicia.⁶ En este sentido el profesor Devis Echandía sostiene que “el objeto del proceso lo constituye el derecho reconocido, declarado o modificado por la sentencia, en relación con una cosa o varias cosas determinadas o la relación jurídica declarada según el caso”.⁷*

Es de anotar que por objeto no solo se entienden las pretensiones, sino que también se hace necesario analizar los hechos, para confrontarlos con los del nuevo proceso, a fin de precisar si existe o no identidad.⁸

- iv. *Que el nuevo proceso se adelante por la misma causa (causa petendi) que originó el anterior, entendiendo causa como las razones o motivos por los cuales el ciudadano se ve compelido a solicitar que se declare la nulidad del acto -administrativo o electoral-.*
- v. *Finalmente, es preciso enfatizar que para que opere la cosa juzgada en relación con la causa petendi, cuando quiera que una primera sentencia haya negado las pretensiones anulatorias de la demanda original, además de exigirse que el acto demandado sea el mismo, debe ocurrir que en la nueva demanda se esgriman idénticas censuras a las ya estudiadas por la autoridad judicial en la sentencia ejecutoriada. Pero, si la primera sentencia ha accedido a las pretensiones de nulidad de la demanda original, la esfera negativa de la cosa juzgada impide al operador jurídico pronunciarse, de nuevo, sobre la legalidad de un acto ya anulado toda vez que aquel se ha sustraído del ordenamiento jurídico.*

(...)

Dado que la Sala encuentra demostrados los elementos de la cosa juzgada entre lo resuelto en el proceso de nulidad electoral radicado bajo el número 2015-02579 y el presente proceso, revocará la decisión recurrida para en su lugar declarar probada la excepción de cosa juzgada y ordenar la terminación del proceso.”

Decisión: “REVOCAR el auto dictado por el Magistrado Ponente del Tribunal Administrativo de Antioquia, Sala Primera de Oralidad, en la audiencia inicial realizada el 13 de septiembre de 2016, mediante el cual declaró no probada la excepción de cosa juzgada formulada por el apoderado del demandado, para en su lugar DECLARARLA PROBADA y, consecuentemente, ORDENAR la terminación del proceso.

ADVERTIR a los sujetos procesales que contra lo resuelto no procede ningún recurso.

DEVOLVER al Tribunal de origen para lo de su cargo.”

LUCY JEANNETTE BERMÚDEZ BERMÚDEZ
Presidenta

ROCÍO ARAÚJO OÑATE
Consejera de Estado
CARLOS ENRIQUE MORENO RUBIO
Consejero de Estado
ALBERTO YEPES BARREIRO
Consejero de Estado

6 López Blanco, Ob. Cit. 2012. Pág. 667

7 Devis Echandía citado en López Blanco, Ob. Cit. 2012. Pág. 667

8 López Blanco, Ob. Cit. 2012. Pág. 668

CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCIÓN QUINTA

Consejero ponente: ALBERTO YEPES BARREIRO

Bogotá D, C, veintisiete (27) de octubre de dos mil dieciséis (2016)

Radicación número: 11001-03-28-000-2015-00041-00

Actor: MÓNICA NARANJO RIVERA

Demandado: REPRESENTANTES DE LAS ENTIDADES SIN ÁNIMO DE LUCRO ANTE EL CONSEJO DIRECTIVO LA CORPORACIÓN AUTÓNOMA REGIONAL DEL TOLIMA

Asunto: Auto que niega las solicitudes de adición, corrección y aclaración de la sentencia. Se solicitó la nulidad de la elección de los demandados como representantes de las entidades sin ánimo de lucro ante el consejo directivo de CORTOLIMA, porque en dicha elección participaron 32 entidades que no cumplieron los requisitos señalados en la resolución 606 de 2006 expedida por el entonces Ministerio de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial.

Extracto: “(...) La Sala anticipa que negará la solicitud de corrección, adición y aclaración del fallo de 6 de octubre de 2016 por las siguientes razones:

2.3.1. El apoderado de la Actor no explicó en su solicitud cuáles conceptos o frases de la parte resolutive de la sentencia, o de las consideraciones que pudieran influir directamente en ésta, pudieran ofrecer dudas respecto de su entendimiento. Simplemente, dicha parte se limitó a exponer las razones por las cuales está en desacuerdo con la decisión adoptada en el fallo. Por tal razón, la Sala considera que en la parte resolutive de la sentencia de 6 de octubre de 2016 no existen conceptos o frases que puedan ofrecen duda sobre los alcances de sus efectos que requieran ser aclaradas.

2.3.2. El apoderado de la Actor solicitó que se adicione la sentencia con el fin de que se estudien la totalidad de los votos espurios proferidos por las entidades sin ánimo de lucro cuestionadas en el escrito de subsanación de la demanda, sin que sea admisible que el análisis se haya limitado a los votos proferidos por 11 de éstas.

Como se advirtió en la sentencia objeto de la solicitud de adición, si el acto censurado es atacado por su expedición irregular, el Actor tiene la carga de demostrar la incidencia de los vicios alegados en el resultado de la elección.

En el presente caso, en el escrito de subsanación de la demanda se señaló que las siguientes entidades sin ánimo de lucro que participaron en la elección de sus representantes ante el Consejo Directivo de CORTOLIMA no cumplieron con los requisitos previstos en la Resolución 606 de 2006: la Asociación de productoras de agricultura urbana de la comuna 7 “Semillas de Paz”; la Asociación Usuarios del Acueducto Rural del Caserío Las Delicias; la Corporación para la Protección de Bosques y Sistemas Ambientales; la Corporación Destino Colombia; la Asociación de Productores de Agricultura Urbana de la Comuna 6 “APACUC 6”; la Asociación Creamos; La Fundación Promoviendo; la Asociación de Productores de Café Especial Ambeima; la Corporación para el Desarrollo de las Empresas Tolimenses “CORFUTURO”; la Asociación Agropecuaria y Ambientalista Profuturo del Corregimiento de la Marina ASOAMBEIMA; La Corporación Agroambiental Núcleo Santafe Rioblanco Tolima “CORPOSANTAFE”; la Asociación Las Hermosas con Desarrollo al Futuro “ASOHERMOSAS”; la Asociación de Productores de Especies Menores del Sur del Tolima “APROEMSUR”; la Asociación del Grupo Ecológico SUPERVIVIR; la Asociación de Apicultores del Sur del Tolima “APISURT”; la Asociación de Productores Campesinos Agropecuarios Agroecológicos del Sur del Tolima “ASOPROSUR”; la Asociación Ambiental de Productores Agropecuarios y Forestales del municipio de Chaparral “ASOBUENOS AIRES”; la Asociación Agropecuaria Protectora de Agua y Suelos de Chaparral “ASOPROCAS”; la Asociación de Productores de Fruta – Chaparral Hermosas “APROFRUCH”; la Corporación Matora; La Corporación para el Desarrollo Integral y Comunitario de la Comuna 6 de Ibagué; la Corporación Social Sergio Góngora “CORSEGON”; la Fundación Acción de Protección del Ambiente Silvestre “APAS”; la Asociación para el Desarrollo Agroem-

presarial y Ambiental – “ADEAGRO La Montaña”; la Fundación Colombiana de Ecología y del Medio Ambiente; la Fundación Orquídeas del Tolima; La Asociación Patrimonio Ambiental de Mariquita; la Corporación San Carlos; El Instituto de Desarrollo Capital y Social “IDES”; la Fundación Amigos de Ambalaema Viva “AMBAVIVA”; la Corporación Nuevo Horizonte; y la Corporación Tejido Humano.

Abora bien, en la sentencia se concluyó que la parte actora no demostró que las siguientes entidades que participaron en la elección demandada incumplieron los requisitos previstos en dicha resolución: la Asociación “Semillas de Paz”; la Asociación Usuarios del Acueducto Rural del Caserío Las Delicias; la Corporación para la Protección de Bosques y Sistemas Ambientales; la Corporación Destino Colombia; Asociación de Productores de Agricultura Urbana de la Comuna 6 “APACUC 6”; la Asociación Creamos; la Fundación Promoviendo; la Asociación de Productores de Café Especial Ambeima; la Corporación para el Desarrollo de las Empresas Tolimenses – CORFUTURO; la Asociación Agropecuaria y Ambientalista Profuturo del Corregimiento de la Marina Asoambeima; y la Corporación Tejido Humano.

Por lo tanto, la Sala prescindió de hacer el estudio de los votos proferidos por las demás entidades cuestionadas en el libelo introductorio, dado que aún en el hipotético caso que se demostrara que éstas no podían participar en la elección, es decir que sus votos fueran espurios, el resultado de la elección enjuiciada no variaría, (...)

Por lo expuesto no se hace necesario adicionar la sentencia para abordar si dichas entidades podían o no participar en la elección demandada, dado que ese análisis sería irrelevante para determinar la posible incidencia de tal irregularidad en la expedición del acto, como efectivamente se explicó en la providencia de 6 de octubre de 2016.

2.3.3. El apoderado de la Actor no censuró la existencia de errores aritméticos que hagan necesaria la corrección de la sentencia.

2.3.4. En todo caso, la Sala observa que a través de la solicitud de corrección, adición y aclaración objeto de estudio el apoderado de la Actor realmente pretende controvertir la interpretación realizada en la sentencia respecto de los requisitos previstos en los numerales 2º y 3º del artículo 2 de la Resolución de 606 de 2006 y obtener la revocatoria de la decisión de negar las pretensiones de la demanda, lo que resulta a toda luz improcedente.”

Decisión: “NEGAR la solicitud de adición, corrección y aclaración presentada por el apoderado de la Actor, en relación con el fallo de 6 de octubre de 2016, por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

ADVERTIR a los sujetos procesales que, por virtud de lo dispuesto en el artículo 290 del C.P.A.C.A., contra la decisión de las solicitudes de aclaración no procede recurso alguno”

LUCY JEANNETTE BERMÚDEZ BERMÚDEZ
Presidenta

ROCÍO ARAÚJO OÑATE
Consejera de Estado
CARLOS ENRIQUE MORENO RUBIO
Consejero de Estado
ALBERTO YEPES BARREIRO
Consejero de Estado

CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCIÓN QUINTA

Consejero ponente: ALBERTO YEPES BARREIRO

Bogotá, D.C., tres (3) de noviembre de dos mil dieciséis (2016)

Radicación número: 11001-03-28-000-2015-00044-00

Actor: JOSÉ FREDY ARIAS Y OTROS

Demandado: JUAN MANUEL ÁLVAREZ VILLEGAS (DIRECTOR GENERAL DE LA CORPORACIÓN AUTÓNOMA REGIONAL DE RISARALDA, PERÍODO 2016-2019)

Asunto: *Providencia que aclara la sentencia.*

Extracto: *“La Sala negará la solicitud de aclaración de la sentencia presentada por el demandado, dado que a través de ésta no se pretende esclarecer conceptos o frases de la parte resolutive de la sentencia, o de las consideraciones que pudieran influir directamente en ésta, que pudieran ofrecer dudas respecto de su entendimiento.*

En cambio, el demandado se limitó a exponer las razones por las cuales está en desacuerdo con la decisión adoptada en el fallo, dado que en su sentir, contrariamente a lo expuesto por la Sala en la sentencia, la prohibición contenida en el primer inciso del artículo 28 de la Ley 99 de 1993, modificado por el artículo 1º de la Ley 1263 de 2008; y del primer inciso del artículo 52 de los Estatutos de CARDER, no aplica respecto de elecciones realizadas para suplir faltas absolutas del director general ni respecto elecciones previas al 1º de enero de 2012.

2.3.2. La Sala tampoco accederá a la solicitud de adición de la sentencia presentada por el demandado, dado que a través de ésta no se está controvertiendo una omisión de la Sala al resolver sobre cualquiera de los extremos de la litis o sobre cualquier otro punto que de conformidad con la ley debía ser objeto de pronunciamiento, sino lo que realmente pretende es controvertir la interpretación realizada sobre las normas invocadas como infringidas y, de esa manera, obtener la revocatoria de una decisión adversa a sus intereses.

2.3.3. La Sala accederá parcialmente a la solicitud de aclaración de la sentencia realizada por el apoderado del Consejo Directivo de CARDER en correos electrónicos remitidos 19 y 20 de octubre de 2016,¹ dado que las consideraciones de la providencia no fueron precisas en determinar los efectos de la nulidad declarada en atención a que los efectos del acto electoral acusado habían sido suspendidos provisionalmente por la Sección como consecuencia de la declaratoria de la medida cautelar.

Por lo tanto, la Sala aclara que los efectos anulatorios de la sentencia de 13 de octubre de 2016 serán hacia el futuro o ex nunc. Sin embargo, en atención a que durante el proceso, mediante autos de 03 de marzo de 2016 se decretó la suspensión provisional de los efectos del acto acusado, decisión que fue confirmada a través de autos de 30 de junio de 2016; y a que la suspensión provisional de los efectos del acto demandado es una medida cautelar de inmediato cumplimiento y que los recursos que se interpongan contra ésta, incluyendo el de reposición, se conceden en el efecto devolutivo, se aclara que para todos los efectos legales, se tiene que el demandado ostentó la calidad de director general de CARDER, desde su posesión en tal dignidad, y la mantuvo hasta la fecha que fue ejecutada la medida cautelar decretada por la Sala.

Sin embargo, la Sala se abstendrá de realizar pronunciamiento alguno sobre el pago de emolumentos o erogaciones debidas al demandado, dado que esta materia desborda la naturaleza del medio de control de nulidad electoral.

1 Ver folios 640 a 641 y 660 a 661 del cuaderno 3 del Radicación 2015-00044.

2.3.4. La Sala negará la solicitud de adición y corrección de la sentencia realizada por el apoderado del Consejo Directivo de CARDER mediante correos electrónicos remitidos el 20 de octubre de 2016.²

En primer lugar, se resalta que en su escrito no censuró la existencia de errores aritméticos que hagan necesaria la corrección de la sentencia.

En segundo lugar, se advierte que el apoderado del Consejo Directivo de CARDER no está reprochando una omisión de la Sala al resolver sobre cualquiera de los extremos de la litis o sobre cualquier otro punto que de conformidad con la ley debía ser objeto de pronunciamiento, sino que realmente están cuestionando la decisión adoptada en el fallo consistente en preservar la actuación administrativa previa a la expedición del acto anulado, por considerarla improcedente.

En tercer lugar, la Sala advierte que escapa de la naturaleza del medio de nulidad electoral la realización de cualquier pronunciamiento respecto de los miembros del Consejo Directivo que se encuentran habilitados para participar en la elección del Director General de CARDER. Si bien la Sección ha aceptado que con ocasión de la decisión anulatoria pueda decidirse por vía de modulación de los efectos de la sentencia si hay lugar o no a la preservación de la actuación administrativa o electoral, no le es dable pronunciarse respecto de las especificidades de cómo se deba adelantar dicha elección o de quienes deban participar en ésta.

Por lo tanto, al no verificarse omisión alguna en la sentencia y al evidenciarse que lo realmente pretendido por el apoderado del Consejo Directivo de CARDER es el cuestionamiento de una de sus partes, se negará la solicitud de adición y corrección realizada por ese sujeto procesal.

2.3.5. La Sala también negará la solicitud de aclaración y adición de la sentencia realizada por el Actor Bello Carvajal,³ por ser infundada.

Según este Actor en la sentencia de 13 de octubre de 2016 se incurrió en una contradicción porque: (i) de un lado, se declaró la nulidad del acto acusado con efectos ex nunc o hacia futuro; y, (ii) de otro lado, se indicó que la declaratoria de dicha nulidad implicará la realización de una nueva citación para llevar a cabo la sesión en la que el Consejo Directivo de CARDER elija al director general de este ente autónomo, de la lista de candidatos admitidos con exclusión del señor Juan Manuel Álvarez Villegas.

Sin embargo, la Sala advierte que no existe incoherencia alguna en lo dispuesto en la sentencia en cuestión, ya que se deben distinguir los efectos de la nulidad del acto acusado respecto de los efectos de la declaratoria de nulidad respecto de la actuación administrativa que origina el acto acusado.

En efecto, en atención al principio de la preservación de la actuación administrativa o electoral, en ejercicio del control de legalidad el juez debe propender por mantener las actuaciones previas a la expedición del acto administrativo o del acto electoral, a menos que éstas se vean afectadas por el vicio por el cual se declara la nulidad del acto.

Por lo tanto, la decisión contenida en la sentencia tendiente a que se cite una sesión del Consejo Directivo de CARDER para elegir a su nuevo Director General a partir de la lista de candidatos admitidos con exclusión del señor Juan Manuel Álvarez Villegas, está dirigida a precisar cuáles son los efectos de la decisión judicial frente a la actuación previa a la expedición del acto electoral anulado.

Por otro lado, como se explicó en la sentencia de unificación de 07 de junio de 2016,⁴ los efectos de la nulidad del acto administrativo o del acto electoral declarada por el juez pueden ser ex tunc

² Ver folios 652 a 654 y 656 a 658 del cuaderno 3 del Radicación 2015-00044.

³ Ver folios 645 a 650 del cuaderno 3 del Radicación 2015-00044.

⁴ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta del Consejo de Estado. Radicación 11001-03-28-000-2015-00051-00. Sentencia de 07 de junio de 2016. Demandada: Oneida Rayeth Pinto Pérez.

o ex nunc, cuestión tendiente a determinar cuáles son los efectos jurídicos que pudo tener el acto anulado desde el momento de su expedición y posterior oponibilidad hasta el momento de su anulación judicial, la cual no guarda relación alguna con la preservación de la actuación previa a la expedición del acto.

Como se observa, no existe ninguna contradicción en las consideraciones de la sentencia relacionadas con los efectos de la nulidad del acto electoral acusado, pues en la sentencia la Sala se pronunció: (i) por un lado, sobre los efectos de la nulidad respecto de la actuación electoral previa a su expedición; y, (ii) por otro lado, sobre los efectos de la nulidad desde el momento de su expedición y posterior oponibilidad hasta el momento de su anulación judicial.

Adicionalmente, se negará la solicitud de aclaración de la sentencia presentada por el Actor Bello Carvajal debido a la supuesta falta de motivación de la sentencia en lo concerniente a la decisión de preservar la actuación previa a la expedición del acto electoral anulado, dado que en las consideraciones de sentencia se explicó que dicha modulación se realizó con fundamento en la sentencia de unificación de 26 de mayo de 2016, según la cual corresponde a la Sala fijar los efectos de la nulidad que se declarará en esta providencia.”

Decisión: “NEGAR las solicitudes de aclaración, adición y corrección presentadas por el Actor John Jairo Bello Carvajal, el demandado y el apoderado del Consejo Directivo de CARDER, en relación con el fallo de 13 de octubre de 2016, por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

De conformidad con la solicitud de aclaración presentada por el apoderado del Consejo Directivo de CARDER, ACLARAR el fallo de 13 de octubre de 2016 en los términos indicados en la parte motiva de esta decisión.

ADVERTIR a los sujetos procesales que, por virtud de lo dispuesto en el artículo 290 del C.P.A.C.A., contra la decisión de las solicitudes de aclaración no procede recurso alguno:”

LUCY JEANNETTE BERMÚDEZ BERMÚDEZ
Presidenta

ROCÍO ARAÚJO OÑATE
Consejera de Estado
CARLOS ENRIQUE MORENO RUBIO
Consejero de Estado
ALBERTO YEPES BARREIRO
Consejero de Estado

* * *

CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCIÓN QUINTA

Consejero ponente: ALBERTO YEPES BARREIRO

Bogotá D, C, diez (10) de noviembre de dos mil dieciséis (2016)

Radicación número: 08001-23-33-000-2015-00863-01

Actor: CARLOS ARTURO HERNÁNDEZ CARILLO Y OTRO

Demandado: CONCEJALES DE BARRANQUILLA (ATLÁNTICO) PERÍODO 2016 -2019

Asunto: Auto que confirma la decisión de declarar no probada la excepción de inepta demanda por falta de agotamiento del requisito de procedibilidad en materia electoral. Se solicita la nulidad de la elección de los demandados como concejales de Barranquilla por la causal de falsedad de documentos electorales.

Extracto: “(...) Revisado el trámite acaecido en el procedimiento electoral administrativo a que se ha hecho referencia, se puede concluir sin duda alguna que en este caso, contrario a lo manifestado por la recurrente, está acreditada la observancia del requisito de procedibilidad para el ejercicio de la acción electoral.

En efecto, se demuestra de la prueba aportada al proceso que están presentes las características que jurisprudencialmente se fijaron para dar por acreditado dicho requisito, **así:**

- **Legitimación:** se predica de cualquier ciudadano. En este caso, las solicitudes fueron presentadas por el señor Ramón Ignacio Carbó Lacouture, quien además tiene la condición de actor en el ejercicio de este medio de control. Ello demuestra que este caso esta legitimación se cumple.
- **Oportunidad:** la solicitud denominada “saneamiento de nulidades” y aquella presentada bajo la consideración de “reclamación electoral” en la que se reiteran idénticas irregularidades predicables de diferencia entre los formularios E-14 y E-24 se presentaron con **anterioridad a la declaratoria de la elección.**
- **Objeto:** Del contenido de las peticiones se advierte que el planteamiento de las mismas obedece a la necesidad de corrección de los resultados registrados en los formularios E-14 y E-24, respecto de los cuales el actor predica las diferencias y, ello con el fin, de que los resultados electorales se ajusten a la verdad electoral.

Ahora bien, los cargos de diferencias se examinaron y confrontaron por esta Sala, advirtiendo que el requisito de procedibilidad se cumple porque: i) están contenidos en los escritos presentados por el actor, denominados saneamiento de nulidades y reclamación electoral, que en realidad encierran el planteamiento de diferencias E-14 y E-24 tal y como las formuló en la demanda ii) fueron radicados ante las autoridades electorales con el propósito de agotar el requisito de procedibilidad, iii) se presentaron antes de la declaratoria de la elección y iv) existe plena coincidencia entre las irregularidades planteadas en sede electoral y las que se alegan en instancia judicial.

Bajo estas premisas y la determinación precisa y coincidente de lo planteado a título de irregularidades en sede administrativa electoral y a través de este medio de control, la Sala evidencia que se cumplió el referido requisito.

- **Consecuencia jurídica:** tal y como lo enseña el contenido de los actos que se produjeron en virtud de las mencionadas solicitudes, está visto que pese a que en ellas no se realizó un análisis o estudio de los presuntos cargos de irregularidad, porque se consideró extemporáneo su ejercicio, lo allí resuelto de ninguna manera impiden el acceso al medio de control judicial, en tanto que lo que permite su ejercicio, es la verificación de estas características y el que haya identidad de las censuras allí planteadas y aquellas que en vía judicial se proponen.

De esta manera, analizados estos parámetros se concluye que en este medio de control electoral, el actor dio cumplimiento al agotamiento del requisito de procedibilidad; además, las pruebas aportadas al proceso dan cuenta de tal circunstancia, lo que amerita, como se anunció, que se confirme la decisión apelada y se ordene al magistrado ponente que dé continuación a la audiencia inicial, suspendida con el fin de resolver este recurso.

(...)

La decisión de primera instancia que declaró infundada la excepción de inepta demanda debe ser confirmada, toda vez que no se probó la configuración de la misma, en relación con la ausencia de agotamiento del requisito de procedibilidad.”

Decisión: “CONFIRMAR la decisión, adoptada por el Tribunal Administrativo del Atlántico el 26 de septiembre de 2016, al haber declarado no probada la excepción de inepta demanda planteada por la apoderada del demandado, señor José Antonio Cadena Bonfanti.

EXHORTAR a la Secretaría del Tribunal Administrativo del Atlántico para que en delante de informe inmediato de la existencia de otros procesos electorales, tal y como lo ordena el artículo 282 del CPACA.

DEVOLVER al Tribunal de origen para lo de su cargo.”

LUCY JEANNETTE BERMÚDEZ BERMÚDEZ
Presidenta

ROCÍO ARAÚJO OÑATE
Consejera de Estado
CARLOS ENRIQUE MORENO RUBIO
Consejero de Estado
ALBERTO YEPES BARREIRO
Consejero de Estado

* * *

CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCIÓN QUINTA

Consejero ponente: ALBERTO YEPES BARREIRO

Bogotá, diez (10) de noviembre de dos mil dieciséis (2016)

Radicación número: 730001-23-33-000-2015-00806-01

Actor: CARLOS ENRIQUE RAMÍREZ PEÑA

Demandado: JOSÉ CRISPÍN GUERRA CÓRDOBA – DIPUTADO DEL DEPARTAMENTO DEL TOLIMA

Asunto: Auto que negó la solicitud de nulidad de la sentencia por indebida notificación del auto admisorio al demandado, formulada por los representantes legales del Partido Alianza Verde.

Extracto: “La Sala anticipa que la solicitud de nulidad será negada por dos razones: primero porque, como se explicará, el Partido Alianza Verde no funge como demandado dentro del procesos electoral de la referencia y segundo porque, al fundarse la demanda presentada contra el señor Guerra Córdoba en una causal subjetiva de nulidad, aquella no tenía que notificarse por aviso a la colectividad política.

El Partido Alianza verde no funge como demandado

Según el tenor de la causal de nulidad alegada esta se materializa si se presenta una “indebida notificación del auto admisorio de la demanda al demandado o su representante”. De la simple lectura de la norma se puede concluir que dicha causal de nulidad de la sentencia no se configuró en el caso concreto porque, como se explicó, el demandado dentro de los procesos electorales es el elegido, en este caso, el señor José Crispín Guerra Córdoba.

En efecto, tratándose de procesos electorales fundados en causales subjetivas los partidos políticos no fungen como demandados, pues solo tiene esa calidad la persona que resultó electa y cuya designación se demanda, no la organización política que lo avaló. Esto es así porque cuando la demanda se funda en causales subjetivas, significa que aquella se fundamenta en vicios personalísimos.

En otras palabras, el partido Alianza Verde no era demandado en el proceso de la referencia, y por consiguiente, no se puede predicar que respecto a él hubo una indebida notificación del auto admisorio de la demanda, lo que de suyo deriva en que la causal de nulidad alegada no se materializó.

El auto admisorio de la demanda no tenía que ser notificado por aviso

A lo ya expuesto se suma que el auto admisorio de la demanda no tenía que ser notificado por aviso, pues la demanda presentada contra el señor Guerra Córdoba es de aquellas que, según la ley, debió notificarse de forma personal.

En efecto, como quedó precisado en los antecedentes de esta providencia el señor Carlos Enrique Ramírez Peña formuló demanda de nulidad electoral contra la elección del señor José Crispín Guerra Córdoba como Diputado de la Asamblea Departamental del Tolima por considerar que aquel había violado la prohibición de doble militancia, es decir, la causal de nulidad en la que fundamentó su escrito introductorio es la contenida en el numeral 8º del artículo 275 del CPACA.

Lo anterior significa que para determinar a quién debía notificársele la demanda en el caso concreto y la forma de hacerlo, se debía acudir a las reglas previstas en el literal a) del numeral 1º y en los numerales 2º, 3º, 4º y 5º del artículo 277 del CPACA, ya que aunque se estaba demandando la elección de un miembro de una corporación pública, la demanda se fundaba en la causal 8ª del artículo 275 ibídem.

Así las cosas, es claro que en el caso concreto ha debido notificarse la demanda de la siguiente manera:

- *Al elegido, esto es al señor José Crispín Guerra Córdoba, de forma personal “mediante entrega de copia de la providencia que haga el citador a quien deba ser notificado, previa identificación de este mediante documento idóneo, y suscripción del acta respectiva en la que se anotará la fecha en que se práctica la notificación, el nombre del notificado y la providencia a notificar.”*
- *Personalmente a la autoridad que adoptó y/o intervino en la adopción del acto acusado, es decir, a la Registraduría Nacional del Estado Civil mediante mensaje dirigido al buzón de notificaciones judiciales.*
- *Personalmente al Ministerio Público.*
- *Por estado al actor.*
- *A la agencia Nacional para la Defensa Jurídica del Estado según lo estipulado en el artículo 199 del CPACA.*

Además ha debido informarse la comunidad la existencia del proceso en la página web de lo contencioso administrativo, es decir, en el sitio electrónico de la rama judicial colombiana.

En el expediente se encuentra acreditado que dicho trámite se surtió a cabalidad, pues en el folio 62 consta que se notificó personalmente al señor Guerra Córdoba -el elegido- en diligencia en la que el notificador del Tribunal Administrativo del Tolima le entregó personalmente copia del auto admisorio de la demanda.

Igualmente, en el folio 54 y 58 se observa que la Secretaria del Tribunal envió mensaje de notificación de la demanda a la Registraduría Nacional del Estado Civil -autoridad que adoptó el acto- y que mediante correo electrónico también se notificó al Ministerio Público tal y como se encuentra a folio 53 y 57.

Por último, en el reverso del folio 49 consta que el auto admisorio de la demanda fue notificado por estado del 18 de enero de 2016 al señor Carlos Enrique Ramírez Peña en su calidad de actor. También

está plenamente acreditado que la existencia del proceso se informó a la comunidad, tal y como consta a folio 52 del expediente.

Como puede observarse, no existió una indebida notificación del auto admisorio de la demanda, pues aquel se notificó a las personas que la ley previó y en la forma en la que está lo contempló.

A esto se suma, que en el caso concreto no era necesario realizar una notificación por aviso, debido a que el trámite de notificación personal fue exitoso tal y como consta en el folio 62 en el que el demandado acredita con su firma que fue notificado personalmente del auto admisorio de la demanda.

Aceptar lo contrario tal y como lo propone el partido Alianza Verde sería tanto como modificar el alcance de la regla procesal especial electoral, al crear una nueva subregla de notificación de la demanda de esta naturaleza, pues se insiste, la notificación por aviso solo es imperiosa en el evento descrito en el literal d) del numeral 1º del artículo 277 del CPACA, siendo claro que la demanda presentada por el señor Ramírez Peña no encajaba dentro del evento descrito en esta disposición.

(...)

Todo lo anterior lleva a colegir que la causal de nulidad alegada no se encuentra materializada en el caso concreto porque:

- *El Partido Alianza Verde no funge como demandado en el proceso de la referencia, y por consiguiente, respecto de él no puede predicarse una “indebida notificación de la demanda”.*
- *El auto admisorio de la demanda se notificó a las personas que indica en el artículo 277º del CPACA y en la forma contemplada en dicha disposición, sin que pueda aseverarse que era necesario expedir un aviso para notificar exclusivamente al Partido Verde, ya que según la ley la notificación por aviso de la demanda electoral solo procede cuando “se demande la elección por voto popular a cargos de corporaciones públicas con fundamento en las*
- *causales 1, 2, 3, 4, 6 y 7 del artículo [275](#)”*

Decisión: “NEGAR la solicitud de nulidad presentada por los representantes legales del Partido Alianza Verde contra la sentencia del 29 de septiembre de 2016 proferida dentro del proceso de la referencia.

ADVERTIR a los sujetos procesales que contra la presente decisión no cabe recurso alguno, en los términos del artículo 294 del CPACA.”

LUCY JEANNETTE BERMÚDEZ BERMÚDEZ
Presidenta

ROCÍO ARAÚJO OÑATE
Consejera de Estado
CARLOS ENRIQUE MORENO RUBIO
Consejero de Estado
ALBERTO YEPES BARREIRO
Consejero de Estado

CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCIÓN QUINTA

Consejero ponente: ALBERTO YEPES BARREIRO

Bogotá, D.C; veinticuatro (24) de noviembre de dos mil dieciséis (2016)

Radicación número: 70001-23-33-000-2016-00046-01

Actor: EDISON BIOSCAR RUÍZ VALENCIA

Demandado: DANIEL FELIPE MERLANO PORRAS – CONCEJAL DE SINCELEJO (SUCRE)

Asunto: Auto que niega solicitud de adición y aclaración de sentencia.

Extracto: “*Decantado lo anterior es oportuno determinar si es posible tal y como lo solicita el Actor adicionar y aclarar la sentencia del 3 de noviembre de 2016.*”

Es de anotar que si bien la solicitud del Actor se presentó en tiempo, lo cierto es que el escrito formulado por el apoderado de la parte actora no cumple con los requisitos exigidos por la ley para que la Sala pueda acceder a las peticiones aclaratorias o de adición. Veamos:

3.1 Tal y como quedó expuesto en los antecedentes de esta providencia el Actor no puso de presente cuales son aquellas frases contenidas en la parte resolutive o en la motiva que fueran conexas con ella, que, a su juicio, ofrecen duda y, que por consiguiente, ameriten ser aclaradas o precisadas por la Sección. Por el contrario, el señor Ruiz Valencia en su escrito de aclaración se limitó a cuestionar la conclusión adoptada por la Sección y a exponer las razones por las cuales, a su juicio, se arribó a una decisión errada.

A esto se suma que los cuestionamientos formulados no constituyen aspectos oscuros de la sentencia, no solo porque aquellos están formulados como si la autoridad judicial fuera una especie de agente consultor lo que, claramente, no se compadece con las funciones judiciales asignadas a la Sección Quinta, sino porque, además, dichos interrogantes solo son una forma de preguntarle al juez porque no se acogió la tesis que el Actor defendió a la largo del proceso.

*Bajo este panorama, es claro que la **solicitud de aclaración** debe ser negada, comoquiera que esta figura no puede utilizarse, tal y como pretende el actor, para realizar argumentaciones que cuestionen la forma en la que se resolvió el asunto sometido a consideración del juez, habida cuenta que aquella no es una oportunidad para que las partes reclamen una evaluación distinta del caso, pues según el artículo 285 del C.G.P “la sentencia no es revocable ni reformable por el juez que la pronunció”.*

*3.2 Lo propio sucede con la **solicitud de adición**, pues si bien aquella fue propuesta por una de las partes dentro de la oportunidad legal correspondiente, lo cierto es que la sentencia del 3 de noviembre de 2016 no omitió pronunciarse sobre los extremos de la Litis o hacer mención respecto a algún tema que por disposición de la ley tuviera que ser objeto de pronunciamiento, únicos eventos en los que se permite la adición de la sentencia.*

Cosa distinta es que el Actor no comparta los razonamientos que llevaron a esta Sección a confirmar la sentencia de primera instancia que negó las pretensiones de la demanda, siendo evidente que la disconformidad del actor no impone a la Sala, bajo ninguna circunstancia, el deber de adicionar el fallo de 3 de noviembre de 2016.

Por lo anterior, la solicitud de adición también será negada.”

Decisión: NEGAR la solicitud de aclaración del fallo de 3 de noviembre de 2016 presentada por el apoderado del Actor.

NEGAR la solicitud de adición fallo de 3 de noviembre de 2016 presentada por el apoderado del Actor.

ADVERTIR a los sujetos procesales que contra lo aquí decidido no cabe recurso alguno en los términos del artículo 290 y 291 de la Ley 1437 de 2011.”

LUCY JEANNETTE BERMÚDEZ BERMÚDEZ
Presidenta

ROCÍO ARAÚJO OÑATE
Consejera de Estado
Salva Voto

CARLOS ENRIQUE MORENO RUBIO
Consejero de Estado
ALBERTO YEPES BARREIRO
Consejero de Estado

Salvamento de voto de la consejera de Rocío Araújo Oñate

Asunto: La Sala decidió confirmar la sentencia del 11 de agosto de 2016, a través de la cual el Tribunal Administrativo de Sucre negó la nulidad de la elección del demandado. Este fallo fue adoptado por la Sala luego de que, en un caso muy similar, negó por decisión mayoritaria la ponencia que en sentido contrario (declarando la nulidad de la elección) había presentado la suscrita a su consideración.

Extracto: “La ponencia que proponía la decisión anulatoria que me fue negada también guarda identidad fáctica, probatoria y jurídica con un proceso que fue decidido por la misma Sección Quinta el pasado 1º de septiembre de 2016¹, de manera que lo que allí presentó la suscrita no fue nada distinto a la aplicación de la misma consecuencia en derecho en reiteración obligada de ese directo precedente judicial.

El fallo adoptado ahora por la Sala plantea un cambio de posición acudiendo a un elemento procesal para venir a sostener ahora que el tema de la subdelegación no había sido planteado en la demanda, ni había sido incluido en la fijación del litigio y, por lo tanto, constituía un cargo nuevo, lo anterior para desechar sin más el estudio de fondo de dicho tema. Esa nueva situación procesal esgrimida mayoritariamente por la Sala constituye un cambio de posición porque en el reseñado fallo del 1º de septiembre de 2016, con unos mismos supuestos fácticos, probatorios y jurídicos la misma Sala había asumido la posición exactamente contraria y considerando que el tema de la subdelegación era materia del proceso, como pasará a explicarse con detalle en seguida.

Por tanto, la Sala sin cumplir -por cierto- la carga argumentativa para sustentar en concreto ese estructural cambio de posición, pretende encontrar soporte en una serie de afirmaciones y teorizaciones que no comparto porque en manera alguna justifican en derecho ese sorprendente e intempestivo cambio y, por lo tanto, constituyen incumplimiento del deber de respeto del acto propio, que por supuesto compromete también (y -diríase- con mayor razón) a los jueces, y considero que resulta vulneratorio en este caso de los principios de igualdad y de buena fe.

Se entendió claramente desde un principio que el demandante cuestionaba dos aspectos (cargos) a título de incumplimiento de los requisitos constitucionales y legales de elegibilidad del demandado, como causal de nulidad electoral: 1) la inscripción como candidato “sin el aval otorgado por el representante legal del partido o su delegado”, y 2) la falta de presentación del documento de delegación al momento de la inscripción.

1 Consejo de Estado, Sección Quinta, sentencia de 1-09-2016, C.P. Lucy Jeannette Bermúdez Bermúdez, Radicación 70001-23-33-000-2015-00516-01

No cabe duda entonces de que el tema de la legalidad del aval fue planteado en la demanda, fue incluido en la fijación del litigio y constituyó sustento de la sentencia de primera instancia. Entonces, en cuanto hace a la competencia para otorgar avals este tema necesariamente cobija la legalidad de la subdelegación de la facultad de otorgar avals, corresponde a un elemento que hace parte del cuestionamiento sobre la legalidad del aval y no se trata de ningún cargo nuevo sino de un argumento adicional para dar sustento a un cargo que hace parte del presente proceso desde el principio, por cuanto el demandante con toda claridad se refiere a la ilegalidad del aval por violación del artículo 108 de la Constitución Política y en la fijación del litigio se señala el posible incumplimiento de las normas constitucionales y legales relativas a la causal prevista en el artículo 275-5 de la Ley 1437 de 2011. Igualmente, ello fue parte de la decisión de primera instancia y del recurso de apelación presentado contra esta, como se acaba de describir con detalle.

Por supuesto, en virtud del principio de congruencia y para efectos de ofrecer plenas garantías de los derechos de contradicción y defensa, el juez al momento de decidir está atado a los cargos. No así a los argumentos de las partes, de manera tal que –como ocurre con toda frecuencia porque es de la esencia de la función judicial– la sentencia puede acoger los cargos con fundamento en argumentos estructuralmente distintos a los presentados por el demandante, así como puede desecharlos con sustento en argumentos completamente diferentes a los presentados por la parte demandada.

Una interpretación en contrario constituiría el cercenamiento radical del principio cardinal de la autonomía e independencia judicial en cuanto a su elemento medular de la autonomía interpretativa del ordenamiento jurídico, en los términos de lo dispuesto en los artículos 228 y 230 de la Constitución Política.

Ahora bien, la pregunta que corresponde entonces responder es: ¿El señor Mario Alberto Fernández Alcocer, quien habría otorgado el aval al demandado, estaba legitimado por el ordenamiento jurídico para otorgar dicho aval?

La pregunta es pertinente porque dentro del proceso hubo un intenso debate al respecto, sustentado en interpretaciones de normas y en pruebas aportadas, en particular el contenido de algunas resoluciones y certificaciones.

Además, es pertinente porque la respuesta determinaba si existió o no aval y, por lo tanto, si se cumplió o no este requisito constitucional de elegibilidad, **que es la causal de nulidad que era materia del presente proceso y el objeto del mismo**, según la clara y precisa fijación del litigio realizada en la audiencia inicial, como se dejó explicado con detalle atrás.

En efecto, esta Corporación en la sentencia citada, en la que resolvió un caso igual, dictó conforme a sus propios precedentes una jurisprudencia que aquí ha debido reiterarse en elemental cumplimiento del deber de respeto del acto propio que a esta Sala le atañe, como derivación fundamental del deber jurídico de ceñir sus actuaciones a los postulados de la buena fe, en los claros términos de lo dispuesto en el artículo 83 constitucional, teniendo para ello en cuenta que (i) ningún yerro se ha señalado en dicha decisión y (ii) los supuestos fácticos, probatorios y jurídicos que se tuvieron entonces son prácticamente idénticos (de hecho, el acto a través del cual se pretendió otorgar el aval es exactamente la misma resolución, y el fundamento normativo de toda la actuación es el mismo también).

Así las cosas, queda claro (i) que el Secretario General del Partido Liberal Colombiano no estaba facultado por el ordenamiento jurídico para delegar la función de otorgar avals a él delegada; (ii) que tal autorización que pretendió darle el Directorio Nacional Liberal se ha de tener por no escrita, por vulneratoria del ordenamiento superior; (iii) que, en esas condiciones, cuando el comité de acción liberal de Sucre pretendió otorgar aval al demandado no tenía legitimación para ejercer esa función; y (iv) que, por lo tanto, dicho aval no existió.

Se deduce de todo lo anterior que el aval constituye requisito constitucional sustancial de elegibilidad y, por ende, su incumplimiento configura expresa causal de nulidad del acto de elección en los precisos términos de lo dispuesto en el artículo 275-5 de la ley 1437 de 2011.

*En efecto, no puede entenderse que se puede hacer una delegación general de la representación legal porque ello constituiría un vaciamiento de las funciones propias del titular de la representación legal y, por ende, una forma de elusión de la responsabilidad; y resulta que esta responsabilidad en el otorgamiento de avals es la razón misma de la regulación incluida sobre el tema en la Constitución (en particular, con el Acto legislativo 01 de 2009 que modificó los artículos 107 y siguientes de la Constitución), razón por la cual el Consejo de Estado ha entendido de tiempo atrás que **esta facultad de expedir avals constituye función pública**, pues tiene el propósito específico de asegurar el principio democrático y la representatividad democrática de quien sea titular de la representación legal del partido, en cuanto son los estatutos del partido los que definen en cada caso quién tiene dicha titularidad, y tales estatutos han de ser adoptados a través de mecanismos de carácter democrático.*

Por eso mismo, si los estatutos que determinan la titularidad de la representación legal del partido deben tener una base democrática a su interior, mal podría defraudarse la decisión democrática permitiendo que empleados del partido a quienes los estatutos no entregaron tal titularidad puedan resultar ostentando la representación legal por vía general. Por eso, si bien los estatutos pueden permitir que se delegue la representación legal, esa delegación tiene carácter excepcional y restringido.

Así las cosas, la Sección Quinta, en respeto de los directos y concretos antecedentes que la comprometen como juez, según se citaron atrás, debió revocar el fallo impugnado bajo los supuestos jurídicos aquí establecidos para, en su lugar, declarar la nulidad del acto de elección del demandado como concejal municipal de Sincelejo para el período 2016-2019 contenido en el formulario E-26 CON del 30 de octubre de 2015, porque está probada la configuración de la causal de nulidad electoral establecida en el artículo 275-5 de la Ley 1437 de 2011, por el incumplimiento de requisito constitucional de elegibilidad, por inexistencia de aval legalmente otorgado.”

* * *

CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCION QUINTA

Consejero ponente: ALBERTO YEPES BARREIRO

Bogotá, D.C., primero (1) de diciembre de dos mil dieciséis (2016)

Radicación número: 52001-23-33-000-2016-00197-01

Actor: JOSE MAURICIO CHIRAN ORTIZ

Demandado: JORGE OVIDIO PEREZ VILLABONA – CONTRALOR DE PUTUMAYO – PERIODO 2016-2019

Asunto: Auto que resuelve solicitud de adición y aclaración de la sentencia que confirmó la decisión de declarar la nulidad de la elección del demandado.

Extracto: “La Sala anticipa que negará la solicitud de adición y aclaración del fallo de 10 de noviembre de 2016 por las siguientes razones:

2.3.1. En lo que concierne a la solicitud de aclaración del numeral primero de la parte resolutive de la sentencia, la Sala considera que ésta es infundada toda vez que en dicha orden expresamente se dispuso confirmar la sentencia de primera instancia “de conformidad con lo expuesto en la parte considerativa de esta providencia.”

Por lo tanto, es evidente que los motivos por los cuales se confirmó la decisión de la providencia recurrida no correspondieron en su totalidad a las consideraciones expuestas por el a quo, sino a aquellas contenidas en la sentencia de segunda instancia, relativas a las irregularidades en la evaluación de las pruebas de conocimientos y de competencias, las que eran suficientes para declarar la nulidad del acto acusado.

2.3.2. *Respecto a la solicitud de aclaración de la sentencia porque ésta “(...) no compagina con lo establecido en el artículo 30 de la Resolución No 16, fechada 2 de noviembre de 2015”,¹ la Sala la negará toda vez que ésta no pretende concretar conceptos o enmendar frases que ofrezcan serias dudas, contenidos en la parte resolutive o de las consideraciones que influyan directamente en ella. Por el contrario, se observa que a través de esta solicitud de aclaración se pretende controvertir la conclusión a la cual se llegó en la sentencia y obtener su revocatoria, lo que resulta improcedente.*

2.3.3. *De igual manera se negará la solicitud de aclaración de la sentencia en lo concerniente a las consideraciones que en sentir del apoderado de la asamblea departamental de Putumayo son contradictorias, pues dicha parte se limitó a transcribir tales consideraciones pero omitió explicar en qué consistió la supuesta contradicción.*

2.3.4. *Finalmente, la Sala negará la solicitud de adición de la sentencia, pues ésta no busca que el juez electoral resuelva posibles extremos de la litis o cualquier otro punto que de conformidad con la ley debía ser objeto de pronunciamiento. En efecto, en esta solicitud el apoderado de la asamblea departamental pidió especificar en qué fase del procedimiento se produjo la irregularidad por la cual se confirmó la decisión de declarar la nulidad del acto acusado y censuró nuevamente el supuesto estudio oficioso de cargos de nulidad que en su sentir no fueron propuestos en la demanda, asuntos que fueron expresamente abordados en las consideraciones de la sentencia.”*

Decisión: NEGAR la solicitud de aclaración y adición presentada por el apoderado de la asamblea departamental de Putumayo, en relación con el fallo de 10 de noviembre de 2016, por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

ADVERTIR a los sujetos procesales que, por virtud de lo dispuesto en el artículo 290 del C.P.A.C.A., contra la decisión de la solicitud de aclaración no procede recurso alguno.

LUCY JEANNETTE BERMÚDEZ BERMÚDEZ
Presidenta

ROCÍO ARAÚJO OÑATEC
Consejera de Estado
CARLOS ENRIQUE MORENO RUBIO
Consejero de Estado
ALBERTO YEPES BARREIRO
Consejero de Estado

1 “ARTÍCULO 30º. ENTREGA DE RESULTADOS DE LAS PRUEBAS PRACTICADAS POR LA CORPORACIÓN UNIVERISTARIA DE COLOMBIA IDEAS. Finalizadas las etapas a cargo de la Corporación Universitaria de Colombia IDEAS, ésta elaborará una lista con quienes hayan superado los porcentajes establecidos, sin que contenga puntuación final ni orden de elegibilidad, la cual publicará en la página web de la Gobernación del Putumayo y la enviará a la Asamblea Departamental, de manera que la Corporación que se posesiona el 1º de enero de 2016, pueda hacer la audiencia pública y la elección de Contralor, dentro del plazo que establece la ley, sin que sea obligatorio la elección del primero que aparezca en la lista, dado que ésta no implica orden de elegibilidad.”

FALLOS

CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCION QUINTA

Consejero ponente: ALBERTO YEPES BARREIRO

Bogotá, D.C., cuatro (04) de febrero de dos mil dieciséis (2016)

Radicación número: 11001-03-28-000-2014-00110-00

Actor: CARLOS NERY LÓPEZ CARBONO

Demandado: REPRESENTANTES A LA CÁMARA – MAGDALENA

Asunto: Sentencia de única instancia que niega las pretensiones de la demanda. Se solicita la nulidad de la elección de los representantes a la Cámara de Magdalena. Los cargos por los cuales se demanda la nulidad de la elección son: (i) existencia de más votos que votantes. Según el Actor en las 43 mesas de votación de Nueva Granada se presentaron 2.396 votos más de los votantes registrados en dicha circunscripción; (ii) cómputo de votos a favor de candidatos que habían renunciado a su candidatura. Según el Actor el acto que declaró la elección es nulo toda vez que contenía datos falsos, pues se computaron votos que fueron depositados a favor de candidatos que no tenían dicha calidad al momento de la elección ya que habían renunciado dentro del término establecido en el artículo 94 del Código Electoral y que a pesar de ello no fueron eliminados del tarjetón por la Organización Electoral, y fueron computados a favor del partido al cual pertenecían; (iii) sabotaje electora. Según el Actor se configuró un sabotaje electoral por dos situaciones. En primer lugar, una supuesta ruptura de la cadena de custodia; y, en segundo lugar, el sabotaje del acta de escrutinio municipal por haberse extendido y firmado en lugar diferente al establecido en la normatividad electoral; (iv) trashumancia electoral. Según el actor, deben ser invalidados los votos de 133 personas que votaron durante los comicios a pesar de que el Consejo Nacional Electoral había dejado sin validez la inscripción de sus cédulas por trashumancia.

Extracto: “*El acto electoral popular, entendido como la materialización de la voluntad popular emanado del ejercicio de la función electoral, tiene una naturaleza autónoma y especial que lo distingue del acto administrativo, cuyo origen reside en el ejercicio de la función administrativa. Para explicar esta diferencia, se requiere inicialmente distinguir la función electoral de la administrativa.*”

La función administrativa tiene como característica esencial la de concretar, mediante su actividad, los fines del Estado, principalmente el de satisfacer las necesidades públicas. La función electoral, por su parte, tiene como fin la elección de representantes en las otras ramas del poder público o sus titulares, de manera directa o indirecta, en otras palabras, su propósito es concretar la democracia participativa y el diseño institucional, entre otros.

En ese sentido, si bien se puede entender que una es subespecie de la otra, los actos que se producen en ejercicio la función electoral, por su misma naturaleza, no pueden ser asimilables en el procedimiento de formación a los actos administrativos en ejercicio de la función administrativa, pues si bien es cierto que el acto electoral tiene algunos rasgos de éste, no por ello pueden ser catalogados como idénticos. Aquel tiene su génesis en la democracia participativa y en un derecho fundamental de carácter político: el de elegir o ser elegido, artículo 40, numeral 1 de la Constitución, y no en la mera y simple expresión de la voluntad de la administración derivada del ejercicio de dicha función.

Ahora bien, realizadas las anteriores precisiones sobre la naturaleza de las funciones administrativa y electoral, es menester precisar que el acto electoral puede diferenciarse del acto administrativo, por lo menos, en los siguientes aspectos: en cuanto al procedimiento para su formación; respecto de los sujetos que intervienen en su expedición; y, por último, en lo que concierne a su finalidad.

Frente a la formación del acto electoral debe tenerse en cuenta que, a diferencia del procedimiento de formación de actos administrativos cuyas reglas están contenidas en el C.P.A.C.A. y en las leyes que

regulan procedimientos administrativos especiales, el procedimiento específico de creación de actos electorales, tiene fundamento en atribuciones de carácter constitucional concretas y en principios democráticos sobre los que descansa un Estado Social de Derecho y, para los cuales y, precisamente por esa naturaleza, se prevé un procedimiento de elaboración que debe ser autónomo.

Este procedimiento autónomo para la expedición de actos electorales está conformado por el conjunto de actuaciones que adelantan las autoridades electorales para materializar o exteriorizar la voluntad popular expresada a través del derecho al voto, el cual está regulado en normas especiales como Decreto 2241 de 1986 (Código Electoral) y la Ley 1475 de 2011 para el caso de las elecciones por voto popular.

En lo que respecta a los sujetos que intervienen en su formación, a diferencia del acto administrativo cuyo sujeto principal es la Administración, el sujeto del acto electoral lo conforman los electores que participan en la contienda democrática en ejercicio del derecho a elegir consagrado en los artículos 40 y 98 de la Constitución Política.

Por lo tanto, es incorrecto sostener que en el acto electoral se encuentra expresada la voluntad de la autoridad encargada de declarar la elección, que en el caso de la elección de Representantes a la Cámara corresponde a los delegados del Consejo Nacional Electoral, según lo dispuesto en los artículos 177 a 180 del C.E., o al Consejo Nacional Electoral, según el artículo 180 Ibidem, sino que éste plasma el querer de los electores exteriorizado a través del voto.

Consecuentemente, la finalidad del acto electoral corresponde a concretar o materializar la democracia participativa y la expresión de la voluntad popular.

Por las anteriores diferencias, huelga decir que el juez electoral no solo ejerce el control de legalidad respecto de las actuaciones que se surten durante el procedimiento electoral, sino que su papel se extiende a la protección de la democracia y legitimación del poder constituido, puesto que en ejercicio de sus funciones jurisdiccionales garantiza que el poder público se constituya con respeto a la expresión de la voluntad de los electores y al procedimiento electoral previsto en la ley.

Debido a la naturaleza especial de esta función, en casos en los cuales se cuestiona la falsedad de documentos electorales, el juez debe buscar como fin último el real sentido de la voluntad popular expresada en los comicios.

Debido a este propósito que debe guiar al juez electoral, el artículo 285 del C.P.A.C.A. dispone que “[p]ara garantizar el respeto de la voluntad legítima mayoritaria de los electores habrá lugar a declarar la nulidad de la elección por voto popular, cuando [se] establezca que las irregularidades en la votación o en los escrutinios son de tal incidencia que de practicarse de nuevo los escrutinios serían otros los elegidos.”

Por lo tanto, en casos como el sub judice, en los cuales se cuestiona la autenticidad de documentos electorales con ocasión de actuaciones originadas en la misma organización electoral, el juez electoral debe indagar la validez del voto y cuál fue el sentido de la voluntad popular exteriorizada durante los comicios, y ordenar la nulidad de las elecciones por voto popular únicamente en los casos que dicha búsqueda sea imposible por las circunstancias concretas del caso, ya que de lo contrario se desconocería el espíritu democrático. (...)

2.5.3. El estudio de la falsa motivación del acto que declaró la elección de Representantes a la Cámara de Magdalena y de la Resolución 2994 de 16 de julio de 2014, por la cual el Consejo Nacional Electoral decidió el agotamiento del requisito de procedibilidad, por la supuesta existencia de más votos que votantes

Finaliza la Sala el estudio de este cargo analizando si el acto declaratorio de la elección y la Resolución 2994 de 16 de julio de 2014, expedidos por el Consejo Nacional Electoral, deben ser anulados o no ante la supuesta existencia de la irregularidad de más votos que votantes denunciada por el apoderado del actor durante el procedimiento electoral.

La existencia de más votos que votantes es una irregularidad que, en el evento de no ser superada en el procedimiento electoral, puede dar origen a la nulidad del acto declaratorio de la elección, bajo la causal prevista en el numeral 3º del artículo 275 del C.P.A.C.A. Para su demostración, como lo ha señalado la Sala, se requiere comparar el número de votantes registrado en el formulario E-11 frente a los votos consignados en los formularios E-14 o E-24 (...)

(...) debido a las deficiencias de los formularios E-11 obrantes en el plenario, la Sala carece del material probatorio necesario para poder estudiar el cargo de más votos que votantes, pues, se itera, que para su análisis se requiere del contraste del número de votantes registrado en el formulario E-11 frente a los votos consignados en los formularios E-14 o E-24, lo cual no resulta posible en el sub judice debido a que los formularios E-11 allegados adolecen de cuestionamientos, borraduras y tachaduras que impiden su valoración.

Ahora bien, debe precisarse que la decisión del Consejo Nacional Electoral de darle prevalencia al contenido de los E-14 sobre el contenido de los E-11 no puede ser equiparada con la decisión de anulación de un acto administrativo, como lo entienden el actor y al coadyuvante al manifestar que la ley no le otorga al Consejo Nacional Electoral la competencia para anular actos administrativos como los formularios E-11, por las razones que se entrarán a explicar.

En primer lugar, el formulario E-11 no ostenta la naturaleza de acto administrativo autónomo e independiente. El procedimiento electoral está conformado por el conjunto de formalidades y actuaciones que concluyen con la expedición del acto por el cual se declara la elección. En ese sentido la Sección ha destacado en diversas oportunidades que el procedimiento electoral se encuentra dividido en diversas etapas: (i) la etapa pre-electoral, en las cual se desarrollan actuaciones tales como la cedulación, la conformación del censo y la inscripción de candidatos, entre otras; (ii) la etapa propiamente electoral, consistente en el sufragio o votación; y, (iii) la etapa de la declaratoria de los resultados electorales, conformada por los distintos escrutinios, reclamaciones y solicitudes que ponen en conocimiento de la autoridad electoral las irregularidades en el proceso de votación o escrutinio. Dentro de este iter procesal, los distintos formularios electorales, como el E-11, son simples actos de trámite encaminados a materializar la declaratoria de la voluntad de los ciudadanos expresada mediante el ejercicio del voto, los cuales no pueden ser considerados como el acto electoral.

En segundo lugar, yerra la parte Actor al considerar que en la Resolución 2994 de 16 de julio de 2014 el Consejo Nacional Electoral profirió una orden tendiente a anular los formularios E-11 de las mesas instaladas en el municipio de Nueva Granada. De la lectura de las consideraciones citadas en este acto, se observa que, en realidad, esta autoridad electoral decidió privilegiar el contenido de los E-14 y los E-24 sobre el contenido de los E-11, dentro de su margen de apreciación o valoración de los documentos electorales, más no declarar la nulidad de estos últimos formularios. Inclusive, en consonancia con lo expuesto, debe destacarse que en el numeral primero de esta Resolución, el mismo Consejo Nacional Electoral resolvió expresamente “(...) ABSTENERSE de decidir sobre las diferentes solicitudes dirigidas a decretar la nulidad de actos administrativos o documentos electorales”.

En conclusión, no prosperarán las pretensiones de la demandada tendientes a obtener la nulidad de los Acuerdos 019 del 16 de julio de 2014 y 022 del 17 de julio de la misma anualidad, dictados por el Consejo Nacional Electoral, mediante los cuales se declaró la elección de los Representantes a la Cámara por la circunscripción territorial del departamento de Magdalena para el período constitucional 2014-2018, y de la Resolución 2994 de 16 de julio de 2014, también expedida por el Consejo Nacional Electoral, por medio de la cual se decidió sobre la solicitud de saneamiento y el agotamiento del requisito de procedibilidad en relación con los referidos comicios electorales, debido a que el actor no pudo demostrar el cargo de más votos que votantes en las mesas instaladas en el municipio de Nueva Granada por la invalidez de los E-11 allegados al proceso, formularios sin los cuales es imposible determinar la existencia de la aludida irregularidad. (...)

2.7.3.2. *La falsedad del acta general de escrutinio de Nueva Granada*

El acta general de escrutinio es el documento electoral en el cual se deja constancia de las situaciones que pueden ocurrir durante el escrutinio, como las reclamaciones electorales y las decisiones que adopten los miembros de las comisiones escrutadoras para su resolución.

De manera especial, la Sala ha destacado la importancia del acta general de escrutinio para efectos de poder estudiar los cargos de falsedad relacionados con la diferencia de resultados entre las actas de escrutinio de mesa (formularios E-14) y las actas parciales de escrutinio de las comisiones (formularios E-24), dado que en el acta general de escrutinio debe reposar constancia de las circunstancias que pueden justificar dicha diferencia. (...)

(...) debido a las particularidades del sub judice, la Sala considera que la falsedad del acta general de escrutinio de Nueva Granada no es de suficiente entidad que permita declarar la nulidad de la elección de los Representantes a la Cámara por el departamento de Magdalena.

Si bien está demostrada la referida falsedad, lo que prima facie permitiría considerar la necesidad de anular los resultados de las votaciones de este municipio, las siguientes particularidades del caso concreto, que lo distinguen de otros estudiados por la Sala, permiten llegar a la conclusión opuesta:

- *El acta general de escrutinio, como fue explicado anteriormente, goza de una especial relevancia para el estudio de las falsedades derivadas de diferencias injustificadas entre el contenido de distintos formularios electorales, como en el caso de las diferencias entre formularios E-14 y E-24. Sin embargo, en el presente caso, en el cargo denominado “sabotaje electoral”, el Actor únicamente denuncia la falsedad del acta general de escrutinio de Nueva Granada, pero no alega ninguna falsedad de otros formularios electorales frente a la cual podría cobrar relevancia la autenticidad del acta aludida.*
- *Al declarar la elección, como consecuencia de las distintas denuncias formuladas por el apoderado del actor, el Consejo Nacional Electoral decidió no valorar el contenido del acta general de escrutinio del municipio de Nueva Granada, y, en su lugar, privilegiar el contenido de los formularios E-14 y E-24, como consta en el siguiente extracto de la Resolución 2994 de 16 de julio de 2014: (...)*

En el ejercicio de las funciones constitucionales de inspección, vigilancia y control de la organización electoral (art. 265-1 de la C.P.), el Consejo Nacional Electoral cuenta con un margen de apreciación para valorar los documentos electorales para efectos de resolver las irregularidades puestas bajo su conocimiento.

En atención a la naturaleza especial del acto electoral, por la cual debe concederse el máximo valor a la expresión de la voluntad libre y válida del elector, resulta admisible que de conformidad a la ley la organización electoral, respetando el principio de preclusividad, dentro de un margen prudente de apreciación y revisión de los documentos electorales, realice una valoración de los formularios electorales para efectos de privilegiar el contenido de los documentos electorales que no fueron cuestionados en la etapa administrativa electoral frente a aquellos respecto de los cuales recaen sospechas de posibles falsedades.

Un obrar distinto, como el exigido por la parte Actor y su coadyuvante al solicitar la invalidez de la totalidad de los votos depositados en el municipio de Nueva Granada para la elección de los Representantes para la Cámara del departamento de Magdalena derivada de la falsedad del acta general de escrutinio del municipio de Nueva Granada, a pesar de la inexistencia de cuestionamientos sobre los formularios electorales E-14 y E-24, desconocería la voluntad expresada por los electores durante dichos comicios electorales, pues conllevaría a la anulación de la votación de la totalidad de las mesas instaladas en este municipio, sin que esta falsedad pueda incidir en el resultado de la elección.

Así mismo, en este caso concreto, la decisión de privilegiar el contenido de los formularios E-14 y E-24 sobre el acta general de escrutinio de Nueva Granada resulta válida si se tiene en cuenta que estos formularios electorales, por disposición de los artículos 142 y 169 del Código Electoral y 41 y 42 de la Ley 1475 de 2011, son expedidos en distintos ejemplares y son transmitidos en tiempo real por la Registraduría Nacional del Estado Civil, razón por la cual se puede presumir la veracidad de su contenido, si éste carece de cuestionamientos, debido al mayor grado de control que existe sobre los mismos.

Debido a estas particularidades del caso concreto, la Sala considera necesario indagar cuál fue el real sentido de la voluntad popular expresada en los comicios, dado que ésta debe prevalecer en situaciones como la presente, en las cuales esta búsqueda se puede adelantar a pesar de la existencia de la falsedad parcial de un documento electoral.

2.7.4. La expresión de la voluntad electoral en el caso concreto

En aras de garantizar el respeto de la voluntad legítima mayoritaria de los electores y fortalecer el sistema democrático, en casos como el presente, la misión del juez debe ser la de buscar y privilegiar el derecho de los electores en la justa electoral, es decir la voluntad electoral durante la sucesión de trámites que anteceden la declaratoria de las elecciones. (...)

La anterior revisión de los resultados electorales, que fue realizada por la Sala como consecuencia de la falsedad del acta general de escrutinio del municipio de Nueva Granada y de la necesidad de esclarecer la verdad electoral, permite concluir que las irregularidades que pudieron ocurrir durante el escrutinio de Nueva Granada no incidieron en los resultados finales de la elección de Cámara de Representantes para el departamento de Magdalena, por lo que la Sala negará la nulidad de los actos acusados bajo el cargo de sabotaje electoral. (...)

Decisión: “NEGAR las pretensiones de la demanda presentada por el señor Carlos Nery López Carbone.

NOTIFICAR a las partes de conformidad con el artículo 289 del C.P.A.C.A.

ARCHIVAR el expediente una vez quede en firme el fallo.

ADVERTIR que contra la presente providencia no procede recurso alguno::

RECONOCER a la doctora Julia Inés Ardila Saíz, identificada C.C. número 51.563.653 de Bogotá y T.P. número 39.675 del Consejo Superior de la Judicatura, como apoderada judicial de la Registraduría Nacional del Estado Civil (Cuaderno 1B, fl. 1209).”

LUCY JEANNETTE BERMÚDEZ BERMÚDEZ
Presidenta

ROCÍO ARAÚJO OÑATE
Consejera de Estado
CARLOS ENRIQUE MORENO RUBIO
Consejero de Estado
ALBERTO YEPES BARREIRO
Consejero de Estado

CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCIÓN QUINTA

Consejero ponente: ALBERTO YEPES BARREIRO

Bogotá, D.C., veintiocho (28) de abril de dos mil dieciséis (2016)

Radicación número: 11001-03-28-000-2015-00056-00

Actor: MÓNICA NARANJO RIVERA

Demandado: PEDRO HELÍ PARRA RUÍZ – REPRESENTANTE SUPLENTE DE LAS ENTIDADES SIN ÁNIMO DE LUCRO EN EL CONSEJO DIRECTIVO DE LA CORPORACIÓN AUTÓNOMA REGIONAL DEL TOLIMA –CORTOLIMA

Asunto: Sentencia de única instancia que niega las pretensiones de la demanda. Se solicita la nulidad de la elección del demandado como representante de las entidades sin ánimo de lucro ante el consejo directivo de CORTOLIMA por el incumplimiento de los requisitos de postulación previstos en la resolución 606 de 2006, expedida por el entonces Ministerio de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial.

Extracto: “Corresponde a la Sala analizar si se logró demostrar la expedición irregular del acto y la infracción del numeral 1º del párrafo 1º del artículo 2º de la Resolución 606 de 2006, expedida por el hoy Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible, debido a que en sentir de la parte actora los soportes aportados por el demandado en el proceso de elección de los representantes de las entidades sin ánimo de lucro ante el Consejo Directivo de CORTOLIMA no satisficieron la exigencia consagrada en esta norma.

Esta disposición ordena a las entidades sin ánimo de lucro que deseen postular candidatos para la elección de representantes en los Consejos Directivos de las CAR presentar la hoja de vida del candidato “(...) con sus soportes de formación profesional y/o capacitación y experiencia en materia de recursos naturales renovables y medio ambiente”, norma que el actor considera infringida en el presente caso.

En relación con este problema jurídico, la Sala considera que esta censura carece de sustento probatorio porque, contrariamente a lo sostenido por el apoderado de la Actor, la Sala considera que los soportes allegados por el señor Pedro Helí Parra Ruíz durante el procedimiento de elección satisficieron la exigencia contenida en el numeral 1º del párrafo 1º del artículo 2º de la Resolución 606 de 2006, expedida por el hoy Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible. (...)

Así mismo, debe destacarse que el numeral 1º del párrafo 1º del artículo 2º de la Resolución 606 de 2006 no exige a los candidatos acreditar un período de tiempo específico de formación profesional y/o capacitación y experiencia en materia de recursos naturales renovables y medio ambiente, razón por la cual la Sala considera que los soportes allegados por el demandado en la actuación electoral eran suficientes para que pudiera ser elegido como representante de las entidades sin ánimo de lucro en el Consejo Directivo de CORTOLIMA.

Por lo tanto, debido a que el apoderado de la Actor no logró demostrar que los soportes aportados por el señor Pedro Helí Parra Ruíz en el procedimiento de elección de los representantes de las entidades sin ánimo de lucro en el Consejo Directivo de CORTOLIMA no satisficieron la exigencia consagrada en el numeral 1º del párrafo 1º del artículo 2º de la Resolución 606 de 2006 expedida por el hoy Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible, la Sala negará este cargo.

2.5.2. Del diagnóstico, análisis y propuesta de acciones ambientales aportados por el demandado

Corresponde a la Sala analizar si se logró demostrar la expedición irregular del acto y la infracción del numeral 2º del párrafo 1º del artículo 2º de la Resolución 606 de 2006, expedida por el hoy Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible, en concordancia con el artículo 1º de la Ley 1263 de

2008, puesto que a juicio del Actor el señor Pedro Helí Parra Ruíz presentó el diagnóstico, análisis y propuesta de acciones ambientales para un término trienal y no cuatrienal, como debía realizarse ante la ampliación de los periodos de los miembros de los Consejos Directivos de las CAR consagrada en la Ley 1263 de 2008.

Como requisito para la postulación de candidatos para la elección de los representantes de las entidades sin ánimo de lucro ante los Consejos Directivos de las CAR, el numeral 2º del párrafo 1º del artículo 2º de la Resolución 606 de 2006 exige aportar el “(...) [d]iagnóstico, análisis y propuesta de acciones ambientales para el respectivo periodo trienal que tenga en cuenta la problemática regional y la Política Ambiental Nacional”.

A juicio del actor, en la elección del demandado fue incumplido este requisito porque el señor Pedro Helí Parra Ruíz aportó el diagnóstico, análisis y propuesta de acciones ambientales únicamente para tres años, a pesar de que la Ley 1263 de 2008¹ extendió el periodo de los integrantes de los Consejos Directivos de las CAR a cuatro años, “por lo que habría un vacío en uno de los años del periodo a ejercer en el Consejo Directivo de Cortolima, 2016, 2017, 2018 o 2019.”

La Sala anticipa que este cargo debe ser negado debido a que el actor no demostró la violación de las normas supuestamente infringidas.

Si bien el documento aportado por el demandado para acreditar el cumplimiento de este requisito se denomina “Diagnóstico, análisis y propuesta de acciones ambientales para el respectivo periodo trienal”,² lo cierto es que en su contenido no existe mención alguna de que éste abarque únicamente los años 2016 a 2018, o que uno de los años del periodo para el cual fue elegido el demandado se encuentre excluido del ámbito temporal de las acciones previstas en el mismo. (...)

Consecuentemente, contrario a lo sostenido por la parte Actor, se concluye que el documento de “diagnóstico, análisis y propuesta de acciones ambientales” allegado por el señor Pedro Helí Parra Ruíz en el marco del procedimiento de elección de los representantes de las entidades sin ánimo de lucro ante el Consejo Directivo de CORTOLIMA tenía como propósito cobijar temporalmente la totalidad del periodo para el cual esta persona fue elegida, y no solo una parte de éste.

Ahora bien, el apoderado de la Actor cuestionó en los alegatos de conclusión que el documento ““Diagnóstico, análisis y propuesta de acciones ambientales”, presentado por el señor Pedro Helí Parra Ruíz para poder ser elegido como representantes de las entidades sin ánimo de lucro ante el Consejo Directivo de CORTOLIMA, careciera del capítulo de “análisis”, puesto que éste solo contiene el “diagnóstico” y la “propuesta de acciones ambientales”, y, de igual manera, reprochó que esta supuesta irregularidad no fuera estudiada al momento en el que se decidió la medida cautelar solicitada.

La irregularidad que ahora cuestiona el Actor no fue objeto de fijación del litigio, decisión que era susceptible de ser recurrida como lo advirtió el Magistrado Ponente en la audiencia inicial.³ (...)

1 “Artículo 1º. El artículo 28 de la Ley 99 de 1993 quedará así:

Artículo 28. Del Director General de las Corporaciones Autónomas Regionales o de Desarrollo Sostenible.

El Director General será el representante legal de la Corporación y su primera autoridad ejecutiva. Será designado por el Consejo Directivo para un periodo de cuatro (4) años, contados a partir del 1º de enero de 2012, y podrá ser reelegido por una sola vez.

Parágrafo 1º. El periodo de los miembros del Consejo Directivo de que tratan los literales e), f), y g) del artículo 26 de la Ley 99 de 1993, será igual al del Director de la Corporación Autónoma Regional o de Desarrollo Sostenible, y podrán ser reelegibles.”

2 Folios 246 a 249.

3 En el acta de la audiencia inicial consta lo siguiente “De la fijación del litigio realizada se corrió traslado a las partes. La misma quedó notificada en estrados y se advirtió que contra ella procedía el recurso de reposición. // No existiendo recurso alguno sobre la fijación del litigio se continuó con la siguiente etapa de la audiencia referente al decreto de pruebas, quedando en firme la decisión relativa a la fijación del litigio.” (reverso del folio 454).

Como lo ha destacado en anteriores ocasiones la Sala,⁴ la fijación del litigio es una actuación trascendente dentro del proceso de nulidad electoral, “(...) en la medida en que se erige como la carta de navegación o la hoja de ruta que habrá de seguirse a efectos de hallar solución a los problemas jurídicos que en ella se planteen. Es la oportunidad que tiene el juzgador de depurar el contexto fáctico y jurídico relevante para los sujetos procesales en contienda, sujetos estos que podrán a través del recurso de reposición buscar la mayor claridad en el evento en que consideren que el fijado por el Despacho se excede o se limita frente a lo pretendido.”⁵

Debido a la trascendencia de esta fase del proceso en su futuro derrotero, al momento de fallar no puede el juez pronunciarse respecto de aspectos distintos o que no guarden conexión alguna con los problemas jurídicos que fueron objeto de la fijación del litigio. De lo contrario, las partes se verían sorprendidas y desconcertadas en la sentencia con pronunciamientos inesperados, que no guardan relación alguna con la fijación del litigio realizada en la audiencia inicial, conducta que trasgrede notoriamente el derecho fundamental al debido proceso.

Por tal razón, la Sala considera que en el sub judice no se puede pronunciar al momento de fallar sobre el cuestionamiento realizado por el apoderado de la parte Actor respecto del contenido del documento “Diagnóstico, análisis y propuesta de acciones ambientales”, por la aparente ausencia de un capítulo de “análisis”, dado que esta materia desborda la fijación del litigio realizada en la audiencia inicial, ni guarda conexidad con el mismo, decisión que pudo haber sido recurrida en su debida oportunidad. (...)

Sin perjuicio de las anteriores consideraciones, en todo caso, se advierte que el actor nunca explicó que debía contener el “análisis” y las razones por las cuales, por fuera de las exclusivamente formales consistentes en que no se incluyó un capítulo separado en esta materia, el documento en cuestión no satisfizo este requisito.

Por el contrario, la Sala resalta que este documento contiene un examen sobre la situación medioambiental en el departamento del Tolima, razón por la que este reproche carece de asidero alguno::

En atención a lo expuesto, debido a que el apoderado de la Actor no probó que el diagnóstico, análisis y propuesta de acciones ambientales presentado por el señor Pedro Helí Parra Ruíz no cobijaba el período de cuatro años para el cual éste fue elegido, en atención a lo dispuesto en el numeral 2º del párrafo 1º del artículo 2º de la Resolución 606 de 2006, expedida por el hoy Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible, en concordancia con el artículo 1º de la Ley 1263 de 2008, la Sala negará este cargo.

2.5.3. De la designación del demandado como miembro de la Corporación Destino Colombia y su postulación

Por último, corresponde a la Sala analizar si se logró demostrar la expedición irregular del acto y la infracción del numeral 3º del párrafo 1º del artículo 2º de la Resolución 606 de 2006, expedida por el hoy Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible, debido a que según a la parte actora la entidad sin ánimo de lucro que postuló al demandado, es decir la Corporación Destino Colombia, no allegó documentos válidos para acreditar la designación del señor Pedro Helí Parra Ruíz como miembro de dicha entidad.

⁴ Ver, entre otras, Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta. Radicación 11001-03-28-000-2014-00135-00. Sentencia de 3 de diciembre de 2015; Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta. Radicación 11001-03-28-000-2014-00139-00. Sentencia de 15 de octubre de 2015; Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta. Radicación 11001-03-28-000-2014-00019-00. Sentencia de 12 de marzo de 2015.

⁵ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta. Radicación 11001-03-28-000-2014-00135-00. Sentencia de 3 de diciembre de 2015.

Esta disposición ordena a las entidades sin ánimo de lucro presentar “[c]opia del documento de la Junta Directiva o el órgano que haga sus veces, en el cual conste la designación del miembro de la entidad sin ánimo de lucro postulado como candidato.” (...)

Teniendo en cuenta las pruebas que obran en el expediente, conforme con el principio de sana crítica y las reglas de la lógica y la experiencia, a juicio de la Sala, en contravía a lo señalado por la parte Actor, se demostró la validez de los documentos allegados por el señor Pedro Helí Parra Ruíz en el marco del procedimiento de elección de los representantes de las entidades sin ánimo de lucro en el Consejo Directivo de CORTOLIMA para acreditar que dicha persona era miembro de la Corporación Destino Colombia, entidad que lo postuló. (...)

Por esta razón la Sala también negará este cargo.”

Decisión: “NEGAR las pretensiones de la demanda presentada por el apoderado de la señora Mónica Naranjo Rivera.

NOTIFICAR a las partes de conformidad con el artículo 289 del C.P.A.C.A.

ARCHIVAR el expediente una vez quede en firme el fallo.

ADVERTIR que contra la presente providencia no procede recurso alguno.

LUCY JEANNETTE BERMÚDEZ BERMÚDEZ
Presidenta

ROCÍO ARAÚJO OÑATE
Consejera de Estado
CARLOS ENRIQUE MORENO RUBIO
Consejero de Estado
ALBERTO YEPES BARREIRO
Consejero de Estado

* * *

CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCIÓN QUINTA

Consejero ponente: ALBERTO YEPES BARREIRO

Bogotá D, C, cinco (5) de mayo de dos mil dieciséis (2016).

Radicación número: 54001-23-33-000-2015-00530-01

Actor: MARITZA ROJAS SAAVEDRA

Demandado: BACHIR JUSSY MIREP CORONA – CONCEJAL DE CÚCUTA

Asunto: Sentencia de segunda instancia que confirma la decisión de negar las pretensiones de la demanda. Se solicita la nulidad de la elección del demandado como concejal de Cúcuta por violación de la causal de inhabilidad consagrada en el numeral 4º del artículo 43 de la Ley 136 de 1994, modificado por el artículo 40 de la Ley 617 de 2000

Extracto: “2.5.1. Elemento de parentesco o vínculo con funcionario: Para que este elemento sea demostrado, el actor debe probar que el señor Bachir Jussy Mirep Corona tenía vínculo por matrimonio, o unión permanente, o de parentesco en segundo grado de consanguinidad, primero de afinidad o único civil, con un funcionario público. En ese sentido, para el análisis de este elemento se estudiará: (i) el vínculo de parentesco entre los señores Bachir Jussy Mirep Corona y Amilcar José Mirep Corona; y, (ii) la calidad de funcionario público de esta última persona. (...)

Del acervo probatorio obrante en el proceso, la Sala considera que a pesar de que fue aceptada por las partes la relación de parentesco entre los señores Bachir Jussy y Amilcar José Mirep Corona, en los términos señalados en el numeral 4º del artículo 43 de la Ley 136 de 1994, modificado por el artículo 40 de la Ley 617 de 2000, el actor no demostró la calidad de funcionario de esta última persona.

Si bien el Actor probó que el hermano del señor Bachir Jussy Mirep Corona fue nombrado como miembro principal de la Junta de Comercio de Cúcuta, en representación del Gobierno Nacional, lo cierto es que en virtud de dicho nombramiento no se puede predicar que el señor Amilcar José Mirep Corona haya adquirido la calidad de funcionario público, como erradamente se concluye en la sustentación del recurso de apelación objeto de decisión.

Esta Sección ha entendido que la expresión de funcionario público es sinónima o equiparable al término de “empleado público”.¹

En atención al alcance de este concepto, la Sala considera que el señor Amilcar José Mirep Corona, en virtud de su nombramiento como miembro de la Junta Directiva de la Cámara de Comercio de Cúcuta, en representación del Gobierno Nacional, no adquirió la calidad de empleado público, como se explica a continuación.

En lo que concierne a la noción de empleo público, de conformidad con el artículo 122 de la Constitución Política, debe considerarse como tal aquella vinculación realizada mediante acto administrativo a un cargo: (i) cuyas funciones estén señaladas por la Constitución, la ley o el reglamento; (ii) que tenga remuneración; (iii) que se encuentre en planta; y, (iv) que sus emolumentos se encuentren previstos en el presupuesto correspondiente.

Ahora bien, la integración de las Juntas Directivas de las Cámaras de Comercio está regulada en el artículo 3º de la Ley 1727 de 2014, por medio del cual se modificó el artículo 80 del Código de Comercio, de la siguiente manera:

“ARTÍCULO 3o. Modifíquese el artículo 80 del Código de Comercio, el cual quedará así:

“ARTÍCULO 80. INTEGRACIÓN DE LA JUNTA DIRECTIVA. Las Juntas Directivas de las Cámaras de Comercio estarán conformadas por afiliados elegidos y por representantes designados por el Gobierno Nacional. Los miembros serán principales y suplentes.

El Gobierno Nacional estará representado en las juntas directivas de las Cámaras de Comercio hasta en una tercera parte de cada junta.

El Gobierno Nacional fijará el número de miembros que conformarán la Junta Directiva de cada cámara, incluidos los representantes del Gobierno, teniendo en cuenta el número de afiliados en cada una y la importancia comercial de la correspondiente circunscripción.

La Junta Directiva estará compuesta por un número de seis (6) a doce (12) miembros, según lo determine el Gobierno Nacional.” (Subrayado y resaltado en negrilla por fuera del texto original)

Esta misma ley regula en su artículo 4º los requisitos para la designación de los representantes del Gobierno Nacional ante los referidos órganos de gobierno de las Cámaras de Comercio:

¹ Ver, entre otras, Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta. Radicación 11001-03-28-000-2014-00058-00. Sentencia de 26 de marzo de 2015; Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta. Radicación 11001-03-28-000-2014-00042-00. Sentencia de 17 de julio de 2015.

“ARTÍCULO 4o. CALIDAD DE LOS MIEMBROS JUNTA DIRECTIVA. (...) Los miembros designados por el Gobierno Nacional deberán cumplir con los requisitos para ser afiliados o tener título profesional con experiencia, al menos de cinco (5) años, en actividades propias a la naturaleza y las funciones de las Cámaras de Comercio.”

Por su parte, el artículo 2.2.2.38.2.3 del Decreto 1074 de 2015, por medio del cual se expidió el Decreto Único Reglamentario del Sector Comercio, Industria y Turismo,² dispone lo siguiente respecto a los representantes del Gobierno Nacional en las Juntas Directivas de las Cámaras de Comercio:

“ARTÍCULO 2.2.2.38.2.3. REPRESENTANTES DEL GOBIERNO NACIONAL. Los miembros de las juntas directivas de las Cámaras de Comercio designados por el Gobierno nacional son sus voceros y, por consiguiente, deberán obrar consultando la política gubernamental y el interés de las Cámaras de Comercio ante las cuales actúan. Tales miembros deberán cumplir los requisitos señalados en la ley para ser afiliado o tener título profesional con al menos cinco (5) años de experiencia en actividades propias a la naturaleza y las funciones de las Cámaras de Comercio, y les será aplicable el régimen de inhabilidades e incompatibilidades previsto para miembros elegidos por los comerciantes afiliados, de acuerdo con lo dispuesto en la Ley 1727 de 2014.”

De la lectura de las anteriores disposiciones se extrae que los representantes del Gobierno Nacional en las Juntas Directivas de las Cámaras de Comercio no tienen funciones específicas asignadas por la Constitución, la ley o el reglamento, distintas de ejercer la vocería del Gobierno Nacional, elemento indispensable para la existencia de un empleo público.

En ese sentido, esta Sección ha precisado que los particulares que conforman las Juntas Directivas de las Cámaras de Comercio no desempeñan empleo público. Al respecto se señaló en la sentencia de 18 de octubre de 2012:³ (...)

De similar manera, en sentencia de 10 de mayo de 2013, la Sección concluyó que las personas nombradas como representantes del Gobierno Nacional ante las Juntas Directivas de las Cámaras de Comercio tampoco pueden considerarse empleados públicos. (...)

Por lo expuesto, la Sala concluye que el señor Amilcar José Mirep Corona, hermano del demandando, en virtud de su nombramiento como miembro principal de la Junta Directiva de la Cámara de Comercio de Cúcuta, en calidad de representante del Gobierno Nacional, realizado a través del Decreto 1701 de 28 de agosto de 2015, no adquirió la calidad de funcionario público.

Así las cosas, y teniendo en cuenta que no se probó la calidad de funcionario público de la persona con la que el señor Bachir Jussy Mirep Corona tiene parentesco, la Sala se releva de realizar el estudio de los demás elementos constitutivos de la causal inhabilidad alegada, pues la sola ausencia de dicha calidad es suficiente para confirmar la decisión de negar las pretensiones de la demanda.”

Decisión: “CONFIRMAR la sentencia dictada por el Tribunal Administrativo de Norte de Santander en la audiencia inicial realizada el 24 de febrero de 2016, que negó las pretensiones de la demanda de nulidad electoral instaurada por la señora Maritza Rojas Saavedra, a través de apoderado judicial, contra el acto que declaró la elección del señor Bachir Jussy Mirep Corona como Concejal de Cúcuta, contenido en el formulario E-26CON de 4 de noviembre de 2015.

DEVOLVER el expediente al Tribunal de origen.

2 Esta norma compila el artículo 9º del Decreto 2042 de 2014, que reglamentó la Ley 1727 de 2014 en relación con el fortalecimiento de la gobernabilidad y el funcionamiento de las Cámaras de Comercio.

3 Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta. Radicación 50001-23-31-000-2011-00702-01. Sentencia de 18 de octubre de 2012.

ADVERTIR que contra esta providencia no procede recurso alguno”

LUCY JEANNETTE BERMÚDEZ BERMÚDEZ
Presidenta

ROCÍO ARAÚJO OÑATE
Consejera de Estado
CARLOS ENRIQUE MORENO RUBIO
Consejero de Estado
ALBERTO YEPES BARREIRO
Consejero de Estado
(Aclara de Voto)

Aclaración de voto del consejero Alberto Yepes Barreiro

Extracto: “El término “funcionario” acogido dentro de la Carta Política fue usado indistintamente para referirse a los empleados públicos, a los trabajadores oficiales y a los miembros de corporaciones públicas. Por lo tanto, contrario a lo afirmado por la posición mayoritaria de la Sala, es evidente que dicha locución no tiene un criterio unívoco de significación, toda vez que, en la Constitución esta acepción se utilizó para aludir a toda clase de servidores públicos.

En efecto, una interpretación armónica de la Carta Política permite concluir que “funcionario” y “servidor” público son términos análogos, ya que con ambas expresiones se denota una categoría general que a su vez comprende una serie de clasificaciones respecto a las personas que prestan sus servicios a cargo del Estado.

Por consiguiente, cuando el Legislador estableció en el numeral 4º del artículo 43 de la Ley 136 de 1994, modificado por el artículo 40 de la Ley 617 de 2000, que el parentesco o vínculo inhabilitante era con un “funcionario”, en realidad consagró que la inhabilidad se configuraba si existía filiación o relación con algún “servidor público”.

Por lo tanto, considero que no es posible avalar la hermenéutica que equipara a los “funcionarios” con los “empleados públicos”, comoquiera que tal y como se evidenció en precedencia, la categoría “empleado” está recogida en el concepto de funcionario por ser la primera una “especie” del “género” funcionario. Así, es evidente que todos los “empleados públicos” son funcionarios, pero no todos los funcionarios son empleados públicos.

Sumado a lo anterior, es necesario mostrar que la expresión “funcionario público” es un término amplio y genérico que la Carta Política utilizó para referirse a las personas que están al servicio del Estado independiente de la forma de su vinculación, es decir, es un vocablo por medio del cual la Constitución alude a todos aquellos que ejercen materialmente una función pública.

(...)

En síntesis, considero que el correcto entendimiento de la palabra “funcionario” contenida en la inhabilidad objeto de estudio es aseverar que aquella es sinónima a la expresión “servidor público”, pues el Constituyente ni el Legislador precisaron su uso, ni determinaron que aquel solo fuera reservado para los empleados públicos y/o para los trabajadores oficiales.

Por consiguiente, a mi juicio, la Sala, debió rectificar su posición jurisprudencial respecto al tema, para en su lugar establecer que el término “funcionario” contenido en el numeral 4º del artículo 43 de la Ley 136 de 1994, modificado por el artículo 40 de la Ley 617 de 2000, es análogo al de “servidor público” contenido en el artículo 123 de la Constitución Política.

Así las cosas, la Sala no se debió limitar a analizar si el señor Amilcar José Mirep Corona, hermano del demandado, podía ser considerado como empleado público gracias a su nombramiento como

miembro principal de la Junta Directiva de la Cámara de Comercio de Cúcuta, en representación del Gobierno Nacional, sino que también debió estudiar si gracias a dicha designación esta persona adquirió la calidad de trabajador oficial o de miembro de corporación pública, interrogantes que también deben ser resueltos negativamente.

En efecto, el nombramiento del señor Amilcar José Mirep Corona como miembro principal de la Junta Directiva de la Cámara de Comercio de Cúcuta, en calidad de representante del Gobierno Nacional, no le otorgó el carácter de trabajador oficial porque: (i) son trabajadores oficiales aquellas personas vinculadas a entidades estatales por medio de contratos laborales; (ii) las Cámaras de Comercio son personas jurídicas de derecho privado y no entidades estatales; y, (iii) la vinculación de esta persona no se realizó mediante contrato de trabajo.

Así mismo, debe descartarse que dicha persona haya adquirido la calidad de miembro de corporación pública gracias al referido nombramiento dado que, se itera, las Cámaras de Comercio no tienen naturaleza pública sino privada.

En síntesis, la Sala debió confirmar la decisión recurrida no solo porque el hermano del demandado, el señor Amilcar José Mirep Corona, no adquirió la calidad de empleado público por haber sido nombrado miembro de la Junta Directiva de la Cámara de Comercio de Cúcuta, en representación del Gobierno Nacional, sino también porque dicho nombramiento no le otorgó el carácter de trabajador oficial o de miembro de corporación pública, análisis necesario para que se demostrara la configuración de la inhabilidad prevista en el numeral 4º del artículo 43 de la Ley 136 de 1994, modificado por el artículo 40 de la Ley 617 de 2000. (...)”

* * *

CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCIÓN QUINTA

Consejero ponente: ALBERTO YEPES BARREIRO

Bogotá D, C, veintiséis (26) de mayo de dos mil dieciséis (2016)

Radicación número: 470001-23-33-002-2015-00434-01

Actor: CHELO VELÁSQUEZ BECERRA

Demandado: JUAN CARLOS TORREGROZA CALDERÓN – CONCEJAL DE CIÉNAGA (MAGDALENA)
PERIODO 2016-2019

Asunto: Fallo de segunda instancia que confirmó la decisión de la autoridad judicial a quo de negar las pretensiones de la demanda, pues no se encontró acreditado la inhabilidad de ejercicio de autoridad por parte de pariente atribuida al demandado.

Extracto: “Ahora bien, la Sala comparte los razonamientos del Tribunal cuando afirmó que la inhabilidad no se configuró puesto que no se acreditó la materialización del elemento temporal, debido a que en el expediente a folios 185 a 186 obra copia del Decreto 428 del 24 de octubre de 2014 a través del cual el Alcalde Municipal de Ciénaga aceptó la renuncia presentada por la señor Irayma Torregroza Calderón a su cargo de Comisaria de Familia, de forma que se puede concluir que desde esa fecha la hermana del demandado quedó separada de su cargo.

Para la Sala el argumento planteado por el recurrente acerca de la firmeza y ejecutoria del Decreto 428 de 24 de octubre de 2014 carece de asidero jurídico, comoquiera que ese mismo acto, en su artículo quinto¹, señaló que aquel comenzaba a surtir efectos jurídicos a partir de su expedición, esto

1 Especialmente el artículo quinto del Decreto Municipal 428 de 24 de octubre de 2014 contempla “el presente Decreto rige a partir del veinticuatro (24) de octubre de dos mil catorce (2014)” fl. 186.

es, desde el 24 de octubre de 2014, circunstancia que indica que desde esa fecha la señora Torregroza Calderón no podía seguir ejerciendo como comisaria de familia de Ciénaga (Magdalena).

A lo anterior se suma que el acto a través del cual se aceptó la renuncia señaló que desde ese mismo día, es decir, desde el 24 de octubre de 2014, el cargo de comisario de familia de Ciénaga quedaba vacante², hecho que evidencia y corrobora que fue a partir de esa fecha en la que la dimisión de la hermana del demandado se hizo efectiva.

Así pues, es claro que no puede entenderse, como erróneamente lo hace el Actor, que el Decreto 428 de 24 de octubre de 2014 no es eficaz o que no surtió efectos jurídicos o que los produjo después del 25 de octubre de 2014, ya que por disposición legal el acto a través del cual se acepta una renuncia debe contener la fecha en la que esta se hace efectiva, circunstancia que en el caso concreto ocasionó que la hermana del demandado quedara apartada de su cargo el 24 de octubre de 2014 debido a que fue en esa fecha en la que su dimisión se hizo efectiva.

En otras palabras, la hermana del demandado cesó en el ejercicio de sus funciones desde el 24 de octubre de 2014, de forma que al 25 de octubre 2014 se encontraba separada de la dignidad que ostentaba, y por lo tanto, no podía ejercer las tareas que antes desempeñaba en desarrollo de su cargo de comisaria de familia, pues materialmente ya no fungía como tal.

Esto es de suma importancia, toda vez que, la prohibición parte de la base de que el pariente del candidato se encuentre vinculado como funcionario pues solo en esa medida tendría la potencialidad de ejercer sus funciones y desequilibrar la contienda electoral.

Así las cosas, si se tiene en cuenta que en el caso concreto, por expresa disposición del Decreto 428 de 24 de octubre de 2014, el acto de aceptación de la renuncia tuvo efectos desde el mismo día en el que se expidió, no cabe duda que al 25 de octubre de 2014, fecha en la cual iniciaba la inhabilidad, la hermana del demandado ya no ejercía como comisaria de familia de Ciénaga (Magdalena), pues la renuncia presentada el 23 de octubre de 2014 se hizo efectiva el 24 de octubre de esa misma anualidad.

Esta tesis no es aislada puesto que se ha entendido que la fecha en la que se acepta y se hace efectiva una renuncia basta para entender que el pariente de la persona elegida quedó separado de su cargo³. En este caso, como la renuncia se hizo efectiva el mismo día en el que se aceptó se entiende que desde ese momento se materializó la separación del cargo.

En consecuencia, y teniendo en cuenta que el periodo inhabilitante transcurrió entre el 25 de octubre de 2014 al 25 de octubre de 2015, la Sala observa que el elemento temporal no se encuentra acreditado, toda vez que la hermana del demandado renunció a su cargo de Comisaria de Familia y dicha dimisión se hizo efectiva el 24 de octubre de 2014, esto es, un día antes de que comenzara a computarse el lapso de la inhabilidad, aspecto suficiente para detener el estudio del sub judice y proceder a confirmar la sentencia de primera instancia.”

Decisión: “CONFIRMAR la sentencia del 11 de marzo de 2016 a través de la cual el Tribunal Administrativo del Magdalena negó las pretensiones de la demanda.

DEVOLVER el expediente al tribunal de origen para lo de su cargo.”

2 En efecto a folio 186 del expediente se lee “**ARTÍCULO SEGUNDO** “ Declárese la vacante definitiva del empleo de COMISARIO DE FAMILIA por renuncia regularmente aceptada, y por ende, el Alcalde Municipal de Ciénaga, Magdalena procederá a analizar las aptitudes y calidades a este empleo con el fin de proveerlo en el menor tiempo posible” (Mayúsculas y negritas en original)

3 Al respecto consultar Consejo de Estado, Sección Quinta, sentencia del 26 de marzo de 2015, radicación N° 11001-03-28-000-2014-00034-00 (Acumulado) CP. Alberto Yepes Barreiro. Consejo de Estado, Sección Quinta, sentencia del 19 de febrero de 2015, radicación N° 11001-03-28-000-2014-00045-00 CP. Alberto Yepes Barreiro.

LUCY JEANNETTE BERMÚDEZ BERMÚDEZ
Presidenta

ROCÍO ARAÚJO OÑATE
Consejera de Estado
CARLOS ENRIQUE MORENO RUBIO
Consejero de Estado
ALBERTO YEPES BARREIRO
Consejero de Estado

* * *

CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCIÓN QUINTA

Consejero ponente: ALBERTO YEPES BARREIRO

Bogotá D.C, siete (7) de junio dos mil dieciséis (2016)

Radicación número: 11001-03-28-000-2015-00051-00

Actor: EMILIANO ARRIETA MONTERROZA

Demandado: ONEIDA RAYETH PINTO PÉREZ – GOBERNADORA DE LA GUAJIRA

Asunto: Sentencia de unificación de única instancia que anuló la elección de la Gobernadora de La Guajira por la causal de inhabilidad prevista en el numeral 7º del artículo 38 y 39 de la Ley 617 de 2000, ya que no renunció al cargo de alcaldesa, dentro de los 12 meses anteriores a la inscripción de su candidatura a la gobernación.

Extracto: “De lo expuesto se puede concluir que en un primer momento no existía certeza acerca del impacto que tuvo el régimen de inhabilidades previsto en la Ley 617 de 2000 con ocasión del condicionamiento expuesto por la Corte Constitucional al parágrafo 3º del artículo 29 de la Ley 1475 de 2011 en sentencia C-490 de 2011. Lo anterior, comoquiera que la sentencia de constitucionalidad no dilucidó cual era el alcance de su condicionamiento, lo que derivó en que al seno de esta Corporación se gestaran diversas posturas al respecto tal y como se vio reflejado en la sentencia la Sección Quinta del Consejo de Estado de 21 de Febrero de 2013. Exp. 2012-00025 y en su respectiva aclaración de voto.

En efecto, esta divergencia de posiciones respecto al entendimiento de la sentencia C-490 de 2011 se hace más evidente si se tiene en cuenta que en sentencia del 7 de marzo de 2013 la Sección Primera concluyó que aunque el régimen de inhabilidades previsto en la Ley 617 de 2000 sí fue modificado en lo que al término de la incompatibilidad se refiere de forma que los 24 meses que contempla dicha normativa deben reducirse a 12, lo cierto es que aquel no fue variado en lo que concierne al extremo temporal final, razón por la que la incompatibilidad, que se torna en inhabilidad, prevista en el numeral 7º del artículo 31 y 32 de la Ley 617 de 2000 se computa con fundamento en la fecha de la inscripción y no de la elección¹.

Por su parte, en sentencia SU-515 de 2013 la Corte Constitucional quiso dar alcance al condicionamiento expuesto en la sentencia C-490 de 2011, y en este sentido determinó que la modificación introducida por la Ley 1475 de 2011 imponía concluir que el elemento temporal de la prohibición es, en efecto, de 12 meses y no ya de 24. Pese a ello la Corte no se pronunció en relación con el extremo temporal final a efectos de la configuración de la prohibición en estudio.

1 Los artículos 31.7 y 32 de la Ley 617 de 200, que regulan las incompatibilidades de los gobernadores, tienen el mismo contenido material de los artículos 38.7 y 39 de la misma norma, sobre las incompatibilidades de los alcaldes en lo que a la Sala interesa.

Recientemente, con absoluta claridad, la Corte Constitucional mediante sentencia SU-625 de 2015 se pronunció, respecto del elemento temporal de la inhabilidad y precisó que su extremo temporal final evidentemente lo materializa la fecha de la inscripción y no de la elección. Veamos:

“Así las cosas, la prohibición dirigida al gobernador o a quien sea designado en su reemplazo –sin importar el título–, de inscribirse como candidato a cualquier cargo o corporación de elección popular dentro de los doce (12) meses siguientes al vencimiento del período para el cual fue elegido o designado, pese a la impropiedad de los artículos 31 y 32 de la Ley 617 de 2000 que la reducen a una causal de incompatibilidad, materialmente, constituye una inhabilidad genérica para acceder a otros cargos o empleos públicos. En tal virtud, quien habiendo ejercido como gobernador, se inscriba como candidato a cualquier cargo o corporación de elección popular, como es el caso de la Asamblea Departamental, dentro de los doce (12) meses siguientes a la cesación de sus funciones, incurre en causal de inhabilidad para ser elegido diputado.

“En ese contexto, esta Corte advierte que, debido a la circunstancia antecedente de haber ejercido como gobernadora encargada del Departamento de Norte de Santander, es claro que Marina Lozano Roperero no podía inscribirse como candidata a la Asamblea Departamental en esa circunscripción territorial, ni mucho menos ser elegida diputada, pues desde que venció el período de encargo y hasta que formalizó su candidatura, tan solo habían transcurrido diez (10) meses y un (1) día, circunstancia que la inhabilitaba para aspirar a ese cargo público. Por consiguiente, puede afirmarse, sin hesitación alguna, que su elección como diputada estuvo precedida de una actuación manifiestamente contraria a la Constitución y a la ley, cuyo origen se retrotrae al acto de inscripción.” (Subrayas y negritas fuera de texto).

Nótese, entonces, cómo la Corte Constitucional en sentencia SU-625 de 2015 eliminó cualquier asomo de duda, pues además de reconocer que la incompatibilidad contemplada en el numeral 7º del artículo 32 y 33 de la Ley 617 de 2000 se contabiliza ya no desde 24 meses sino desde 12 -aspecto que ya había sido aclarado desde la Sentencia SU-515 de 2013-, también explicó con contundencia y claridad que esos 12 meses se computan hasta el día de la inscripción y no de la elección.

Esta precisión es de suma importancia, ya que la Corte no solo mantuvo incólume la postura adoptada por la Sección Primera en la que se determinó que el extremo temporal final de la inhabilidad era el de la inscripción, sino que además avaló dicha tesis al sostener que la prohibición implicaba que “quien hubiese ejercido como gobernador y se se inscriba como candidato a cualquier cargo o corporación de elección popular dentro de los doce (12) meses siguientes a la cesación de sus funciones, incurre en causal de inhabilidad”.

Por lo anterior, para la Sala Electoral del Consejo de Estado no cabe duda de que, la prohibición contemplada de los artículos 38.7 y 39 de la Ley 617 de 2000 tiene como extremo temporal final la fecha de la nueva inscripción.

La anterior conclusión, además, resulta del todo acertada ya que, si lo que contiene la norma en comento es una prohibición para inscribirse, aquella se vaciaría en su contenido y finalidad si su extremo temporal final se computase en relación con la elección y no con la inscripción, máxime cuando sólo la segunda depende de la voluntad del candidato.”

El análisis del caso concreto

(...)

El caso que ocupa la atención de la Sala se gobierna por la Ley 617 de 2000 (artículos 38.7 y 39) pero con las modificaciones introducidas por la Ley 1475 de 2011.

Con fundamento en aquellas normas, y en la jurisprudencia actualmente vigente de esta Sección se tiene que, los alcaldes no pueden, mientras ostenten tal calidad, ni 12 meses después, inscribirse como candidatos para ocupar otro cargo de elección popular en la misma circunscripción electoral.

En los términos arriba descritos, el elemento temporal de la prohibición legal, que se estableció originalmente en 24 meses por el legislador del 2000, y que fuere reducido a 12 por el legislador estatutario de 2011, se delimita con fundamento en dos extremos temporales distintos: uno inicial y otro final.

En ese sentido, el numeral 7º del artículo 38 de la Ley 617 de 2000, señala que el alcalde no podrá inscribirse como candidato a cualquier cargo o corporación de elección popular mientras detente tal dignidad. Y, en aplicación del artículo 39 -versión actual-, tampoco podría hacerlo dentro de los 12 meses siguientes, en la respectiva circunscripción.

De estos preceptos, tradicionalmente, se han derivado dos extremos a partir de los cuales se impone el análisis del caso concreto. El primero -extremo temporal inicial- se refiere al momento a partir del cual se dejó de detentar la calidad de alcalde, lo que ocurrió, en el caso que nos ocupa, con la renuncia al cargo por parte de la demandada². El segundo -extremo temporal final-, la fecha de la nueva inscripción del candidato ya que, ciertamente, lo que contiene la norma es una prohibición para inscribirse.

De esta manera, si entre un extremo temporal y otro, transcurrieron más de 12 meses, la nueva elección no estará afectada por el desconocimiento de los artículos 38.7 y 39 de la Ley 617 de 2000 en consonancia con la modificación de la Ley 1475 de 2011. Sin embargo, si el lapso es inferior, la nueva elección tendrá un vicio de legalidad ya que el candidato que resultó elegido está inmerso en una inhabilidad.

Pues bien, ocurre que la demandada fue elegida como alcaldesa del municipio de Albania (La Guajira) para el período 2012-2015 y ocupó tal dignidad hasta el 21 de julio de 2014, fecha en la que le fue aceptada la renuncia presentada.

Pese a lo anterior, la señora Pinto Pérez el 25 de junio de 2015 se inscribió como candidata a la gobernación de La Guajira para las recientes elecciones territoriales de 2015.

Entonces, como entre el 21 de julio de 2014 -extremo temporal inicial aplicable al caso concreto- y el 25 de junio de 2015 -extremo temporal final aplicable al caso concreto-, ciertamente, transcurrieron menos de los 12 meses que exigen los artículos 38.7 y 39 de la Ley 617 de 2000, en consonancia con la modificación de la Ley 1475 de 2011, se impone a la Sala Electoral de esta Corporación anular la elección de la demandada al cargo de gobernadora de La Guajira, como en efecto se dispondrá en la parte resolutive de esta providencia.”

De los efectos de la decisión anulatoria

(...) Para la Sala, en tratándose de nulidades electorales por vicios subjetivos -causales 5 y 8 del artículo 275 del CPACA-, los efectos anulatorios retroactivos no son compatibles con el ordenamiento jurídico³, de forma que aceptar una ficción jurídica según la cual se genera inexistencia del acto con ocasión de su nulidad, crea una ruptura con la realidad material y jurídica, que resulta en contra del sistema democrático mismo.

2 En relación con el extremo temporal inicial de esta prohibición, la Sección Quinta del Consejo de Estado, un uso de sus atribuciones legales como sala de cierre en material electoral, efectuará unificación de jurisprudencia, a manera de jurisprudencia anunciada, que, por tal virtud, tendrá aplicación sólo a futuro y no para el caso concreto.

3 Cfr. Auto de 3 de marzo de 2016. Demandado: Gobernador de Caldas. Exp. 2016-00024. C.P. Lucy Jeannette Bermúdez Bermúdez.

De conformidad con lo anterior, y en atención al precedente expuesto por la Sala en Sentencia del 26 de mayo de 2016, corresponde al juez fijar los efectos de sus propias sentencias.

Ahora, habrá de entenderse que, al menos en materia electoral, la regla general sobre los efectos de la declaratoria de nulidades subjetivas, es que aquellos serán hacia el futuro *-ex nunc-* en consideración a la teoría del acto jurídico que distingue entre la existencia, validez y eficacia, como escenarios distintos del acto -administrativo o electoral-; y en respeto a la “*verdad material y cierta*”, por encima de la mera ficción jurídica.

Jurisprudencia Anunciada: (i) Del extremo temporal inicial de la incompatibilidad prevista, para alcaldes y gobernadores, en los artículos 31.7 y 32 y.7 y 39 de la Ley 617 de 2000 y (ii) Del alcance de la aplicación del principio pro homine en materia electoral

La Sala debe preguntarse si se halla vigente entendimiento de la jurisprudencia actual en relación con el extremo temporal inicial de la prohibición contenida en los artículos 31.7 y 32 y.7 y 39 de la Ley 617 de 2000. En otras palabras, corresponde a la Sala determinar hacia el futuro⁴ si el hecho de que la persona elegida como alcalde o gobernador, presente renuncia antes del vencimiento del período para el cual fue elegido, válidamente puede enervar tal prohibición.

(...)

Para la Sala, entonces, en el análisis de la prohibición contenida en los artículos 38, numeral 7º y 39 de la Ley 617 de 2000, no se puede dejar de lado el advenimiento de las normas de corrección que el constituyente derivado tuvo que dictar en razón de interpretaciones que estaban generando problemas institucionales, como entre otras -Actos Legislativos Nos. 1 de 2003 y 1 de 2009- que se expidieron con el fin de fortalecer el sistema democrático, reformas que, sin lugar a dudas, implican un cambio del contexto normativo que obligan a reconsiderar los fundamentos de la decisión del juez constitucional.

(...)

Expuesto lo anterior, y demostrado que el contexto en que debe analizarse el supuesto normativo de los artículos 38.7 y 39 de la Ley 617 de 2000 ha cambiado también es importante advertir por la Sala, que las normas constitucionales que sirvieron de parámetro de control a la Corte Constitucional para excluir del ordenamiento el aparte “así mediara renuncia” derechos a la igualdad, artículo 13, y a ser elegido, artículo 40, exigen hoy ser valorados y si se quiere ponderados, frente a otros principios igualmente fundamentales en el ordenamiento constitucional, principios que el Tribunal Constitucional no pudo examinar debido a que aquel se elaboró con anterioridad a la expedición del Acto Legislativo Número 2 de 2002, el cual, se reitera, impuso a efectos del régimen electoral, la concepción objetiva -por oposición a la subjetiva- del periodo de quienes resultaren elegidos popularmente.

Análisis de la prohibición que contempla el numeral 7º del artículo 37 de la Ley 617 de 2000, desde el papel que juega el juez electoral en el mantenimiento del sistema democrático

(...)

Para la Sala, entonces, en el análisis de la prohibición contenida en los artículos 38, numeral 7º y 39 de la Ley 617 de 2000, no se puede dejar de lado el advenimiento de las normas de corrección que el constituyente derivado tuvo que dictar en razón de interpretaciones que estaban generando problemas institucionales, como entre otras -Actos Legislativos Nos. 1 de 2003 y 1 de 2009- que se expidieron con

⁴ Quiere esto decir que el caso que ocupó la atención de la Sala no fue juzgado con fundamento en este nuevo criterio que se expone, a manera de jurisprudencia anunciada, con el fin de preservar el principio de seguridad jurídica.

el fin de fortalecer el sistema democrático, reformas que, sin lugar a dudas, implican un cambio del contexto normativo que obligan a reconsiderar los fundamentos de la decisión del juez constitucional.

Ese cambio de contexto, impone al juez electoral la necesidad de fijar una regla de interpretación de conformidad con la realidad normativa vigente, hecho que exige una hermenéutica en la que se determine si el único aspecto que puede tenerse en cuenta para el análisis de los contenidos normativos de las prohibiciones, inhabilidades e incompatibilidades, debe ser, exclusivamente, los derechos del elegido *-pro homine-*, dejando de lado otros principios que también son fundamentales en el marco de un sistema democrático *-pro hominum* (humanidad), *pro electoratem* (electorado) o *pro sufragium* (electores)-.

(...)

Ha de entenderse, entonces, que, a partir de la elección, surge para quien resulta electo en un cargo uninominal, un compromiso de cumplir el mandato otorgado, en dos extremos claros: (i) el programa de gobierno que presentó para ser elegido; (ii) el tiempo o plazo estipulado por la norma constitucional o legal para el efecto.

Así, la renuncia a un cargo en donde ha mediado el querer popular, por ejemplo, para acceder a otras dignidades, implica, en sí mismo, la defraudación de ese mandato y, por tanto, ha de entenderse que la misma debe tener consecuencias como aquella según la cual, la renuncia no puede enervar la prohibición que contemplan los artículos 31.7, 32, 38.7 y 39 de la Ley 617 de 2000.

El carácter democrático y pluralista del Estado colombiano, a partir del principio de soberanía popular, en los términos del preámbulo y el artículo 3 de la Carta, necesariamente imponen al intérprete hacer pronunciamientos que tiendan a favorecer al cuerpo electoral antes que al elegido, en tanto el mismo sistema democrático se funda en el respeto de esa voluntad popular, la que se ve frustrada cuando aquel, en uso del poder conferido, decide renunciar a su mandato, entre otras razones, para buscar el acceso a otras dignidades.

(...)

Así, no es que la Sala desconozca que el elegido puede renunciar en cualquier momento al mandato que le fue otorgado como también lo es que trascurrido un año del mismo aquel le puede ser revocado, -Ley 131 de 1994, modificada por la Ley 741 de 2002-. Solo que la dimisión no le da el derecho a acceder a otro cargo de elección popular hasta tanto no transcurra el período para el cual fue electo, pues el compromiso con los electores era la permanencia y la terminación efectiva del mismo.

(...)

Bajo este entendido, se puede concluir que el análisis de la prohibición que contemplan los artículos 31.7, 32, 38.7 y 39 de la Ley 617 de 2000, no pueden tener como únicos referentes los derechos a la igualdad y el de ser elegido de quien decidió dejar un cargo de elección popular para presentarse a otro de la misma naturaleza, en tanto, este examen resulta incompleto al excluir los principios en los que también se funda el Estado, como el de la soberanía popular, consagrado en el preámbulo y artículo 3 de la Carta, principios que necesariamente imponen una interpretación del texto constitucional que compaginen los derechos del elegido y del cuerpo electoral, en tanto, se insiste, este resulta defraudado cuando el elegido decide renunciar y luego busca el acceso a otras dignidades, dejando de lado el mandato que le fue otorgado.

Si bien es cierto el elegido tiene derecho a renunciar a un cargo que ha obtenido por mandato popular, ese mismo mandato, le impone que, mientras dure el período para el cual fue electo, no puede buscar el favor del electorado para acceder a otros de mayor jerarquía en la estructura estatal.

Por tanto, afirmar que se vulnera el derecho a la igualdad de quien renunció no es acertado, en tanto el parámetro de comparación no puede ser los derechos de los otros candidatos ni el alcalde o

gobernador que decide terminar el período, pues, en el primer caso, quien aspira no fue investido del mandato popular y, en el segundo caso lo está cumpliendo.

Es decir, la medida para efectuar el análisis, es precisamente, el aspecto que no pudo ser objeto de examen por el Tribunal Constitucional en su sentencia del año 1995: la incidencia que tiene la renuncia en los principios en que se estructura el Estado Democrático que tiene en los principios de la soberanía popular, la participación ciudadana, la legitimidad democrática, entre otros, mediante el mandato popular programático y con la posibilidad de revocatoria, una de sus expresiones.

Lo expuesto en precedencia, permite a la Sala señalar que el vocablo período, para efectos de determinar la prohibición que se consagra en los artículos 38.7 y 39 de la Ley 617 de 2000, objeto de análisis, debe ser entendida desde un única perspectiva: la institucional u objetiva en tanto el mandato otorgado implica que el mismo se ejerza durante el espacio temporal fijado en el ordenamiento constitucional, por cuanto hoy en día es elemento normativo de la descripción típica.

Las anteriores conclusiones constituyen jurisprudencia anunciada electoral y, por tanto, precedente para la resolución de futuras controversias electorales.”

Decisión: “DECLARAR LA NULIDAD del acto acusado que contiene la elección de la señora Oneida Rayeth Pinto Pérez como Gobernadora de La Guajira para el periodo constitucional 2016-2019. Esta nulidad, por virtud del artículo 288 del CPACA, implica la cancelación de la respectiva credencial y, de conformidad con lo expuesto en la parte considerativa de esta providencia, tendrá efectos ex nunc.

UNIFICAR JURISPRUDENCIA en los términos del artículo 270 del CPACA, en relación con: (i) la definición del extremo temporal inicial de la incompatibilidad prevista, para alcaldes y gobernadores, en los artículos 31.7 y 32 y 39 de la Ley 617 de 2000, (ii) el alcance de la aplicación de los principios pro homine y pro electoratem en materia electoral y (iii) los efectos de la declaratoria de nulidades electorales por vicios subjetivos.

ADVERTIR a la comunidad en general que las consideraciones expuestas en esta providencia en relación con los temas objeto de unificación constituyen precedente y tendrán aplicación hacia futuro.

COMUNICAR esta providencia al Presidente de la República, la Registraduría Nacional del Estado Civil y al Consejo Nacional Electoral para lo de su competencia.

ADVERTIR a los sujetos procesales que contra lo resuelto no procede ningún recurso.”

LUCY JEANNETTE BERMÚDEZ BERMÚDEZ
Presidenta

ROCÍO ARAÚJO OÑATE
Consejera de Estado
CARLOS ENRIQUE MORENO RUBIO
Consejero de Estado
ALBERTO YEPES BARREIRO
Consejero de Estado

CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCIÓN QUINTA

Consejero ponente: ALBERTO YEPES BARREIRO

Bogotá D.C., veintitrés (23) de junio dos mil dieciséis (2016)

Radicación número: 11001-03-28-000-2016-00008-00

Actor: DONYS RODOLFO RIVERO DE HOYOS

Demandada: LILIANA MILENA QUIROZ AGUAS – DIRECTORA DE CORPOMOJANA

Asunto: Fallo de única instancia que negó las pretensiones de la demanda, pues no se acreditó el vicio de expedición irregular, por no haber resuelto las recusaciones presentadas contra los miembros del consejo directivo conforme a lo establecido en el artículo 12 del CPACA, ni el de falta de competencia alegados por el Actor.

Extracto: “*Aunque de una lectura desprevenida del artículo 12 del CPACA parecería desprenderse que dicha norma no resulta aplicable para la resolución de impedimentos y recusaciones presentadas en el marco de las actuaciones administrativas adelantadas por los órganos de dirección y administración de las corporaciones autónomas, toda vez que, dichos cuerpos no tienen un “superior” en el sentido estricto de la palabra y al ser parte de una entidad autónoma tampoco tienen “cabeza del respectivo sector administrativo” que supla la ausencia de superior.*”

Lo cierto es que una hermenéutica sistemática de la norma permite concluir que aquella sí tiene aplicación en las actuaciones administrativas, de carácter electoral, que adelantan las corporaciones autónomas regionales.

Esto es así si se tiene en cuenta la autonomía con que la Constitución Política ha dotado a estas entidades¹, lo cual deviene en una aplicación especial de la regla contenida en el mencionado artículo.

En efecto, en estos casos al no existir “superior” o “cabeza del respectivo sector administrativo”² que pueda resolver los impedimentos o recusaciones presentadas en relación con uno de los integrantes del Consejo Directivo, se colige que a quien corresponde resolver tal circunstancia es, justamente, al resto de los integrantes del señalado cuerpo colegiado. Con ello se garantiza que estas entidades resuelvan sus asuntos sin la interferencia de otra autoridad administrativa, preservando la autonomía constitucionalmente consagrada.

En este sentido, permitir que sean los integrantes del Consejo Directivo los que resuelvan los impedimentos o recusaciones de uno de los miembros del cuerpo colegiado, garantiza la finalidad de la regla establecida en la mencionada norma, esto es, imparcialidad, toda vez que dicha situación puede afectar la competencia subjetiva de uno o algunos de sus integrantes.

Así, siempre que no se afecte el quorum para decidir³, la recusación debe ser resuelta por los demás miembros del cuerpo colegiado, todo con el fin de evitar, de un lado, que se comprometa la objetividad

1 ARTICULO 150. Corresponde al Congreso hacer las leyes. Por medio de ellas ejerce las siguientes funciones:

(...) 7. Determinar la estructura de la administración nacional y crear, suprimir o fusionar ministerios, departamentos administrativos, superintendencias, establecimientos públicos y otras entidades del orden nacional, señalando sus objetivos y estructura orgánica; reglamentar la creación y funcionamiento de las Corporaciones Autónomas Regionales dentro de un régimen de autonomía; así mismo, crear o autorizar la constitución de empresas industriales y comerciales del estado y sociedades de economía mixta.

2 Ya que estos escenarios están diseñados para las entidades que integran la rama ejecutiva y no para las autónomas.

3 En el hipotético caso en que el que la recusación o el impedimento comprometa a la totalidad de los miembros o a la mayoría de los integrantes del consejo directivo, afectando el quorum, en virtud de los artículos 8º y 48 de la Ley 153 de 1887 la única

que se pide en una actuación administrativa electoral y, de otro, que se sacrifique la autonomía de la Corporación Autónoma Regional.

(...)

*Bajo este panorama, para la Sala no cabe duda que en el procedimiento que se llevó a cabo para realizar la elección de la señora **Quitroz Aguas** se observó el trámite que el artículo 12 del CPACA establece para la resolución de recusaciones, comoquiera que este :*

- i) Fue decidido por el “superior” de la servidora recusada, esto es, por el Consejo Directivo en sí mismo considerado, conforme a los lineamientos expuestos en el acápite que precede.*
- ii) Se dio traslado de la recusación presentada y la señora Quintero Ballestero rechazó la causal de recusación alegada.*
- iii) La actuación se detuvo hasta tanto no se resolvió si la señora Quintero Ballestero podía o no participar de forma imparcial en la elección del director, pues, como se evidenció, basta que la recusación no fue resuelta el Consejo Directivo no votó para la designar al director de CORPOMOJANA.*

De lo expuesto se puede colegir que el cargo de expedición irregular no se configuró porque, como se explicó, la recusación presentada no debía ser resuelta por la Asamblea Corporativa de CORPOMOJANA ni por la Procuraduría General, pues la potestad para resolver sobre ese punto la tenía, conforme a los parámetros expuestos por la Sección, el consejo directivo objetivamente considerado.

Tampoco se encuentra probado el cargo de falta de competencia, pues no se puede perder de vista que aquel estaba sujeto a que se determinara si la recusación había sido resuelta o no por la autoridad que la ley previó para el efecto. En consecuencia, como se encontró que la recusación sí fue resuelta de forma idónea y por el órgano competente es evidente que el Consejo Directivo no tenía, como lo aduce el Actor, suspendida su competencia para elegir al director de CORPOMOJANA. Por consiguiente, dicha censura también debe ser negada.”

Decisión: “NEGAR las pretensiones de la demanda de nulidad electoral en contra del acto que declaró elegida a la señora Liliana Milena Quiroz Aguas como directora General de CORPOMOJANA para el periodo institucional 2016-2019.

ADVERTIR a los sujetos procesales que contra lo resuelto no procede ningún recurso.”

LUCY JEANNETTE BERMÚDEZ BERMÚDEZ
Presidenta

ROCÍO ARAÚJO OÑATE
Consejera de Estado
CARLOS ENRIQUE MORENO RUBIO
Consejero de Estado
ALBERTO YEPES BARREIRO
Consejero de Estado

regla aplicable sería el artículo 12 de la Ley 1437 del 2011, en cuanto señala la competencia residual de la Procuraduría General de la Nación.

CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCIÓN QUINTA

Consejero ponente: ALBERTO YEPES BARREIRO

Bogotá D.C, siete (7) de julio dos mil dieciséis (2016)

Radicación número: 11001-03-28-000-2016-00031-00

Actor: DIANA ELIZABETH GIRALDO DÍAZ

Demandado: JHON ALEXANDER BOHÓRQUEZ CAMARGO REPRESENTANTE DEL SECTOR PRIVADO ANTE EL CONSEJO DIRECTIVO DE LA CORPORACIÓN AUTÓNOMA REGIONAL PARA LA DEFENSA DE LA MESETA DE BUCARAMANGA –CDMB–

Asunto: Fallo de única instancia que negó las pretensiones de la demanda que buscaban anular la elección de un representante del Sector Privado ante el Consejo Directivo de la CDMB, porque aquel no había aportado certificado de existencia y representación legal, pues se encontró que dicha exigencia solo era aplicable cuando la postulación se realizara por una sociedad comercial.

Extracto: “La Sección Quinta del Consejo de Estado encuentra que cuando se trate de la participación de sociedades comerciales en el procedimiento de elección del representante del sector privado el artículo 2.2.8.5A.1.3 del Decreto 1850 de 2015 es plenamente aplicable y, por consiguiente, si una de estas personas jurídicas aspira a participar en la designación y/o a postular candidato en la referida elección deberá acreditar todos y cada uno de los requisitos que contempla el artículo 2.2.8.5A.1.3 del Decreto 1850 de 2015.

Por el contrario, cuando la participación en el procedimiento de elección del representante del sector privado se pretenda por una persona natural o jurídica distinta a las sociedades comerciales no se aplicará el artículo 2.2.8.5A.1.3 del Decreto 1850 de 2015, sino directamente la Ley 99 de 1993.

(...)

Caso concreto

(...) el demandado se presentó al procedimiento de elección como una persona natural que ejerce una actividad privada, lucrativa y lícita, es decir, como comerciante y no como una sociedad, a su caso no le eran aplicable el artículo 2.2.8.5A.1.3 del Decreto 1850 de 2015. Esto significa que para examinar si el acto del 25 de noviembre de 2015 se encuentra viciado de nulidad no se tendrá en cuenta lo estipulado en la norma in cita, sino lo que la Ley 99 de 1993, estatuyó para la elección de los representantes del sector privado ante el consejo directivo de las corporaciones autónomas.

Como ha quedado decantado a lo largo de este texto el artículo 26 de la Ley 99 de 1993 establece que el consejo directivo estará conformado por 2 representantes del sector privado; por su parte, el artículo 28 ibídem establece que la elección deberán realizarla los miembros de dicho sector. Así pues, para determinar si el demandado acreditó o no los requisitos necesarios para fungir como representante -suplente- del sector privado ante el Consejo Directivo de la CDMB es imperioso establecer si aquel hace parte del sector privado.

Al respecto, en el expediente se encuentra acreditado que:

- *El señor Jhon Alexander Bohórquez Camargo es comerciante de conformidad con el artículo 10 del Código de Comercio, pues está registrado como tal en el registro de matrícula mercantil de la ciudad de Bucaramanga. (Fl. 12)*
- *El demandado tiene como actividad económica principal el “comercio al por mayor de productos alimenticios” y como secundaria la comercialización al por menor de carnes, incluyendo aves de corral, productos cárnicos, pescados y mariscos en establecimientos especializados. (Fl.12)*

- *El demandado tiene un establecimiento de comercio denominado Frigorífico del Oriente el cual ostenta la condición de pequeña empresa de conformidad con lo establecido en el numeral 1º del artículo 2 de la Ley 1429 de 2010.¹ (Reverso del folio 12)*

Como puede observarse y desde la perspectiva de la Ley 99 de 1993 el demandado sí hace parte del sector privado, y por ende puede desempeñarse como su representante suplente ante el consejo directivo de la CDMB, toda vez que, aquel ejerce una actividad comercial lícita de carácter privado en la jurisdicción de la corporación autónoma, sin que por las razones expuestas en el acápite 5.2 de esta providencia le sea aplicable el requisito contemplado en el artículo 2.2.8.5.A.1.3 del Decreto 1850 de 2015.

En este mismo sentido, es de señalar que tampoco el acto se encuentra viciado de nulidad porque se permitió la participación del demandado como persona natural en el proceso de elección de los representantes del sector privado, toda vez que, contrario a lo señalado por la parte actora, la Ley 99 de 1993 no delimitó ni señaló que dicho sector solo estuviera conformado por personas jurídicas, siendo claro que, como se explicó, cuando la participación en el procedimiento de elección del representante del sector privado se pretenda por una persona natural o jurídica distinta a las sociedades comerciales no es aplicable el artículo 2.2.8.5.A.1.3 del Decreto 1850 de 2015, sino directamente la Ley 99 de 1993.

Por las consideraciones que preceden, la Sala Electoral del Consejo de Estado encuentra que no fue desvirtuada la legalidad del acto del 25 de noviembre de 2015 a través del cual se designó como representante suplente del sector privado ante el consejo directivo de la CDMB al señor Bobórquez Camargo y así se declarará en la parte resolutive de esta providencia.”

Decisión: “NEGAR las pretensiones de la demanda de nulidad electoral en contra del acto que declaró elegida al señor Jhon Alexander Bohórquez Camargo como representante suplente del sector privado ante el consejo directivo de la CDMB para el periodo institucional 2016-2019, por los motivos descritos en la parte motiva de esta providencia.

ADVERTIR a los sujetos procesales que contra lo resuelto no procede ningún recurso.”

LUCY JEANNETTE BERMÚDEZ BERMÚDEZ
Presidenta

ROCÍO ARAÚJO OÑATE
Consejera de Estado
CARLOS ENRIQUE MORENO RUBIO
Consejero de Estado
ALBERTO YEPES BARREIRO
Consejero de Estado

* * *

CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCIÓN QUINTA

Consejero ponente: ALBERTO YEPES BARREIRO

Bogotá, siete (7) de julio de dos mil dieciséis (2016)

Radicación número: 76001-23-33-000-2015-01487-01 (acumulado)

Actor: MARY JULIETH CORTÉS ANDRADE Y JOHANN WOLFGANG PATIÑO CÁRDENAS

¹ Dicha norma contempla: “Pequeñas empresas: Para los efectos de esta ley, se entiende por pequeñas empresas aquellas cuyo personal no sea superior a 50 trabajadores y cuyos activos totales no superen los 5.000 salarios mínimos mensuales legales vigentes.”

Demandado: MÓNICA MARÍA OROZCO VÉLEZ – CONCEJAL DE CARTAGO

Asunto: Sentencia que modifica la decisión de declarar la nulidad del acto acusado, con el fin de precisar que ésta tendrá efectos ex nunc. Se solicita la nulidad de la elección de la demandada como concejal de Cartago por violación de la causal de inhabilidad consagrada en el numeral 4º del artículo 43 de la Ley 136 de 1994, modificado por el artículo 40 de la Ley 617 de 2000, según la cual no podrá ser inscrito como candidato ni elegido concejal “[q]uien tenga vínculo por matrimonio, o unión permanente, o de parentesco en segundo grado de consanguinidad, primero de afinidad o único civil, con funcionarios que dentro de los doce (12) meses anteriores a la elección hayan ejercido autoridad civil, política, administrativa o militar en el respectivo municipio o distrito (...)” En síntesis, los Actores manifestaron que en atención a lo dispuesto en esta norma la demandada no podía ser elegida como concejal de Cartago porque su hermana, la señora Alejandra Orozco Vélez, dentro de los doce meses anteriores a la elección fue nombrada en encargo como secretaria de salud del municipio de Cartago.

Extracto: “De acuerdo con el numeral 4º del artículo 43 de la Ley 136 de 1994, modificado por el artículo 40 de la Ley 617 de 2000, para que se configure esta inhabilidad se requiere demostrar que el pariente del demandado “baya ejercido” autoridad civil, política, administrativa o militar.

En relación con este elemento de la inhabilidad, la Sección ha reconocido que se puede materializar aún en aquellos casos en los cuales la autoridad es ejercida en una situación administrativa de encargo.

Así se sostuvo en la sentencia de 06 de mayo de 2013, caso análogo al que ocupa actualmente la Sala, en la cual se confirmó la providencia que había declarado la nulidad de la elección del Gobernador de Caldas por violación de la inhabilidad prevista en el numeral 5º del artículo 30 de la Ley 617 de 2000, cuyos términos son similares a la inhabilidad objeto de discusión en el sub judice.

En dicho caso, se concluyó que la citada inhabilidad se había configurado porque se demostró que la esposa del demandado había sido nombrada en encargo, dentro del período inhabilitante, como Secretaria de Hacienda de un municipio comprendido en el departamento para el cual el demandado había sido elegido como Gobernador. (...)

De acuerdo con este precedente, en el presente caso no le asiste razón al recurrente cuando afirma que la hermana de la demandada no ejerció autoridad administrativa en virtud de su nombramiento en encargo como Secretaria de Salud de Cartago, por considerar que durante dicha situación administrativa la señora Alejandra Orozco Vélez no se desprendió de las funciones propias del cargo que venía ejerciendo antes de tal designación provisional.²

En efecto, como se desprende del precedente citado, la situación administrativa del encargo trae implícito el desempeño de las funciones constitucionales y legales asignadas al titular del cargo, razón por la cual en el sub judice debe entenderse que las funciones propias del cargo de Secretario de Salud pasaron a ser ejercidas por la señora Alejandra Orozco Vélez en virtud del encargo realizado.

Por lo tanto, la Sala entrará a analizar si el ejercicio del cargo de Secretario de Salud conlleva el ejercicio de autoridad administrativa.

De acuerdo con el criterio orgánico establecido en el artículo 190 de la Ley 136 de 1994, entre los funcionarios que pueden ejercer dirección administrativa se encuentran los secretarios de la alcaldía:

“ARTÍCULO 190. DIRECCIÓN ADMINISTRATIVA. Esta facultad además del alcalde, la ejercen los secretarios de la alcaldía, los jefes de departamento administrativo y los gerentes o jefes de las entidades descentralizadas, y los jefes de las unidades administrativas

2 De acuerdo con las contestaciones de la demandas, la señora Alejandra Orozco Vélez, antes de ser nombrada en encargo como Secretaria de Salud de Cartago, ejercía el cargo de Profesional Universitaria.

especiales, como superiores de los correspondientes servicios municipales. (...).” (Subrayado y resaltado en negrilla por fuera del texto original)

Así mismo, del análisis de las funciones del cargo de Secretario de Salud del municipio de Cartago contenidas en el Decreto 010 de 10 de marzo de 2015, expedido por el Alcalde de esta entidad territorial,³ se destacan las siguientes que implican el ejercicio de autoridad administrativa:

“1. Formular el Plan de Salud Territorial, y el plan operativo anual, de acuerdo con los lineamientos establecidos en el Plan Nacional de Salud (...)

2. Formular, ejecutar y evaluar el Plan de salud pública municipal y el Programa Ampliado de Inmunizaciones (...)

3. Dirigir, coordinar y controlar las direcciones a su cargo.

4. Aplicar los procedimientos de vigilancia y control a los organismos del Sistema de Salud Pública y Seguridad Social en Salud del Municipio de Cartago, relación con la prestación de los servicios de promoción de la salud y prevención de la enfermedad. (...)

7. Orientar y supervisar el funcionamiento del Hospital Local de Cartago – Empresa Social del Estado y demás instituciones que presten servicios de Salud en el Municipio. (...)

9. Gestionar la celebración de los contratos de aseguramiento de la población pobre subsidiada del Municipio y realizar los procesos de interventoría de acuerdo con la normatividad vigente, los convenios y contratos suscritos con los diferentes sectores (sic) del SGSSS. (...)

11. Planear, orientar, coordinar, ejecutar, evaluar y controlar los planes de desarrollo de las comunidades, especialmente en los sectores vulnerables, en materia de seguridad alimentaria y nutrición de los niños vinculados al Sistema Educativo Municipal, según la normatividad, político y directriz del Ministerio de Salud y Protección Social. (...)

14. Conocer, divulgar, vigilar y controlar el cumplimiento de las políticas, programas y normas técnicas, científicas y administrativas que expida el Ministerio de Salud y Protección Social, para garantizar el logro de las metas del sector salud y del Sistema General de Seguridad Social en Salud y las de inspección, vigilancia y control de salud pública y sanitaria en el municipio. (...)

18. Gestionar el recaudo, flujo y ejecución de los recursos con destinación específica para salud del municipio, y administrar el Fondo Local de Salud.

19. Evaluar el desempeño laboral de los funcionarios de carrera administrativa y en período de prueba a su cargo de acuerdo a las disposiciones legales vigentes y las directrices de la Comisión Nacional de Servicio Civil. (...).”

Consecuentemente la Sala concluye que al traer la situación administrativa de encargo implícitas las anteriores funciones, la señora Alejandra Orozco Vélez, en su calidad de Secretaria de Salud Encargada del municipio de Cartago, ejercía autoridad administrativa.

Ahora bien, en el recurso de apelación interpuesto por el apoderado de la demandada contra la sentencia de primera instancia se insiste en que la señora Alejandra Orozco Vélez no ejerció autoridad administrativa porque según una certificación expedida por el Secretario de Desarrollo Humano de Cartago las funciones de contratación y del manejo de personal de los funcionarios de planta de la Alcaldía se encuentran en cabeza del Alcalde.

3 Ver folios 105 a 111 del cuaderno correspondiente al expediente 2015-1487.

Para la Sala este argumento resulta infundado, pues como se evidenció previamente, tanto desde el punto de vista orgánico, según lo dispuesto en el artículo 190 de la Ley 136 de 1994, como a partir de la naturaleza de las funciones propias del cargo señaladas en el Decreto 010 de 10 de marzo de 2015, las cuales no se circunscriben a la celebración de contratos o manejo de personal, sino que se extienden a aspectos tales como la inspección, vigilancia y control de las de las entidades encargadas de la prestación del servicio de salud en el municipio, se puede concluir que el ejercicio del cargo de Secretaria de Salud de Cartago lleva implícito el ejercicio de autoridad administrativa.

Realizadas las anteriores precisiones, la Sala estudiará si para la configuración de la inhabilidad objeto de discusión, como lo sostiene el recurrente, se requiere que la pariente de la demandada haya ejercido materialmente la autoridad durante el período en el cual fue nombrada en dicho cargo.

En el precedente anteriormente citado de 06 de mayo de 2013, la Sección concluyó que para la configuración de la inhabilidad originada en el ejercicio de autoridad por parientes, no se requiere el ejercicio material de las funciones propias del cargo para que se pueda predicar la existencia de la autoridad, sino que este requisito se debe tener como demostrado si las solas funciones atribuidas al cargo implican el ejercicio de autoridad. (...)

De conformidad con este precedente, se concluye que en el sub judice se encuentra acreditado el elemento de autoridad previsto en la inhabilidad consagrada en el numeral 4º del artículo 43 de la Ley 136 de 1994, modificado por el artículo 40 de la Ley 617 de 2000, toda vez que no se requería demostrar que la pariente de la demandada hubiera ejercido materialmente autoridad administrativa durante el período en el cual ejerció el cargo de Secretaria de Salud Encargada del municipio de Cartago, sino que el ejercicio de la autoridad se desprende de la naturaleza de las funciones propias del cargo.

En resumen, se concluye sin ambages que en el presente caso se encuentra demostrado en el proceso que la señora Alejandra Orozco Vélez ejercía autoridad administrativa porque: (i) al haber sido nombrada en encargo como Secretaria de Salud del municipio de Cartago, dicha situación administrativa trajo implícito el desempeño de las funciones constitucionales y legales asignadas al titular del cargo; (ii) de acuerdo con el artículo 190 de la ley 136 de 1994 y la naturaleza de las funciones del cargo de Secretario de Salud del municipio de Cartago, se desprende que este cargo conlleva el ejercicio de autoridad administrativa; y, (iii) para que se predique el ejercicio de la autoridad administrativa, no se requería demostrar que la hermana de la demandada hubiera ejercido materialmente o efectivamente las funciones asignadas al cargo. (...)

2.5.8. De los reproches contra la parte resolutive de la sentencia recurrida

De acuerdo con lo expuesto, al igual que el a quo, la Sala considera que se encuentran configurados los elementos de la inhabilidad consagrada en el numeral 4º del artículo 43 de la Ley 136 de 1994, modificado por el artículo 40 de la Ley 617 de 2000.

Ahora bien, en la sustentación del recurso de apelación interpuesto contra la sentencia de primera instancia, el apoderado de la demandada formuló dos reproches contra lo dispuesto en la parte resolutive de dicha providencia judicial: (i) en primer lugar, cuestionó que simplemente se hubiera declarado la nulidad de la elección de la demandada y no se hubiera ordenado expresamente la nulidad parcial del acto contentivo de dicha elección; y, (ii) en segundo lugar, que se hubiera ordenado la elección del siguiente candidato con el mayor número de votos y la expedición de la respectiva credencial, por no tratarse el sub judice de un proceso electoral de carácter objetivo.

En lo concerniente al primer reproche, la Sala considera que la orden impartida por el Tribunal, consistente en declarar nula la elección de la demandada como Concejal de Cartago, para el período 2016-2019, lleva implícita la nulidad parcial del acto contentivo de dicha elección, razón por la cual ésta fue impartida adecuadamente.

En relación con el segundo reproche, la Sala considera que deben revocarse los numerales tercero y cuarto de la parte resolutive de la decisión recurrida por los siguientes motivos:

Las consecuencias de la declaratoria de nulidad en el medio de control de nulidad electoral están reguladas en el artículo 288 del C.P.A.C.A. (...)

De acuerdo con lo dispuesto en el numeral 3º de esta norma, en las sentencias que dispongan la nulidad del acto de elección por causales subjetivas, el juez debe ordenar la nulidad del acto y la cancelación de la respectiva credencial que se bará efectiva a la ejecutoria de la sentencia, sin que sea posible ordenar la elección de quienes resulten finalmente elegidos, consecuencia prevista en el numeral 2º para los procesos de nulidad electoral por causales objetivas.

Por tal razón, en atención a lo dispuesto en el artículo 288 del C.P.A.C.A. y a que la causal de nulidad electoral invocada en el sub iudice es de carácter subjetivo, la Sala revocará los numerales de la parte resolutive de la sentencia recurrida en los que se dispuso ordenar la elección del señor Camilo Andrés Castillo Gutiérrez y la entrega de la correspondiente credencial.

2.5.9. **Efectos de la declaratoria de nulidad del acto acusado**

El artículo 288 del CPACA, norma especial electoral, se ocupa de las consecuencias de la sentencia de anulación electoral, y en lo que respecta a la anulación de elecciones por vicios subjetivos, como la que nos ocupa, dispone: “Las sentencias que disponen la nulidad del acto de elección tendrán las siguientes consecuencias: (...) 3. En los casos previstos en los numerales 5 y 8 del artículo 275 de este Código, la nulidad del acto de elección por voto popular implica la cancelación de la respectiva credencial que se bará efectiva a la ejecutoria de la sentencia”.

Sin embargo, nada dice el artículo en comento en relación con los efectos de la anulación, pues no dispone si aquellos serán hacia el futuro -desde ahora o ex nunc- o hacia el pasado -desde siempre o ex tunc-, por ello, corresponde al juez electoral, ante la ausencia de norma que los establezca, fijar los efectos de sus decisiones anulatorias, como ya lo anticipó esta Sección en reciente Sentencia de Unificación, pero para los eventos de expedición irregular⁴.

Para la Sala, en tratándose de nulidades electorales por vicios subjetivos -causales 5 y 8 del artículo 275 del CPACA-, los efectos anulatorios retroactivos no son compatibles con el ordenamiento jurídico⁵, de forma que aceptar una ficción jurídica según la cual se genera inexistencia del acto con ocasión de su nulidad, crea una ruptura con la realidad material y jurídica, que resulta en contra del sistema democrático mismo.

De conformidad con lo anterior, en atención al precedente expuesto por la Sala en Sentencia del 26 de mayo de 2016 y a que en la sentencia recurrida no se fijaron los efectos de la nulidad declarada y puso fin al proceso, corresponde a la Sala fijar los efectos de dicha providencia.

Ahora, habrá de entenderse que, al menos en materia electoral, la regla general sobre los efectos de la declaratoria de nulidades subjetivas, es que aquellos serán hacia el futuro -ex nunc- en consideración a la teoría del acto jurídico que distingue entre la existencia, validez y eficacia, como escenarios distintos del acto -administrativo o electoral-; y en respeto a la “verdad material y cierta”, por encima de la mera ficción jurídica.⁶

4 Cfr. Sentencia de 26 de mayo de 2016. Demandado: Secretario de la Comisión Sexta del Senado de la República. C.P. Carlos Enrique Moreno Rubio. Exp. 2015-00029.

5 Cfr. Auto de 3 de marzo de 2016. Demandado: Gobernador de Caldas. Exp. 2016-00024. C.P. Lucy Jeannette Bermúdez Bermúdez.

6 En similar sentido, ver Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta del Consejo de Estado. Radicación 11001-03-28-000-2015-00051-00. Sentencia de 07 de junio de 2016. Demandada: Oneida Rayeth Pinto Pérez.

Dicha regla podrá ser variada, caso a caso, por el juez electoral, dependiendo del vicio que afecte la elección y en atención a las consecuencias de la decisión en eventos en los que aquellas puedan afectar las instituciones y estabilidad democrática⁷.

*En este contexto, por tratarse de la sentencia que puso fin al proceso, debe aclararse que **los efectos anulatorios de la sentencia recurrida serán hacia el futuro o ex nunc**. De conformidad con lo anterior, y para todos los efectos legales, se tiene que la demandada ostentó la calidad de Concejal de Cartago, desde su posesión en tal dignidad, y la mantendrá, hasta la ejecutoria de esta sentencia.*

Por esta razón, se modificará el numeral primero de la parte resolutive de la decisión recurrida, con el fin de que se señale que los efectos de la declaratoria de nulidad allí ordenada serán ex nunc, es decir hacia futuro.

Decisión: “MODIFICAR el numeral primero de la parte resolutive de la sentencia dictada por el Tribunal Administrativo del Valle del Cauca en la audiencia inicial realizada el 10 de mayo de 2016, por las razones expuestas en esta providencia, así:

“PRIMERO: DECLARAR LA NULIDAD de la elección de la señora Mónica María Orozco Vélez como Concejal del Municipio de Cartago, Valle del Cauca, para el período comprendido entre el 1º de enero de 2016 y el 31 de diciembre de 2019. Esta nulidad tendrá efectos ex nunc.”

REVOCAR los numerales tercero y cuarto de la parte resolutive de la sentencia dictada por el Tribunal Administrativo del Valle del Cauca en la audiencia inicial realizada el 10 de mayo de 2016, por las razones expuestas en esta providencia.

DEVOLVER el expediente al Tribunal de origen.

ADVERTIR que contra esta providencia no procede recurso alguno

LUCY JEANNETTE BERMÚDEZ BERMÚDEZ
Presidenta
Aclara de Voto

ROCÍO ARAÚJO OÑATE
Consejera de Estado
CARLOS ENRIQUE MORENO RUBIO
Consejero de Estado
ALBERTO YEPES BARREIRO
Consejero de Estado

Aclaración de voto de la consejera Lucy Jeannette Bermúdez

Extracto: “Con el acostumbrado respeto, manifiesto las razones por las cuales aclaro mi voto en la decisión de la Sala con la cual fue modificada el numeral 1º de la parte resolutive de la sentencia del Tribunal Administrativo del Valle del Cauca, para modular los efectos del fallo al dejar expresa decisión que se entienden ex nunc.

Considero que en realidad el soporte argumentativo de la decisión, a partir de la cita de antecedentes proferidos por la Sala Electoral, no contiene el efecto que dice esta decisión y, así lo manifesté en el debate previo a la adopción de la decisión.

(...) el antecedente de 26 de mayo de 2016 (sentencia), con ponencia del Dr. Carlos Enrique Moreno Rubio, radicado 201500029, en el que se discutió la legalidad de la elección de uno de los Secretarios

7 Cfr. Fallo de 6 de octubre de 2011. Demandados: Magistrados del CNE. Exp. 2010-00120. C.P. Alberto Yepes Barreiro.

del Congreso, tan solo y por efectos de praxis administrativa, esbozó en la parte considerativa (obiter dicta) un interesante manejo de las posibilidades a tener en cuenta, en los casos en los que la irregularidad se predique de las convocatorias que inciden y dan lugar finalmente a la nulidad del acto declaratorio de elección, todo a partir del conocimiento comprobado del momento preciso en el cual emerge el vicio que incide en el acto definitivo de elección; pero, en momento alguno, se asumió la competencia de modulación de los efectos de la sentencia. Y ello encuentra mayor soporte en el hecho de que la sentencia fue denegatoria de pretensiones, así que por sustracción temática, no puede decirse que se trató de un manejo del mecanismo modulativo (...)

Adicional a lo anterior, en la providencia objeto de la aclaración, no se indicó que: “« (...) los efectos anulatorios retroactivos no son [sean] compatibles con el ordenamiento jurídico» y, mientras ello no quede en el corpus de la decisión, como obiter dicta o ratio decidendi, es inviable que se invoque como apoyo lo que no quedó documentado y materializado. (...)”

En los anteriores términos, dejo consignada mi aclaración de voto.”

* * *

**CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCIÓN QUINTA**

Consejero ponente: ALBERTO YEPES BARREIRO

Bogotá D.C, catorce (14) de julio dos mil dieciséis (2016)

Radicación número: 54000-23-23-000-2015-00509-01

Actor: JHON DANY GARCÍA HERNÁNDEZ

Demandado: JOSÉ IGNACIO RANGEL ANDRADE – CONCEJAL DEL MUNICIPIO DE LOS PATIOS (NORTE DE SANTANDER)

Asunto: Fallo de segunda instancia que confirmó la decisión de la autoridad judicial a quo de negar las pretensiones de la demanda, pues no se encontró acreditada la inhabilidad por celebración de contratos dentro de los 12 meses antes a la elección, atribuida al demandado.

Extracto: “Respecto a la inhabilidad endilgada al señor José Ignacio Rangel Andrade, como concejal de Los Patios, obran en el expediente los siguientes elementos probatorios:

- *Copia del contrato individual de trabajo a término fijo inferior a un año N° 326 suscrito el 9 de julio de 2014 entre el señor José Ignacio Rangel Andrade y la Universidad Francisco de Paula Santander (Fl. 57).*
- *Copia de la respuesta dada por la Universidad Francisco de Paula Santander al derecho de petición elevado por el accionante, en el que consta que el señor Rangel Andrade fungió como auxiliar administrativo de esa institución entre junio a diciembre de 2014 (fl. 32)*
- *Copia de la respuesta dada por la Universidad Francisco de Paula Santander al derecho de petición elevado por el accionante, en el que consta que el señor Rangel Andrade laboró en esa institución mediante contrato laboral a término fijo el cual fue suscrito el 9 de julio de 2014 y terminó el 23 de diciembre de 2014 (Fl.34).*
- *Acuerdo N° 091 de 1993 proferido por el Consejo superior Universitario de la Universidad Francisco de Paula Santander en la que consta que aquella es una entidad pública del orden departamental (Fl.128)*

Explicado lo anterior y teniendo en claro cuáles son elementos probatorios obrantes en el expediente respecto a la inhabilidad de intervención en la celebración de contratos, es viable estudiar si en el caso concreto aquella se configuró o no. Veamos:

i. **Elemento temporal**

Como se explicó, para determinar el lapso temporal de la inhabilidad es necesario contar un año hacia atrás tomando como punto de referencia el día de la elección. Teniendo en cuenta que las elecciones para autoridades territoriales en Colombia se llevaron a cabo el día 25 de octubre de 2015, el periodo inhabilitante para el demandado transcurrió entre el 25 de octubre de 2014 y el 25 de octubre de 2015.

Al respecto se encuentra acreditado¹ que el contrato de trabajo a término fijo celebrado entre el demandado y la Universidad Francisco de Paula Santander² se suscribió por fuera del periodo inhabilitante, comoquiera que aquel fue celebrado el 9 de julio de 2014, esto es, unos meses antes del lapso que la ley previó como configurativo de la inhabilidad.

Como puede observarse, el contrato que, a juicio de la parte actora, origina la inhabilidad de celebración de contratos se perfeccionó en un lapso diferente al previsto por el numeral 3º del artículo 40 de la Ley 617 de 2000, y por consiguiente, no es necesario hacer mayores elucubraciones para concluir que la inhabilidad alegada no se encuentra materializada.

Ahora bien, aunque lo anterior sería suficiente para detener el estudio del recurso y proceder a confirmar la decisión proferida por el Tribunal Administrativo de Norte de Santander, la Sala considera necesario analizar el elemento objetivo o material de la inhabilidad con el propósito de explicar por qué no es de recibo el argumento del recurrente, según el cual debe tenerse en cuenta que el contrato sí se ejecutó dentro del periodo inhabilitante para entender materializada la inhabilidad.

ii. **Elemento material**

Para el recurrente se debe tener en cuenta que la norma también habla de la ejecución como elemento constitutivo de la inhabilidad por celebración de contratos; entendimiento del cual se desprende, según su criterio, que si se materializó la inhabilidad, toda vez que, el contrato suscrito por el demandado se ejecutó dentro de los 12 meses anteriores a la elección.

Lo primero a señalar es que este argumento carece de asidero jurídico, ya que del análisis de la causal endilgada se desprende con toda claridad que la conducta prohibida es celebrar el contrato y no ejecutarlo. Es por ello que, la jurisprudencia ha entendido de forma unívoca que la conducta que materializa la inhabilidad por “celebración de contratos” es precisamente la de celebrar o suscribir un determinado negocio jurídico, de forma que es necesario que el contrato se celebre, que haya concreción en el negocio, que exista un vínculo que obligue a las partes a cumplir con las obligaciones contraídas.³

En efecto, en diversas oportunidades tanto la Sección Quinta como la Corporación misma han determinado que la inhabilidad por “celebración de contratos” se materializa con la suscripción efectiva del contrato estatal. Al respecto es ilustrativo citar la sentencia del 9 de julio de 2009 proferida por la Sala Electoral del Consejo de Estado dentro de la radicación 110010328000200600115-00 (acumulado) CP Susana Buitrago Valencia, en la que al estudiar la norma homologa prevista en la Constitución para los Congresistas coligió que:

1 Así se desprende de la copia del contrato obrante a folio 57 y de la respuesta dada por la universidad visible a folios 32 y 34.

2 Según el artículo 1º del Acuerdo N° 091 de 1993 proferido por el Consejo superior Universitario de la Universidad Francisco de Paula Santander, dicha institución es una entidad oficial de educación superior de naturaleza pública del orden departamental (fl. 128 del expediente)

3 Consejo de Estado, Sección Quinta, Sentencia del 18 de julio de 2013, radicación 47001-23-31-000-2012-00010-01. CP. Lucy Jeannette Bermúdez Bermúdez. En esta providencia se concluyó que la celebración del contrato “*implica la concreción de la intervención en un vínculo negocial que obligue a las partes contratantes, es decir, que se trate del contrato mismo*”.

*“La tipificación de la conducta que prohíbe el numeral 3 del artículo 179 superior exige para su configuración la existencia de los siguientes supuestos: 1) Sujeto pasivo de la prohibición: Candidato al Congreso (Senador - Representante a la Cámara). 2) **Conducta: Celebración de contrato.** 3) Naturaleza del contrato: La parte con quien el candidato celebra el contrato debe tener el carácter de entidad de naturaleza pública. 4) Móvil de la actuación prohibida: En interés propio o de un tercero. 5) Circunstancia de tiempo: Celebración dentro de los seis (6) meses anteriores a la fecha de la elección. 6) Circunstancia de lugar: Celebrado en la circunscripción en la que debe efectuarse la respectiva elección.”* (Negritas fuera de texto)

Lo propio sucedió en la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, la cual en el marco de la pérdida de investidura de la entonces senadora Martha Lucía Ramírez radicado 11001-03-15-000-2009-00708-00 CP. Gerardo Arenas Monsalve determinó que para la conducta prohibitiva se materializaba con la “celebración” de contratos con entidades públicas.

Así las cosas, es claro que el “verbo rector” de la inhabilidad alegada es **intervenir en la celebración** y no ejecutar, de forma tal que **aquella se configura con la celebración efectiva del respectivo contrato** dentro del lapso contemplado por la norma, independiente del momento de su ejecución.

En otras palabras, la **inhabilidad de “celebración de contratos” se materializa sí y solo sí el negocio jurídico correspondiente se celebró o suscribió dentro del periodo inhabilitante.** Cosa distinta es que también se requiera demostrar que la ejecución o cumplimiento del contrato celebrado se realizó en la respectiva circunscripción electoral en la cual el candidato resultó elegido⁴

De lo expuesto se colige, sin lugar a dudas, que aunque la “celebración” y la “ejecución” son dos elementos configurativos de la inhabilidad contemplada en la segunda parte del numeral 3º del artículo 40 de la Ley 617 de 2000, aquellos son totalmente distintos, ya que mientras el primero alude al “verbo rector” de la conducta prohibitiva, el segundo sirve para constatar que la inhabilidad se desarrolló en la circunscripción electoral correspondiente.

En suma, si se tiene en cuenta que, **para la configuración de la inhabilidad es necesario que el contrato se haya celebrado dentro del año anterior a la fecha de la elección** es evidente que en el sub judice no se encuentra acreditada la inhabilidad endilgada, debido a que el contrato entre el demandado y la Universidad Francisco de Paula Santander se suscribió o celebró por fuera del periodo inhabilitante.”

Decisión: “CONFIRMAR la sentencia del 28 de abril de 2016 a través de la cual el Tribunal Administrativo de Norte de Santander negó las pretensiones de la demanda.

DEVOLVER al Tribunal de origen para lo de su cargo.”

LUCY JEANNETTE BERMÚDEZ BERMÚDEZ
Presidenta

ROCÍO ARAÚJO OÑATE
Consejera de Estado
CARLOS ENRIQUE MORENO RUBIO
Consejero de Estado
ALBERTO YEPES BARREIRO
Consejero de Estado

⁴ En el mismo sentido, Consejo de Estado Sección Quinta, auto de Sala del 28 de abril de 2016, radicación N°25000-23-24-000-2015-02753-01 CP. Alberto Yepes Barreiro.

CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCIÓN QUINTA

Consejero ponente: ALBERTO YEPES BARREIRO

Bogotá, D.C., catorce (14) de julio de dos mil dieciséis (2016)

Radicación número: 11001-03-28-000-2016-00027-00

Actor: ÁLVARO LUÍS CASTILLA FRAGOZO

Demandado: KALEB VILLALOBOS BROCHEL – DIRECTOR GENERAL DE LA CORPORACIÓN AUTÓNOMA REGIONAL DEL CESAR

Asunto: Sentencia de única instancia que niega las pretensiones de la demanda. Se solicita la nulidad la elección del demandado como director general de CORPOCESAR por su expedición irregular.

Extracto: “El Decreto 2555 de 1997, expedido por el Presidente de la República en ejercicio de las atribuciones conferidas por el numeral 11 del artículo 189 de la Constitución Política, tuvo por objeto establecer el procedimiento para la designación del Director General de las Corporaciones Autónomas Regionales y de las Corporaciones de Régimen Especial.

Posteriormente, este Decreto fue derogado a través del Decreto 2011 de 2006, el cual fue suspendido provisionalmente por el Consejo de Estado, Sección Segunda, mediante Auto de 27 de mayo de 2011, Radicación número 1177-11.

En la actualidad las normas de carácter reglamentario que rigen el Sector Ambiente y Desarrollo Sostenible se encuentran compiladas en el Decreto Único Reglamentario 1076 de 2015, el cual, entre otras materias, regula aspectos propios de la elección de los Directores Generales de las CAR, como las calidades legales que deben reunir los candidatos para este cargo.¹

De las pruebas obrantes en el plenario, y contrariamente a lo señalado por el actor, debe resaltarse que el procedimiento para la designación del Director General de CORPOCESAR para el periodo institucional 2016-2019 estuvo regido por los parámetros previstos en el Decreto 1076 de 26 de mayo de 2015 y no en aquellos contenidos en el Decreto 2011 de 2006 o en aquellos previstos en el Decreto 2555 de 1997. (...)

Consecuentemente, no es cierto que en el procedimiento para la designación del demandado se haya aplicado el Decreto 2011 de 2006 en lugar del Decreto 2555 de 1997, puesto que la citada actuación administrativa se fundamentó exclusivamente en los parámetros señalados en el Decreto Único Reglamentario 1076 de 2015, el cual compiló las normas de carácter reglamentario que rigen el Sector Ambiente y Desarrollo Sostenible, y en las reglas señaladas autónomamente por el Consejo Directivo en la convocatoria contenida en el Acuerdo 011 de 14 de septiembre de 2015.

Por lo tanto, debido a que no se demostró que durante el procedimiento para la designación del Director General de CORPOCESAR se hubieran aplicado indebidamente los parámetros reglamentarios previstos en el Decreto 2011 de 2006 en lugar de aquellos consagrados en el Decreto 2555 de 1997, la Sala negará este cargo.

2.5.2. Sobre la expedición irregular del acto acusado por no haberse realizado las publicaciones del aviso de la convocatoria según lo dispuesto en los artículos 2º y 4º del Acuerdo 011 de 14 de septiembre de 2015

(...) En atención a lo expuesto, la Sala negará este cargo puesto que el demandado demostró en el proceso que: (i) la cobertura del diario “El Pílon”, en el cual se publicó el aviso de la convocatoria,

1 Ver el artículo 2.2.8.4.1.21 del Decreto 1076 de 2015.

no era sólo departamental; (ii) el aviso de la convocatoria fue fijado en un lugar visible de la sede de CORPOCESAR; y, (iii) si bien el cronograma no fue incluido en la publicación del aviso de convocatoria realizada en la edición física del diario “El Pílon”, en dicho medio se advirtió que el cronograma podía ser consultado en la página web de CORPOCESAR y se indicaron las fechas de recepción de las inscripciones y de sus soportes.

2.5.3. Sobre la expedición irregular del acto acusado dado que ante la ausencia de reglas sobre el quórum deliberatorio y decisorio del Comité del Consejo Directivo encargado de estudiar y evaluar las hojas de vidas de los candidatos, sus decisiones debían ser adoptadas por la totalidad de sus miembros.

(...) De las pruebas obrantes en el Radicación, en especial la copia auténtica del acta de la sesión extraordinaria del 14 de octubre de 2015 del Consejo Directivo de CORPOCESAR; la copia auténtica del formato de asistencia a la sesión extraordinaria del 14 de octubre de 2015 del Consejo Directivo de CORPOCESAR; y la copia auténtica del acta de verificación de hojas de vida expedida por el Comité; se observa que en la sesión extraordinaria del Consejo Directivo de CORPOCESAR en la que fueron presentados los resultados de la verificación de los requisitos de los participantes no participó el Alcalde Municipal de Manaure o su delegado.² Así mismo, el acta de verificación de requisitos de los participantes expedida por dicho Comité tampoco fue suscrita por este miembro.³

Sin embargo, la Sala no comparte la argumentación del Actor según la cual la ausencia de reglas en el Acuerdo 011 de 2015 sobre el quórum deliberatorio y decisorio para el funcionamiento del Comité encargado de la verificación de las hojas de vida y soportes de los aspirantes implicaba que sus decisiones debían ser adoptadas por la totalidad de sus miembros, dado que ante este vacío eran aplicables las reglas de quórum y mayorías previstas en los Estatutos de CORPOCESAR para la adopción de las decisiones del Consejo Directivo, por disposición de la remisión contenida en el artículo 1º de este Acuerdo. (...)

En atención a que los anteriores disposiciones contenidas en los Estatutos de CORPOCESAR eran aplicables respecto del Comité encargado de la verificación de las hojas de vida y soportes de los aspirantes, la Sala considera que el reproche formulado por el Actor es infundado, toda vez que las reglas de la elección sub judice no requerían que las decisiones adoptadas por dicho Comité fueran tomadas por la totalidad de sus miembros, pues éste podía deliberar con la mitad más uno de sus miembros y sus decisiones únicamente requerían del voto de la mitad más uno de los asistentes. (...)

2.5.4. Sobre la expedición irregular del acto acusado porque la verificación de las hojas de vida se realizó por fuera del término de los dos (2) días hábiles siguientes a la fecha de cierre de inscripciones y recepción de hojas de vida y soportes, previsto en el Acuerdo 011 de 14 de septiembre de 2015.

(...) El término dentro del cual debía ser realizada la verificación de requisitos de los participantes fue regulado en el artículo 8º del Acuerdo 011 de 14 de septiembre de 2015, así: (...)

De la copia auténtica del cronograma de designación del Director General de CORPOCESAR, para el período institucional 2016-2019, anexo del Acuerdo 011 de 2015, se desprende lo siguiente: (i) La realización de la inscripción y recepción de documentos estaba prevista entre los días miércoles 7 y jueves 8 de octubre; (ii) La verificación de requisitos mínimos y publicación de resultados preliminares estaba

2 Los miembros del Comité de verificación de requisitos que suscribieron la asistencia a la sesión extraordinaria del Consejo Directivo de CORPOCESAR en la que fueron presentados los resultados de la verificación fueron: el delegado del Gobernador del Cesar, el delegado del Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible, los dos representantes de los gremios productivos y el representante de las ONG.

3 El acta de verificación de requisitos de los participantes fue suscrita por: el delegado del Gobernador del Cesar, el delegado del Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible, los dos representantes de los gremios productivos y el representante de las ONG.

prevista entre los días viernes 9 y martes 13 de octubre. Sin embargo, debe tenerse en cuenta que el lunes 12 de octubre fue un día festivo. Por tal razón, esta actividad se pudo desempeñar únicamente en dos días hábiles: el viernes 9 y el martes 13 de octubre, en cumplimiento a lo dispuesto en el artículo 8º del Acuerdo 011 de 2015; (iii) La presentación del informe y listado de aspirantes, así como la publicación de los resultados obtenidos por éstos, estaba prevista para el miércoles 14 de octubre.

Ahora bien, el acta de la sesión extraordinaria del Consejo Directivo de CORPOCESAR realizada el 14 de octubre de 2015, allegada por la parte demandada en copia auténtica, prueba que en dicho día, según lo previsto en el cronograma, se realizó la presentación del informe y listado de aspirantes al cargo de Director General.

Las anteriores pruebas obrantes en el Radicación son suficientes para desvirtuar la censura realizada por el actor porque:

(i) La verificación de requisitos fue realizada en el término de dos días hábiles siguientes al cierre de inscripciones (viernes 9 y martes 13 de octubre 2015).

(ii) La presentación del informe y listado de aspirantes se realizó en la fecha prevista en el cronograma de actividades (miércoles 14 de octubre de 2015), el cual era un anexo integrante del Acuerdo 011 de 14 de septiembre de 2015.

Debido a las anteriores precisiones, la Sala negará este cargo porque se demostró que la verificación de requisitos de los aspirantes se realizó en el término previsto en el Acuerdo 011 de 2014.

2.5.5. Sobre la expedición irregular del acto acusado porque la deliberación del Consejo Directivo de CORPOCESAR para la designación del Director General de este ente autónomo para el período 2016-2019 se realizó en sesión privada, a pesar de que el Acuerdo 011 de 14 de septiembre de 2015 preveía que se debía llevar a cabo en audiencia pública.

(...) Respecto de este cargo, se considera que el actor no cumplió con la carga argumentativa necesaria para que pueda ser anulado el acto acusado, puesto que en la demanda se limitó a afirmar que “(...) la audiencia a través de la cual se llevó a cabo la deliberación para efectos de la designación del Director General de Corpocesar, se hizo en sesión privada cuando el acuerdo que rige el proceso señala que debe hacerse en audiencia pública (...)”, sin explicar el fundamento normativo preciso de esta aseveración o allegar prueba alguna al respecto.

En todo caso, la Sala evidencia que según lo dispuesto en el artículo 14 del Acuerdo 011 de 14 de septiembre de 2015, la designación del demandado debía realizarse “(...) en sesión ordinaria o extraordinaria del Consejo Directivo (...)”, como efectivamente sucedió, según lo demuestra el acta de la sesión extraordinaria del Consejo Directivo de CORPOCESAR realizada el 4 de noviembre de 2015, la cual fue allegada en copia auténtica por la parte demandada. (...)

2.5.6. Sobre la falta de competencia del Consejo Directivo de CORPOCESAR para designar un Director General Ad-hoc en el Acuerdo 011 de 14 de septiembre de 2015

(...) no existe claridad respecto de que el señor Villalobos Brochel, en su calidad de Director General de CORPOCESAR al momento de la elección, haya presentado impedimento, dado que en el Radicación administrativo allegado no obra prueba alguna al respecto ni reposan los antecedentes de la expedición del Acuerdo 011 de 14 de septiembre de 2015. (...)

La Sala negará este cargo toda vez que el Actor no demostró que la precitada designación del Director General Ad Hoc hubiese obedecido a la formulación de un impedimento formulado por el demandado, en su calidad de Director General de CORPOCESAR al momento de la elección, o a otra situación administrativa especial. (...)

En todo caso la Sala destaca que esta aparente irregularidad, consistente en la falta de competencia del Consejo Directivo para adoptar una decisión contenida en un acto preparatorio, tuviera incidencia en el resultado de la elección demandada.

En efecto, el actor no demostró que la falta de competencia del Consejo Directivo de CORPOCESAR para designar un Director General Ad hoc en la convocatoria incidiera en el resultado de la elección; ni, que de haberse realizado por el órgano supuestamente competente, hubiera resultado elegida otra persona.

Por el contrario, la designación realizada en el Acuerdo 011 de 14 de septiembre de 2015 tuvo como propósito garantizar la transparencia y moralidad en la actuación que originó el acto sub judice, para evitar que el demandado pudiera participar en ésta, en su calidad de Director General de CORPOCESAR al momento de la elección, en materialización de los principios de la función administrativa previstos en el artículo 209 de la Constitución Política. (...)

2.5.7. Sobre la falta de competencia del Consejo Directivo de CORPOCESAR para expedir el Acuerdo 011 de 14 de septiembre de 2015 debido a que fue proferido por fuera del término previsto en el parágrafo 2º del artículo 28 de la Ley 99 de 1993, modificado por la Ley 1263 de 2008

(...) La Sala observa que el Acuerdo 011 de 14 de septiembre de 2015, expedido por el Consejo Directivo de CORPOCESAR, es un acto de convocatoria general, dado que en éste se encontraban contenidas las normas reguladoras y pormenores del procedimiento de designación del Director General de este ente autónomo, para el periodo institucional 2016-2019, tales como su cronograma, los integrantes del Comité encargado de la verificación de los requisitos de los aspirantes y los criterios de evaluación que debían ser empleados, entre otros aspectos.⁴

Por lo tanto, contrariamente a lo señalado por el apoderado de la parte demandada, no se puede considerar que el procedimiento de designación inició con la publicación en el diario “El Pílon” del aviso de la convocatoria pública, la cual fue realizada el 1º de octubre de 2015, sino que éste realmente empezó con la expedición del Acuerdo 011 de 14 de septiembre de 2015 por parte del Consejo Directivo de CORPOCESAR, primer acto preparatorio de la actuación administrativa que originó el acto demandado.

Ahora bien, al estar demostrado que el Acuerdo 011 de 14 de septiembre de 2015 dio inicio al procedimiento de designación del Director General de CORPOCESAR para el periodo institucional 2016-2019, debe analizarse si éste debía ser expedido en el término dispuesto en el artículo 28 de la Ley 99 de 1993, modificado por la Ley 1263 de 2008.

Esta disposición ordena que “[e]l proceso de elección de los Directores de las Corporaciones Autónomas Regionales o de Desarrollo Sostenible, deberá realizarlo el Consejo Directivo en el trimestre inmediatamente anterior al inicio del periodo institucional respectivo”.

*Ahora bien, la Sala entiende que la competencia *ratione temporis* prevista en el artículo 28 de la Ley 99 de 1993, modificado por el artículo 1º de la Ley 1263 de 2008, impide que el proceso de designación de los directores generales de las CAR se realice con posterioridad al “trimestre inmediatamente anterior al inicio del periodo institucional respectivo”.*

Lo anterior, con el fin de que el periodo de los Directores Generales de las CAR pueda coincidir con el periodo de los Gobernadores y de los Alcaldes, propósito principal perseguido por la Ley 1263 de 2008.

Sin embargo, esta limitación no debe ser interpretada en el sentido de que dichos procesos no puedan iniciar con anterioridad al término señalado en dicha norma, lo que garantiza una debida previsión

⁴ Sobre la naturaleza de estos actos expedidos en el marco de los procesos de designación de los Directores Generales de las CAR puede verse en similar sentido Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta. Radicación 11001-03-28-000-2015-00031-00. Auto de 28 de enero de 2016. C.P.: Dr. Alberto Yepes Barreiro.

y planeación por parte de la Administración y la coincidencia del inicio de los períodos de las autoridades territoriales y de los Directores Generales de las CAR.

Por esta razón, si bien el Acuerdo 011 de 14 de septiembre de 2015 fue expedido antes del “trimestre inmediatamente anterior al inicio del período institucional respectivo”, lo cierto es que esta situación no vició la validez del acto acusado. (...)

2.5.8. Sobre la falta de competencia del Consejo Directivo de CORPOCESAR para expedir el acto acusado toda vez que éste fue proferido por fuera del término previsto en el cronograma contenido en el Acuerdo 011 de 14 de septiembre de 2015

(...) La Sala encuentra que el acto demandado efectivamente se profirió dentro de las fechas establecidas para el efecto por el Consejo Directivo de CORPOCESAR. Veamos: (...)

(...) el Acuerdo 013 de 14 de octubre de 2015 modificó el cronograma que hasta el momento había guiado el procedimiento de elección y se estableció uno nuevo, en el que se fijó como nueva fecha para realizar la designación el 4 de noviembre de 2015 a las 10 de la mañana⁵, esto es, después de celebrada la jornada electoral del 25 de octubre de 2015.

Debido a la anterior modificación, el Consejo Directivo profirió el acto de designación demandado, ya no el 21 de octubre como estaba inicialmente previsto, sino el 4 de noviembre de 2015, atendiendo a la variación introducida por el Acuerdo 013 de 14 de octubre de 2015.

De lo hasta aquí expuesto se concluye, sin lugar a dudas, que carecen de fundamento los reproches del actor respecto a que el acto demandado se profirió por fuera del cronograma establecido en el marco del procedimiento de designación debido a que es evidente que el acto acusado se expidió con sujeción irrestricta al cronograma, de acuerdo a las modificaciones realizadas por el Consejo Directivo de CORPOCESAR mediante el Acuerdo 013 del 14 de octubre de 2015.

A lo anterior se suma que la modificación hecha al cronograma no se debió a una decisión arbitraria e inconsulta por parte del Consejo Directivo de CORPOCESAR pues, como se explicó, dicha variación tuvo por objeto acatar las recomendaciones realizadas por el Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible, con el propósito de evitar cualquier duda o suspicacia sobre el procedimiento de elección de autoridades locales que se estaba adelantando. (...)

Decisión: “NEGAR las pretensiones de la demanda presentada por el señor Álvaro Luís Castilla Fragozo.

NOTIFICAR a las partes de conformidad con el artículo 289 del C.P.A.C.A.

ARCHIVAR el Radicación una vez quede en firme el fallo.

ADVERTIR que contra la presente providencia no procede recurso alguno”

LUCY JEANNETTE BERMÚDEZ BERMÚDEZ
Presidenta

ROCÍO ARAÚJO OÑATE
Consejera de Estado
CARLOS ENRIQUE MORENO RUBIO
Consejero de Estado
ALBERTO YEPES BARREIRO
Consejero de Estado

5 Ver folio 154 del cuaderno 1.

CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCIÓN QUINTA

Consejero ponente: ALBERTO YEPES BARREIRO

Bogotá, D.C., veintiuno (21) de julio de dos mil dieciséis (2016)

Radicación número: 11001-03-28-000-2015-00032-00 (acumulados)

11001-03-28-000-2015-00040-00

11001-03-28-000-2015-00057-00

Actor: ALFONSO ESGUERRA AMAYA Y OTROS

Demandado: JORGE ENRIQUE CARDOSO RODRÍGUEZ – DIRECTOR GENERAL DE LA CORPORACIÓN AUTÓNOMA REGIONAL DEL TOLIMA

Asunto: Sentencia de única instancia que niega las pretensiones de las demandas acumuladas. Se solicita la nulidad de la elección del demandado como director general de CORTOLIMA por la expedición irregular del acto.

Extracto: “Sobre la expedición irregular del acto acusado por la falta de competencia del Consejo Directivo de CORTOLIMA para expedir el Acuerdo 018 de 02 de septiembre de 2015 debido a que fue proferido por fuera del término previsto en el parágrafo 2º del artículo 28 de la Ley 99 de 1993, modificado por la Ley 1263 de 2008

(...) La Sala observa que el Acuerdo 018 de 02 de septiembre de 2015, expedido por el Consejo Directivo de CORTOLIMA, es un acto de convocatoria general, dado que en éste se encontraban contenidas las normas reguladoras y pormenores del procedimiento de designación del Director General de este ente autónomo, para el periodo institucional 2016-2019, tales como su cronograma, los integrantes del Comité encargado de la verificación de los requisitos de los aspirantes y los criterios de evaluación que debían ser empleados, entre otros aspectos.¹

Por lo tanto, contrariamente a lo señalado por el apoderado de la parte demandada y el Consejo Directivo de CORTOLIMA, con fundamento en un concepto rendido por el Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible, el cual no tiene carácter vinculante según lo dispuesto en el artículo 28 del C.P.A.C.A.,² no se puede considerar que el procedimiento de designación inició con la publicación del aviso de la convocatoria realizada el 1º de octubre de 2015, sino que éste realmente empezó con la expedición del Acuerdo 018 de 02 de septiembre de 2015 por parte del Consejo Directivo de CORTOLIMA, primer acto preparatorio de la actuación administrativa que originó el acto demandado.

Ahora bien, al estar demostrado que el Acuerdo 018 de 02 de septiembre de 2015 dio inicio al procedimiento de designación del Director General de CORTOLIMA para el periodo institucional 2016-2019, debe analizarse si éste debía ser expedido en el término dispuesto en el artículo 28 de la Ley 99 de 1993, modificado por la Ley 1263 de 2008.

1 Sobre la naturaleza de estos actos expedidos en el marco de los procedimientos de designación de los Directores Generales de las CAR puede verse en similar sentido Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta. Radicación 11001-03-28-000-2015-00031-00. Auto de 28 de enero de 2016. Demandado: Martín Camilo Carvajal Camaro – Director General de la Corporación Autónoma Regional para la Defensa de la Meseta de Bucaramanga – CDMB–.

2 “ARTÍCULO 28. ALCANCE DE LOS CONCEPTOS. <Artículo modificado por el artículo 1 de la Ley 1755 de 2015. El nuevo texto es el siguiente:> Salvo disposición legal en contrario, los conceptos emitidos por las autoridades como respuestas a peticiones realizadas en ejercicio del derecho a formular consultas no serán de obligatorio cumplimiento o ejecución.”

Esta disposición ordena que “[e]l proceso de elección de los Directores de las Corporaciones Autónomas Regionales o de Desarrollo Sostenible, deberá realizarlo el Consejo Directivo en el trimestre inmediatamente anterior al inicio del período institucional respectivo”.

Ahora bien, la Sala entiende que la competencia ratione temporis prevista en el artículo 28 de la Ley 99 de 1993, modificado por el artículo 1º de la Ley 1263 de 2008, impide que el procedimiento de designación de los directores generales de las CAR se realice con posterioridad al “trimestre inmediatamente anterior al inicio del período institucional respectivo”.

Lo anterior, con el fin de que el período de los Directores Generales de las CAR pueda coincidir con el período de los Gobernadores y de los Alcaldes, propósito principal perseguido por la Ley 1263 de 2008.

Sin embargo, esta limitación no debe ser interpretada en el sentido de que dichos procedimientos no puedan iniciar con anterioridad al término señalado en dicha norma, lo que garantiza una debida previsión y planeación por parte de la Administración y la coincidencia del inicio de los periodos de las autoridades territoriales y de los Directores Generales de las CAR.

Por esta razón, si bien el Acuerdo 018 de 02 de septiembre de 2015 fue expedido antes del “trimestre inmediatamente anterior al inicio del período institucional respectivo”, lo cierto es que esta situación no vició la validez del acto acusado. (...)

2.4.2. Sobre la expedición irregular del acto acusado por la participación del señor Edgar Gallo Aya en la elección

(...) Sin entrar a discernir si el señor Gallo Aya podía o no participar en la elección cuestionada, la Sala negará este cargo debido a que esta irregularidad, en caso de haberse configurado, no tendría incidencia alguna en el resultado de la elección.

*En efecto, las irregularidades que se presenten en el proceso de formación de un acto se estudian a través de lo que la doctrina ha denominado la causal de **expedición irregular**, la cual se materializa cuando se vulnera el debido proceso en la formación y expedición de un acto administrativo, es decir, cuando la actuación administrativa se realiza con anomalías sustanciales.*

Por su supuesto, para que se configure la causal de expedición irregular el vicio en la formación del acto debe ser de tal magnitud que afecte su esencia misma, pues no todas las irregularidades tienen la potencialidad de desvirtuar la presunción de legalidad, en otras palabras la anomalía que se presente debe ser sustancial, trascendental y con incidencia directa en la formación del acto administrativo. (...)

(...) aun si se concluyera que el señor Gallo Aya no podía participar ni votar en la elección que originó el acto acusado, lo cierto es que esa irregularidad no tendría incidencia alguna en el resultado, toda vez que el demandado habría obtenido 8 votos, superando así la mayoría exigida en el artículo 46 de los Estatutos de CORTOLIMA. (...)

2.4.3. Sobre la expedición irregular del acto acusado por la falta de publicación del Acuerdo 018 de 02 de septiembre de 2015 en el Diario Oficial

Corresponde a la Sala estudiar si el Actor demostró que el acto acusado fue expedido irregularmente toda vez que el Acuerdo 018 de 02 de septiembre de 2015 no fue publicado en el Diario Oficial según lo dispuesto en el artículo 65 del C.P.A.C.A.

Si bien el Acuerdo 018 de 02 de septiembre de 2015, por contener la convocatoria para la elección del Director General de CORTOLIMA, debe considerarse un acto de contenido general, como quiera que a través de éstos se dieron a conocer a la comunidad las reglas para la elección de dicho cargo, como las etapas en las que se desarrollaría el procedimiento, la verificación de requisitos de los inscritos y

el cronograma de la actuación electoral;³ la Sala reitera su criterio señalado en la providencia de 28 de enero de 2016,⁴ según el cual, en virtud de la autonomía otorgada por la Constitución Política a las CAR, la aplicabilidad de la Primera Parte del C.P.A.C.A. al procedimiento de elección de los Directores Generales de las CAR solamente es procedente en los aspectos que no hayan sido regulados por norma especiales previstas en los respectivos Estatutos. (...)

De conformidad con el anterior criterio, sentado en un caso análogo al actual, la Sala considera que en el caso concreto el Acuerdo 018 de 02 de septiembre de 2015 no debía ser publicado en el Diario Oficial, toda vez que expresamente los Estatutos de CORTOLIMA excluyen la aplicación de la Parte Primera del C.P.A.C.A. en el procedimiento de elección del Director General, al disponer lo siguiente en el tercer inciso de su artículo 53: “[e]l proceso y acto de nombramiento del Director General, no está sujeto a notificaciones, recursos y a las normas del Código Contencioso Administrativo [correspondiente actualmente al C.P.A.C.A.], por corresponder a una facultad de libre designación y nombramiento por parte del Consejo Directivo.”

Por lo tanto, en virtud de la autonomía reconocida por la Constitución Política a las CAR y lo dispuesto en los Estatutos de CORTOLIMA, el Consejo Directivo de este ente autónomo no tenía que publicar la convocatoria de la elección, contenida en el Acuerdo 018 de 02 de septiembre de 2015, en el Diario Oficial, toda vez que dicha exigencia prevista en el artículo 65 del C.P.A.C.A. no era aplicable al presente caso. (...)

2.4.4. Sobre la expedición irregular del acto acusado por la violación del conflicto de intereses por parte del demandado

(...) de acuerdo con lo expuesto, el demandado presentó impedimento, en su calidad de Director General de CORTOLIMA, para aquellos trámites relacionados con la elección demandada, antes de que formalmente se inscribiera como candidato, por lo que no se configuró conflicto de intereses alguno:.

Por el contrario, la actuación del señor Cardoso Rodríguez atendió los principios de moralidad y transparencia que rigen la función pública previstos en el artículo 209 de la Constitución Política, al haberse declarado impedido oportunamente.

Adicionalmente, debe destacarse que la elección del Director General es una función que le corresponde ejercer al Consejo Directivo de la CAR. Por lo tanto, aún si el señor Cardoso Rodríguez no se hubiera declarado impedido para participar en dicha actuación, esta persona no hubiera podido tener incidencia en el resultado de la elección. (...)

2.4.5. Sobre la expedición irregular del acto acusado por la violación del artículo 126 de la Constitución Política, modificado por el Acto Legislativo 02 de 2015

Le corresponde a la Sala estudiar si el actor demostró que el acto acusado fue expedido irregularmente por violar lo dispuesto en el artículo 126 de la Constitución Política, modificado por el Acto Legislativo 02 de 2015, porque: (i) el Consejo Directivo de CORTOLIMA reguló el procedimiento de elección del Director General a través del Acuerdo 018 de 02 de septiembre de 2015, pese a que la referida disposición constitucional establece que la regulación se haría a través de ley; y, (ii) en la elección acusada no se garantizó el mérito como factor de escogencia, ya que no se llevaron a cabo pruebas u otros instrumentos de selección objetiva.

El cuarto inciso del artículo 126 de la Constitución Política, modificado por el artículo 2º del Acto Legislativo 02 de 2015, dispone que “(...) [s]alvo los concursos regulados por la ley, la elección de

³ En similar sentido ver Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta. Radicación 11001-03-28-000-2015-00031-00, Auto de 28 de enero de 2016. Demandado: Martín Camilo Carvajal Camaro – Director General de la Corporación Autónoma Regional para la Defensa de la Meseta de Bucaramanga –CDMB–.

⁴ Ver *Ibidem*

servidores públicos atribuida a corporaciones públicas deberá estar precedida de una convocatoria pública reglada por la ley, en la que se fijen requisitos y procedimientos que garanticen los principios de publicidad, transparencia, participación ciudadana, equidad de género y criterios de mérito para su selección. (...)

En relación con el alcance de esta reforma constitucional, se observa que ésta comprende las elecciones de servidores públicos: (i) atribuidas a las corporaciones públicas, concepto en el cual, contrariamente a lo sostenido por el apoderado del demandado, están comprendidas las CAR puesto que según el artículo 23 de la Ley 99 de 1993 “[l]as Corporaciones Autónomas Regionales son entes corporativos de carácter público”; y, (ii) que se desarrollen mediante concurso no regulado por la ley, como la elección de los Directores Generales de las CAR, el cual corresponde a un cargo de libre nombramiento y remoción con periodo institucional.

Ahora bien, se resalta que el mandato contenido en este artículo aún no ha tenido desarrollo legislativo, lo que no impide a los Consejos Directivos de las CAR regular el procedimiento para la elección de sus Directores Generales, ya que de lo contrario dichos órganos de dirección no podrían cumplir sus funciones electorales asignadas por la Ley 99 de 1993.

A la misma conclusión llegó recientemente la Sala al estudiar un recurso de apelación interpuesto contra la decisión de negar la solicitud de suspensión provisional de los efectos del acto que declaró la elección del Contralor Departamental de Santander, caso en el cual se sostuvo que la Asamblea de dicho departamento no incurrió en violación del artículo 126 de la Constitución Política, modificado por el Acto Legislativo 02 de 2015, al regular el procedimiento de la elección en la convocatoria. (...)

Por lo tanto, el Consejo Directivo de CORTOLIMA podía regular el procedimiento de la elección demandada a través de la convocatoria contenida en el Acuerdo 018 de 02 de septiembre de 2015, pese a que el artículo 126 de la Constitución Política aún no ha sido desarrollado aún por el Legislador.

Ahora bien, la Sala considera que en el presente caso no se demostró que la elección del Director General de CORTOLIMA haya desatendido el principio de mérito consagrado en el artículo 126 de la Constitución Política, modificado por el Acto Legislativo 02 de 2015.

La Sala considera que en desarrollo del artículo 126 de la Constitución Política, modificado por el Acto Legislativo 02 de 2015, hasta tanto el Legislador no regule los procedimientos de las convocatorias públicas para la elección de servidores públicos atribuida a las corporaciones públicas, como la elección de los Directores Generales de las CAR, dichas corporaciones deben adoptar procedimientos que permitan garantizar los principios constitucionales consagrados en dicha norma.

A partir del acervo probatorio obrante en el Radicación se denota que la elección del demandado estuvo antecedida de una convocatoria pública, la cual fue expedida por el Consejo Directivo de CORTOLIMA en virtud de su autonomía constitucional, con ocasión de la cual se designó una Comisión especial encargada de realizar la verificación del cumplimiento de los requisitos por los candidatos, de acuerdo a lo establecido en el artículo 2.2.8.4.1.21 del Decreto 1076 de 2015.⁵

5 “ARTÍCULO 2.2.8.4.1.21. *Calidades del Director General.* Para ser nombrado director general de una corporación, se deberán cumplir los siguientes requisitos:

- a) Título profesional universitario.
- b) Título de formación avanzada o de posgrado, o, tres (3) años de experiencia profesional;
- c) Experiencia profesional de 4 años adicionales a los requisitos establecidos en el literal anterior de los cuales por lo menos uno debe ser en actividades relacionadas con el medio ambiente y los recursos naturales renovables o haber desempeñado el cargo de director general de la corporación, y
- d) Tarjeta profesional en los cargos reglamentados por la ley.”

Así mismo, en desarrollo de la convocatoria, se permitió la presentación de observaciones respecto de los aspirantes que se inscribieron para la elección, las cuales fueron revisadas en la sesión de 19 de octubre de 2015 por el Consejo Directivo de CORTOLIMA para expedir el listado definitivo de candidatos.

Por lo tanto, contrario a lo sostenido por la Actor, no se demostró que en el presente caso se haya violado el artículo 126 de la Constitución Política, toda vez que el Consejo Directivo de CORTOLIMA, en desarrollo de su autonomía constitucional, adoptó un procedimiento de elección reglado para seleccionar objetivamente a su Director General. (...)”

Decisión: “NEGAR las pretensiones de las demandas presentadas por los señores Johana Suache Álvarez, Alfonso Esguerra Amaya y Derly Jackeline Posada.

NOTIFICAR a las partes de conformidad con el artículo 289 del C.P.A.C.A.

ARCHIVAR el Radicación una vez quede en firme el fallo.

ADVERTIR que contra la presente providencia no procede recurso alguno::

RECONOCER al doctor Luís Manuel Guzmán, identificado con C.C. número 93.403.339 y T.P. número 132.996 del C.S. de la J., como apoderado del Gobernador del Tolima, en su calidad de Presidente del Consejo Directivo de CORTOLIMA.”

LUCY JEANNETTE BERMÚDEZ BERMÚDEZ
Presidenta

ROCÍO ARAÚJO OÑATE
Consejera de Estado
CARLOS ENRIQUE MORENO RUBIO
Consejero de Estado
ALBERTO YEPES BARREIRO
Consejero de Estado

* * *

CONSEJO DE ESTADO
SALA PLENA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCIÓN QUINTA

Consejero ponente: ALBERTO YEPES BARREIRO

Bogotá D.C, veintiuno (21) de julio dos mil dieciséis (2016)

Radicación número: 11001-03-28-000-2015-00030-00

Actor: HOOVER DEYZON ESTRADA LONDOÑO

Demandado: PRESIDENCIA DE LA REPÚBLICA

Asunto: Sentencia de única instancia que niega las pretensiones de la demanda de nulidad del Decreto 2033 de 2015, por cuanto no era necesario que se sometiera a consideración del público antes de su expedición.

Extracto: “Para la Sala es claro que de las normas constitucionales citadas no se desprende de manera clara y expresa el deber de que los proyectos de decretos, en particular el Decreto 2033 de 2015 fuera sometido a consideración de la ciudadanía con el fin de que participara en su expedición.

Si bien es cierto, el artículo 2º constitucional establece como uno de los fines del Estado Colombiano, la participación de todos en las decisiones que los afectan, lo cierto es que su realización “demanda

tanto la existencia de unos presupuestos institucionales mínimos como la disponibilidad de múltiples instrumentos y medios de orden jurídico y fáctico.”¹

Frente a la participación como fin del Estado, debe tenerse en cuenta que “enmarcada... como derecho-deber (arts. 2 y 95 C.P.) Se abre igualmente un sinnúmero de posibilidades para que los ciudadanos contribuyan al cumplimiento eficiente de las tareas públicas y participen en la vigilancia de la gestión pública (art. 270 C.P.)”².

Desde esta perspectiva adquiere vital importancia el desarrollo legal con el fin de facilitar la participación de todos en las decisiones que los afectan y en la vida económica, política, administrativa y cultural de la Nación, máxime si se tiene en cuenta que “la Corte ha aceptado que como expresión auténtica del principio de participación, los particulares sean encargados del ejercicio directo de funciones públicas, sean ellas judiciales o administrativas, así como que participen en actividades de gestión de esta misma índole.”³ (...)

Si bien puede afirmarse que la participación ciudadana tiene su máxima expresión en el ejercicio de democrático particularmente en el voto⁴ y los mecanismos de participación, aquella puede adquirir distintas formas e instrumentos que el corresponde al legislador establecer, sin desconocer lo dispuesto de manera directa en la Constitución.

De otra parte, la información veraz a que tienen derecho las personas de recibir información veraz e imparcial no implica necesariamente la publicación previa de los decretos, ni supone de manera indefectible que exista el deber por parte de las autoridades de someterlos a consideración del público antes de su expedición.

Tampoco se puede afirmar que el debido proceso administrativo haya sido desconocido con ocasión de la expedición del Decreto 2033 de 2015 si se tiene en cuenta que dicha garantía consiste en “(i) el conjunto complejo de condiciones que le impone la ley a la administración, materializado en el cumplimiento de una secuencia de actos por parte de la autoridad administrativa (ii) que guardan relación directa o indirecta entre sí, y (iii) cuyo fin está previamente determinado de manera constitucional y legal”⁵.

Toda vez que, al igual que las demás normas constitucionales invocadas en la demanda, el artículo 29 no impone el deber de publicar los proyectos de decreto antes de su expedición, no puede sostenerse válidamente que el Decreto 2033 de 2015 desconoció dicha norma superior.

Lo expuesto implica que la publicación de proyectos de decreto debe analizarse a partir de las normas legales, pues del texto constitucional –artículos 2, 20 y 29-, no se desprende que el Gobierno Nacional tuviera la obligación de publicar el proyecto de decreto que dictó para la conservación del orden público durante el período de elecciones de autoridades y corporaciones públicas territoriales del 25 de octubre de 2015, ni dicha situación encuadra dentro de las formas de participación referidas por la Corte Constitucional.

3.1.3. Para la Sala es claro que los artículos 25 literal a) del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; y 23 numeral 1º literal a) del Pacto de San José, constituyen una garantía reconocida por el derecho internacional de los derechos humanos que compromete al Estado colombiano, según el artículo 9 superior y prevalecen en el orden jurídico interno, conforme el artículo 93 de la Carta, por tanto, son parámetro de constitucionalidad.

1 Corte Constitucional, sentencia C-721 de 2015.

2 Corte Constitucional, sentencia C-037 de 2003.

3 Ibídem.

4 Corte Constitucional, sentencia C-337 de 1997.

5 Corte Constitucional, sentencia T-214 de 2004.

En ese orden, al igual que se concluyó en frente a las normas de la Constitución Política que a juicio del actor fueron trasgredidas, no es posible afirmar que de las normas del bloque de constitucionalidad se desprenda la obligación del Gobierno Nacional de someter a consideración los proyectos de decreto.

3.1.4. *En cuanto los artículos 3º numeral 8º y 8º numeral 8º de la Ley 1437 de 2011 la Sala precisa lo siguiente:*

3.1.4.1. *El numeral 8º del artículo 3º del CPACA se consagra el principio de transparencia, en virtud la actividad administrativa es del dominio público, por consiguiente, toda persona puede conocer las actuaciones de la administración, salvo reserva legal.*

Como se ve, este principio no implica que todas y cada una de las actuaciones que desarrolla la administración en el cumplimiento de sus fines y funciones deban ser de conocimiento público, pues hay aspectos que están sometidos a reserva.

Además, la realización de este principio no supone necesariamente que toda la actuación administrativa deba ser publicada, sino que cualquier persona pueda acceder a ella si así lo desea, por ejemplo, en ejercicio del derecho de petición. (...)

Por tanto, de dicha norma no se puede concluir que el Gobierno Nacional tenía la obligación de publicar el proyecto de Decreto 2033 de 2015 para ser objeto de opiniones y/o sugerencias de los colombianos.

3.1.4.2. *Para la Sala, del 8º numeral 8º de la Ley 1437 de 2011 no se desprendía la obligación del Gobierno Nacional de publicar el proyecto de Decreto 2033 de 2015.*

En efecto, si bien esta norma impone el deber a las autoridades de publicar “los proyectos específicos de regulación y la información en que se fundamenten, con el objeto de recibir opiniones, sugerencias o propuestas alternativas”, lo cierto es que dicho mandato se impone únicamente respecto de aquellos proyectos que orientan u organizan las relaciones entre la autoridad administrativa y los ciudadanos y no a aquellos actos de carácter general que expide en desarrollo de sus labores misionales.

A dicha conclusión se arriba luego de una interpretación sistemática de dicha norma, con fundamento en que “la tarea de hermenéutica debe ser adelantada por el juez teniendo en cuenta que el ordenamiento jurídico es una unidad, compuesta por grupos o componentes que requieren de su armonización, con el fin de dar respuesta a la situación concreta puesta a su conocimiento.

Lo anterior implica que el juez debe efectuar una interpretación integral de todos los componentes que conforman el sistema jurídico, teniendo en cuenta que este es el conjunto de normas o reglas lógicamente enlazadas. Por tanto, la importancia del concepto y funcionalidad del ordenamiento jurídico como un sistema, radica en que este debe entenderse como un todo, coherente e integral. (...)

En ese orden, debe tenerse en cuenta que el numeral 8º hace parte del artículo 8º del CPACA que se establece el “deber de información al público” e impone la obligación de que las autoridades publiquen:

(i) las normas básicas que determinan su competencia; (ii) las funciones de sus distintas dependencias y los servicios que prestan; (iii) las regulaciones, procedimientos, trámites y términos a que están sujetas las actuaciones de los particulares frente al respectivo organismo o entidad; (iv) los actos administrativos de carácter general que expidan y los documentos de interés público relativos a cada uno de ellos; (v) los documentos que deben ser suministrados por las personas según la actuación de que se trate; (vi) las dependencias responsables según la actuación, su localización, los horarios de trabajo y demás indicaciones que sean necesarias para que toda persona pueda cumplir sus obligaciones o ejercer sus derechos y (vii) la dependencia, y el cargo o nombre del servidor a quien debe dirigirse en caso de una queja o reclamo, tal como señalan los numerales 1º a 7º.

A su vez el artículo 8º hace parte del capítulo II “DERECHOS, DEBERES, PROHIBICIONES, IMPEDIMENTOS Y RECUSACIONES”, que está incluido en el Título I “DISPOSICIONES GENERALES” de la primera parte del CPACA, que corresponde al “PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO”.

Así, el numeral 8º del artículo 8º no puede ser leído y estudiado por fuera del contexto del cual hace parte, y en ese orden, se impone concluir que “los proyectos específicos de regulación” que deben ser sometidos a consideración del público, son aquellos que establecen normas que orientan u organizan las relaciones entre la autoridad administrativa y los ciudadanos.

No puede ser otra la conclusión si se tiene en cuenta que los numerales que anteceden al 8º se refieren al deber de las autoridades de publicar las normas sobre su competencia, funciones y servicios que prestan, los trámites que ante ellas se surten, documentos que exigen al efecto, horarios, dependencias entre otros.

Nótese que los ítems que lo anteceden y, en ese contexto la lectura del numeral 8º, no puede desbordar la órbita del manejo interno de la entidad u órgano de que se trate.

Sumado a lo anterior, para la Sala resultaría contrario a todo orden que la administración, para el desarrollo de sus funciones constitucionales y legales, en lo que toca al ejercicio de sus labores misionales, deba consultar cada una de sus actuaciones con la ciudadanía pues ello redundaría en un desquiciamiento de las potestades que el ordenamiento confiere para que estas sean desarrolladas conforme los principios que gobiernan la función pública.

3.1.5. Finalmente, en cuanto al supuesto desconocimiento del Decreto 1345 de 2010 basta señalar que la publicación de la memoria justificativa, como lo establece su artículo 10, se surte únicamente cuando la ley impone dicho deber. Luego si la ley –CPACA- no estableció el deber de publicar el proyecto de Decreto 2033 de 2015, no se desconoció el citado decreto.

3.1.6. Conforme a lo expuesto, la respuesta al interrogante “¿Debía someterse a consideración del público antes de su expedición el Decreto 2033 de 2015?” es negativa.

3.1.7. Los mismos razonamientos expuestos permiten responder el tercer problema jurídico propuesto en la fijación del litigio pues es claro que el Gobierno no tenía el deber de crear un escenario para que las reglas establecidas en el Decreto 2033 de 2015 fueran discutidas y acordadas antes de alcanzar ese carácter.

3.1.8. Bajo las consideraciones que preceden, se negarán las pretensiones de la demanda y así se decretará en la parte resolutive de esta providencia.”

Decisión: “NEGAR las pretensiones de la demanda de nulidad del Decreto 2033 de 2015.”

LUCY JEANNETTE BERMÚDEZ BERMÚDEZ
Presidenta

ROCÍO ARAÚJO OÑATE
Consejera de Estado
CARLOS ENRIQUE MORENO RUBIO
Consejero de Estado
ALBERTO YEPES BARREIRO
Consejero de Estado

CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCIÓN QUINTA

Consejero ponente: ALBERTO YEPES BARREIRO

Bogotá D.C, cuatro (4) de agosto dos mil dieciséis (2016)

Radicación número: 63001-23-33-000-2016-00008-01

Actor: WILSON DE JESÚS TÁMARA ZANABRIA

Demandada: STEEFANY GÓMEZ MURILLO – CONCEJAL DE ARMENIA

Asunto: Sentencia de segunda instancia que confirma la dictada por el Tribunal Administrativo del Quindío el 1º de junio de 2016, mediante la cual se negaron las pretensiones de la demanda por no haber incurrido la demandada en la modalidad de doble militancia que le fue endilgada.

Extracto: “A partir de la causal de nulidad endilgada a la señora Stefany Gómez Murillo y de conformidad con los argumentos propuestos en la apelación formulada por la parte Actor, la Sala deberá determinar si la entonces candidata al concejo de Armenia por el partido Alianza Verde, incurrió en doble militancia por apoyar candidatos distintos a los inscritos por el partido o movimiento político al cual estaba afiliada, en particular al candidato del Partido Liberal, a la luz de lo dispuesto en el artículo 2º de la Ley 1475 de 2011...”

3.2.2. Al efecto, resultan relevantes los siguientes presupuestos fácticos que están debidamente demostrados:

i) La demandada fue avalada¹, inscrita y elegida concejal de Armenia 2016-2019 por el partido Alianza Verde. Así se desprende de los formularios E-6 CO y E-26 CON. (fl. 106-107; 180-185 y 7; 186-187 respectivamente)

ii) Por Resolución 2799 de 24 de septiembre de 2015 el CNE revocó la inscripción de la candidatura de Orlando Mosquera Forero, avalado por el partido Alianza Verde a la alcaldía de Armenia para las elecciones a celebrarse del 25 de octubre de 2015. (fl. 136-152)

iii) El 5 de octubre de 2015 el “comité coordinador departamental de la Alianza Verde Quindío” analizó tres propuestas: 1) dejar en libertad a los simpatizantes y candidatos de la Alianza Verde Quindío, para que respalden cualquier candidatura; 2) respaldar la candidatura de Carlos Mario Álvarez a la alcaldía de Armenia previa suscripción de un acuerdo programático y de gobernabilidad; y 3) respaldar a José Manuel Ríos a la alcaldía de Armenia. La opción ganadora fue la segunda. De la lectura del acta de dicha reunión se advierte que la demandada no participó. (fl. 80-81)

iv) El comité ejecutivo nacional expidió el 7 de octubre de 2015 la Resolución “por la cual se promueve la opción política del voto en blanco como propuesta ideológica y política del Partido Alianza Verde en el municipio de Armenia - Quindío”, por considerar que: 1) mediante circular de 15 de septiembre de 2015 el partido decidió aplicar todos los procedimientos estatutarios para la expulsión del candidato a la alcaldía de Armenia Orlando Mosquera Forero; 2) por Resolución 2799 de 2015 el CNE decidió revocar el aval otorgado a dicho candidato; y 3) en sesión de 7 de octubre de 2015, el comité ejecutivo nacional del partido analizó tres opciones respecto del comportamiento político de los candidatos y militantes en Armenia: voto en blanco, apoyar el candidato sugerido por la dirección departamental o dejar en libertad para escoger candidato, resultando ganadora la primera opción. (fl. 8-9 y 91-92)

v) El 8 de octubre de 2015 organizaciones defensoras de animales de Armenia y Néstor Daniel García Colorado candidato a la gobernación del Quindío por el partido Alianza Verde; Carlos Mario Álvarez

¹ El 24 de julio de 2015 fueron avalados los candidatos al Concejo de Armenia, entre ellos, la señora Stefany Gómez Murillo. (fl. 130-131)

Morales candidato a la alcaldía de Armenia por el Partido Liberal; Luis Fernando Abad Barón candidato a la asamblea por la Alianza Verde y Stefany Gómez Murillo candidata al concejo por la misma organización, suscribieron un “pacto por los animales” con miras a la implementación de una política pública desde la administración municipal o departamental cuyo objeto es “comprometer moralmente a los signatarios para que pongan su voluntad en la resolución de los problemas más apremiantes en cuanto a la protección animal...”. (fl. 86-89)

vi) Por Resolución 5226 de 21 de octubre de 2015 el CNE decidió negar el recurso de reposición interpuesto por el apoderado del señor Orlando Mosquera Forero contra la Resolución “4413 del 19 de octubre de 2015. Por medio de la cual se REVOKA la inscripción del ciudadano ORLANDO MOSQUERA FORERO avalado por el PARTIDO ALIANZA VERDE a la Alcaldía de ARMENIA-QUINDÍO”². Esta resolución fue notificada en estrados y contra ella no procedía ningún recurso, según se lee en la parte final de dicho acto. Asimismo se advierte en dicho documento que “la presente resolución fue discutida en sala plena el día 20 de octubre y adoptada en audiencia pública el 21 de octubre 2015 (sic)”. (fl. 170-177)

vii) Se suscribió un acuerdo programático en el que la Alianza Verde se comprometió a apoyar la candidatura de Carlos Mario Álvarez por el Partido Liberal a la alcaldía de Armenia. De las firmas registradas en dicho documento se lee la de la demandada Stefany Gómez Murillo. El documento no tiene fecha de suscripción.

El objeto de dicho acuerdo fue el siguiente: “Las partes acuerdan que el Partido Alianza Verde y su militancia apoyarán la candidatura del Doctor Carlos Mario Álvarez, militante del Partido Liberal para la Alcaldía del Municipio de Armenia.”

Asimismo se concertó “que las colectividades políticas acuerdan apoyar y divulgar el programa de gobierno del candidato, para la Alcaldía del municipio de acuerdo al documento acreditado pro éste en el acto de inscripción ante la Registraduría Nacional del Estado Civil”. (fl. 83-89).

(...)

3.2.4. *De conformidad con lo expuesto, para la Sala no cabe duda que la decisión de revocar la inscripción del señor Orlando Mosquera Forero como candidato de la Alianza Verde a la alcaldía de Armenia, quedó ejecutoriada el 21 de octubre de 2015, fecha en que fue expedida la Resolución 5226, toda vez que ella resolvió un recurso de reposición y fue adoptada en audiencia pública. En consecuencia, adquirió firmeza desde el mismo momento en que se emitió³.*

Lo anterior implica que solo desde del 21 de octubre de 2015 el partido Alianza Verde carecía de candidato a la alcaldía de Armenia. Sin embargo, no es posible establecer, pues de ello no obra prueba en el Radicación, la hora exacta en que se produjo la notificación en estrados a efectos de precisar el momento exacto en el que el Partido Alianza Verde dejó de tener candidato propio a la Alcaldía de Armenia.

3.2.5. *Así las cosas, para considerar que la demandada incurrió en doble militancia y anular su elección, debió haberse demostrado en el presente proceso que apoyó a un candidato de un partido distinto al que pertenecía, con anterioridad a dicho momento.*

2 Se advierte que si bien en la Resolución 5226 de 21 de octubre se afirma que se confirma la Resolución 4413 de 19 de octubre de 2015 por medio de la cual se revocó el aval al candidato a la alcaldía de Armenia por la Alianza Verde, la que obra en el expediente con dicha decisión es la 2799 de 24 de septiembre de 2015. Pese a la imprecisión, y a partir de la lectura integral del documento no cabe duda de que el CNE mantuvo su decisión de revocar la inscripción de Orlando Mosquera a la alcaldía de Armenia por el partido Alianza Verde.

3 Para la Sala, el artículo 87 del CPACA es aplicable a las notificaciones personales y no a aquellas que se surten en estrados, como ocurre en el presente caso.

*En otras palabras, el extremo temporal para analizar la doble militancia que se endilga a la demandada es el **21 de octubre de 2016 en el momento en que fue quedó ejecutoriada la Resolución 5226**, pues desde ahí, aunque se desconoce la hora, el partido Alianza Verde carecía de candidato propio a la alcaldía de Armenia y por tanto, cualquier apoyo que la señora Gómez Murillo haya podido brindar a un candidato de un partido o movimiento distinto al suyo **desde ese momento**, no constituye doble militancia.*

*En el mismo sentido, si se demostró que **antes de la ejecutoria de la Resolución 5226** -que como se dijo es desde la notificación en estrados-, la entonces candidata al concejo de Armenia por la Alianza Verde apoyó a algún participante en la contienda electoral por una organización política distinta, estará incurso en la prohibición de doble militancia. Sin embargo, ello no ocurrió.*

*3.2.6. Para la Sala, de las pruebas obrantes en el Radicación y en particular de los testimonios, no se puede concluir que la señora Guzmán Murillo haya apoyado al candidato del Partido Liberal a la alcaldía de Armenia **antes** de la suscripción del acuerdo programático, el cual, según el testimonio del señor Germán Arias, se suscribió el día 21 de octubre de 2015⁴, sin que se haya precisado la hora en que ocurrió dicho evento.*

En ese orden, se tiene que el acuerdo mencionado y la ejecutoria de la Resolución 5226 ocurrieron el mismo día, esto es, el 21 de octubre de 2015, no obstante, al no tener prueba de que la suscripción del acuerdo ocurrió antes de la hora en que fue notificada en estrados dicho acto -de la que tampoco se tiene evidencia-, no puede concluirse que la demandada incurrió en doble militancia en la modalidad que se le endilga.

En efecto, al no tener prueba de la hora en que se notificó en estrados y por tanto cobró ejecutoria la Resolución 5226, ni de la hora en que se suscribió el acuerdo programático, no puede establecerse qué ocurrió primero, por lo que el Actor no cumplió con la carga probatoria exigible como presupuesto para la prosperidad de sus pretensiones.

Por consiguiente, es imposible determinar si el acuerdo se firmó antes de la hora en que se notificó en estrados la referida resolución por parte del CNE, momento exacto en el que la Alianza Verde dejó de tener candidato a la alcaldía de Armenia.

*Además no existe ninguna prueba que evidencie que **antes** de la firma del acuerdo programático, es decir, antes del 21 de octubre de 2015, la señora Gómez Murillo realizó alguna actividad de la cual se pueda concluir sin lugar a dudas que apoyó al candidato del Partido Liberal, pues insiste la Sala, el apoyo se materializó y exteriorizó el día en que se suscribió el acuerdo programático, fecha para la que la Alianza Verde carecía de candidato a la alcaldía de Armenia, en virtud a la firmeza de la resolución del CNE que revocó la inscripción.*

3.2.7. Ahora, conforme las pruebas que obran en el expediente, se impone concluir que la demandada no incurrió en doble militancia en la modalidad que se le endilgó, pues no se comprobó que antes del momento en que fue notificada en estrados la Resolución 5226, la señora Gómez Murillo brindó su apoyo a un candidato que no era de la Alianza Verde.

3.2.8. En ese orden, resulta innecesario analizar la incidencia de la decisión de las directivas nacionales del partido Alianza Verde de promover el voto en blanco en la contienda electoral por la alcaldía de Armenia, así como la facultad de los órganos departamentales de dicha organización, pues lo relevante es que cuando la entonces candidata Gómez Murillo apoyó al candidato liberal, la organización política a la que estaba afiliada -Alianza Verde-, tenía candidato propio.

⁴ No obra en el expediente ninguna otra prueba acerca de la fecha de suscripción del acuerdo programático pues el documento no lo indica y los demás testigos no hicieron mención a dicho aspecto.

3.2.9. Por último, frente al argumento del apelante referido a la calidad de los testigos, la Sala pone de presente que cualquier reproche frente los declarantes debió formularse en la audiencia de pruebas, escenario en el que el Actor tenía la posibilidad de interrogar o contrainterrogar sobre las circunstancias que a su juicio no estaban claras o podían afectar la credibilidad de lo dicho por los deponentes. Sin embargo no lo hizo, pues sus preguntas no se refirieron a la relación entre los testigos y el partido Alianza Verde. Tampoco formuló alguna tacha si es que consideraba que existían circunstancias que afectaran la credibilidad o imparcialidad por cualquier causa.

Bajo las consideraciones que preceden, se revocará la decisión del Tribunal de negar las pretensiones de la demanda y así se decretará en la parte resolutive de esta providencia.”

Decisión: “CONFIRMAR la sentencia de 1º de junio de 2016 mediante la cual el Tribunal Administrativo del Quindío negó las pretensiones de la demanda.

DEVOLVER al Tribunal de origen para lo de su cargo.”

LUCY JEANNETTE BERMÚDEZ BERMÚDEZ
Presidenta

ROCÍO ARAÚJO OÑATE
Consejera de Estado
CARLOS ENRIQUE MORENO RUBIO
Consejero de Estado
ALBERTO YEPES BARREIRO
Consejero de Estado

* * *

CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCIÓN QUINTA

Consejero ponente: ALBERTO YEPES BARREIRO

Bogotá D.C, cuatro (4) de agosto de dos mil dieciséis (2016)

Radicación número: 05001-23-31-000-2015-02551-01

Actor: DANIEL ECHEVERRI SÁNCHEZ

Demandado: ÁNGELA MARÍA RÍOS CASTAÑO – CONCEJAL DEL MUNICIPIO DE ITAGÜÍ

Asunto: Sentencia de unificación sobre consultas. Fallo de segunda instancia que revocó la decisión de la autoridad judicial a quo de negar las pretensiones de la demanda, y en su lugar, declaró la nulidad del acto de elección, pues se acreditó que el partido político que avaló la candidatura de la demandada desconoció el resultado de la consulta interna que llevó a cabo con el fin de conformar la lista cerrada con la que dicha colectividad participaría para el concejo de Itagüí.

Extracto: “Marco constitucional de las consultas que desarrollan los conglomerados políticos

(...) la Sala Electoral puede extraer las siguientes conclusiones respecto a la figura de la consulta contemplada en el artículo 107 de la Carta Política:

- *La consulta es un mecanismo de democratización a través del cual se busca que las organizaciones políticas adopten sus decisiones y elijan sus candidatos de forma participativa y plural.*
- *Existen tres clases de consultas que pueden adelantar los partidos y movimientos políticos, estas son, la de carácter popular; la interpartidistas y la interna. Aquellas podrán coincidir o no con las elecciones para corporaciones públicas.*

- *Independiente de la clase de consulta que se adelante, quien participe en alguna de ellas no podrá inscribirse como candidato por otra organización política en el mismo proceso electoral.*
- *Independiente de la clase de consulta que se adelante el resultado de la misma es obligatorio tanto para los partidos y movimientos políticos, como para quienes resultaren elegidos a través de dicho mecanismo.*
- *Cuando se trate de consulta popular regirán las normas que sobre financiación, publicidad de campañas y acceso a los medios de comunicación del Estado aplican para las elecciones ordinarias.*

Alcance y características de las consultas internas

(...) las consultas internas son mecanismos de democracia al interior de los partidos en las que solo pueden participar los miembros que se encuentren afiliados en el registro de la respectiva organización política; que se desarrollan de conformidad con lo establecido en los Estatutos de cada partido y frente a las cuales concurre el Estado en apoyo tanto financiero como logístico.

(...)

Lo que se decida a través de una consulta es de forzoso cumplimiento no solo para los partidos y movimientos políticos, sino también para los precandidatos que participen en ella, los cuales no solo deben acatar las resultas del mecanismo ejercido, sino que además tendrán vedado participar en las elecciones a nombre de una colectividad distinta a la que se consultó, so pena de incurrir en doble militancia.¹

(...)

*Lo anterior se explica, especialmente tratándose de los conglomerados políticos debido a que la Constitución les impuso a las organizaciones políticas el deber de adoptar sus decisiones² y elegir a sus candidatos de forma democrática y para el efecto les concedió la potestad de realizar consultas, sin perjuicio del uso de otra clase de mecanismos, con plenos efectos vinculantes para quien decida realizarlas. En otras palabras, la Carta Política dispuso que **el partido o movimiento político que decidiera hacer uso de las consultas debía acoger de forma irrestricta, plena y sin lugar a modificaciones los resultados que ella arrojará.***

Y es que no podría ser de otra manera, pues aceptar que las resultas de la consulta no son obligatorias o que aquellas pueden ser modificadas al arbitrio de la organización política, sería tanto como despojar a este mecanismo de toda su eficacia, y por ende, sacrificar y hacer inane el principio democrático instituido por la Constitución para esta clase de conglomerados.

(...)

(...)Por lo tanto, la Sala puede colegir, sin duda alguna, que el resultado de las consultas es obligatorio, sin que exista ningún argumento o razón que permita al partido apartarse de los resultas del proceso consultivo, so pena de violar el principio democrático y defraudar al electorado.

1 Cfr. Consejo de Estado, Sección quinta, sentencia del 12 de septiembre de 2015 Radicación 250002331000201100775-02 CP. Alberto Yepes Barreiro. Ddo. Alcalde de Soacha, Consejo de Estado, Sección Quinta, Sentencia del 28 de septiembre de 2015, radicación 1001-03-28-000-2014-00057-00. CP. Lucy Jeannette Bermúdez. Ddo: Johana Chaves García, entre otras.

2 Respecto al principio democrático en la toma de las decisiones de los partidos y movimientos políticos se puede consultar la sentencia del 05 de marzo de 2015 a través de la cual la Sección Tercera del Consejo de Estado determinó contrarios a los derechos colectivos a la moralidad pública los Estatutos del Partido Liberal. La referencia es Consejo de Estado, Sección Tercera, subsección B, sentencia del 05 de marzo de 2015, radicación AP 25000-23-41-000-2013-00194-01 CP. Stella Conto Díaz del Castillo.

El caso concreto

(...)

Bajo este panorama y teniendo en cuenta las pruebas obrantes en el expediente, para la Sala debe tenerse por acreditado que el día 19 de abril de 2015 el partido Centro Democrático celebró consulta interna en el municipio de Itagüí (Antioquia) con el objetivo de elegir los candidatos y el orden en el que estos serían ubicados en la lista cerrada con la que tal colectividad participaría en los comicios del 25 de octubre de 2015 para el Concejo Municipal de dicha entidad territorial.

*Esto significa que pudiendo escoger entre el mecanismo establecido en el artículo 29 de los Estatutos y el consagrado en el artículo 32, **el partido Centro Democrático libre y autónomamente optó por seleccionar sus candidatos al concejo de Itagüí a través de una consulta interna**, esto es, mediante el mecanismo contemplado en el artículo 32 de sus Estatutos.*

A esta conclusión se arriba al analizar bajo las reglas de la sana crítica los documentos visibles a folios 16, 17, 18³, 19, 74, 75, 76, 79, y 80 del expediente de los cuales se desprende, sin lugar a dudas, que el partido celebró una consulta interna para escogencia de los candidatos que representarían al Centro Democrático en los comicios territoriales del 25 de octubre de 2015.

*Así las cosas, se encuentra plenamente acreditado que la designación de los candidatos al concejo municipal de Itagüí se realizó por parte de los militantes del partido Centro Democrático a través de la consulta interna, razón por la que, válidamente, puede entenderse que **el partido lo que quería era precisamente tomar decisiones de forma democrática con la participación activa de todos sus militantes en el municipio de Itagüí.***

*También se encuentra probado que en la citada consulta interna sí participó la señora Ángela María Ríos Castaño, pues así se colige no solo del documento visible a folio 16 del expediente en el cual constan, de un lado, los resultados obtenidos en la consulta interna por los precandidatos participantes y de otro, que la demandada obtuvo 35 votos en la consulta interna **ubicándola en el noveno lugar de la lista**, sino también de las comunicaciones enviadas por el partido en las que se solicita que no se tengan en cuenta los votos por ella obtenidos, así como de los documentos y demás declaraciones rendidas en las que se afirma que la demandada participó en la consulta “por error”.*

Así las cosas, se tiene que la señora Ángela Ríos Castaño sí participó en la consulta interna realizada por el partido Centro Democrático en el municipio de Itagüí, de forma que para la Sala las manifestaciones en contrario se entenderán como no ciertas.

(...)

*En consecuencia, y como para la Sala no cabe duda, según lo expuesto con amplio detalle en el literal b) de este apartado, que el mecanismo utilizado por partido Centro Democrático para elegir a sus candidatos al concejo en el municipio de Itagüí fue el contemplado en el artículo 32 de sus Estatutos, esto es, el relativo a la consulta interna, también es evidente que de acuerdo al artículo 107 Constitucional nació para esa colectividad la obligación de **sujetarse de forma irrestricta a su resultado, sin que pudieran alegar razón alguna para desconocerlo o modificarlo.***

3 En estos folios se encuentra la Resolución N° 019 de 11 de marzo de 2015 expedida por la dirección Nacional del partido y la cual dispuso que : “**artículo primero:** establézcase como mecanismos alternativos de selección interna de los candaditos del partido Centro Democrático, los siguientes: (...) 1.2 **Convención Municipal:** En los municipios en donde se encuentren inscritos hasta 300 miembros deberán celebrarse convenciones (...) 1.3 **Consulta interna:** En los municipios en donde se encuentren inscritos más 300 miembros se celebraran consultas internas, en la fecha única establecida por la Registraduría Nacional del Estado Civil, siendo esta el 19 de abril de 2015. **Parágrafo** En los municipios de Antioquia en donde se encuentren inscritos más 100 miembros se celebraran consultas internas el 19 de abril de 2015.”

En consecuencia, para la Sección Quinta del Consejo de Estado no se puede avalar el entendimiento de la parte demandada según el cual se debe entender que la señora Ríos Castaño no participó en consulta, porque su nombre se incluyó por error no solo porque admitir esta postura desconocería el principio democrático con el que el partido mismo, de forma libre y espontánea, quiso dotar la toma de sus decisiones, sino porque además ello implicaría defraudar al electorado que participó en la consulta interna.

En efecto, aunque, prima facie, resulte extraño hablar de “electorado” en la consulta interna, lo cierto es que tratándose de ese mecanismo democrático debe entenderse que los miembros del partido o movimiento político actúan en calidad de electores, y que por consiguiente nace para ellos ciertas prerrogativas que deben ser protegidas no solo por la organización política, sino también por el juez electoral en casos como este.

(...)

Y es precisamente esa defensa del principio pro electoratem (electorado) o pro sufragium (electores) el que impone colegir que no es posible admitir justificaciones de ninguna índole, salvo fuerza mayor, para que una organización política desconozca los resultados de la consulta que llevó a cabo. Esto es así, porque avalar dicha práctica -justificaciones- para desconocer los resultados, conllevaría a que los partidos y movimientos políticos pudieran presentar cualquier clase argumentos basados en el error, para adoptar una decisión contraria la consulta haciendo inane la decisión consultada y restando eficacia al mecanismo democrático.

Designar el primer renglón de una lista y someter los demás a consulta interna, contradice la esencia misma de dicho sistema democrático que es, precisamente, el respeto en todo el sentido jurídico de la voluntad popular del electorado, en estos casos, materializada a través de los miembros carnetizados del respectivo partido político.

*Por lo anterior, no es posible aceptar el argumento presentado por la parte demandada, según el cual la inscripción de la señora Ríos Castaño se debió a un error; pues lo cierto es que no solo el partido decidió de forma libre que en el municipio de Itagüi se realizaría una consulta interna para escoger sus candidatos al concejo, sino que además es evidente que la organización política antes de iniciar un proceso democrático de la envergadura de una consulta interna debe tener plena certeza de quien va a participar y en que calidades va hacerlo, máxime cuando el uso de este mecanismo implica la colaboración de la organización electoral y el despliegue de todo un procedimiento que no puede estar sujeto a modificaciones de última hora, **salvo situaciones especialísimas constitutivas de fuerza mayor.**”*

(...)

Todas estas consideraciones conllevan afirmar, sin hesitación alguna, que el partido Centro Democrático no podía modificar los resultados obtenidos en la consulta, y esto fue precisamente lo que sucedió al ubicar en el primer lugar de lista a una persona que en la consulta interna tan solo alcanzó 35 votos.

Ello es así, pues al someterse al mecanismo democrático de la consulta interna, la organización política debía acatar de forma irrestricta los resultados obtenidos sin que estuviera habilitado para desconocer las resultados del proceso consultivo aludiendo al error.

*Esto no significa que la Sala desconozca que el partido Centro Democrático tenía plena libertad para escoger el mecanismo a través del cual podía designar a sus candidatos, **lo que ocurre es que dicha colectividad, decidió libre y autónomamente hacer uso de la consulta interna y no del mecanismo de la convención municipal reglado en el artículo 29,** y esa decisión le imponía respetar los resultados obtenidos en la consulta sin que, por las razones explicadas, las facultades propias de la convención municipal, en la que la elección de la cabeza de la lista es tomada por las directivas,*

pudiera extrapolarse a la consulta interna, en la que las decisiones en cuanto al renglón de los candidatos son adoptadas democráticamente por los militantes.

(...)

Por lo expuesto, para la Sección la sentencia de primera instancia debe ser revocada para en su lugar declarar la nulidad del acto acusado, habida cuenta que la demandada participó efectivamente en la consulta interna y el partido político desconoció los resultados de la consulta al variar la posición obtenida por la señora Ríos Castaño, sin que, por las razones explicadas, sean de recibo los argumentos esgrimidos por la parte demandada.”

Decisión: REVOCAR la sentencia del 4 de mayo de 2016 a través de la cual el Tribunal Administrativo de Antioquia negó las pretensiones de la demanda, y en su lugar dispone:

DECLARAR LA NULIDAD del acto a través del cual se declaró a la señora Ángela María Ríos Castaño como Concejal del Municipio de Itagüí para el periodo 2016-2019. Esta nulidad, por virtud del artículo 288 del CPACA, implica la cancelación de la respectiva credencial y, de conformidad con lo expuesto en la parte considerativa de esta providencia, tendrá efectos ex nunc.

COMUNICAR esta decisión a la mesa directiva del Concejo Municipal de Itagüí y al Partido Centro Democrático para lo de su competencia.

DEVOLVER al Tribunal de origen para lo de su cargo.”

LUCY JEANNETTE BERMÚDEZ BERMÚDEZ
Presidenta

ROCÍO ARAÚJO OÑATE
Consejera de Estado
CARLOS ENRIQUE MORENO RUBIO
Consejero de Estado
ALBERTO YEPES BARREIRO
Consejero de Estado

* * *

CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCIÓN QUINTA

Consejero ponente: ALBERTO YEPES BARREIRO

Bogotá D.C, cuatro (4) de agosto dos mil dieciséis (2016)

Radicación número: 11001-03-28-000-2016-00009-00

Actor: LUIS FELIPE AGUIRRE VÁSQUEZ

Demandado: JOHNNY ALBERTO AVENDAÑO ESTRADA- DIRECTOR GENERAL DE CARSUCRE

Asunto: Sentencia de única instancia que negó las pretensiones de la demanda por cuanto no se violaron los principios de moralidad, imparcialidad, transparencia y publicidad y mérito en la elección del demandado.

Extracto: “Corresponde a la Sala determinar, atendiendo a la fijación del litigio realizada en la audiencia inicial si:

- Si el principio del mérito implica que en el proceso de convocatoria pública adelantado para la elección del director de CARSUCRE, debía escogerse al mejor de los candidatos. En caso afirmativo,

si el señor Johnny Alberto Avendaño Estrada fue el mejor y por tanto debía ser elegido en dicha convocatoria.

- *Si en el trámite de la elección del señor Johnny Alberto Avendaño Estrada como Director de CAR-SUCRE se desconocieron los principios de moralidad, imparcialidad, transparencia y publicidad y mérito, especialmente, en lo que tiene que ver con la calificación de las hojas de vida y la posibilidad de objeción que frente a esa calificación tuvieron los demás candidatos.*

Por efectos metodológicos y con el objetivo único de dilucidar los problemas jurídicos sometidos a su consideración, la Sala (i) indicará las disposiciones que el Actor invocó como violadas; (ii) analizará dichas normas a fin de establecer si de ellas se puede concluir válidamente, que el consejo directivo de CARSUCRE debía escoger al mejor de los participantes; (iii) estudiará el principio del mérito en la designación del director general de CARSUCRE y (iv) se pronunciará sobre los principios de moralidad, imparcialidad, transparencia y publicidad particularmente en la calificación de las hojas y la posibilidad de objetarla. (...)

3.2. *A continuación la Sala analizará las disposiciones invocadas por el Actor a fin de establecer si de ellas se puede concluir válidamente, que el consejo directivo de CARSUCRE debía escoger al mejor de los participantes:*

i) Artículos 40 numeral 7, 125 y 209 de la Constitución Política:

- *El numeral 7 del artículo 40 constitucional consagra el derecho a participar en la conformación, ejercicio y control del poder político mediante el acceso al desempeño de funciones y cargos públicos.*

Si bien de esta norma puede concluirse que en el procedimiento adelantado para la elección del director general de CARSUCRE debía garantizarse dicho acceso a todas las personas que quisieran participar, lo cierto es que de dicho precepto no se deriva ninguna regla específica respecto a la escogencia de dicho servidor y por tanto, de él no puede concluirse que el consejo directivo estaba en la obligación de escoger al mejor de los participantes.

En el caso concreto, se demostró que el consejo directivo de dicha entidad efectuó una convocatoria pública dirigida a todas aquellas personas que quisieran optar por el cargo de director general para el periodo 2016-2019 y en el aviso que se publicó al efecto, se indicaron los requisitos para desempeñar el cargo, la asignación básica, y las instrucciones para la inscripción, así como el cronograma del proceso, lo que evidencia que se garantizó el acceso a las personas interesadas.

Lo anterior se evidencia en el Acuerdo 006 de 2015 “por medio del cual se ordena y reglamenta el procedimiento para la elección y nombramiento del director general de la corporación autónoma regional de Sucre – CARSUCRE, para el periodo institucional del 1 de enero de 2016 a 31 de diciembre de 2019” (fl. 16-23), en el aviso de convocatoria pública (fl. 24-25) y en el acta de cierre de inscripciones en la que se relaciona la participación de 32 personas (fl. 29-30).

- *Frente al artículo 125 constitucional la Sala considera que si bien dicha norma determinó que los cargos ofrecidos por el Estado son de carrera, estableció algunas excepciones y autorizó al legislador para consagrar otras. De este modo, la designación de los directores generales de las CAR quedó comprendida en la excepción y por tanto es claro que no se trata de un cargo de carrera.*

Asimismo, la norma superior no fija ningún criterio para la escogencia de los servidores que hacen parte del régimen excepcional, lo que impone concluir que no es aplicable al caso en estudio.

- *Si bien el artículo 209 de la Constitución Política establece los principios de la función administrativa, entre ellos el mérito, lo cierto es que no establece de manera concreta y específica cómo se materializan, ni fija una regla respecto de la elección del director general de una CAR que obligara al órgano elector a escoger el mejor, como si se tratara de un concurso de méritos.*

Sin embargo, esta norma y en particular el principio del mérito, deben analizarse a la luz de la naturaleza del cargo y las disposiciones sobre el procedimiento de elección de dicho servidor; como se hará más adelante.

ii) Artículo 1º de la Ley 1263 de 2008:

Respecto del director general de una CAR, Esta norma establece será el representante legal de la corporación y su primera autoridad ejecutiva, designado por el consejo directivo para un período de 4 años. En cuanto al proceso de elección indica que deberá ser realizado en el trimestre inmediatamente anterior al inicio del período institucional respectivo.

Como se advierte, la única pauta que esta norma fija para que el consejo directivo efectúe la designación del director general, es el límite temporal. Nada dice respecto a las reglas que deben seguirse pues no impone una forma particular de elección, ni el deber de escoger al mejor de los candidatos.

iii) Artículo 3º del CPACA:

Como esta norma se refiere entre otros, a los principios que el actor considera desconocidos –moralidad, imparcialidad, transparencia y publicidad-, la Sala se ocupará del tema al resolver el segundo de los problemas jurídicos planteados en la fijación del litigio, toda vez que el precepto no establece de manera expresa el mérito como principio.

iv) Sentencias C-105 de 2013 y C-288 de 2014:

Respecto de la interpretación que de las normas acusadas hizo la Corte Constitucional en las mencionadas sentencias, la Sala considera:

- *En cuanto a la sentencia C-105 de 2013 la Corte Constitucional se ocupó de analizar la exequibilidad del Artículo 35 (parcial) de la Ley 1551 de 2012, modificatorio del Artículo 170 de la Ley 136 de 1994: (...)*

Claramente se advierte que el texto analizado por la Corte Constitucional se refiere al procedimiento para la elección de los personeros la cual debe llevarse a cabo mediante concurso de méritos, lo cual no ocurre respecto de la designación de los directores generales de las CAR, cuya elección no está sometida a dicha forma de selección. Por tanto, la interpretación que de la norma acusada se efectuó en dicha sentencia no es aplicable al asunto que ocupa la atención de la Sección.

- *Frente a la sentencia C-288 de 2014, la Sala pone de presente que allí se analizó la constitucionalidad del artículo 21 (parcial) de la Ley 909 de 2004 “Por la cual se expiden normas que regulan el empleo público, la carrera administrativa, gerencia pública y se dictan otras disposiciones”. (...)*

De la lectura de la norma acusada se concluye sin dificultad que no es aplicable al presente caso pues el cargo de director general de una CAR no es un empleo temporal, sino uno permanente cuyo titular lo ejerce por un periodo determinado.

3.3. El principio del mérito en la designación del director general de CARSUCRE

Conforme lo expuesto, para la Sala es claro que, por no ser un concurso de méritos, en el proceso de convocatoria pública adelantado para la elección del director de CARSUCRE, no debía escogerse a quien ocupara el primer lugar a partir de los criterios cuantitativos puesto que son propios de aquél.

Ahora bien, no escapa a la Sala que el artículo 126 de la Constitución Política modificado recientemente por el artículo 2º del Acto Legislativo número 2 de 2015, estableció que “[s]alvo los concursos regulados por la ley, la elección de servidores públicos atribuida a corporaciones públicas deberá estar precedida de una convocatoria pública reglada por la ley, en la que se fijen requisitos y

procedimientos que garanticen los principios de publicidad, transparencia, participación ciudadana, equidad de género y criterios de mérito para su selección.” (Negrilla fuera de texto)

Sobre esta norma, la Sala tuvo la oportunidad de pronunciarse recientemente y se ocupó, entre otros aspectos, de resolver si debía declararse la nulidad del acto acusado –elección del director de una CAR– por cuanto en la elección acusada no se garantizó el mérito como factor de escogencia, ya que no se llevaron a cabo pruebas u otros instrumentos de selección objetiva.

(...)

De conformidad con lo expuesto el artículo 126 de la Constitución Política es aplicable a la designación de los directores de las CAR y mientras no exista desarrollo legal de dicha disposición, los consejos directivos pueden regular el procedimiento de elección y adelantar una convocatoria la cual debe garantizar los principios constitucionales establecidos en dicho precepto.

Bajo esta perspectiva, la Sala analizará si el procedimiento adelantado para elegir al señor Avendaño Estrada como director de CARSUCRE 2016-2019 se respetó el principio del mérito.

Al igual que en el caso que analizó la Sala en la sentencia referida, el consejo directivo de CARSUCRE, en virtud de su autonomía constitucional, realizó una convocatoria pública la cual fue reglada en los Acuerdos 006 de 24 de septiembre de 2015 “por medio del cual se ordena y reglamenta el procedimiento para la elección y nombramiento del director general de la corporación autónoma regional de Sucre – CARSUCRE, para el período institucional del 1 de enero de 2016 a 31 de diciembre de 2019” y 008 de 6 de octubre de 2015 “por medio del cual se modifica el artículo décimo quinto del Acuerdo número 006 de fecha 24 de septiembre de 2015, en relación con el cronograma para el proceso de elección del director general de la corporación autónoma regional de Sucre – CARSUCRE, para el período institucional del 1 de enero de 2016 a 31 de diciembre de 2019”.

Allí se resolvió que “el estudio y revisión de las hojas de vida de los candidatos y de los documentos de soporte para verificar el cumplimiento de los requisitos exigidos para ejercer el cargo de director general de la corporación lo realizará el consejo directivo”¹. (Artículo 8 del Acuerdo 006 de 2015).

Según el artículo 9 del Acuerdo 006 de 2015, culminado dicho trámite, el consejo directivo debía elaborar un informe sobre las hojas de vida de los candidatos en el que indicara quiénes cumplieran los requisitos y quiénes no, indicando en este último caso las razones del incumplimiento. Dicho informe sería la lista preliminar de elegibles, que obra a folios 33 a 35 del expediente.

Se estableció igualmente la posibilidad de presentar reclamaciones cuyas respuestas debían ser aprobadas en sesión del consejo directivo y debidamente publicadas.

Seguidamente el consejo directivo debía conformar la lista definitiva de candidatos de la cual designaría al director general de la corporación.

Así las cosas, la Sala reitera el criterio establecido en la sentencia de 21 de julio de 2016 que se ha citado, y concluye que no se demostró la violación del principio del mérito.

Ahora bien, el proceso de selección del director general de CARSUCRE no se equipara ni equivale a un concurso de méritos, porque los candidatos que conformaron la lista definitiva de habilitados no la integraron en razón de un puntaje para ocupar el cargo ni mucho menos existía la obligación para el elector de escoger a aquel que ocupara el primer puesto.

¹ En la convocatoria se señaló que los requisitos serían los establecidos en artículo 2.2.8.4.1.21 del Decreto 1076 de 2015 y se transcribió cada uno de ellos.

El consejo directivo tenía la facultad de elegir, entre aquellos que cumplían requisitos y calidades para ejercer el cargo, a la persona que a su juicio era la más idónea o se ajustaba al perfil que a su juicio, debía tener el director de la CAR.

Ello significa, en el contexto fáctico y jurídico descrito, que el hecho de que el consejo directivo de CAR-SUCRE escogiera a una persona que cumpliera los requisitos exigidos para desempeñarse en el cargo de director general de la entidad, materializa el principio del mérito.

Para proteger de una mejor manera el derecho a acceder a cargos públicos, el consejo directivo de la referida CAR, optó por efectuar una convocatoria pública con el fin de integrar una lista de habilitados de la cual escogería. Convocatoria que pudo ser atendida por cualquier ciudadano interesado, siempre que acreditara una única condición, el cumplimiento de los requisitos exigidos para el cargo.

Por lo tanto, la sola condición de cumplir los requisitos para ocupar el cargo de director de CARSUCRE no le otorgó ningún derecho a los candidatos habilitados a ser elegidos.

En ese orden la Sala queda relevada de establecer si el señor Avendaño Estrada fue o no el mejor de los participantes en la convocatoria pública para designar al director general de CARSUCRE para el periodo 2016-2019 y a continuación abordará el segundo de los problemas jurídicos planteados.

3.4. Los principios de moralidad, imparcialidad, transparencia y publicidad particularmente en la calificación de las hojas y la posibilidad de objetarla

(...)

La Sala insiste en que el procedimiento para escoger al director de CARSUCRE no fue un concurso de méritos, por consiguiente, el consejo directivo no tenía la obligación de establecer criterios cuantitativos de selección, sino que gozaba de la potestad discrecional de fijar las reglas que la regirían de manera que se garantizaran los principios establecidos en el artículo 126 constitucional, como ya se explicó, entre otros el mérito.

El consejo directivo de CARSUCRE tenía la facultad para establecer el procedimiento que consideró era el más adecuado para escoger al director general de la entidad, procedimiento que una vez se definió, era de obligatorio cumplimiento, tanto para el consejo directivo, como para los participantes en el proceso de selección, en garantía del derecho al debido proceso de quienes decidieron participar en la convocatoria, como de los principios de seguridad jurídica y confianza legítima.

Como se expuso anteriormente, el consejo directivo estableció las reglas del procedimiento para elegir al director de la entidad y particularmente, en lo que tiene que ver con el análisis de las hojas de vida y la posibilidad de presentar objeciones dispuso que estuviera a cargo de dicho órgano el cual debía elaborar un informe en el que indicara quiénes cumplían los requisitos y quiénes no, lo que conformaría la lista preliminar de elegibles.

Se estableció igualmente, en los artículos 10 y 11 del Acuerdo 006 de 2015, la posibilidad de presentar reclamaciones cuyas respuestas debían ser aprobadas en sesión del consejo directivo y debidamente publicadas. Ello en efecto se hizo, pues en la lista preliminar de elegibles se dispuso: “este listado se publica en la página web y en la cartelera de CARSUCRE el viernes 30 de octubre de 2015, para que los aspirantes puedan presentar reclamaciones así: a través del correo electrónico webmaster@carsucres.gov.co desde las 12:00 am del martes 3 de noviembre hasta 12 pm del jueves 5 de noviembre de 2015 y por escrito en la Secretaría General de la Corporación ubicada en la carrera 25 No. 25 – 101 Avenida Ocala, piso 2, desde el martes 3 de noviembre hasta el jueves 5 de noviembre de 2015 en horario de 8:00 am -12 m y de 2:00 pm – 6:00 pm, acorde con lo establecido en los Acuerdos de (sic) consejo directivo de CARSUCRE número (sic) 006 de 24 de septiembre de 2015 y 008 del 6 de octubre de 2015”.

Con base en las respuestas a las reclamaciones, el consejo directivo debía conformar la lista definitiva de candidatos de la cual designaría al director general de la corporación, la cual obra a folios 36 y 37

del expediente. Allí se registraron 24 personas habilitadas, entre ellas, el demandado Jhonny Alberto Avendaño Estrada.

Como se ve, en el proceso de convocatoria adelantado por el consejo directivo de CARSUCRE no se establecieron criterios cuantitativos para la escogencia como exámenes o calificación de la boja de vida a partir de atribuir puntuación a títulos académicos o experiencia.

Asimismo, se contempló la posibilidad de que quienes estuvieran inconformes respecto a lista preliminar de elegibles, pudieran presentar reclamaciones para evidenciar que sí cumplían los requisitos y así lo habían demostrado.

El proceso se circunscribió entonces a la verificación de los requisitos de los participantes de manera que se conformó una lista definitiva de elegibles, de la cual, en ejercicio de la facultad de la cual está investido, el consejo directivo podía elegir.

No significa lo anterior que el consejo directivo podía actuar de forma arbitraria y caprichosa, porque los habilitados debían cumplir a cabalidad los requisitos contemplados en el artículo 2.2.8.4.1.21 del Decreto 1076 de 2015, estos son: i) título profesional universitario; ii) título de formación avanzada o de posgrado, o 3 años de experiencia profesional; iii) experiencia profesional de 4 años adicionales a los requisitos establecidos en el literal anterior de los cuales por lo menos uno debe ser en actividades relacionadas con el medio ambiente y los recursos naturales renovables o haber desempeñado el cargo de director general de corporación, y iv) Tarjeta profesional en los casos reglamentados por la ley.”

Decisión: “NEGAR las pretensiones de la demanda de nulidad electoral en contra del acto que declaró elegido al señor Johnny Alberto Avendaño Estrada como director general de CARSUCRE para el periodo institucional 2016-2019.

ADVERTIR a los sujetos procesales que contra lo resuelto no procede ningún recurso.”

LUCY JEANNETTE BERMÚDEZ BERMÚDEZ
Presidenta

ROCÍO ARAÚJO OÑATE
Consejera de Estado
CARLOS ENRIQUE MORENO RUBIO
Consejero de Estado
ALBERTO YEPES BARREIRO
Consejero de Estado

* * *

CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCIÓN QUINTA

Consejero ponente: ALBERTO YEPES BARREIRO

Bogotá D.C, once (11) de agosto dos mil dieciséis (2016)

Radicación número: 11001-03-28-000-2016-00042-00

Actor: DAIRIS LILIANA GARCÍA JIMÉNEZ Y LILIANA ESTHER DE LA CRUZ

Demandado: REPRESENTANTES DE LAS COMUNIDADES AFRODESCENDIENTES ANTE EL CONSEJO DIRECTIVO LA CORPORACIÓN AUTÓNOMA DE LA GUAJIRA

Asunto: Fallo de única instancia que negó las pretensiones de la demanda, pues no se acreditó el vicio de expedición irregular, según el cual se cuestionaba la validez de 8 votos depositados en la referida elección por algunos consejos comunitarios, alegado por las Actoras.

Extracto: “La Sala encuentra que el documento aportado por los citados consejos comunitarios sí es idóneo para dar por acreditado el requisito contemplado en el literal a) del artículo 2.2.8.5.1.2 del Decreto 1076 de 2015, pues pese a que aquel no lleva el nombre de certificación, sino resolución lo cierto es que en él se encuentran todos y cada uno de los ítems que la norma contempla que debe contener la certificación expedida por la alcaldía correspondiente.

(...)

En consecuencia, no tiene importancia que los escritos aportados no se denominen “certificación” sino “resolución”, pues a la larga lo que interesa al procedimiento electoral es la información acerca de la ubicación, la junta y el representante legal de los consejos comunitarios participantes, datos que claramente se encuentran contenidos en los documentos analizados y, que por contera, pudieron ser por estudiados por CORPOGUAJIRA en la actuación administrativa surtida.

En efecto, lo trascendental no es el nombre del documento, sino la información que contiene pues la finalidad del orden jurídico al imponer la satisfacción de este tipo de exigencia es que se pueda determinar, entre otros:

- i) Si la comunidad está asentada en la jurisdicción de la corporación, pues según el artículo 56 de la Ley 70 de 1993 solo tendrán participación las comunidades asentadas en la respectiva jurisdicción del ente autónomo la cual, se recuerda, no necesariamente corresponde con los límites territoriales de los departamentos.
- ii) Si el consejo es en realidad una persona jurídica que presenta los intereses de las comunidades afro en los términos del artículo 1º del Decreto 1745 de 1995¹.
- iii) Cuáles son los miembros del máximo órgano de dirección de los consejos comunitarios.²

Así las cosas, es obvio que de los documentos aportados por los consejos comunitarios Manuel Antonio Ochoa, Las Balsas y Puerto Colombia, pese a que se denominan “resolución”, se puede extraer toda la información que el artículo exige, de forma que para la Sección aquellos son suficientes para dar por satisfecha la exigencia de que trata el literal a) del artículo 2.2.8.5.1.2 del Decreto 1076 de 2015.

(...)

Como se explicó en el acápite 4.1 de esta providencia las comunidades afrodescendientes en el marco de la elección del representante ante el consejo directivo de las corporaciones autónomas pueden ejercer tanto el derecho a elegir, como el derecho a ser elegido. Esta última prerrogativa se materializa a través de la postulación de un candidato, que competirá con los demás postulados por la representación de las comunidades.

1 “artículo 3º Decreto 1475 de 1995. Definición. Una comunidad negra podrá constituirse en Consejo Comunitario, que como persona jurídica ejerce la máxima autoridad de administración interna dentro de las Tierras de las Comunidades Negras, de acuerdo con los mandatos constitucionales y legales que lo rigen y los demás que le asigne el sistema de derecho propio de cada comunidad. En los términos del numeral 5º, artículo 2º de la Ley 70 de 1993, Comunidad Negra es el conjunto de familias de ascendencia afrocolombiana que poseen una cultura propia, comparten una historia y tienen sus propias tradiciones y costumbres dentro de la relación campo-poblado, que revelan y conservan conciencia e identidad que las distinguen de otros grupos étnicos. Al Consejo Comunitario lo integran la Asamblea General y la Junta del Consejo Comunitario.” (Subrayas fuera de texto)

2 Según el artículo 7º del Decreto 1745 de 1995 “la Junta del Consejo Comunitario es la autoridad de dirección, coordinación, ejecución y administración interna de la comunidad que ha conformado un Consejo Comunitario para ejercer las funciones que le atribuye la Ley 70 de 1993, sus decretos reglamentarios y las demás que le asigne el sistema de derecho propio de la comunidad. Sus integrantes son miembros del Consejo Comunitario, elegidos y reconocidos por éste.”

Así las cosas, para la Sala el requisito de que trata el literal c) del artículo 2.2.8.5.1.2 del Decreto 1076 de 2015 solo es exigible, cuando lo que la comunidad afrodescendiente pretenda es precisamente hacer uso del derecho a ser elegido a través de la postulación del candidato respectivo, y no cuando lo que se busque sea, simplemente, la materialización del derecho a elegir.

En otras palabras, la exigencia contemplada en el literal c) del artículo 2.2.8.5.1.2 del Decreto 1076 de 2015 es optativa para aquellos que solo quieran participar en el proceso de elección, pero que no deseen postular candidato alguno::

Aceptar lo contrario, es decir, señalar que incluso quienes que no quieran postular candidatos deban aportar certificación en la que conste alguna designación al respecto, no solo tornaría inviable el proceso de elección al existir igual número de candidatos que de consejos comunitarios, sino que además despojaría el carácter democrático que permea dicho proceso ya que lo que se busca es, precisamente, que los consejos lleguen a un consenso y escojan a las personas que consideren que mejor representarían sus intereses en el consejo directivo de la corporación autónoma correspondiente y no que haya un postulado por cada organización.

Bajo este panorama para la Sala, la interpretación razonable de la norma que se dice desconocida conlleva a entender que la exigencia en comento solo se debe acreditar por aquellos consejos comunitarios que deseen postular su candidato.

Todas estas consideraciones imponen concluir que, contrario a lo afirmado por las Actoras, los votos proferidos por los consejos comunitarios Celinda Arévalo, Miguel Herrera, Clara Rosa Brito Molina, Zulinda Acosta de Solano y Agudelo Amaya Cantillo no carecen de validez, pues lo cierto es que todas estas organizaciones aportaron acta de la sesión respectiva en la que consta que aquellas solo iban a participar en el proceso electoral adelantado por COPORGUAJIRA ejerciendo el derecho al voto a través de su representante legal.

Es decir, los citados consejos comunitarios decidieron libre y autónomamente que no iban a ejercer el derecho a ser elegido a través de la postulación de un candidato, sino que simplemente iban a participar en calidad de electores, eligiendo a aquella persona que, a su juicio, mejor representara los intereses de su comunidad.

A esta conclusión se arriba al examinar los documentos visibles a folios 44-45; 48, 52-54; 58-59 y 62-63 del expediente contentivos de las actas a través de las cuales los consejos comunitarios Celinda Arévalo, Miguel Herrera, Clara Rosa Brito Molina, Zulinda Acosta de Solano y Agudelo Amaya Cantillo autorizaron a su respectivo representante legal, únicamente, a ejercer el derecho al voto en la elección llevada a cabo por CORPOGUAJIRA.

Decisión: “NEGAR las pretensiones de la demanda de nulidad electoral en contra del acto que declaró elegidos a los señores Yohanis Mejía Mendoza y Evaristo de Armas Córdoba como representante principal y suplente, respectivamente, de las comunidades afrodescendientes ante el Consejo Directivo de CORPOGUAJIRA, por los motivos descritos en la parte motiva de esta providencia.

ADVERTIR a los sujetos procesales que contra lo resuelto no procede ningún recurso.”

LUCY JEANNETTE BERMÚDEZ BERMÚDEZ
Presidenta

ROCÍO ARAÚJO OÑATE
Consejera de Estado
CARLOS ENRIQUE MORENO RUBIO
Consejero de Estado
ALBERTO YEPES BARREIRO
Consejero de Estado

CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCIÓN QUINTA

Consejero ponente: ALBERTO YEPES BARREIRO

Bogotá D.C., diecinueve (19) de agosto dos mil dieciséis (2016)

Radicación número: 50001-23-33-000-2015-00653-01

Actor: DIEGO ALEXANDER GARAY RUÍZ

Demandado: FABIÁN ALBERTO BOBADILLA PIEDRAHITA – CONCEJAL DE VILLAVICENCIO

Asunto: Sentencia que revoca el fallo de 23 de junio de 2016 mediante el cual el Tribunal Administrativo del Meta declaró a nulidad de la elección del señor Fabián Alberto Bobadilla Piedrahita como concejal de Villavicencio para el periodo 2016-2019 y en su lugar, niega las pretensiones de la demanda por no haberse demostrado la doble militancia que se endilgó.

Extracto: “3.2.1. A partir de la causal de nulidad endilgada al señor Fabián Alberto Bobadilla Piedrahita y de conformidad con los argumentos propuestos en la apelación formulada por la parte demandada, la Sala deberá determinar si el concejal de Villavicencio por “Ciudadanos por Villavicencio” para el periodo 2012-2015, incurrió en doble militancia por haber sido avalado y elegido para el mismo cargo para el periodo 2016-2019 por el partido Alianza Verde, a la luz de lo dispuesto en el artículo 2º de la Ley 1475 de 2011, que en lo pertinente dispone: (...)”

3.2.2. Al efecto, resultan relevantes los siguientes presupuestos fácticos que están debidamente demostrados:

i) El demandado fue inscrito y elegido concejal de Villavicencio 2012-2015 por “Ciudadanos por Villavicencio”, según se advierte de la respuesta a un derecho de petición de 11 de noviembre de 2015 en el que los Registradores Especiales de Villavicencio sostuvieron que el demandado fue electo por el grupo significativo “Ciudadanos por Villavicencio” (fl. 33) y del formulario E-6 CO para las elecciones de 30 de octubre de 2011 en el que aparece inscrito por “Ciudadanos por Villavicencio”. (fl. 34-35 y 309-310)

ii) El demandado fue avalado¹ inscrito y elegido concejal de Villavicencio 2016-2019 por el partido Alianza Verde. Así se desprende del formulario E-26 CON. (fl. 15-31) y de la certificación emitida por los Registradores Especiales de Villavicencio (fl. 32)

Estos dos hechos además se tuvieron como probados en la fijación del litigio efectuada en la audiencia inicial, aunque allí se precisó, respecto del primero de ellos que “el Actor no hace distinción si [“Ciudadanos por Villavicencio”] es un partido, movimiento o grupo significativo de ciudadanos”.

iii) Sin embargo, para la Sala está demostrado que “Ciudadanos por Villavicencio” era un grupo significativo de ciudadanos, pues además de los documentos a que se hizo mención en el punto i), obra en el expediente certificación de 18 de diciembre de 2014 suscrita por el Subsecretario del CNE en el que afirmó que “revisados los archivos del Consejo Nacional Electoral, se constató que el Grupo Significativo de ciudadanos “Ciudadanos por Villavicencio”, no posee ni ha tenido personería jurídica reconocida por esta corporación” (fl. 122). En el mismo sentido se allegó al expediente certificaciones de 29 de mayo y 2 de junio de 2015 suscritas por el mismo funcionario en las que además de reiterar lo anterior, precisó que “no existe registro alguno de estatutos del Grupo Significativo de Ciudadanos “Ciudadanos por Villavicencio”. (fl. 125 y 127 respectivamente).

1 Según certificación de 16 de marzo de 2016 suscrita por el Secretario general de la Alianza Verde, el aval fue otorgado el 17 de julio de 2015 para aspirar al Concejo de Villavicencio. Indicó igualmente que el señor Bobadilla Piedrahita es miembro activo de dicha organización desde el 20 de mayo de 2015 fecha en la que se inscribió como precandidato para solicitar el aval; y que hace parte de la dirección departamental del Meta reconocida por el partido por Resolución 006 de 4 de junio de 2015 la cual no fue inscrita ante el CNE por la provisionalidad de la misma. Fl. 264 y 267.

Además, el presidente del Concejo de Villavicencio, en respuesta a la solicitud elevada por el Tribunal Administrativo del Meta, afirmó que el concejal Bobadilla Piedrabita se posesionó por el “movimiento significativo CIUDADANOS POR VILLAVICENCIO” el 2 de enero de 2012. Igualmente afirmó que dicho concejal se desempeñó como tal para el 25 de octubre de 2015 por dicha agrupación y no presentó renuncia. (fl. 251 y 271-272).

Sobre el punto también resulta relevante la certificación de 18 de marzo de 2016 suscrita por el Delegado del Registrador Nacional del Estado Civil quien sostuvo que el demandado “se inscribió y resultó electo como Concejal del Municipio de Villavicencio, para el periodo constitucional 2012-2015, por el grupo significativo de ciudadanos “CIUDADANOS POR VILLAVICENCIO”... se inscribió y resultó electo como Concejal del Municipio de Villavicencio, para el periodo constitucional 2016-2019, por el Partido Alianza Verde”. (fl. 298).

De otra parte, “Ciudadanos por Villavicencio” en respuesta a la solicitud elevada por el a quo, manifestó el 18 de abril de 2016 que el señor Fabián Alberto Bobadilla Piedrabita fue inscrito como aspirante al Concejo de esa ciudad por dicho grupo significativo para el periodo 2012-2015, en el segundo renglón de la lista con voto preferente. También puso de presente que nunca ha presentado renuncia a dicha agrupación. (fl. 307-308)

3.2.3. *De conformidad con lo expuesto, para la Sala no cabe duda que “Ciudadanos por Villavicencio” es un grupo significativo que nunca tuvo personería jurídica, por el cual resultó elegido concejal 2012-2015 el señor Bobadilla Piedrabita, quien sin haber renunciado a dicha agrupación, obtuvo el aval y fue elegido en el mismo cargo por el Partido Alianza Verde para el periodo 2016-2019.*

No se demostró que “Ciudadanos por Villavicencio” tuviera vocación de permanencia más allá del periodo 2012-2015, pues ninguna de las pruebas aportadas hace referencia a su duración ni se allegó el documento de conformación de manera que se pudiera establecer dicho aspecto.

Al no haberse probado que el grupo significativo de ciudadanos se extendería al periodo siguiente para el cual fue conformado, es decir, que se prolongaría al periodo 2016-2019, y teniendo en cuenta que la naturaleza de dicha organización le imprime un carácter coyuntural, se impone concluir que su carácter fue temporal, circunscrito al periodo 2012-2015.

Lo anterior implica que, a partir de lo dispuesto en el parágrafo del artículo 2º de la Ley 1475 de 2011, la vigencia de “Ciudadanos por Villavicencio” se extendió hasta el 31 de diciembre de 2015, lo que evidencia su falta de vocación de permanencia dado que su razón de ser desapareció con la culminación del periodo del señor Bobadilla Piedrabita.

Ahora bien, como la excepción contemplada en dicha norma no fija un límite temporal, no puede alegarse la existencia del grupo significativo de ciudadanos al momento en el que el señor Bobadilla Piedrabita se inscribió por el Partido Alianza Verde –partido con personería jurídica-, puesto que aquél se extinguiría el 31 de diciembre de 2015.

3.2.4. *Ahora, conforme las pruebas que obran en el expediente, se impone concluir que el demandado no incurrió en doble militancia en la modalidad que se le endilgó, pues no se comprobó que el grupo significativo de ciudadanos tuviera una vigencia superior al periodo constitucional en el cual surgió (2012-2015), lo que hace aplicable al presente asunto, la excepción contemplada en el parágrafo del artículo 2º de la Ley 1475 de 2011.*

3.2.5. *Por último, frente a la solicitud de que se unifique jurisprudencia, la Sala pone de presente que la Sección Quinta en uso de sus competencias constitucionales y legales tiene plena potestad para estudiar y analizar las demandas de nulidad electoral que son sometidas a su conocimiento y en el presente asunto no considera necesario proferir una sentencia de unificación.”*

Decisión: “REVOCAR la sentencia de 23 de junio de 2016 mediante la cual el Tribunal Administrativo del Meta declaró a nulidad de la elección del señor Fabián Alberto Bobadilla Piedrahita como concejal de Villavicencio para el periodo 2016-2019 y en su lugar, NEGAR las pretensiones de la demanda.”

LUCY JEANNETTE BERMÚDEZ BERMÚDEZ
Presidenta

ROCÍO ARAÚJO OÑATE
Consejera de Estado
CARLOS ENRIQUE MORENO RUBIO
Consejero de Estado
ALBERTO YEPES BARREIRO
Consejero de Estado

* * *

CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCIÓN QUINTA

Consejero ponente: ALBERTO YEPES BARREIRO

Bogotá D.C, veinticinco (25) de agosto dos mil dieciséis (2016)

Radicación número: 11001-03-28-000-2016-00007-00

Actor: RICARDO MENDOZA CARPINTERO

DEMANDADO: REPRESENTANTES PRINCIPALES Y SUPLENTE DE LAS ORGANIZACIONES SIN ÁNIMO DE LUCRO ANTE EL CONSEJO DIRECTIVO DE LA CORPORACIÓN AUTÓNOMA REGIONAL DEL ATLÁNTICO - CRA

Asunto: Sentencia de única instancia que niega las pretensiones de la demanda. Se solicita la nulidad del acto por el cual fueron elegidos los representantes de las entidades sin ánimo de lucro ante la CRA por su expedición irregular, dado que se habilitaron 154 entidades sin ánimo de lucro por parte del Comité Evaluador de la CRA que no reunían los requisitos que contempla la ley para su postulación.

Extracto: “Corresponde en este caso determinar si tiene asidero la alegación del actor respecto de que se habilitaron a 154 de las ONG inscritas, las que considera no podían participar en la elección de los representantes ante el Consejo Directivo de la CRA. Para acreditarlo invoca dos situaciones que alega presentes en este trámite y que fueron las relacionadas al momento de fijar el litigio en los puntos 1° y 2°, la que esta Sala concreta de la siguiente manera: una **i)** relativa con el domicilio de la entidad y los proyectos que aportaron para acreditar su experiencia en materia ambiental dentro de la jurisdicción de la entidad y la otra **ii)** concerniente con el hecho de que las entidades no acreditaron haber sido constituidas con un plazo superior a los cuatro (4) años, contados hacia atrás desde el momento de la elección, que en este caso acaeció el 10 de octubre de 2015, lo que implica, que debieron probar que se hizo antes del **10 de octubre de 2011**. (...)”

4.2.1 De la Jurisdicción de la CRA

Se tiene que no existe duda de que la jurisdicción que comprende la CRA constituye incluso el Distrito Especial de Barranquilla, como se dejó visto en el acápite anterior. Así, el reproche que se plantea frente a este aspecto se entrará a examinar bajo este contexto, a efectos de lograr del examen de las pruebas acompañadas al proceso eleccionario la revisión de los documentos que le dieron plena validez a la participación de las entidades con domicilio en el Distrito de Barranquilla y, a las certificaciones que dan cuenta que la entidad que participó acreditó haber desarrollado también actividades de protección y promoción del ambiente en dicho Distrito, lo cual se insiste, es posible y perfectamente viable en razón a la jurisdicción que ocupa la CRA.

*En este punto conviene resaltar que es precisamente ésta la jurisdicción que en observancia del artículo 33 de la Ley 99 de 1993, prevén los estatutos de la Corporación, que reiteran lo concerniente a que “**comprende el Departamento del Atlántico**”, y de esta manera enlista qué entidades territoriales las integran, a saber: i) el departamento del Atlántico, ii) el Distrito Especial, Industrial y Portuario de Barranquilla y iii) los municipios de Baranoa, Campo De La Cruz, Candelaria, Galapa, Juan de Acosta, Luruaco, Malambo, Manatí, Palmar de Varela, Piojó, Polonuevo, Ponedera, Puerto Colombia, Repelón, Sabanagrande, Sabanalarga, Santa Lucia, Santo Tomás, Soledad, Suán, Tubará y Usiacurí. También deben considerarse los demás entes territoriales que se lleguen a crear con mandato en la ley.*

Conforme se advierte de tales disposiciones, no es aceptable el planteamiento del actor respecto de que opera una exclusión ipso facto del territorio que comprende el Distrito de Barranquilla, debido a la existencia de una entidad del orden distrital que dice releva a la CRA en sus funciones ambientales en ese territorio, y que tal entendimiento desplaza a las ONG radicadas en dicho ente territorial de participar en el proceso electoral, porque asegura, su participación está garantizada a través del DAMAB.

Sobre este particular ha de señalarse que en relación con la exequibilidad del artículo 66 de la Ley 99 de 1993, citado como infringido, la Corte Constitucional mediante sentencia C-1340 de 2000, aclaró las circunstancias en que surgen los grandes centros urbanos, y que la Sala los retoma en los siguientes términos:

- 1. Los aspectos de competencia en los contextos de orden ambiental tienen un “carácter global e integrado” en tanto existe una especie de interdependencia de los ecosistemas a protegerse, lo que impone que muchas de las competencias sean de carácter nacional y estén radicadas en el sector central, que es lo que finalmente justifica la existencia de un verdadero sistema nacional de protección del ambiente, regulado mediante la Ley 99 de 1993.*
- 2. A pesar de esa competencia global, las normas constitucionales y las previstas por la Ley 99 de 1993, **no excluyen** de tales competencias ecológicas a las autoridades municipales, pues la propia ley reconoce en ese contexto de integralidad e interdependiente del medio ambiente, los grandes centros urbanos ejerzan dentro del perímetro urbano, las mismas funciones atribuidas a las CAR, en lo que fuere aplicable al medio ambiente urbano.*
- 3. El artículo que se cita como incumplido - 66 de la Ley 99 de 1993 - constituye sin duda una norma que asigna y reparte competencias en materia ambiental.*
- 4. No se puede concluir por doble vía, que las disposiciones enfrentadas - artículos 33 y 66 de la Ley 99 de 1993 - pretendan conferir a las CAR el manejo exclusivo de los asuntos ambientales o el que la competencia de los centros urbanos, cuando se dan las condiciones que fija la ley para su surgimiento, excluyan de funciones a las corporaciones autónomas regionales. Lo que se puede inferir de éstas y del contenido fiscal del artículo 317 Superior, al que se refirió la defensa para justificar la competencia de la CRA en el Distrito Especial de Barranquilla, es que con un tributo municipal como lo es el predial, se puedan financiar “entidades supramunicipales, que cumplen funciones ecológicas”, sin que ello represente, que a los municipios o a las otras entidades territoriales que conforman la jurisdicción de una corporación autónoma, les está vedado cumplir funciones ambientales. (...)*

*De esta manera, la Sala encuentra justificadas razones para responder negativamente el planteamiento del actor frente a su querer de radicar en una entidad de **manera exclusiva** el control y ejercicio de la función ambiental. Lo anterior, porque está claro que ella no puede ejercerse de manera aislada sino que al contrario, debe propender por su protección a través de una política de estado que permea las funciones de reparto supramunicipal y supradepartamental a través de las CAR y de aquellas entidades, que en su condición de entes territoriales, les corresponde asumir y ejercer estas funciones.*

Así las cosas, la Sala reitera la conclusión relativa a resolver las censuras puestas en conocimiento de esta Sección respecto de que la jurisdicción de la CRA comprende, como lo establece la ley y los estatutos de la entidad, el Distrito Especial de Barranquilla, y no resulta posible ninguna exclusión como la que predica el actor, por cuanto la jurisdicción en materia no está radicada en otra Corporación Autónoma Regional, único hecho válido para anteponerla a la fijación que al respecto se le hace a la CRA.

Con fundamento en esta conclusión, el argumento relativo a la habilitación irregular de las organizaciones no gubernamentales que hubiesen acreditado su domicilio en el Distrito de Barranquilla o que hubiesen ejecutado proyectos ambientales en esta localidad, carece de fundamento y, por tanto no hay lugar a determinar que por este motivo hubiese procedido su rechazo, con miras a evitar su participación en la elección de los representantes de las entidades sin ánimo de lucro ante el Consejo Directivo de la CRA. Por lo mismo, el examen a realizarse se adelantará frente a cada caso particular, teniendo en cuenta lo que constituyó para el Actor el planteamiento de la irregularidad a través del anexo N° 1, que más adelante la Sala graficará y despachará con este criterio.

4.2.2. **De la constitución de las ONG**

En lo que corresponde a la ausencia del requisito relativo a la acreditación de la existencia mínima que debían probar las entidades sin ánimo de lucro para permitir su participación en el proceso electoral, la Sala se ocupará de un examen que dependerá de la confrontación con la documental allegada, estudio en el cual además se concentrará en el siguiente cuadro que contiene el planteamiento de todos los reproches elevados por el actor ante esta Corporación, en los términos del mencionado Anexo N° 1. (...)

4.2.2.1. **Conclusiones del análisis de la prueba documental**

Del estudio de la prueba documental se extraen las siguientes conclusiones:

i) De la Jurisdicción de la CRA - domicilio y proyectos acreditados en el Distrito de Barranquilla

Sobre el particular se tiene que fueron alegados 61 de los casos, los cuales resultaron infundados porque se alegó por el actor que el domicilio de las organizaciones y los proyectos acreditados en la inscripción de dichas entidades se cumplieron en la ciudad de Barranquilla, lo cual, como ya se indicó, no ameritaba un rechazo por cuanto éste ente territorial hace parte de la Jurisdicción de la CRA, y ello les permitía participar y habilitarse en el proceso electoral.

ii) De la fecha de la constitución de las ONG

*Con este planteamiento se fundaron 43 casos en los que se controvierte la fecha en que se constituyeron las organizaciones sin ánimo de lucro, respecto de los cuales ninguno se halló probado. El actor asegura que no cumplieron el plazo previsto en el artículo 2° de la Resolución 606 de 2006 frente a acreditar este tiempo mínimo de existencia. Encontró la Sala que el actor tomó como fundamento la fecha de la **inscripción** en el registro de Cámara de Comercio, la que naturalmente constituye una obligación a cargo de la entidad no gubernamental, pero que no tiene efectos invalidantes frente a lo que contempló la norma como requisito, pues se consideró que el tiempo mínimo que debían demostrar al momento de la inscripción, se cuenta desde cuando está previsto ocurra la elección y siempre que cuatro años atrás se hubiera “**constituido**”.*

*Al respecto, es preciso referir que el **acto de constitución** de las entidades que se presentaron en el proceso electoral que se acusa, ocurre según el artículo 40 del Decreto 2591 de 1995, a partir del momento en que éstas así lo reconozcan, bien mediante escritura pública o acto privado que contenga relación de los elementos necesarios para su existencia. (...)*

*De manera que en este caso, conforme a la información registrada en el cuadro que antecede, se aprecia que todas las enumeradas por el actor fueron **constituidas** antes del **10 de octubre de 2011**, fecha límite que prevé la norma para su habilitación, luego no resulta acorde con la prescripción normativa que se analice este requisito a partir de la **inscripción** en la cámara de comercio, por cuanto éste es un acto posterior a la constitución y que no se tomó como referente al momento de la exigencia de los requisitos fijados por la mencionada Resolución N° 606 de 2006.*

iii) Irregularidad por ausencia de renovación de matrícula ante la Cámara de Comercio

*Sobre el particular cabe advertir que el cuadro de irregularidades contempló 47 Casos, los cuales no fueron objeto de análisis por la Sala, en razón a que los planteamientos en los que se fundaron, se refieren a la **renovación de la matrícula de las entidades sin ánimo de lucro participantes**, cuyo control escapa del análisis a que debía concretarse esta Corporación. De una parte, en razón a que no constituyó el sustento de la violación alegada en el concepto de la violación y porque además, ésta circunstancia no ameritó el análisis de un requisito previamente establecido para la habilitación de estas entidades en el proceso electoral.*

Además, establecer si la renovación ante la Cámara de Comercio la hicieron a tiempo las organizaciones obligadas a ello, tampoco tendría incidencia en este proceso, pues una calificación en tal sentido de ninguna manera podría dar lugar a invalidar las actividades que desarrolló el ente, si es que ello ocurrió así, pues escapa de este control objetivo de legalidad manifestarse sobre la legalidad de las certificaciones aportadas al proceso, máxime cuando ellas se aportaron al trámite y no fueron tachadas en oportunidad, como lo resolvió el auto del pasado 7 de julio de 2016, por medio del cual el Despacho se abstuvo de darle trámite a la tacha de falsedad presentada por el apoderado.

iv) Otros casos no probados

En relación con dos (2) casos se puede apreciar que el análisis a cargo de esta Sala no pudo llevarse a cabo porque: i) en uno no se encontró el registro dentro de los documentos que fueron enviados a esta Corporación por la CRA, y el otro, ii) los datos consignados por el Actor no resultaron coincidentes con el registro alegado, lo que impidió apreciar si el estudio realizado fue válido o no.

v) Un caso probado: objeto social

En un único caso, la Sala encontró probado que efectivamente el objeto social de la organización que se presentó a este proceso electoral no tiene como por propósito aspectos relacionados con la preservación del medio ambiente, aunque los proyectos que ejecutó se refieran a aspectos de índole educativa en materia ambiental. No obstante, este único cargo probado no lograría enervar la legalidad del acto de elección por cuanto esta irregularidad no tendría incidencia frente a los resultados obtenidos por los candidatos que se enfrentaron a la contienda y que resultaron elegidos, dado que las diferencias se superan en 1 voto.

De esta manera, quedan explicadas las razones por las cuales en este caso no se logró, del correspondiente análisis, encontrar probadas las 154 irregularidades invocadas por la parte actora y que evidenció en el denominado anexo N° 1.

4.3. Violación de los artículo 5° del Decreto 0208 de 2004 y 13 de la Ley 768 de 2002.-

Corresponde señalar que en este análisis la Sala se ocupará de resolver el último de los planteamientos de la fijación del litigio, pese a que su examen coincide con algunos de los argumentos ya analizados al despachar de manera conjunta lo relativo al cumplimiento de los requisitos y la habilitación de las ONG en el proceso electoral, previo análisis de la documental traída al proceso y los 154 cargos formulados por el Actor.

Con la anterior precisión basta decir que la parte Actor insiste en esta censura al señalar que la CRA no tiene competencia ante el Distrito Especial de Barranquilla por cuanto estas facultades las cumple

el DAMAB; sin embargo, este cargo se considera despachado en el acápite anterior, cuando se analiza que no es que las competencias de estas dos entidades sean excluyentes sino que dada la connotación de protección ambiental que se deriva de estas dos entidades, en específico de los grandes centros urbanos que surgieron de la imposición normativa contenida en el artículo 66 de la Ley 99 de 1993, que privilegiar en materia ambiental, que existan competencias armónicas en la organización del Estado.

Por este motivo, se insiste, la función de planificación, promoción y garantía del medio ambiente no se circunscribe al nivel de descentralización territorial, como lo sugiere el Actor al contemplar como infringidas las normas objeto de análisis, por cuanto en esta materia, tanto la constitución política como la ley no circunscriben su ámbito a los límites propios de la división político-administrativa, como lo plantea el actor, luego no es aceptable que se opongan entre estas dos entidades las funciones que realizan y tampoco que se infiera su exclusión en esta materia, respecto de la CRA, pues es evidente que la jurisdicción de las CAR se debe garantizar en todo el territorio nacional.

Por estos motivos no hay lugar a declarar la nulidad de la elección y en ese orden de ideas se negaran las pretensiones de la demanda, por no haberse encontrado probadas las irregularidades inferidas al proceso de elección. (...)”

Decisión: “NEGAR las pretensiones de la demanda, por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

No se ACCEDE a la solicitud de sanción a las partes intervinientes en este proceso, por lo explicado en esta decisión.

En firme esta sentencia y previas las comunicaciones del caso, archívese el expediente.”

LUCY JEANNETTE BERMÚDEZ BERMÚDEZ
Presidenta

ROCÍO ARAÚJO OÑATE
Consejera de Estado
CARLOS ENRIQUE MORENO RUBIO
Consejero de Estado
ALBERTO YEPES BARREIRO
Consejero de Estado

* * *

CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCIÓN QUINTA

Consejero ponente: ALBERTO YEPES BARREIRO

Bogotá, veinticinco (25) de agosto de dos mil dieciséis (2016).

Radicación número: 63001-23-33-000-2016-00006-01

Actor: JAIME ALBERTO MURIEL LOTERO

Demandado: FREDDY VALENCIA CARDONA – DIPUTADO DEL QUINDÍO

Asunto: Sentencia que modifica la decisión de declarar la nulidad del acto acusado, con el fin de señalar que los efectos de la declaratoria de nulidad allí ordenada serán ex nunc, es decir hacia futuro. Se solicita la nulidad de la elección del demandado como diputado del Quindío por doble militancia.

Extracto: “La Sala anticipa que confirmará la decisión recurrida toda vez que se demostró que el señor Valencia Cardona incurrió en la primera modalidad de doble militancia prevista en el inciso primero

del artículo 2º de la Ley 1475 de 2011, consistente en la pertenencia simultánea a dos partidos políticos distintos, como se explica a continuación:

2.6.1. En el proceso se demostró que el demandado fue elegido como diputado a la Asamblea del Quindío, por el Partido Liberal Colombiano, para el período 2016-2019, hecho que también fue aceptado por las partes.

2.6.2. Así mismo se demostró que el demandado fue avalado y elegido por el Partido Convergencia Ciudadana como Concejal de Armenia, para el período 2008-2011, hecho que también fue aceptado por las partes.

2.6.3. De acuerdo con la certificación expedida el 16 de abril de 2015 por el Subsecretario del Consejo Nacional Electoral, mediante Resolución 1138 de 01 de diciembre de 2009, se registró el cambio de nombre del Partido Convergencia Ciudadana por el de Partido de Integración Nacional.

2.6.4. En el proceso obran pruebas que demuestran que el demandado fue avalado como candidato del Partido de Integración Nacional a las elecciones del Concejo de Armenia, para el período 2012-2015, pero que no resultó elegido, como lo aceptaron las partes.

2.6.5. Según la certificación expedida el 16 de abril de 2015 por el Subsecretario del Consejo Nacional Electoral, mediante Resolución 1825 de 10 de julio 2013, se registró el cambio de nombre del Partido de Integración Nacional por el de Partido Opción Ciudadana.

2.6.6. En el proceso se demostró la afiliación del señor Valencia Cardona al Partido Opción Ciudadana debido a su anterior pertenencia al Partido de Integración Nacional, como se explica a continuación:

De acuerdo con el numeral 2º del artículo 4º de la Ley 1475 de 2011, los estatutos de los partidos deben contener las reglas sobre la afiliación y retiro de sus miembros.¹

En el artículo 6º de los Estatutos del Partido Opción Ciudadana² se regula la afiliación a dicha colectividad (...)

Esta disposición estatutaria obedece a que la modificación de la denominación del partido, de Partido de Integración Nacional a Partido Opción Ciudadana, no modificó la personería jurídica del mismo, razón por la cual era natural que ante el cambio de su nombre, automáticamente los afiliados del primero pasaran a formar parte del segundo.

En virtud de la norma estatutaria citada, para la Sala es claro que el señor Valencia Cardona ingresó al Partido Opción Ciudadana por el hecho de haber pertenecido anteriormente al Partido de Integración Nacional.

Por lo tanto, en contravía de lo señalado por el recurrente, no es cierto que el señor Valencia Cardona tuviera que inscribirse nuevamente al Partido Opción Ciudadana para pertenecer a esta agrupación política, ni que la afiliación del demandado al mismo haya cesado por la simple modificación de la denominación de dicha colectividad, dado que en el artículo 6º de los estatutos se dispuso que automáticamente los miembros del antiguo Partido de Integración Nacional, como el señor Valencia Cardona, formarían parte del Partido Opción Ciudadana.

1 “ARTÍCULO 4o. CONTENIDO DE LOS ESTATUTOS. Los estatutos de los partidos y movimientos políticos contendrán cláusulas o disposiciones que los principios señalados en la ley y especialmente los consagrados en el artículo 107 de la Constitución, en todo caso, deben contener como mínimo, los siguientes asuntos: (...) 2. Régimen de pertenencia al partido o movimiento políticos en el que se señalen reglas de afiliación y retiro, así como los derechos, deberes y prohibiciones de sus miembros. (...)”

2 Obrantes a folio 377 del cuaderno 2.

Ahora bien, la Sala rechaza el argumento del recurrente según el cual el mecanismo de afiliación automática previsto en el parágrafo 2º del artículo 6º de los Estatutos del Partido Opción Ciudadana vulnera el principio de libertad de afiliación, toda vez que los mismos estatutos del Partido Opción Ciudadana, permitieron la libre desafiliación de los militantes de dicha agrupación política.

Consecuentemente, si el señor Valencia Cardona dejó de compartir los ideales de esa colectividad con ocasión del cambio de su denominación, estaba en plena libertad de renunciar a su militancia y afiliarse a otro partido, como se explicará posteriormente, lo que impide considerar que a través de esta disposición estatutaria se haya podido materializar una posible vulneración del derecho a la libre afiliación.

Finalmente, en el recurso de apelación objeto de estudio el apoderado del demandado manifestó que en el Radicación obra una hoja de afiliación del señor Valencia Cardona al Partido de Integración Nacional, sin fecha, la cual aseveró tuvo que ser posterior al 2009, año en el cual la colectividad adoptó esa denominación.

A partir de esta prueba documental, puso en duda que pudiera operar de manera automática la afiliación de los antiguos miembros del Partido de Integración Nacional al Partido Opción Ciudadana, ya que de haberse usado ese mismo mecanismo cuando el Partido Convergencia Ciudadana adoptó la denominación Partido de Integración Nacional, no hubiera sido necesario que el señor Valencia Cardona se afiliara nuevamente a esta agrupación política, dado que anteriormente perteneció al Partido Convergencia Ciudadana.

Sin embargo, la Sala considera que este argumento no logra desvirtuar la afiliación del demandado al Partido Opción Ciudadana por su anterior pertenencia al Partido de Integración Nacional.

En efecto, resulta irrelevante determinar si se estableció o no un mecanismo de afiliación automática de los antiguos miembros del Partido Convergencia Ciudadana al Partido de Integración Nacional con ocasión del cambio de denominación de este partido, dado que: (i) en el proceso está demostrado que el demandado fue avalado e inscrito por esta última colectividad para las elecciones locales correspondientes al periodo 2012-2015; y, (ii) se demostró que dicho mecanismo de afiliación automática sí se previó en los estatutos del Partido Opción Ciudadana, razón por la cual los afiliados del Partido de Integración Nacional automáticamente entraron a formar parte de dicha agrupación política.

De acuerdo con lo expuesto, la Sala concluye que en el presente caso se encuentra probada la afiliación del señor Valencia Cardona al Partido Opción Ciudadana como consecuencia de su anterior pertenencia al Partido de Integración Nacional.

2.6.6. Finalmente, la Sala expondrá las razones por las cuales no se demostró que el señor Valencia Cardona haya renunciado al Partido Opción Ciudadana antes de ser avalado y elegido como diputado a la Asamblea del Quindío para el periodo 2016-2019 por el Partido Liberal Colombiano:

Como se mencionó anteriormente, según el numeral 2º del artículo 4º de la Ley 1475 de 2011, los estatutos de los partidos deben contener las reglas sobre el retiro de sus miembros.

A su vez, la desafiliación a los partidos políticos se encuentra regulada en el artículo 6º de la Resolución 1839 de 11 de julio de 2013, expedida por el Consejo Nacional Electoral, “Por la cual se establece el sistema de identificación y registro de los afiliados a los partidos y movimientos políticos con personería jurídica y de los integrantes de los grupos significativos de ciudadanos que soliciten realizar consulta interna”, (...)

En consonancia con lo anterior, en el parágrafo 1º del artículo 6º de los estatutos del Partido Opción Ciudadana se reguló de la siguiente manera el retiro de sus afiliados: (...)

Según esta disposición estatutaria, para que el señor Valencia Cardona se hubiera desafiliado del Partido Opción Ciudadana, se requería que esta persona presentara ante la instancia partidaria co-

respondiente un escrito en el cual manifestara expresamente su voluntad de retirarse de esa agrupación política, lo cual no se demostró en el proceso.

A pesar de que el apoderado del demandado sostuvo en el recurso objeto de estudio, así como en los alegatos de conclusión de segunda instancia, que dicha manifestación de voluntad no era necesaria dado que la afiliación del señor Valencia Cardona al Partido Opción Ciudadana, supuestamente cesó por no haber sido elegido como Concejal de Armenia para el período 2012-2015 por el Partido de Integración Nacional y no haber adherido expresamente al Partido Opción Ciudadana luego de la modificación de su denominación, esta tesis quedó desvirtuada ante la existencia del mecanismo de afiliación automática previsto en el parágrafo 2º del artículo 6º de los Estatutos del Partido Opción Ciudadana.

Por lo tanto, para que el demandado pudiera demostrar que se retiró del Partido Opción Ciudadana tenía la carga de probar que presentó ante la instancia partidaria competente el escrito solicitando su retiro de esa colectividad, según lo dispuesto en las normas estatutarias, lo que no ocurrió.

Aunado a lo anterior, debe tenerse en cuenta que la inexistencia del retiro o desafiliación del señor Valencia Cardona del Partido Opción Ciudadana fue formulada como una negación indefinida en el libelo introductorio, razón por la cual, en virtud de las reglas del onus probandi, ésta debía ser desvirtuada por el demandado según lo dispuesto en el último inciso del artículo 167 del C.G.P.³

Por el contrario, en el expediente obran dos certificaciones expedidas por el representante legal del Partido Opción Ciudadana en las que consta que el señor Valencia Cardona no había renunciado a la militancia en esa agrupación política. (...)

Por último, el recurrente reprochó que el Tribunal le hubiera otorgado mayor valor probatorio a las referidas certificaciones expedidas por el representante legal del Partido Opción Ciudadana, en lugar de aquella proferida el 23 de febrero de 2016 por un asesor de la Oficina de Inspección y Vigilancia del Consejo Nacional Electoral,⁴ obrante a folio 330 del cuaderno 2 del expediente, según la cual el demandado “(...) actualmente NO se encuentra afiliado al partido Opción Ciudadana.”

De acuerdo con el artículo 2º de la Ley 1475 de 2011, “(...) [l]a militancia o pertenencia a un partido o movimiento político, se establecerá con la inscripción que haga el ciudadano ante la respectiva organización política, según el sistema de identificación y registro que se adopte para tal efecto el cual deberá establecerse conforme a las leyes existentes en materia de protección de datos”, razón por la cual, según lo dispuesto en esta norma, es al Partido Opción Ciudadana a quien le corresponde certificar la afiliación y retiro de sus miembros y no al Consejo Nacional Electoral.

En efecto, la militancia en una organización política no surge con ocasión del registro que haga el Consejo Nacional Electoral en su base de datos, sino a partir de la inscripción que haga el ciudadano ante el respectivo partido o movimiento político. Por lo tanto, el registro de un ciudadano en la base de datos del Consejo Nacional Electoral sobre la afiliación a una organización política no es una solemnidad o requisito ad substantiam actus que deba ser cumplido para efectos de que un ciudadano pueda ser o no considerado como militante de un partido o movimiento político.

Lo anterior se reafirma con lo dispuesto en el artículo 16 de la Resolución 1839 de 2013, expedida por el Consejo Nacional Electoral, de acuerdo con el cual “[l]a información consolidada en el sistema de

3 “ARTÍCULO 167. (...) Los hechos notorios y las afirmaciones o negaciones indefinidas no requieren prueba.”

4 Entre las funciones de esta dependencia del Consejo Nacional Electoral se encuentra la de “[l]iderar y consolidar la información atinente a los procesos electorales, partidos políticos a fin de garantizar el buen manejo y actualización de información de interés de la Corporación”, por lo tanto la Sala precisa que esta dependencia es competente para expedir las certificaciones relacionadas con la información que reposa en las bases de datos de dicha entidad atinente a los partidos políticos, en oposición a lo manifestado por el Agente del Ministerio Público en el concepto rendido en segunda instancia.

identificación y registro de afiliados de los partidos, movimientos y agrupaciones políticas, servirá como prueba sumaria dentro de los procesos e investigaciones que adelante el Consejo Nacional Electoral”, lo que permite concluir que incluso dentro de las actuaciones electorales adelantadas por el Consejo Nacional Electoral este tipo de certificaciones tiene el carácter de prueba sumaria que puede ser contradicha mediante otros medios probatorios.

Consecuentemente, si bien en el expediente reposa una certificación expedida por el Consejo Nacional Electoral según la cual el demandado “(...) actualmente NO se encuentra afiliado al partido Opción Ciudadana”, ésta no es suficiente por sí sola para acreditar la afiliación o desafiliación a una agrupación política, pues debe tenerse en cuenta que se demostró a partir de las certificaciones expedidas por el representante legal de Partido Opción Ciudadana que el señor Valencia Cardona no se retiró del Partido Opción Ciudadana, las cuales prevalecen sobre el documento emanado de la organización electoral según lo dispuesto en el artículo 2º de la Ley 1475 de 2011.

Debe agregarse que si bien el artículo 3º de la Ley 1475 de 2011 le asigna al Consejo Nacional Electoral la función de llevar el registro de partidos, movimientos y agrupaciones políticas, y de sus afiliados,⁵ lo cierto es que la inexistencia del registro del señor Valencia Cardona como afiliado del Partido Opción Ciudadana en la base de datos de esa autoridad electoral no demuestra que dicha persona efectivamente se haya retirado de esa colectividad, sino que prueba que esta persona nunca fue registrada por su partido político ante el Consejo Nacional Electoral.

Adicionalmente, en esta certificación que data del 23 de febrero de 2016 se informa que el señor Valencia Cardona “actualmente” no se encuentra afiliado a la referida organización política, pero allí no se hace pronunciamiento alguno sobre su situación a la fecha en la que pudo configurarse la doble militancia. En otras palabras, esta certificación no versa sobre hechos acontecidos en el tiempo durante el cual se pudo materializar la supuesta doble militancia del demandado.

En atención a lo expuesto, la Sala considera que la certificación expedida por el asesor de la Oficina de Inspección y Vigilancia del Consejo Nacional Electoral no es una prueba conducente para determinar si el señor Valencia Cardona había renunciado a su militancia en el Partido Opción Ciudadana.

Adicionalmente, se insiste en que para poder retirarse de esa agrupación política el demandado debió haber presentado un documento manifestando expresamente dicha intención, prueba que no obra en el proceso.

Realizadas las anteriores precisiones, a partir de las certificaciones expedidas por el representante legal del Partido Opción Ciudadana, aunadas con la inexistencia de prueba alguna que demuestre que el señor Valencia Cardona haya renunciado expresamente a su militancia a dicha organización política, de conformidad con los requisitos consagrados en el parágrafo 1º del artículo 6º de sus Estatutos, la Sala concluye que el demandado siguió militando en ese partido político para el momento en el cual fue avalado y posteriormente elegido como Diputado a la Asamblea del Quindío por el Partido Liberal Colombiano para el periodo 2016-2019.

2.6.7. En síntesis, debido a que el señor Valencia Cardona militó simultáneamente en el Partido Opción Ciudadana y en el Partido Liberal Colombiano, para el momento en el cual fue inscrito como candidato y elegido como diputado por esta última colectividad a la Asamblea del Quindío para el periodo

5 “ARTÍCULO 30. REGISTRO ÚNICO DE PARTIDOS Y MOVIMIENTOS POLÍTICOS. <Artículo CONDICIONALMENTE exequible> El Consejo Nacional Electoral llevará el registro de partidos, movimientos y agrupaciones políticas. Los respectivos representantes legales registrarán ante dicho órgano las actas de fundación, los estatutos y sus reformas, los documentos relacionados con la plataforma ideológica o programática, la designación y remoción de sus directivos, así como el registro de sus afiliados. Corresponde al Consejo Nacional Electoral autorizar el registro de los mencionados documentos previa verificación del cumplimiento de los principios y reglas de organización y funcionamiento consagrados en la Constitución, la ley y los correspondientes estatutos.”

2016-2019, el a quo acertó en anular el acto acusado por haberse configurado la primera modalidad de la doble militancia prevista en el artículo 2º de la Ley 1475 de 2011.

Consecuentemente, de acuerdo con lo expuesto, la Sala confirmará la decisión de anular el acto demandado pero modificará su parte resolutive con el fin de señalar los efectos de la nulidad, por las siguientes razones. (...)”

Decisión: “MODIFICAR el numeral primero de la parte resolutive de la sentencia proferida el 20 de junio de 2016 por el Tribunal Administrativo del Quindío, Sala Cuarta de Decisión, por las razones expuestas en esta providencia, así: “PRIMERO: DECLARASE la nulidad del acto de elección del señor FREDDY VALENCIA CARDONA como Diputado a la Asamblea Departamental del Quindío por el período 2016-2019, por lo expuesto en la parte motiva. Esta nulidad tendrá efectos ex nunc.”

DEVOLVER el expediente al Tribunal de origen.

ADVERTIR que contra esta providencia no procede recurso alguno

LUCY JEANNETTE BERMÚDEZ BERMÚDEZ
Presidenta

ROCÍO ARAÚJO OÑATE
Consejera de Estado
CARLOS ENRIQUE MORENO RUBIO
Consejero de Estado
ALBERTO YEPES BARREIRO
Consejero de Estado

* * *

CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCIÓN QUINTA

Consejero ponente: ALBERTO YEPES BARREIRO

Bogotá D.C, veinticinco (25) de agosto dos mil dieciséis (2016)

Radicación número: 66001-23-33-000-2015-00475-01

Actor: GERARDO BERNAL MONTENEGRO Y JOHN HAROLD GÓMEZ GIRALDO

Demandado: CAROLINA GIRALDO BOTERO – CONCEJAL DE PEREIRA

Asunto: Fallo de segunda instancia que confirmó la decisión de la autoridad judicial a quo de negar las pretensiones de la demanda, pues no se encontró acreditada la inhabilidad por celebración de contratos y gestión de negocios dentro de los 12 meses antes a la elección, atribuida a la demandada.

Extracto: “Como se explicó, para determinar el lapso temporal de la inhabilidad de contratación es necesario contar un año hacia atrás tomando como punto de referencia el día de la elección. Teniendo en cuenta que las elecciones para autoridades territoriales en Colombia se llevaron a cabo el día 25 de octubre de 2015, el periodo inhabilitante para el demandado transcurrió entre el 25 de octubre de 2014 y el 25 de octubre de 2015.

Al respecto se encuentra acreditado¹ que el contrato de trabajo a término fijo celebrado entre el demandado y el Instituto Municipal de Cultura y Fomento al Trismo de Pereira se suscribió por fuera

1 Así se desprende de la copia del contrato.

del periodo inhabilitante, comoquiera que aquel fue celebrado el 20 de enero de 2014, esto es, varios meses antes del lapso que la ley previó como configurativo de la inhabilidad.

Como puede observarse, el contrato que, a juicio de la parte actora, origina la inhabilidad de celebración de contratos se perfeccionó en un lapso diferente al previsto por el numeral 3º del artículo 40 de la Ley 617 de 2000, y por consiguiente, no es necesario hacer mayores elucubraciones para concluir que la inhabilidad alegada no se encuentra materializada.

(...)

Para el recurrente se debe tener en cuenta que la norma también habla de la ejecución como elemento constitutivo de la inhabilidad por celebración de contratos; entendimiento del cual se desprende, según su criterio, que si se materializó la inhabilidad, toda vez que, el contrato suscrito por el demandado se ejecutó dentro de los 12 meses anteriores a la elección.

Lo primero a señalar es que este argumento carece de asidero jurídico, ya que del análisis de la causal endilgada se desprende con toda claridad que la conducta prohibida es celebrar el contrato y no ejecutarlo. Es por ello que, la jurisprudencia ha entendido de forma unívoca que la conducta que materializa la inhabilidad por “celebración de contratos” es precisamente la de celebrar o suscribir un determinado negocio jurídico, de forma que es necesario que el contrato se celebre, que haya concreción en el negocio, que exista un vínculo que obligue a las partes a cumplir con las obligaciones contraídas.²

(...)

*Así las cosas, es claro que el “verbo rector” de la inhabilidad alegada es **intervenir en la celebración** y no ejecutar, de forma tal que **aquella se configura con la celebración efectiva del respectivo contrato** dentro del lapso contemplado por la norma, independiente del momento de su ejecución.*

*En otras palabras, la **inhabilidad de “celebración de contratos” se materializa sí y solo sí el negocio jurídico correspondiente se celebró o suscribió dentro del periodo inhabilitante**. Cosa distinta es que también se requiera demostrar que la ejecución o cumplimiento del contrato celebrado se realizó en la respectiva circunscripción electoral en la cual el candidato resultó elegido³*

De lo expuesto se colige, sin lugar a dudas, que aunque la “celebración” y la “ejecución” son dos elementos configurativos de la inhabilidad contemplada en la segunda parte del numeral 3º del artículo 40 de la Ley 617 de 2000, aquellos son totalmente distintos, ya que mientras el primero alude al “verbo rector” de la conducta prohibitiva, el segundo sirve para constatar que la inhabilidad se desarrolló en la circunscripción electoral correspondiente.

*En suma, si se tiene en cuenta que, **para la configuración de la inhabilidad es necesario que el contrato se haya celebrado dentro del año anterior a la fecha de la elección** es evidente que en el sub judice no se encuentra acreditada la inhabilidad endilgada, debido a que el contrato entre la demandada y el Instituto Municipal de Cultura y Fomento al Turismo de Pereira se suscribió o celebró por fuera del periodo inhabilitante.*

(...)

2 Consejo de Estado, Sección Quinta, Sentencia del 18 de julio de 2013, radicación 47001-23-31-000-2012-00010-01. CP. Lucy Jeannette Bermúdez Bermúdez. En esta providencia se concluyó que la celebración del contrato “*implica la concreción de la intervención en un vínculo negocial que obligue a las partes contratantes, es decir, que se trate del contrato mismo*”.

3 En el mismo sentido, Consejo de Estado Sección Quinta, auto de Sala del 28 de abril de 2016, radicación N°25000-23-24-000-2015-02753-01 CP. Alberto Yepes Barreiro.

Finalmente, en lo relativo a la gestión de negocios, debe recordarse, tal y como se advirtió previamente en el acápite 4 de esta providencia, que el elemento material u objetivo de esa causal consiste en intervenir en la gestión de negocios, esto es, para su configuración debe estar demostrado que se realizaron actos tendientes a la materialización de un negocio jurídico con entidades públicas del orden municipal o distrital.

*Respecto a este punto es oportuno, reiterar, que la jurisprudencia⁴ ha establecido que: i) el término “negocios” conlleva de suyo un fin lucrativo en las gestiones; ii) **la gestión se materializa únicamente en la etapa pre negocial**, de forma que los actos posteriores no inciden en la configuración de la inhabilidad y la materialización de la prohibición no está atada a que el negocio, efectivamente, se concrete, iii) la gestión debe ser determinante y directa, pues una diligencia inane en el negocio no materializa la inhabilidad. Es decir, se debe acreditar que la persona que funge como demandada participó “en diligencias conducentes al logro de un negocio con entidad pública.”*

Por ello, como la prórroga y la ejecución contractual con la que los Actores sustentan la existencia de esta segunda inhabilidad tuvieron lugar en la etapa poscontractual, ha de concluirse necesariamente que aquella tampoco se materializó.”

Decisión: “CONFIRMAR la sentencia del 6 de mayo de 2016 a través de la cual el Tribunal Administrativo de Risaralda negó las pretensiones de la demanda.

DEVOLVER al Tribunal de origen para lo de su cargo.”

LUCY JEANNETTE BERMÚDEZ BERMÚDEZ
Presidenta

ROCÍO ARAÚJO OÑATE
Consejera de Estado
CARLOS ENRIQUE MORENO RUBIO
Consejero de Estado
ALBERTO YEPES BARREIRO
Consejero de Estado

* * *

CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCIÓN QUINTA

Consejero ponente: ALBERTO YEPES BARREIRO

Bogotá, veinticinco (25) de agosto de dos mil dieciséis (2016).

Radicación número: 66001-23-33-000-2016-00092-01

Actor: DANIEL SILVA ORREGO Y CARLOS ALFREDO CROSWAITHE FERRO

Demandado: MARIO LEÓN OSSA – DIRECTOR GENERAL DEL INSTITUTO MUNICIPAL DE TRÁNSITO DE PEREIRA

Asunto: Sentencia que confirma la decisión de negar las pretensiones de la demanda. Se solicita la nulidad del nombramiento del demandado como director general del Instituto Municipal de Tránsito de Pereira. En síntesis, en el concepto de violación los actores invocaron la causal 5ª de nulidad electoral prevista en el artículo 275 del C.P.A.C.A., dado que en su sentir el demandado no cumplió el primero

⁴ Consejo de Estado. Sala Plena. Sentencia de 18 de noviembre de 2008. Radicación número: 11001-03-15-000-2008-00316-00 (PI). C.P. Mauricio Torres Cuervo; Consejo de Estado, Sección Quinta, Sentencia del 11 de agosto de 2016, radicación N° 50001-23-33-000-2015-00647-01 CP. Lucy Jeannette Bermúdez.

de los requisitos para ser nombrado en el cargo señalados en el inciso 1º del artículo 4º de la Ley 769 de 2002, modificado por el artículo 8º de la Ley 1310 de 2009, consistente en la “formación profesional relacionada”.

Extracto: “Los requisitos para ejercer el cargo de director de organismos de tránsito o de secretarías de tránsito están regulados en el artículo 4º de la Ley 769 de 2002, modificado por el artículo 8º de la Ley 1310 de 2009, norma que dispone lo siguiente

“ARTÍCULO 8o. Modifíquese el inciso 1o del artículo 4o de la Ley 769 de 2002, el cual quedará así:

Los Directores de los Organismos de Tránsito o Secretarías de Tránsito de las entidades territoriales deberán acreditar formación profesional relacionada y experiencia en el ramo de dos (2) años o en su defecto estudios de diplomado o posgrado en la materia.”

La naturaleza de los requisitos señalados en esta disposición fue estudiada por la Sección en sentencia de 21 de agosto de 2014, en la cual se realizaron las siguientes precisiones:

“(…) Esta normativa deja claro que para ejercer el cargo de Director de Organismos de Tránsito es indispensable cumplir con los siguientes requisitos:

- *Formación profesional relacionada; y,*
- *Experiencia en el ramo de dos (2) años. En caso de no contar con los dos años de experiencia, se pueden homologar con estudios de diplomado o posgrado en la materia.*

Así pues los requisitos que se deben exigir para ser nombrados en el cargo de Director Técnico de las Direcciones de Tránsito y Transporte son:

- *Formación profesional en áreas del conocimiento relacionadas con las funciones del cargo.*
- *Experiencia en el ramo de 2 años. En caso de no contar con los dos años de experiencia en el ramo, se pueden homologar con estudios de diplomado o posgrado en la materia.”¹*

En lo que concierne al primer de estos requisitos, es decir a la formación profesional relacionada, en dicho precedente se señaló que para acceder al cargo de director de organismos de tránsito o secretarías de tránsito se requiere demostrar formación profesional en áreas del conocimiento relacionadas con las funciones propias del cargo, como las de organización, orientación, dirección y control que son las esenciales en estas dependencias.² (...)

2.6. Caso concreto

Para determinar si el Tribunal erró al encontrar demostrado el cumplimiento del requisito de formación profesional relacionada previsto en el artículo 4º de la Ley 769 de 2002, modificado por el artículo 8º de la Ley 1310 de 2009, para que el demandado pudiera ser nombrado en el cargo de director general del Instituto Municipal de Tránsito de Pereira, código 050 grado 08, la Sala empleará el criterio sentado en el precedente contenido en la sentencia de 21 de agosto de 2014, para lo cual estudiará si existe alguna

1 Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta. Radicación 85001-23-33-000-2013-00198-01. Sentencia de 21 de agosto de 2014. Demandado: Álvaro del Carmen Pérez Benítez. C.P.: Dr. Alberto Yepes Barreiro.

2 Este criterio fue reiterado en Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta. Radicación 660012333000201500111 01. Sentencia de 18 de febrero de 2016. Demandada: Beatriz Eugenia Ramírez Restrepo. C.P.: Dra. Rocío Araújo Oñate.

conexidad o relación entre alguna de las funciones de dicho cargo y el plan de estudios cursado por el señor León Ossa para obtener el título de economista en la Universidad Libre Seccional Pereira.

De acuerdo con el artículo 15 del Decreto 662 de 20 de octubre de 2006, “Por el cual se modifica la razón social del Instituto Municipal de Tránsito y Transporte de Pereira y se establece su Estatuto Básico”, expedido por el Alcalde de Pereira, el director general del Instituto Municipal de Tránsito de Pereira tiene las siguientes funciones: (...)

A su vez, de acuerdo con el manual de funciones, el cargo de director general del Instituto Municipal de Tránsito de Pereira tiene las siguientes funciones esenciales: (...)

En el expediente obra el plan de estudios adelantado por el señor León Ossa para obtener el título de economista en la Universidad Libre Seccional Pereira, el cual incluye las siguientes asignaturas: (...)

Revisados los objetivos de las asignaturas cursadas por el demandado para obtener el título de economista en la Universidad Libre Seccional Pereira, la Sala considera que existe una conexidad o relación entre algunas de estas materias y las funciones propias del cargo de director general del Instituto Municipal de Tránsito de Pereira, código 050 grado 08, en especial con aquellas de administración de la entidad, planeación, presupuestales y económicas, y de administración de personal, como se evidencia en el siguiente cuadro: (...)

Por lo tanto, al no ser cierta la inexistencia de una conexidad o relación entre las funciones propias del cargo y las asignaturas cursadas por el señor León Ossa para obtener el título de economista, principal argumento del recurso de apelación interpuesto contra la sentencia de primera instancia por los Actores, la Sala considera que en el presente caso se demostró el cumplimiento del requisito de formación profesional relacionada previsto en el artículo 4º de la Ley 769 de 2002, modificado por el artículo 8º de la Ley 1310 de 2009, para que el demandado pudiera ser nombrado en el cargo de director general del Instituto Municipal de Tránsito de Pereira, código 050 grado 08.

Consecuentemente, la Sala no considera necesario analizar si el a quo erró al considerar que el título de especialista en alta gerencia obtenido por el señor León Ossa pudiera complementar el requisito de formación profesional relacionada previsto en dicha norma.

Por las anteriores razones se confirmará la decisión recurrida.”

Decisión: “CONFIRMAR la sentencia dictada el 17 de junio de 2016 por el Tribunal Administrativo de Risaralda, Sala Primera de Decisión, que negó las pretensiones de la demanda dirigida contra el acto de nombramiento del señor Mario León Ossa como director general del Instituto Municipal de Tránsito de Pereira, código 050 grado 08, contenido en el Decreto 002 de 1º de enero de 2016, expedido por el Alcalde de Pereira.

DEVOLVER el expediente al Tribunal de origen.

ADVERTIR que contra esta providencia no procede recurso alguno”

LUCY JEANNETTE BERMÚDEZ BERMÚDEZ
Presidenta

ROCÍO ARAÚJO OÑATE
Consejera de Estado
CARLOS ENRIQUE MORENO RUBIO
Consejero de Estado
ALBERTO YEPES BARREIRO
Consejero de Estado

CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCIÓN QUINTA

Consejero ponente: ALBERTO YEPES BARREIRO

Bogotá D.C. ocho (8) de septiembre de dos mil dieciséis (2016)

Radicación número: 63001-23-33-000-2015-00361-01 (Acumulado)

Actor: JHON ALEXANDER ARENAS Y JAIME ALBERTO MURIEL

Demandado: JORGE RICARDO PARRA SEPÚLVEDA – DIPUTADO DE LA ASAMBLEA DEPARTAMENTAL DEL QUINDÍO PERIODO 2016-2019

Asunto: Fallo de segunda instancia que confirmó la decisión de la autoridad judicial a quo de negar las pretensiones de la demanda, pues se probó que el demandado no perteneció de forma concomitante, simultánea o concurrente a dos partidos políticos, de forma que no estaba incurso en la prohibición de doble militancia atribuida por el Actor.

Extracto: “(...) la modalidad de doble militancia que, a juicio de la parte actora, se materializó en el caso concreto se compone, si se quiere, de los siguientes elementos: i) **un sujeto activo:** los ciudadanos; ii) **una conducta prohibitiva** consistente en pertenecer a más de una organización política y iii) **un elemento temporal**, según el cual la pertenencia a más de una asociación política debe ser simultánea, concurrente o concomitante.

(...)

Bajo este panorama, es evidente que para que la renuncia tenga la potencialidad de enervar la prohibición de doble militancia estudiada, aquella debe romper con la simultaneidad de la conducta, de forma que debe presentarse ante la organización política respectiva antes de la inscripción al nuevo partido o movimiento político, y precisamente eso será lo que se verificará en el caso concreto, es decir, si el señor Parra Sepúlveda antes de inscribirse en el Partido Liberal Colombiano renunció al partido Cambio Radical.

Ahora bien, el recurrente, parece aseverar que no se puede entender que el demandado renunció al partido Cambio Radical pues, según su criterio, una renuncia solo se entiende como tal hasta que sea aceptada por el representante legal del partido¹.

Así las cosas, la Sala encuentra que el argumento de la parte actora carece de asidero jurídico, porque para entender que una persona ya no milita en determinado partido, únicamente, es necesario que el militante de manera expresa, clara, inequívoca y a través de cualquier medio, informe a la organización política que es su deseo libre y espontaneo dejar de pertenecer ese partido o movimiento político.

Esto es así, debido a que los efectos de la renuncia a la militancia a un determinado partido político no pueden estar supeditados a que la dimisión sea aceptada por la organización, pues lo cierto es que la carga del militante se agota cuando el militante informa al partido o movimiento político su deseo abandonar la colectividad, de forma que la aceptación de la renuncia se erige como un trámite meramente formal.

1 Específicamente el recurrente señaló que el juez de segunda instancia debía tener en cuenta que “el mismo directivo nacional (Antonio Álvarez Lleras), manifiesta al Despacho que el único competente para recibir y aceptar la renuncia de los militantes activos del mencionado partido políticos es la dirección nacional del partido, a través del representante legal del Partido, entendiéndose así una presunta renuncia aceptada solo hasta cuando la misma es dirigida y aceptada por el representante legal del partido Cambio Radical a nivel Nacional, en este caso el señor Álvarez Lleras” (Fl. 450 del Cuaderno N° 1)

(...)

En consecuencia, es evidente que la renuncia a un partido o movimiento político surte efectos desde el momento mismo en el que el militante informa a la organización política que es su deseo abandonarla.

(...)

Decantado lo anterior, es procedente, analizar si está demostrado que el demandado, previo a su afiliación al partido Liberal Colombiano, renunció a la membresía del partido Cambio Radical.

(...)

Sea lo primero señalar que el sistema de apreciación basado en la sana crítica impone colegir que carece de razón el Actor cuando sostiene que el juez a quo erró en su valoración probatoria, porque desconoció que existían certificaciones contradictorias respecto al tiempo de militancia del demandado en el partido Cambio Radical, ya que una valoración en conjunto y bajo las reglas de la sana crítica de las pruebas obrantes en el plenario permite a la Sala concluir que el demandado renunció a esta colectividad, previo a su vinculación al Partido Liberal Colombiano.

En efecto, aunque no escapa a la Sala que de las certificaciones obrantes a folios 17 a 20 del Cuaderno N° 1 y folio 43 del Exp. 2015-378, prima facie, pudiera desprenderse que el demandado perteneció al partido Cambio Radical al menos hasta el 7 de diciembre de 2015, lo cierto es que también obra prueba documental y testimonial de la que se desprende que el demandado renunció a dicha colectividad.

Esto es así, porque aunque es evidente que las certificaciones suscritas por el Representante Legal del Partido Cambio Radical¹, esto es, el señor Antonio Álvarez Lleras el 19 de noviembre y el 2 de diciembre de 2015 en las que consta que “el señor Jorge Ricardo Parra Sepúlveda identificado con (...) se encuentra afiliado desde el año 2006 como militante activo del Partido”², se contradice con las signadas por este mismo ciudadano los días 8 de febrero y 8 de abril de 2016³ y en las que se afirma que el demandado renunció a esa colectividad el 12 de marzo de 2015; lo cierto es que dicha situación de contradicción fue aclarada, en la audiencia de pruebas por la misma persona que suscribió los documentos (...)

En efecto, el representante legal del partido Cambio Radical a lo largo de su relato insistió en que expidió las certificaciones de noviembre y diciembre de 2015 haciendo constar que el demandado militaba en tal colectividad, debido a que la persona encargada de actualizar el registro de los miembros no cumplió con su labor de forma adecuada y, por ende, no incluyó la renuncia presentada por el señor Parra Sepúlveda.

(...)

Así las cosas, aunque en efecto existen certificaciones contradictorias, no es menos cierto que en el proceso no solo se expuso una explicación razonable y satisfactoria a dicha contradicción, sino que además existen otros medios de convicción que permiten colegir que el demandado renunció al partido Cambio Radical el 12 de marzo de 2015

(...)

1 En efecto, en el minuto 6:47 de la audiencia de pruebas el testigo, Antonio Álvarez Lleras manifestó: “Soy actualmente Secretario General y Representante Legal y Director Administrativo del Partido desde el día que lo fundé en el año 98 (...)”

2 Visible a folio 17 Cuaderno N° 1 y Folio 43 del Exp.2015-378

3 Visibles a folios 118 y 162 respectivamente.

*Bajo este panorama y si se tiene en cuenta que el demandado se inscribió como militante al partido liberal Colombiano el 19 de marzo de 2015⁴, es decir 4 días después de su renuncia al partido Cambio Radical, a la Sala Electoral no le cabe duda que no se materializó la modalidad de doble militancia endilgada, toda vez que **está acreditado que el Señor Parra Sepúlveda no perteneció de forma concomitante, simultánea o concurrente a dos partidos políticos.**”*

Decisión: “CONFIRMAR sentencia del 15 de julio de 2016 a través de la cual el Tribunal Administrativo del Quindío negó las pretensiones de la demanda.

DEVOLVER al Tribunal de origen para lo de su cargo.”

LUCY JEANNETTE BERMÚDEZ BERMÚDEZ
Presidenta

ROCÍO ARAÚJO OÑATE
Consejera de Estado
CARLOS ENRIQUE MORENO RUBIO
Consejero de Estado
ALBERTO YEPES BARREIRO
Consejero de Estado

* * *

CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCIÓN QUINTA

Consejero ponente: ALBERTO YEPES BARREIRO

Bogotá D.C, quince (15) de septiembre de dos mil dieciséis (2016)

Radicación número: 11001-03-28-000-201500033-00 (Acumulado)

Actor: YEZID GAITÁN MARÍN

Demandado: MARTÍN CAMILO CARVAJAL CAMARO - DIRECTOR GENERAL DE LA CORPORACIÓN AUTÓNOMA REGIONAL PARA LA DEFENSA DE LA MESETA DE BUCARAMANGA CDMB

Asunto: Sentencia de única instancia que niega las pretensiones de las demandas acumuladas por cuanto no se demostró la causal de nulidad de expedición irregular; el demandado cumple el requisito referido a la experiencia relacionada; y no estaba inhabilitado como consecuencia de un fallo de responsabilidad fiscal.

Extracto: “3.1. *¿El Acuerdo 01296 de 6 de noviembre de 2015 se expidió de manera irregular? (...)*

3.1.2. *¿Los Acuerdos 1294 -por medio del cual se estableció el procedimiento para la elección del director general de la CDMB- y 1295 de 2015 -que modificó el anterior, expedidos por la CDMB debían ser publicados en el diario oficial en los términos del artículo 65 del CPACA?. En caso afirmativo, ¿la entidad cumplió con el deber de publicarlos?*

A la resolución de este interrogante subyace el cumplimiento del principio de publicidad que en el caso de la elección de un director general de una CAR garantiza la participación de los interesados de manera que se posibilite en igualdad de condiciones, el acceso a dicho cargo público. De esta manera, la violación del principio mencionado respecto de los acuerdos que establecieron la convocatoria en

⁴ Así se desprende del carne de afiliación al partido Liberal visible a folio 125 del cuaderno N° 1 y de la Certificación expedida por el partido Cambio Radical visible al reverso del folio 317 del Cuaderno N° 1

la cual se fijan las reglas del procedimiento para la elección, incide y es determinante en la validez del acto final y definitivo que es el electoral.

*Ahora bien, establecida la incidencia del posible vicio en el resultado, para la Sala es claro que la respuesta a este problema jurídico es negativa, es decir, la CDMB no estaba en la obligación de publicar en el diario oficial los Acuerdos 1294 y 1295 de 2015, como se advirtió en el auto de 28 de enero de 2016 en que se negó la medida cautelar solicitada en el expediente **2015-00031** y además, en la sentencia de 21 de julio de 2016¹ en la que se analizó un caso similar, por las siguientes razones, que la Sala reitera: (...)*

3.1.3. ¿Los Acuerdos 1294 y 1295 de 2015 desconocieron el Decreto 2555 de 1997 que establece el procedimiento para la designación de directores de las CAR?

Previo a analizar la incidencia del vicio endilgado en el resultado, la Sala debe determinar si el Decreto 2555 de 1997 está vigente, pues de no estarlo cualquier estudio sobre el punto resulta inane. (...)

Es decir, aunque podría considerarse que el Decreto 2555 de 1997 recobró vigencia por la suspensión provisional del decreto que lo había derogado, lo cierto es que, si bien el Gobierno Nacional pudo incorporar las disposiciones contenidas en aquél, no lo hizo, con lo cual se impone concluir que el Decreto 2555 de 1997 está derogado desde el momento en que entró en vigencia el decreto compilatorio, es decir, el 26 de mayo del año 2015². (...)

Ahora bien, los Acuerdos 1294 y 1295 fueron expedidos el 26 de agosto y el 15 de octubre de 2015, respectivamente, fechas para las cuales ya no estaba vigente el Decreto 2555 de 1997, por consiguiente la CDMB no tenía la obligación de acatar sus disposiciones. En consecuencia, este cargo será negado.

3.1.4. Falta de competencia temporal del consejo directivo de la CDMB en la aprobación y expedición del Acuerdo 1294 de 2015.

(...) En ese orden de ideas, de configurarse la falta de competencia endilgada por el Actor dicha irregularidad tendría incidencia en la validez del acto electoral acusado, pues implicaría que el consejo directivo no podía expedir la convocatoria para la elección del director general de la CDMB y su modificación. (...)

Así las cosas, pese a que el Acuerdo 1294, por medio del cual estableció el procedimiento para la elección del director general de la CDMB para el período institucional comprendido 2016-2019, fue expedido el 26 de agosto, es decir, antes del “trimestre inmediatamente anterior al inicio del período institucional respectivo”, lo cierto es que esta situación no vició la validez del acto acusado.

3.1.5. Falta de competencia de quien afirmó ser delegado del gobernador de Santander en la expedición de los Acuerdos 1294 y 1295 de 2015 por revocatoria tácita de dicha facultad por parte del primer mandatario departamental.

De lograr demostrarse que el delegado del gobernador no tenía facultad para asistir a las sesiones del consejo directivo, su voto carecería de eficacia. Por tanto, es necesario analizar si con la supresión de ese único voto que se considera ilegal, la decisión adoptada por el consejo directivo de la CDMB hubiese sido distinta. (...)

De este modo en el acta se dejó constancia de que “se aprueba por la mayoría absoluta de los consejeros asistentes el acuerdo ‘por el cual se reglamenta el procedimiento interno para la elección del Director

1 Consejo de Estado, Sección Quinta, sentencia de 21 de julio de 2016, radicación 11001-03-28-000-2015-00032-00 (acumulados); C.P. Alberto Yepes Barreiro.

2 Según el artículo 3.1.2. el decreto rigió a partir de su publicación, lo cual ocurrió el 26 de mayo de 2015 en el diario oficial 49.523.

(a) General de la Corporación Autónoma Regional para la defensa de la Meseta de Bucaramanga, para el periodo institucional del 01 de enero de 2016 al 31 de diciembre de 2019’.”

Debe precisarse que el acta no indica de manera precisa el sentido del voto de cada uno de los integrantes del consejo.

Bajo este panorama no es posible determinar cómo se alcanzó la “mayoría absoluta de los consejeros asistentes” pues se desconoce el sentido del voto de cada uno de los miembros del consejo directivo y por tanto, cómo quedó la votación respecto de los artículos que no fueron aprobados por unanimidad.

En consecuencia, se impone concluir que el Actor no cumplió con la carga que le correspondía de demostrar la incidencia del vicio que endilga, lo que imposibilita a la Sala hacer el estudio de la configuración o no de la irregularidad alegada, pues recuérdese que previamente debe evidenciarse la capacidad del vicio de incidir en el resultado, si se prueba su materialización. Sin embargo, en el presente caso ello no ocurrió por ausencia de prueba de la parte que lo tenía a su cargo.

El Acuerdo 1295 fue expedido el 15 de octubre de 2015 en la sesión en la que, según el Acta 308 que obra a folios 121 a 131 y 251 a 265 del expediente, asistieron las siguientes personas³: (...)

Luego de discutir el proyecto de acuerdo, se dejó constancia de que “con el voto unánime de los Consejeros asistentes se aprobó el ‘Acuerdo por el cual se modifica el acuerdo número 1294 del 26 de agosto de 2015 ...’.”

Conforme lo anterior, es claro que un voto –el del señor Mario Andrés Castañeda quien asistió a la sesión del 15 de octubre de 2015 como delegado del gobernador de Santander- no tenía la capacidad de modificar la decisión pues por haber sido unánime la decisión, un solo voto frente a nueve no la habría alterado.

En ese orden, el vicio endilgado frente al Acuerdo 1295 de 2015, de llegar a ser cierto, no tiene incidencia en el resultado, razón por la cual la Sala no analizará si se configuró o no la irregularidad alegada.

3.1.6. ¿Los Acuerdos 1294 y 1295 de 2015 desconocieron la Circular 1000-2-1-15203 de 27 de noviembre de 2006 expedida por el hoy Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible referida a los requisitos para ser director general de una CAR?

(...) La Sala considera que esta irregularidad, de llegar a ser cierta, tendría incidencia en el resultado toda vez que la publicidad de los requisitos para el cargo a proveer determina que quienes estén interesados participen o no en el procedimiento adelantado al efecto, pues es válido asumir que aquellos que se indiquen al público son los que se exigirían.

Frente a la circular referida la Sala pone de presente que no obra en el expediente copia de dicho documento el cual resulta ser una pieza fundamental para determinar si las directrices ahí contenidas fueron violadas o no en el procedimiento que precedió la expedición del acto acusado.

Ahora bien, si como lo sostiene el Actor del proceso 2015-33, el Decreto 3685 de 2006, al adicionar el Decreto 2011 de 2006 facultó al Ministerio de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial para “emiti[r] concepto sobre el alcance del requisito de que trata el literal c) del artículo 21 del Decreto 1768 de 1994, relativo a “actividades relacionadas con el medio ambiente y los recursos naturales renovables”, la circular en cuestión no podría aplicarse puesto que el decreto con fundamento en el cual fue expedida, fue suspendido provisionalmente por el Consejo de Estado, Sección Segunda, por auto de 27 de mayo de 2011 dictado en el expediente 1177-11. (...)

3 De acuerdo con la verificación del quórum no asistió el consejero Cesar de Hart V – delegado presidencia de la República.

3.1.7. ¿Las citaciones a las sesiones del consejo directivo de la CDMB en el proceso de elección del director general para el periodo 2016-2019 desconocieron los estatutos de la entidad?

(...) Para la Sala es clara la incidencia del vicio endilgado en el resultado toda vez que el no cumplimiento de las ritualidades propias de la convocatoria puede incidir en la participación de los miembros del consejo directivo y por ende, en el quorum y la conformación de las mayorías requeridas para la toma de decisiones. (...)

Lo anterior permite concluir que mediante los Acuerdos 1294 y 1295 de 2015 se efectuó la convocatoria a las sesiones extraordinarias de 30 de octubre y 5 de noviembre; y a la extraordinaria de 6 de noviembre, todas del año 2015.

Según el Actor dichas convocatorias no podían hacerse por parte del consejo directivo en pleno pues la facultad para convocar radica únicamente en el presidente de dicho cuerpo colegiado; en el director general de la entidad o el revisor fiscal en los asuntos que son de su competencia.

Teniendo en cuenta que la asistencia a las sesiones de 25 de agosto y 15 de octubre de 2015 por parte de los miembros del consejo directivo fue amplia, toda vez que, en la primera únicamente se ausentaron el representante del Presidente de la República y el del Ministerio de Ambiente; y en la segunda únicamente el del Presidente de la República, la Sala considera que la exigencia de la formalidad de convocatoria respecto a la persona facultada para ello, debe morigerarse toda vez que, como ya se indicó, las convocatorias se hicieron en el marco del cronograma para la elección del director de la CDMB, durante las sesiones que contaron con amplia participación de los miembros del consejo, lo que garantizaba que tuvieran conocimiento previo y con mucha anticipación de las sesiones a realizarse.

En este sentido, si se tiene en cuenta que el cronograma constituye la “bitácora de ruta” para la entidad y para los participantes, se imponía la fijación de las fechas para las sesiones en las que se llevarían a cabo las etapas del procedimiento establecido para tal fin. (...)

De lo anterior puede concluirse que si bien las convocatorias se efectuaron en el marco de las sesiones del consejo directivo lo cierto es que en ellas participaron las personas facultadas estatutariamente para hacerlo, es decir el presidente de dicho cuerpo y el director de la corporación. (...)

3.1.8. ¿La aprobación del Acta 307 de la sesión ordinaria de 26 de agosto de 2015 se hizo con desconocimiento de los estatutos de la entidad?

Para la Sala la irregularidad alegada no tiene incidencia en el resultado si se tiene en cuenta que la aprobación de los acuerdos es distinta a la aprobación de las actas que dan cuenta detallada de lo ocurrido en las sesiones del consejo directivo. (...)

3.1.9. ¿La actuación administrativa para la elección del director general de la CDMB se prorrogó y reabrió de forma irregular?

(...) Para la Sala es evidente la incidencia que podría tener este vicio, si se prueba su configuración, toda vez que, como lo ha reconocido esta Sección, “la convocatoria pública es una herramienta eficaz para lograr una mayor participación ciudadana y materializar de forma efectiva el acceso igualitario a los cargos públicos. Sin embargo, su carácter participativo no puede ser óbice para desconocer que los términos que en ella se estipulan se constituyen como normas reguladoras del procedimiento administrativo que desarrollan y en esa medida son vinculantes y de obligatorio cumplimiento, tanto para la administración como para los participantes del proceso de selección.”⁴

⁴ Consejo de Estado, Sección Quinta, sentencia de agosto de 2015, Radicación 11001-03-28-000-2014-000128-00 y 11001-03-28-000-2014-000125-00 (Acumulados), C.P. Alberto Yepes Barreiro.

La obligatoriedad de las reglas fijadas en la convocatoria impone a la Sala el análisis correspondiente a fin de determinar si en el presente caso el vicio se configuró.

Al efecto debe tenerse en cuenta que el Acuerdo 1294 de 2015 fue expedido el 26 de agosto del año 2015 y en su artículo 11 se dispuso que regiría a partir de su publicación. Allí se estableció el cronograma inicial del procedimiento para la elección del director general el cual, según el contenido en el artículo décimo de dicho acuerdo, debía iniciar el jueves 1º de octubre de 2015, con la publicación del aviso único de la convocatoria.

Sin embargo, como se advirtió desde el auto que resolvió la medida cautelar solicitada, “está demostrado en el Acta 308 de la sesión extraordinaria del Consejo Directivo de la CDMB,⁵ y la certificación expedida por el Secretario del Consejo Directivo de la CDMB sobre la publicación de los Acuerdos 1294 y 1295 de 2015 en la página web de esta entidad,⁶ sólo después del 15 de octubre de 2015 fue posible realizar la publicación del Acuerdo 1294, momento a partir del cual fue conocido por la comunidad y adquirió su obligatoriedad. Es decir que el referido acuerdo fue publicado con posterioridad a la fecha en la cual debió haber iniciado el proceso de elección del Director General de la CDMB prevista en dicho acto.

Esta situación originó una imposibilidad en el cumplimiento del cronograma previsto en el Acuerdo 1294 de 2015, toda vez que según éste la entidad debía publicar el aviso único de convocatoria el 1º de octubre de 2015, y los aspirantes debían presentar sus hojas de vida entre el los días 8 y 9 del mismo mes, fechas que no pudieron ser cumplidas porque el acto contentivo del cronograma fue publicado, y consecuentemente adquirió su eficacia, después del 15 de octubre de 2015, circunstancia que a juicio de la Sala convalidó la modificación del cronograma inicial por no transgredir el ordenamiento jurídico.

Consecuentemente, ante el imposible cumplimiento del cronograma establecido en la convocatoria inicial, derivado del hecho de que el Acuerdo 1294 de 2015 fue publicado en una fecha posterior a la prevista en el cronograma allí contenido, en esta oportunidad la Sala considera que se originó una justificación válida para que éste pudiera ser modificado mediante el Acuerdo 1295 de 2015, sin perjuicio de que en el transcurso del proceso pueda demostrarse lo contrario”.

En efecto, el Acuerdo 1294, en su versión inicial no fue publicado y por tanto los interesados en ser elegidos director de la CDMB 2016-2019 no tuvieron conocimiento de él sino cuando fue modificado por el 1295. (...)

3.2. El señor Martín Camilo Carvajal Camaro cumple con el requisito referido a la experiencia relacionada en actividades del medio ambiente y recursos naturales renovables.

Según el Actor que el señor Carvajal Camaro no acreditó el año de experiencia relacionada pues en ninguno de los cargos con los cuales pretendió acreditarla, realizó alguna actividad relacionada con el medio ambiente y los recursos naturales renovables, en los términos de la circular 1000-2-115203 de 27 de noviembre de 2006, expedida por el hoy Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible. (...)

Al respecto la Sala reitera lo dicho en el acápite 3.1.6., i) dicha circular no fue aportada al proceso y ii) de considerarse que fue expedida en virtud de la autorización que le confirió al Ministerio de Ambiente, el Decreto 2011 de 2006 –adicionado por el Decreto 3685 de 2006-, no producía efectos jurídicos y por tanto la CDMB no estaba obligada a acatar sus disposiciones porque el Decreto 2011 fue suspendido provisionalmente por el Consejo de Estado, Sección Segunda, por auto de 27 de mayo de 2011 dictado en el expediente 1177-11. (...)

⁵ Folios 251 a 265.

⁶ Folio 158.

Sin embargo la Sala considera que el señor Carvajal Camaro cumplió con el requisito de un año de experiencia relacionada en actividades relacionadas con el medio ambiente y los recursos naturales renovables, como pasa a explicarse:

El demandado acreditó dicha experiencia con los siguientes cargos:

Gerente general de la Empresa Pública de Alcantarillado de Santander S.A. E.S.P. desde el 22 de noviembre de 2010 hasta el 16 de septiembre de 2012, es decir, por 1 año, 10 meses y 5 días.

De encontrar que con el ejercicio de dicho cargo el señor Carvajal Camaro cumplió el requisito de un año de experiencia relacionada, la Sala se abstendrá de analizar los demás empleos que ocupó.

*Tal como se advirtió en el auto que negó la suspensión provisional, “está acreditado que el señor Carvajal Camaro laboró, según constancia que obra a folios 33 a 38 del expediente en la Empresa de Pública de Alcantarillado de Santander – EMPAS, donde se desempeñó en el cargo de Gerente General, desde el 22 de noviembre de 2010 hasta el 16 de septiembre de 2012, esto es por un año y 10 meses, aproximadamente, y cumplió entre otras, la siguiente función: “**Dirigir, coordinar y velar por el cumplimiento de los objetivos de la Empresa, en concordancia con los planes de desarrollo y las políticas trazadas**”.” (Negrilla y cursiva del texto original)*

Se tiene entonces que desempeñó el cargo por más de un año, lo que permite cumplir uno de los aspectos del requisito. Ahora se analizará si las actividades desempeñadas tienen relación con el medio ambiente en los términos ya expuestos.

De acuerdo con las pruebas allegadas al proceso, EMPAS es una “empresa prestadora del servicio público domiciliario de alcantarillado con un equipo humano altamente calificado y criterios de excelencia, que garantiza la gestión integral de sus procesos en procura de una mejor calidad de vida y la protección al medio ambiente”, la cual se lee en su misión, la cual se puede consultar en la página web de la empresa⁷, al igual que la siguiente información: (...)

De lo anterior, se impone concluir que el señor Carvajal Camaro tenía, al menos, un año de experiencia relacionada en actividades del medio ambiente y recursos naturales renovables. Por tal razón, el cargo no prospera.

3.3. *El señor Martín Camilo Carvajal Camaro fue declarado responsable fiscalmente y en caso afirmativo si esta circunstancia lo **inhabilitaba** para ser designado como director general de la CDMB para el periodo 2016-2019.*

(...) Así las cosas, se impone concluir que para el momento de la elección del señor Carvajal Camaro la decisión fiscal dictada en su contra no estaba en firme pues aún no se había surtido el grado jurisdiccional de consulta, el cual lo absolvió y en consecuencia, no estaba inhabilitado, por esta razón, para ser director general de la CDMB 2016-2019.”

Decisión: “NEGAR las pretensiones de la demanda de nulidad electoral en contra del acto que declaró elegido al señor Martín Camilo Carvajal Camaro como director de la CDMB para el periodo institucional 2016-2019.”

LUCY JEANNETTE BERMÚDEZ BERMÚDEZ
Presidenta

ROCÍO ARAÚJO OÑATE
Consejera de Estado

⁷ Dicha prueba, al igual que funciones y objetivos, se decretó en el sentido de consultar dicha información en la página web de la entidad www.empas.gov.co, tal como se puede advertir en el acta de la audiencia inicial. Obzan además en los folios 824, 825 y 826.

CARLOS ENRIQUE MORENO RUBIO
Consejero de Estado
ALBERTO YEPES BARREIRO
Consejero de Estado

* * *

CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCIÓN QUINTA

Consejero ponente: ALBERTO YEPES BARREIRO

Bogotá D.C., veintinueve (29) de septiembre de dos mil dieciséis (2016)

Radicación número: 730001-23-33-000-2015-00806-01

Actor: CARLOS ENRIQUE RAMÍREZ PEÑA

Demandado: JOSÉ CRISPÍN GUERRA CÓRDOBA – DIPUTADO DEL DEPARTAMENTO DEL TOLIMA

Asunto: Fallo de segunda instancia que revocó la decisión de la autoridad judicial a quo de negar las pretensiones de la demanda, y en su lugar, declaró la nulidad del acto de elección, pues se acreditó que el demandado incurrió en la prohibición de doble militancia tanto en la modalidad de apoyo, como en la de directivos.

Extracto: “Al señor José Crispín Guerra Córdoba se le atribuyen dos modalidades de doble militancia, esto es, la de haber ejercido como director del Partido Liberal, previo a su inscripción como candidato del Partido Alianza Verde y la relativa a apoyar un candidato diferente al que su partido inscribió y avaló para la Gobernación del Tolima, estos puntos fueron decididos por el juez de instancia y apelados en el recurso que hoy ocupa la atención de la Sala.

La modalidad de apoyo

(...)

En el caso concreto, está demostrado que el demandado aspiraba a ser designado como Diputado de la Asamblea Departamental del Tolima por el Partido Alianza Verde, así consta no solo en el acto de elección (Fl. 3-14), sino también en: i) aval otorgado por dicha colectividad al señor Guerra Córdoba para que inscribiera su candidatura para la citada dignidad (fl. 10 Cuaderno de Pruebas); ii) la declaración rendida por la señora Claudia Patricia Cerón¹, esto es, la persona que avaló al demandado como candidato a la asamblea y iii) el formulario de inscripción a la asamblea departamental del Tolima E-6 (Fl.97)

Bajo este panorama probatorio, para la Sala no cabe duda que el señor José Crispín Guerra Córdoba sí puede ser sujeto de la modalidad de doble militancia que se le atribuye, pues aspiraba a ser elegido como miembro de una corporación pública, es decir, la asamblea departamental con el aval del partido político Alianza Verde.

(...)

(...) para la Sala Electoral del Consejo de Estado tanto de la prueba testimonial –declaración de la señora Claudia Cerón y señor Andrés Villarraga -, como de la prueba documental -grabación del programa radial- obrante en el expediente se desprende, con suma claridad, que el demandado sí incurrió en la prohibición alegada sin que, por las razones expuestas, los testimonios de los señores

1 En el minuto 17:10 de la audiencia de pruebas, la testigo aseguró que el demandado milita en el Partido Verde.

Jaime Eduardo Martínez, Elizabeth Riaño Guzmán, Reinaldo Yepes y Cristian Camilo Yepes tengan la potencialidad de desvirtuar o menoscabar dicha conclusión.

En suma, bajo este panorama probatorio y por las razones que explicadas para la Sala, se encuentra acreditado que el demandado sí apoyó a un candidato distinto al avalado por su partido para las elecciones del Gobernador del Tolima para el periodo 2016-2019, de forma que este elemento configurativo de la prohibición también se encuentra acreditado.

Si se tiene en cuenta que el demandado se inscribió como candidato a la asamblea por el partido Verde el día 25 de julio de 2015 (formulario E-6 visible a folio 97 del expediente) y que las elecciones para autoridades territoriales se realizaron el día 25 de octubre de esa misma anualidad, se tiene que ese es el lapso en el que debió desarrollarse la conducta prohibitiva de apoyo, pues fue en ese espacio en el que se desarrolló la campaña electoral.

Al respecto existe prueba de que el respaldo al señor Oscar Barreto se brindó durante la campaña, toda vez que está acreditado que: i) la declaración en la que se invita a apoyar su candidatura en un medio radial se produjo el 5 de agosto de 2015 y ii) la señora Claudia Cerón atestiguó que el apoyo se realizó “esa primera semana de cuando ya estaban como candidatos inscritos.” fecha, que valga la pena resaltar, coincide con la de la declaración descrita en el numeral que precede.

Así las cosas, para la Sala Electoral por las razones expuestas el elemento temporal de la inhabilidad atribuida también se encuentra acreditado.

(...)

La doble militancia de los directivos de los partidos

(...)

a) La Dirección municipal del Partido Liberal

El recurrente afirma que el señor Guerra Córdoba resultó electo como concejal en el municipio de Purificación (Tolima) durante el periodo 2008-2011 por el Partido Liberal razón por la que, según los Estatutos de esa colectividad, paso a formar parte del directorio municipal. Como los miembros de los directores municipales de esa época fueron prorrogados en sus funciones hasta el 13 de enero de 2015, para la parte actora el demandado ejerció como director del partido hasta ese momento.

La Sala anticipa que esta modalidad de doble militancia no se encuentra acreditada, pues en el expediente obra prueba de que el demandado renunció a la dirección municipal del Partido Liberal el 21 de julio de 2011. (...)

Así las cosas, si se tiene en cuenta que el demandado se inscribió como candidato a la asamblea departamental el día 25 de julio de 2015 tal y como consta en el formulario E-6 obrante a folio 97 del expediente, no cabe duda que renunció a ser directivo del Partido Liberal antes de los 12 meses previos a su inscripción como candidato con el aval del partido Alianza Verde.

(...)

b) El ejercer como miembro del Colegio Electoral del Partido Liberal

Para la parte recurrente, la sentencia del a quo debe ser revocada habida cuenta que está probado que el demandado se encuentra incurso en la causal de doble militancia de los directivos, ya que aquel fungió como delegado del Colegio Electoral del Partido Liberal Colombiano- órgano que reemplazó a los directorios municipales- y que lo convierte en directivo de dicha colectividad.

(...)

(...) es oportuno señalar que tal y como lo afirma el recurrente el artículo 5º de la Resolución N° 3184 de febrero de 2015 “por la cual se fija el procedimiento para inscribir y elegir los comités de acción liberal”² establece: “quienes se registren como delegados para conformar los Colegios Electorales del orden departamental, de ciudades capitales y de distrito capital ostentaran calidades de directivos regionales”

(...)

Así las cosas, del listado de inscritos ante el Colegio Electoral Liberal, aportado por dicha colectividad política, se desprende que el demandado sí se inscribió como delegado, y por consiguiente, en virtud de las normas internas de dicho partido sí ostentó la calidad de director regional. (...)

(...)

También está demostrado que el demandado aspiraba a ser elegido en una corporaciones de elección popular por una organización política distinta al partido en el que fungía como director regional. En efecto, está acreditado por el formulario de inscripción E-6 y el acto de elección E-26ASA que el señor Guerra Córdoba aspiró y resultó electo como diputado de la Asamblea Departamental del Tolima con el aval del Partido Alianza Verde.

Para enervar la modalidad de doble militancia atribuida y según las condiciones del caso, el señor Guerra Córdoba debió renunciar 12 meses “antes de la inscripción de candidatos”, es decir, 12 meses antes a su inscripción como candidato a la asamblea departamental del Tolima.

Así pues, si se tiene en cuenta que la inscripción de candidato del partido Alianza Verde se produjo el 25 de julio de 2015, el señor José Crispín Guerra Córdoba en su calidad de directivo regional del Partido Liberal debía renunciar al menos el 25 de julio de 2014, a efectos de poder inscribir su candidatura a nombre de otra colectividad política.

Al respecto se encuentra acreditado por prueba documental visible a folio 210 del expediente que el demandado renunció a su vinculación al Partido Liberal Colombiano el día 5 de mayo de 2015, es decir, tan solo 2 meses antes de su inscripción como candidato a la Asamblea por el Partido Alianza Verde, esto significa que su dimisión no tiene la facultad de enervar la prohibición endilgada, pues no se presentó durante el lapso que para el efecto dispuso la ley.”

Decisión: “REVOCAR la sentencia del 27 de mayo de 2016 a través de la cual el Tribunal Administrativo del Tolima negó las pretensiones de la demanda, y en su lugar dispone:

DECLARAR LA NULIDAD del acto a través del cual se declaró al señor José Crispín Guerra Córdoba como Diputado de la Asamblea Departamental del Tolima para el periodo 2016-2019. Esta nulidad, por virtud del artículo 288 del CPACA, implica la cancelación de la respectiva credencial y, de conformidad con lo expuesto en la parte considerativa de esta providencia, tendrá efectos ex nunc.

COMUNICAR esta decisión a la mesa directiva de la Asamblea Departamental para lo de su competencia.

DEVOLVER al Tribunal de origen para lo de su cargo.”

LUCY JEANNETTE BERMÚDEZ BERMÚDEZ
Presidenta

2 Disponible en <http://partidoliberalcolombiano.info/documentos/resoluciones/2015/Res3184.pdf> consultada el 15 de septiembre de 2016.

ROCÍO ARAÚJO OÑATE
Consejera de Estado
CARLOS ENRIQUE MORENO RUBIO
Consejero de Estado
ALBERTO YEPES BARREIRO
Consejero de Estado

* * *

CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCIÓN QUINTA

Consejero ponente: ALBERTO YEPES BARREIRO

Bogotá D.C, veintinueve (29) de septiembre dos mil dieciséis (2016)

Radicación número: 08001-23-33-000-2016-00051-01

Actor: FERNANDO ANTONIO CHACÓN LEBRÚN

Demandado: JAIME RAFAEL SAN JUAN PUGLIESE – PERSONERO DE BARRANQUILLA

Asunto: Sentencia de segunda instancia que confirmó la que negó las pretensiones de la demanda por no haberse demostrado la causal de inhabilidad consagrada en el literal a) del artículo 174 de la Ley 136 de 1994.

Extracto: “**5.1.** A partir de la causal de nulidad endilgada al señor San Juan Pugliese y de conformidad con los argumentos propuestos en la apelación formulada por la parte Actor, la Sala deberá determinar si el personero 2016-2020 estaba inhabilitado por las causales establecidas en los numerales 2º y 5º del artículo 95 de la Ley 136 de 1994.

5.2. Como los reproches del Actor se fundamentan en que el señor San Juan Pugliese fue reelegido personero y que dicha circunstancia lo inhabilitaba de acuerdo con las causales referidas, la Sala deberá establecer si dicho supuesto fáctico está demostrado.

Al efecto, se tiene que en la fijación del litigio se hizo referencia a los argumentos del demandado en los siguientes términos:

“...la parte demandada plantea que en ningún momento incurrió en la causal de inhabilidad deprecada por el actor, toda vez que el personero que aspira y en efecto es reelegido, al no ejercer cargo público en la administración central o descentralizada del Distrito, no es el aplicable, o mejor “no se estructuran” las prohibiciones establecidas en los artículos 95 (modificado por el artículo 37 de la Ley 617 de 2000) y 174 de la Ley 136 de 1994”.

Lo anterior implica que la defensa del demandado no cuestionó el hecho de la reelección.

En todo caso, obra en el expediente copia autenticada del acta de posesión del señor Jaime Rafael San Juan Pugliese como personero de Barranquilla para el periodo 2012-2016¹.

Así las cosas, para la Sala no cabe duda que el demandado se desempeñó como personero de Barranquilla en el periodo 2012-2016 y fue nuevamente elegido para el periodo 2016-2020, tal como se desprende de la Resolución 010 de 8 de enero de 2016 “por medio de la cual declara la elección del personero distrital de Barranquilla como resultado del concurso público abierto de méritos realizado para proveer este cargo para el periodo constitucional 2016-2020”, expedida por el concejo distrital de Barranquilla.

1 Folios 191 a 206.

5.3. Los numerales 2º y 5º del artículo 95 de la Ley 136 de 1994 deben leerse en concordancia con lo dispuesto en el numeral a) del artículo 174 de la misma ley, que al regular las inhabilidades para ser personero remite a las de los alcaldes “en lo que le sea aplicable”. Dicha remisión fue declarada exequible por la Corte Constitucional en sentencia C-483 de 1998.

Al establecer que la remisión se hará “en lo que le sea aplicable”, la norma impuso un condicionamiento que implica que no es automática, ni se refiere a todas las causales.

Este aspecto resulta de vital importancia en el presente caso, pues si se tiene en cuenta que la elección de los personeros se efectúa por concurso de méritos, que implica la designación del mejor a partir de criterios objetivos, lo cierto es que implícitamente se avala que quien haya fungido como personero pueda participar en la contienda y si, resulta ser quien ocupe el primer puesto, será nuevamente designado para el ejercicio de dicho cargo.

En efecto, en la sentencia C-105 de 2013, la Corte Constitucional avaló que el cargo de personero sea previsto mediante un concurso de méritos. (...)

Para la Corte, “la Carta Política no solo avala este tipo de procedimiento para la elección de funcionarios de libre nombramiento y remoción y de los que se encuentran sometidos a un período fijo (como los personeros), sino que además, sus finalidades justifican su aplicación”.

Lo anterior porque: (i) “facilita y promueve la consecución de los fines estatales, en la medida en que su objeto es justamente la identificación de las personas que reúnen las condiciones para ejercer óptimamente el respectivo cargo, y que por tanto, pueden contribuir eficazmente a lograr los objetivos y metas de las entidades públicas”; (ii) “por tratarse de procedimientos abiertos, reglados y formalizados, en los que las decisiones están determinadas por criterios y pautas objetivas, garantizan los derechos fundamentales de acceso a la función pública, el debido proceso en sede administrativa, y al trabajo”; y (iii) “por excluir las determinaciones meramente discrecionales y ampararse en criterios imparciales relacionados exclusivamente con la idoneidad para ejercer los cargos en las entidades estatales, aseguran la transparencia en la actuación del Estado y el principio de igualdad”.

Al analizar de manera concreta, la provisión del cargo de personero por concurso de méritos, la Corte sostuvo:

“... la elección de funcionarios que no son de carrera, por parte de órganos a los que el derecho positivo les atribuye la correspondiente competencia, puede estar precedida de concurso público, incluso cuando el órgano es de representación popular. De este modo, la regla parte de los siguientes supuestos:

- En primer lugar, se trata de empleos que no son de carrera, o bien por ser de libre nombramiento y remoción, o bien por estar sometidos a un período fijo, como ocurre con los directores de las Empresas Sociales del Estado, con el personal de las Misiones en el Exterior y con los directores de los establecimientos públicos del orden nacional.*
- Y segundo lugar, se trata de cargos cuya provisión corresponde, según el derecho positivo, a un órgano de representación popular, como el Presidente de la República, los gobernadores o los alcaldes.*

Así pues, estos mismos elementos se encuentran comprendidos dentro de la hipótesis examinada en esta oportunidad, pues lo que está en cuestión es justamente la elección de los personeros municipales y distritales, que son funcionarios que no son de carrera, por parte de un órgano de representación popular, como los concejos.”

Conforme lo expuesto, considera la Sala que, si la elección se efectúa mediante un proceso meritocrático, no cabe duda que la norma no restringe la participación en condiciones de igualdad de quien es personero y pretende ocupar dicho cargo para el periodo siguiente.

En efecto, retomando las palabras de la Corte Constitucional, el temor de que el candidato-personero utilice en su favor los instrumentos de poder que, en razón de sus funciones, tenga a su disposición, como el ejercicio de autoridad o el haber intervenido como ordenador del gasto en la ejecución de recursos de inversión o celebración de contratos en el municipio, resulta infundado si se tiene cuenta que el acceso al cargo es ajeno a las influencias que en virtud de tales funciones pueda obtener ya que solo está condicionado al mérito.

En ese orden, el personero que aspira a ser reelegido puede participar en el concurso de méritos que debe adelantarse para proveer el cargo y por tanto, dicha circunstancia no lo inhabilita.

Que en el desempeño del cargo, el personero ejerza autoridad civil o administrativa, o intervenga como ordenador del gasto en la ejecución de recursos de inversión o celebración de contratos, que deban ejecutarse o cumplirse en el respectivo municipio, no implica una inhabilidad para ser reelegido puesto que dichas circunstancias no tienen incidencia en la selección que se hace con fundamento en el mérito, en los términos expuestos en la demanda.

Así, el ejercicio de autoridad o la celebración de contratos no pone al personero-concursante en una situación ventajosa respecto de sus competidores, toda vez que los criterios de escogencia deben ser objetivos de manera que se designe al mejor y no a quien, prevalido del ejercicio de sus funciones, pueda incidir o manipular al cuerpo elector.

*Conforme lo expuesto, y en atención a que es posible que el personero participe en el concurso para la designación del titular de dicho cargo para el periodo siguiente, como ocurrió en el presente caso, las inhabilidades consagradas en los numerales 2º y 5º del artículo 95 de la Ley 136 de 1994, que son propias de los alcaldes, **no son aplicables** a los personeros a quienes, a diferencia de los mandatarios municipales, les está permitida la reelección inmediata.*

5.4. *En cuanto a la sentencia de 30 de noviembre de 2001 con ponencia de Reinaldo Chavarro Buriticá, expediente 25000-23-15-000-2001-0099-01 (2665) en la que se confirmó la decisión de declarar la nulidad de la elección del personero de Guasca, que según el actor fue ignorada por el a quo, la Sala pone de presente que consultada la página web del Consejo de Estado², se advierte que contra dicha decisión se interpuso el recurso extraordinario de súplica, el cual se declaró fundado por sentencia de agosto 2 de 2005 y se ordenó infirmar la sentencia, en consecuencia, se revocó la sentencia del Tribunal de Cundinamarca.*

Por consiguiente, al haber quedado sin efectos jurídicos la sentencia cuyo análisis echa de menos el recurrente, la Sala se abstendrá de pronunciarse.

5.5. *Afirmó el apelante que “la Ley 1551 de 2012, artículo 35, modifica entre otros, el artículo 170 de la Ley 136 de 1994 y el artículo 1º de la Ley 1031 de 2006, dejando indemne, vigente, no deroga las disposiciones del artículo 174 de la Ley 136 de 1994 y del artículo 37 de la Ley 617 de 2000, numerales 2 y 5 que se invocan en la presente demanda electoral que recogen las inhabilidades para ser elegido personeros y alcaldes”.*

Al respecto, la Sala coincide con el Actor en que la Ley 1551 de 2012 no modificó las normas sobre inhabilidades para los personeros. Sin embargo, la configuración de la inhabilidad señalada en el literal a) del artículo 174 de la Ley 136 de 1994 –que remite a las inhabilidades de los alcaldes–, impone el deber de analizar si en efecto es posible la remisión, pues como se explicó, cuando la norma establece que se bará “en lo que le sea aplicable” implica que no es automática ni se refiere a todas las causales.

Por tanto, se debía estudiar, como lo hizo la Sala anteriormente, si las causales de inhabilidad de los alcaldes alegadas por el actor, son aplicables a los personeros, en los términos de la norma que habilita la remisión, a partir del marco normativo actual, en el cual resulta relevante que la elección es por concurso de méritos. La Sala concluyó que no y por ello confirmará la decisión de primera instancia.

² <http://consejodeestado.gov.co/actuaciones.asp?mindice=20010099> consultada el 14 de septiembre de 2016 a las 4:10 pm.

5.6. De otra parte, la Sala considera pertinente efectuar la siguiente precisión:

En el concepto rendido por el agente del ministerio público se hizo mención a la sentencia C-767 de 1998 y se afirmó que el criterio de dicho fallo fue acogido por la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo de esta Corporación y concluyó que “el campo de aplicación del numeral 2º del artículo 37 de la Ley 617 de 2000 se restringe únicamente para quienes aspiren a ser Alcaldes Municipales y este no puede ser aplicado a los Personeros Municipales, quienes sobre ese mismo asunto con un régimen legal propio contenido en el literal b) del artículo 174 de la ley 136 de 1994”.

Pues bien, en la sentencia C-767 de 1998 la Corte sostuvo, respecto a la aplicación de las causales de inhabilidad del alcalde municipal para ser elegido personero, que el artículo 174 de la Ley 136 de 1994 establece que no podrá ser personero quien esté incurso en las causales de inhabilidad establecidas para el alcalde municipal “en lo que le sea aplicable. Por tanto, “[l]a simple lectura de esta norma permite concluir que la disposición extiende a los personeros algunas de las inhabilidades de los alcaldes pero no todas, pues de ser así, la expresión “en lo que le sea aplicable” no tendría ningún efecto normativo.”

Dicho argumento refuerza la conclusión a la que arribó la Sección. Sin embargo, es fácil advertir que el artículo 95 que analizó la Corte en el año 1998 no había sido modificado por la Ley 617 de 2000 que consagraba que no podría ser elegido ni designado alcalde quien “Se haya desempeñado como empleado o trabajador oficial dentro de los tres (3) meses anteriores a la elección. (...)”

*Dicha causal no fue replicada en la modificación introducida en el año 2000 y además, tampoco coincide con las causales alegadas por el actor (2 y 5), en consecuencia, la sentencia de constitucionalidad referida no aporta elementos **precisos** para resolver el presente caso.”*

Decisión: CONFIRMAR la sentencia de 15 de junio de 2016 mediante la cual el Tribunal Administrativo del Atlántico negó las pretensiones de la demanda, por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.”

LUCY JEANNETTE BERMÚDEZ BERMÚDEZ
Presidenta

ROCÍO ARAÚJO OÑATE
Consejera de Estado
CARLOS ENRIQUE MORENO RUBIO
Consejero de Estado
ALBERTO YEPES BARREIRO
Consejero de Estado

* * *

CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCIÓN QUINTA

Consejero ponente: ALBERTO YEPES BARREIRO

Bogotá, D.C., veintinueve (29) de septiembre de dos mil dieciséis (2016)

Radicación número: 66001-23-33-000-2016-00117-01

Actor: CONCEJO MUNICIPAL DE DOSQUEBRADAS

Demandado: HENRY RINCÓN ÁLZATE – CONTRALOR DEL MUNICIPIO DE DOSQUEBRADAS (RISARALDA) PARA EL PERÍODO 2016-2019.

Asunto: Fallo de segunda instancia que confirmó la decisión de la autoridad judicial a quo de declarar la nulidad del acto acusado, toda vez que se demostró que el Concejo Municipal de Dosquebradas modificó las condiciones de la convocatoria pública que realizó para proveer dicho cargo.

Extracto: “Ahora bien, tampoco tiene vocación de prosperidad el argumento del recurrente según el cual el Tribunal erró al concluir que el acto está viciado de nulidad, porque en el procedimiento electoral del contralor de Dosquebradas sí se garantizaron los principios constitucionales, pues del material obrante en el expediente se puede concluir, tal y como acertadamente lo señaló el Ministerio Público, que en dicha actuación se vulneró el principio de transparencia.

En efecto, en los folios 10 y 19 obra copia de la Resolución N° 102 del 27 de abril de 2015 a través de la cual el Concejo de Dosquebradas reguló el procedimiento para elegir al contralor municipal. En dicho acto se estableció que la convocatoria pública constaría de tres etapas, esto es, la convocatoria, el reclutamiento y las pruebas; también se precisó que se recibirían documentos para las inscripciones del 9 al 10 de diciembre de 2015, en un horario de 8 de la mañana a 6 de la tarde en la Secretaría General del Concejo.

En lo que atañe a la etapa que se denominó como “pruebas” se precisó que a las personas admitidas en la convocatoria pública se les aplicarían una cierta cantidad de pruebas de carácter clasificatorio así:

- **Prueba de Conocimientos:** La resolución ponía de presente que a los admitidos se les barian 200 preguntas de selección múltiple sobre derecho constitucional, administrativo, disciplinario y fiscal, a la cual se le asignaría un valor de 60%.
- **Competencias Laborales:** Se señaló que se practicaría de forma conjunta con la prueba de conocimientos y tendría un valor del 10%.
- **Prueba de valoración de logros académicos y laborales:** Se analizaría la trayectoria de los participantes en educación y experiencia y a dicha valoración se le asignó un total del 20% del ítem de pruebas.
- **Entrevista:** De los participantes admitidos y ante la plenaria del concejo y con un puntaje del 10%.

Sin embargo, de forma sorpresiva y el mismo día en el que culminaba el tiempo que en la convocatoria se denominó como de “Publicidad e información”¹, el Concejo Municipal expidió la Resolución N° 122 del 7 de diciembre de 2015² a través de la cual se modificó la Resolución N° 102 del 27 de noviembre de 2015.

En efecto, a través de la Resolución N° 122 del 7 de diciembre de 2015 se cambiaron las condiciones con base en las cuales se surtiría la convocatoria pública, pues se estableció que si bien ésta contaría con tres etapas, la última de ellas ya no sería la de “pruebas”, sino una denominada “plan de acción”.

(...)

Nótese entonces, como el cambio que se hizo en la convocatoria fue fundamental, ya que no se modificó un aspecto irrelevante o intrascendente sin impacto en el procedimiento de elección, sino que se varió la forma misma de participación del proceso, lo cual ocasionó la vulneración del principio de transparencia, pues aquel no solo comprende que las decisiones de la administración se tomen de manera pública e informada, sino que esas decisiones sean claras y tengan vocación de permanencia, máxime cuando se trata de las reglas con base en las cuales se adelantará un procedimiento electoral.

(...)

1 En la Resolución N° 102 del 27 de noviembre de 2015 se establece que la publicidad e información de la convocatoria se surtiría del 27 de noviembre de 2015 a las 8 de la mañana al 7 de diciembre de 2015 a las 6 de la tarde (Fl. 12).

2 Visible a folios 21 a 25 del expediente

Por supuesto, esto no desconoce que basta que se expida la ley de que tratan las disposiciones constitucionales antes estudiadas, el concejo municipal tiene autonomía e independencia para decidir cómo surte la convocatoria pública para elegir al contralor municipal, de lo que se trata es que si el concejo escoge una forma de elección sujeta a ciertas reglas y especificaciones y las da a conocer a la comunidad no puede, aupado en el margen de discrecionalidad que goza, variar a su arbitrio y antojo dichas normas, pues en virtud del principio de transparencia una vez estas son publicitadas vinculan no solo a los participantes, sino también al concejo municipal y, por contera, su desconocimiento vulnera dicho principio rector.

Bajo este panorama, para la Sala no cabe duda que el procedimiento electoral adelantado para elegir al Contralor Municipal de Dosquebradas se profirió transgrediendo el principio constitucional de transparencia, habida cuenta que el concejo modificó la convocatoria pública a su arbitrio, desconociendo que los términos de la misma eran vinculantes no solo para los participantes, sino también para la administración.”

Decisión: “CONFIRMAR sentencia del 14 de julio de 2016 a través de la cual el Tribunal Administrativo de Risaralda declaró la nulidad del Acta N° 008 de 9 de enero de 2016 expedida por el Concejo Municipal de Dosquebradas.

DEVOLVER al Tribunal de origen para lo de su cargo.”

LUCY JEANNETTE BERMÚDEZ BERMÚDEZ
Presidenta

ROCÍO ARAÚJO OÑATE
Consejera de Estado
CARLOS ENRIQUE MORENO RUBIO
Consejero de Estado
(Aclaración de voto)
ALBERTO YEPES BARREIRO
Consejero de Estado

Aclaración de voto del consejero Carlos Enrique Moreno

Extracto: “Con el acostumbrado respeto por las decisiones de la Corporación y aunque comparto la decisión adoptada por la Sala de confirmar la decisión del Tribunal Administrativo de Risaralda que declaró la nulidad de la elección del demandado como contralor del municipio de Dosquebradas, Risaralda, una vez estudiado el fondo de la controversia planteada, considero necesario aclarar mi voto en los siguientes términos:

En el caso concreto se demandó la nulidad de la elección del señor Henry Rincón Alzate como contralor del municipio de Dosquebradas, Risaralda, para el periodo 2016 – 2019, sin embargo, el demandado nunca se posesionó en ese cargo por cuanto, en virtud del cumplimiento de una orden de tutela, se repitió el trámite y se nombró a otra persona en su lugar.

Así las cosas, el acto demandado nunca produjo efectos y por tanto, no había lugar a hacer un estudio sobre su legalidad sino a terminar el asunto por sustracción de materia.

(...) Ahora, si bien es cierto, en algunos casos hay lugar a estudiar la legalidad de actos que ya no se encuentran vigentes, ello obedece precisamente a que aquellos produjeron algún efecto y por ende le corresponde a la jurisdicción decidir sobre los mismos, sin embargo, reitero, como en este evento el acto demandado nunca produjo efectos, no había lugar a estudiar su legalidad.

En estos términos dejo expuesta mi aclaración de voto.

Fecha ut supra”

CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCIÓN QUINTA

Consejero ponente: ALBERTO YEPES BARREIRO

Bogotá, D.C., veintinueve (29) de septiembre de dos mil dieciséis (2016)

Radicación número: 70001-23-33-000-2016-00011-02

Actor: RAÚL ENRIQUE VERGARA ÁLVIZ

Demandado: MIGUEL ARRÁZOLA SÁENZ – CONTRALOR DE SUCRE PARA EL PERÍODO 2016-2019

Asunto: Sentencia que confirma la decisión de negar las pretensiones de la demanda. Se solicita la nulidad de la designación del demandado como contralor de Sucre porque el proceso de escogencia se limitó a la verificación de los requisitos generales y no hubo aplicación de pruebas e instrumentos de selección como criterio de mérito para la conformación de la lista de elegibles. A juicio del actor, la situación descrita anteriormente da cuenta de la nulidad del acto acusado, comoquiera que viola las siguientes normas: i) los artículos 13, 40-7, 272, 126 inciso 4º, 209 y 272 de la Constitución Política; y, ii) el artículo 3º del CPACA.

Extracto: “2.5.1. *La elección de los contralores departamentales en el marco del Acto Legislativo 02 de 2015*

*Originalmente la Constitución Política de 1991 disponía que la elección de contralores departamentales, distritales y municipales debía ser realizada por los gobernadores o alcaldes, según el caso, de ternas integradas con dos candidatos presentados por el tribunal superior de distrito judicial y uno por el correspondiente tribunal de lo contencioso-administrativo.*¹

*En el marco de la reforma de equilibrio de poderes que se materializó con la expedición del Acto Legislativo 02 de 2015, el Constituyente decidió modificar la forma de elección de los contralores departamentales, distritales y municipales, y asignar dicha función a las Asambleas y Concejos, con el fin de que no hubiera interferencia judicial en la postulación de estos cargos.*²

Como consecuencia de esta reforma constitucional, actualmente el inciso cuarto del artículo 272 de la Constitución Política dispone que “[l]os Contralores departamentales, distritales y municipales serán elegidos por las Asambleas Departamentales, Concejos Municipales y Distritales, mediante convocatoria pública conforme a la ley, siguiendo los principios de transparencia, publicidad, objetividad,

1 Lo anterior estaba dispuesto en el inciso cuarto del artículo 272 de la Constitución Política, antes de la expedición del Acto Legislativo 02 de 2015, según el cual: “[i]gualmente les corresponde elegir contralor para período igual al del gobernador o alcalde, según el caso, de ternas integradas con dos candidatos presentados por el tribunal superior de distrito judicial y uno por el correspondiente tribunal de lo contencioso-administrativo.”

2 En la primera vuelta del proyecto que dio origen al Acto Legislativo 02 de 2015, el Senado de la República aprobó modificar el cuarto inciso del artículo 272 de la Constitución Política en el siguiente sentido: “*Los contralores departamentales, distritales o municipales serán seleccionados por la Comisión Nacional del Servicio Civil, mediante concurso público de méritos, conforme a las reglas previstas en el artículo 126 de la Constitución Política y a lo que señale la ley, para periodo igual al del gobernador o alcalde, según el caso.*”

Sin embargo, en el informe de ponencia presentado para el primer debate de la primera vuelta ante la Comisión Primera de la Cámara de Representantes dicho texto fue modificado así: “*Los contralores departamentales, distritales o municipales serán elegidos por las Asambleas Departamentales o Concejos Municipales o Distritales, mediante convocatoria pública siguiendo los principios de transparencia, publicidad, objetividad, participación ciudadana y equidad, para periodo igual al del Gobernador o Alcalde, según el caso.*”

En el pliego de modificaciones incluido en el informe de ponencia publicado en la Gaceta 694 de 2014 se adujo la siguiente motivación para realizar dicho cambio: “*Frente al artículo 26 del texto aprobado en la plenaria, que modifica el artículo 272 se propone, armonizar con el espíritu de la reforma, se elimina la posibilidad de los contralores de reelegirse y, de igual manera, se excluyen las postulaciones de las autoridades judiciales para estos cargos.*”

participación ciudadana y equidad de género, para periodo igual al del Gobernador o Alcalde, según el caso.”

De igual manera, a través de dicho Acto Legislativo, el Constituyente decidió fortalecer los procedimientos de elección de servidores públicos atribuidos a las corporaciones públicas mediante la reforma del artículo 126 de la Constitución Política, cuyo inciso cuarto actualmente dispone que “[s]alvo los concursos regulados por la ley, la elección de servidores públicos atribuida a corporaciones públicas deberá estar precedida de una convocatoria pública reglada por la ley, en la que se fijen requisitos y procedimientos que garanticen los principios de publicidad, transparencia, participación ciudadana, equidad de género y criterios de mérito para su selección.”

Como consecuencia de la reforma constitucional contenida en el Acto Legislativo 02 de 2015, actualmente la elección de los contralores departamentales se rige por las siguientes reglas:

2.5.1.1. Los contralores departamentales son elegidos por las Asambleas Departamentales.

2.5.1.2. Su elección se debe realizar mediante convocatoria pública, mecanismo de selección que no puede ser equiparado o confundido con el concurso de méritos.

Por disposición del artículo 125 de la Constitución Política, el concurso de méritos es el mecanismo de selección de funcionarios pertenecientes a la carrera administrativa cuyo sistema de nombramiento no ha sido determinado por la Constitución o la ley, en el cual el ingreso al cargo se debe realizar previo cumplimiento de los requisitos y condiciones fijados por la ley para determinar los méritos y calidades de los aspirantes.

Por lo tanto, en las elecciones o nombramientos realizados a través del concurso de méritos se reafirma el principio de meritocracia, por el cual la persona que accede al cargo debe ser la que obtiene la mejor evaluación en el concurso.

En cambio, la convocatoria pública es un mecanismo de elección más flexible que el concurso de méritos, dado que el órgano elector goza de un margen de discrecionalidad para escoger al servidor público que debe ocupar el cargo, lo que permite el uso de criterios de selección distintos o adicionales al mérito, como por ejemplo la conveniencia.

En ese sentido, mientras que el concurso de méritos siempre debe concluir con la selección del candidato que obtiene el mayor puntaje en el concurso, la convocatoria pública permite al órgano elector tener en cuenta criterios distintos al mérito, como la conveniencia, para la elección de servidores públicos.

2.5.1.3. En la convocatoria para la elección de contralores departamentales deben garantizarse los principios de transparencia, publicidad, objetividad, participación ciudadana y equidad de género consagrados en los artículos 126 y 272 de la Constitución Política, modificados por el Acto Legislativo 02 de 2015.

Sin embargo, como consecuencia del cumplimiento de los anteriores principios, no se puede pretender que en la elección de los contralores departamentales se deban adoptar de manera estricta criterios objetivos para la calificación y asignación de puntajes de los aspirantes con el fin de que se escoja al candidato mejor calificado, ya que esta exigencia desnaturalizaría su carácter de convocatoria pública y la podría convertir en un concurso de méritos.

2.5.1.4. Por disposición expresa del Constituyente la convocatoria pública para la elección de contralores departamentales debe ser reglada por la ley.

Sin embargo, la Sala ha sostenido que el vacío normativo derivado de la ausencia de una ley que regule esta materia no puede convertirse en un obstáculo que impida a las asambleas realizar convocatorias para elegir a los contralores departamentales. (...)

2.5.1.5. La Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado ha rendido dos conceptos de acuerdo con los cuales, mientras se expide una ley especial que regule la convocatoria pública para la elección de contralores departamentales, se puede aplicar por analogía la Ley 1551 de 2012 y su Decreto Reglamentario número 2485 de 2014 sobre concurso público de méritos para la elección de personeros municipales y distritales, teniendo en cuenta en todo caso que en la escogencia final no aplica un orden específico de elegibilidad entre los seleccionados.

En relación con el alcance de estos conceptos, en el citado auto de 31 de marzo de 2016 la Sala advirtió que éstos no eran vinculantes y que solamente contenían una posibilidad a seguir por las Asambleas Departamentales, (...)

2.5.2. Sobre la violación de los principios de mérito, transparencia y objetividad en el caso concreto

Realizadas las anteriores precisiones sobre el actual marco normativo para la elección de los contralores departamentales, la Sala confirmará la decisión recurrida.

Como se explicó previamente, la Sección ha sostenido que en las convocatorias públicas para la elección de contralores departamentales las asambleas deben garantizar los principios señalados en los artículos 126 y 272 de la Constitución Política, modificados por el Acto Legislativo 02 de 2015, sin importar que aún no se haya expedido la ley que regule dicha clase de elecciones.

Sin embargo, como consecuencia de lo dispuesto en estos mandatos constitucionales no se puede exigir a dichas corporaciones públicas que adopten criterios objetivos para la calificación y asignación de puntajes de los aspirantes con el fin de que se escoja al candidato mejor calificado, dado que esta exigencia desnaturalizaría la convocatoria pública y la convertiría en un concurso de méritos en el que se impediría tener en cuenta criterios como la conveniencia para la elección.

Por lo tanto, la Asamblea de Sucre tenía la facultad para establecer el procedimiento que consideró era el más adecuado para escoger al Contralor Departamental, procedimiento que una vez se definió, era de obligatorio cumplimiento, tanto para la Asamblea, como para los participantes en el procedimiento de selección, en garantía del derecho al debido proceso de quienes decidieron participar en la convocatoria, como de los principios de seguridad jurídica y confianza legítima.

Ahora bien, a partir del acervo probatorio recaudado se observa que la elección del demandado estuvo antecedida de una convocatoria pública en la que se señalaron de manera precisa el procedimiento y requisitos para la elección del Contralor Departamental de Sucre para el periodo 2016-2019, la cual fue publicada a través de distintos medios que garantizaron su amplia difusión.

Así mismo, en cumplimiento de las reglas señaladas en la convocatoria pública se conformó una comisión accidental para verificar que los aspirantes cumplieran los requisitos para acceder al cargo, a quienes se les permitió interponer recursos contra la decisión de no ser admitidos.

Por lo tanto, si bien en la convocatoria pública adelantada por la Asamblea de Sucre no se establecieron criterios objetivos para la calificación y asignación de puntajes de los aspirantes, no significa lo anterior que esta corporación pública pudiera actuar de forma arbitraria al elegir el Contralor de dicho ente territorial, porque los aspirantes debían cumplir los requisitos señalados en el artículo 2º de la convocatoria, a saber: ser colombiano de nacimiento; ser ciudadano en ejercicio; tener más de 25 años de edad; acreditar título profesional universitario conferido por institución legalmente reconocida; tener su situación militar definida; acreditar que no se encontrara incurso dentro de las causales constitucionales o legales de incompatibilidad e inhabilidad para ejercer las funciones; haber ejercido funciones públicas por un periodo no inferior a dos años.³

3 Ver folio 13.

Consecuentemente, dado que las asambleas departamentales no deben adoptar criterios objetivos para la calificación y asignación de puntajes de los aspirantes para la elección de los contralores departamentales, según lo dispuesto en los artículos 126 y 272 de la Constitución Política, modificados por el Acto Legislativo 02 de 2015, la Sala confirmará la decisión recurrida.”

Decisión: “CONFIRMAR la sentencia dictada el 17 de junio de 2016 por el Tribunal Administrativo de Risaralda, Sala Primera de Decisión, que negó las pretensiones de la demanda dirigida contra el acto de nombramiento del señor Mario León Ossa como director general del Instituto Municipal de Tránsito de Pereira, código 050 grado 08, contenido en el Decreto 002 de 1º de enero de 2016, expedido por el Alcalde de Pereira.

DEVOLVER el expediente al Tribunal de origen.

ADVERTIR que contra esta providencia no procede recurso alguno”

LUCY JEANNETTE BERMÚDEZ BERMÚDEZ
Presidenta

ROCÍO ARAÚJO OÑATE
Consejera de Estado
CARLOS ENRIQUE MORENO RUBIO
Consejero de Estado
ALBERTO YEPES BARREIRO
Consejero de Estado

* * *

CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCIÓN QUINTA

Consejero ponente: ALBERTO YEPES BARREIRO

Bogotá D.C., veintinueve (29) de septiembre dos mil dieciséis (2016)

Radicación número: 63001-23-33-000-2015-00375-01

Actor: FABIÁN ESTEBAN JARAMILLO VÁSQUEZ

Demandado: LUIS FERNANDO LASPRILLA MUÑOZ - CONCEJAL DE ARMENIA (QUINDÍO)

Asunto: Sentencia que revoca la decisión de anular el acto acusado y, en su lugar, niega las pretensiones de la demanda. Se solicita la nulidad de la elección del demandado como concejal de Armenia por doble militancia.

Extracto: “(…) El actor acompañó con su demanda un video en archivo digital titulado: “candidato a la alcaldía ultraja a su contrincante con una marioneta”¹. En el que se aprecia una grabación de 2:50 minutos, en el que se destaca la intervención de quien se reconoce en otra prueba de naturaleza testimonial como el candidato a la alcaldía de Armenia, periodo 2016 - 2019, señor José Manuel Ríos Morales. Es un video que registra una reunión de carácter político que auspició la señora Gloria Inés Vargas Giraldo en el barrio Calima al parecer el 24 de septiembre de 2015, según da cuenta su declaración rendida en este trámite.

Sobre dicha prueba - el video - es necesario determinar cuál es el valor probatorio que debe otorgársele, puesto que el Ministerio Público alude que su realización se efectuó sin la aquiescencia de uno de los presentes en dicha reunión, lo que implica que sea ilegal por violación al debido proceso.

1 Cd visible al folio 64 del expediente.

*Respecto de la naturaleza probatoria que se le puede asignar a esta clase de material probatorio, de conformidad con el artículo 243 del C.G.P, la grabación contenida en el CD visible a folio 64 del expediente, es un **documento**.*

Para efectos de conferirle valoración a un documento es importante que el juez pueda establecer su autenticidad, es decir, que tenga certeza sobre a quién se le atribuye. Al respecto el artículo 244 del C.G.P establece:

“Es auténtico un documento cuando existe certeza sobre la persona que lo ha elaborado, manuscrito, firmado, o cuando exista certeza respecto de la persona a quien se atribuya el documento.

***Los documentos públicos y los privados emanados de las partes o de terceros, en original o en copia, elaborados, firmados o manuscritos, y los que contengan la reproducción de la voz o de la imagen, se presumen auténticos, mientras no hayan sido tachados de falso o desconocidos, según el caso. (...).**” (Resalta la Sala)*

Esta disposición dota de herramientas al operador jurídico a efectos de conferirle carácter de auténtico al documento que es arrimado a un proceso judicial, cuando a pesar de desconocerse su autoría, esto es, quien lo realizó o suscribió, respecto de aquel en contra de quien se aduce no lo tache o no lo desconozca, según el caso.

Bajo esta presunción normativa se tiene que la develación de tal grabación, que en sí misma constituye un documento privado emanado de un tercero (desconocido) contiene la reproducción de imágenes que se invocaron en contra de una situación en la que se relaciona al señor Luis Fernando Lasprilla Muñoz, pero que en la medida en que no fue tachado de falso por la parte demandada al contestar la demanda, surge el atributo de autenticidad por ausencia de controversia frente a su contenido.

*En efecto, en la contestación de la demanda no se tachó de falso tal video, lo que si se hizo fue cuestionar y oponerse a las consideraciones que el actor esgrimió y derivó de las imágenes que allí se capturaron. Las circunstancias de tiempo, modo lugar en la que esta prueba fue divulgada no fue objeto de cuestionamiento bajo la consideración que ahora eleva el señor Procurador Delegado y, en esa medida, tampoco es posible atribuirle la violación de un derecho fundamental que el implicado no invocó estando en la posibilidad de hacerlo, lo que le otorgó validez a este medio, pues no hizo uso de la figura prevista en el artículo 269 del C.G.P, esto es, plantear la **tacha de falsedad**, vía idónea y eficaz que el artículo 244 ibídem prevé para controvertir la presunción de autenticidad prevista.*

*Esto es así, porque según el artículo artículo 269 del C.G.P “La parte a quien se atribuya un documento, afirmándose que está suscrito o manuscrito por ella, podrá tacharlo de falso en la contestación de la demanda, si se acompañó a esta, y en los demás casos, en el curso de la audiencia en que se ordene tenerlo como prueba. Esta norma también se aplicará a las reproducciones mecánicas de la voz o de la imagen de la parte contra quien se aduzca. (...)” Esto significa que para tachar de falso un documento, la parte contra la que aquel se aduce debe señalar de forma **explícita** que lo tacha, bien porque no lo suscribió, no fue manuscrito por él o porque la voz o las imágenes reproducidas no corresponden a la suya.*

No sobra recordar por esta Sala que existe el criterio y la posición constitucional de que una prueba grabada (telefónicamente o en video) sucumbe a la legalidad cuando es producto de una situación generada en el ámbito personal del individuo. En estos casos, es necesario que tal procedimiento se realice con la anuencia del titular de este derecho a la intimidad, pero no así, cuando ellas se obtienen en el contexto público que es el que ha de considerarse respecto de las manifestaciones políticas en comunidad, pues ello presupone que salen de esa esfera íntima, en tanto, todas estas precisas condiciones generalizan su conocimiento sin restricción.

Lo anterior, aplicado al caso concreto, constituye la necesidad de clarificar que si el demandado quería cuestionar la autenticidad de la grabación aportada por el actor, debió en la contestación de la de-

manda y de manera expresa, atendiendo a que ésta constituyó su primera intervención en el proceso, el momento propicio para tacharlo de falso, so pena de otorgarle validez por la perentoriedad en la contradicción de los medios probatorios, en los términos del artículo 215 del CPACA.

Esta situación la reconoce el apoderado del recurrente al interponer el recurso de apelación, luego corresponde a la Sala otorgarle validez a este medio probatorio y proceder a examinarlo, pues la oposición del recurso de apelación no recae en la autenticidad del medio probatorio sino en las conclusiones derivadas por el juez fallador de primera instancia, de acuerdo con lo allí observado.

De esta manera, se abstendrá la Sala de darle mérito al planteamiento del ministerio público, respecto de excluir la prueba documental contenida en el mencionado video por presunta violación del debido proceso del demandado.

Con esta precisión, se continúa con el análisis correspondiente al examen del elemento correspondiente a la conducta que se le endilga al demandado.

La modalidad de apoyo que encontró probada el Tribunal la derivó por las conductas que examinó, dijo de manera “cuidosa” respecto del aludido video. En términos, esta Sala luego de examinar y ver el video, aprecia:

- 1. Una reunión en la noche en un espacio abierto.*
- 2. La concurrencia de varias persona a esta reunión*
- 3. La intervención mediante un micrófono de un hombre que se dirige a las personas y que en un momento de la intervención saca un muñeco que agita y lo denomina “filosofín”. Allí dice que éste cede a lo que le diga la señora “Luz Piedad Valencia”.*
- 4. Dice que es la persona que con hechos contundentes quiere dejar sentado lo que quiere en su comunidad y se identifica luego como, José Manuel Ríos Morales.*
- 5. Menciona que un aparte de su intervención que en compañía de “un hombre bueno, un hombre trabajador un hombre de la base, en el que ese gran amigo Robert ha depositado su confianza” y concomitante con esa alocución se dirige a un hombre que se encuentra en tal reunión a quien hace a su lado. Esta situación se presenta durante lo que en el tiempo del video identifica temporalmente como minuto: -1:17 y -1:06*

De esta prueba el Tribunal consideró que existió una acción positiva de quien se identificó como el demandado, y que esta actuación representa bajo las reglas de la experiencia, un apoyo a tal candidatura, porque:

- 1. Permaneció en el lugar junto a un candidato contrario que desarrollaba actos de proselitismo.*
- 2. Aduce que el acto se llevó a cabo el 7 de octubre de 2015 a pocos días de la contienda.*
- 3. Que esta presencia denota simpatía.*
- 4. Que se advirtió el rechazo evidente al candidato de la coalición avalado por el partido Conservador Colombiano.*
- 5. Que se habló de unos “compromisos adquiridos”.*
- 6. Su presencia fue cercana que solo con la mirada pudo referenciarlo.*
- 7. Que hay asentimiento por las palabras del interlocutor*

8. *Que si bien la reunión no fue auspiciada por el demandado, bien pudo haberse retirado.*

Todas estas conclusiones, las derivó del corto lapso del tiempo que representa el video en lo que se ataca como demostrativo del apoyo. No obstante, para la Sala estas elucubraciones que el Tribunal infirió de las imágenes que comportan el mencionado video desconocen con criterio de valoración y bajo las reglas de la sana crítica, situaciones que carecen de certeza y por tanto no pueden catalogarse como probadas en el Radicación.

Por lo mismo, tampoco es posible otorgarle veracidad a los argumentos que invocó el actor frente a una situación que se muestra de manera meramente especulativa, por cuanto tal contexto debió mirarse teniendo en cuenta que existe otro medio de prueba también válido, que da contexto a la situación que allí se muestra y que no puede ser apreciada de manera directa por el mencionado video, en tanto no existe un señalamiento claro, expreso y contundente que pongan en la situación de apoyo que requiere la conducta para que se dé por acreditada, y que no es posible inferir por el fallador bajo la construcción de indicios que no son contruidos a partir de otros medios de pruebas que así apoyen lo que se pretende derivar de tales imágenes.

*En las conclusiones del a quo se desconoce que la fecha a la que alude la declarante para dar certeza sobre la realización del video no fue el 7 de octubre sino el **24 de septiembre de 2015**, conforme lo indicó la señora Gloria Inés Vargas Giraldo en su intervención al rendir su testimonio.*

No se aprecia que el apoyo provenga del demandado, pues quien hizo la alocución fue el candidato José Manuel Ríos Morales, que no se refirió al demandado con nombre propio, habla de “un hombre bueno, de un hombre de base” y también se refiere a una persona que identificó bajo la denominación de Robert, que no fue determinable en el proceso y en esa medida, a los compromisos a los que alude bien pueden también interpretarse en cabeza de la persona en mención.

Es claro que en esa congregación social se advierte la presencia de varias personas, que dijo la declarante había citado a su “casa” pero que en la reunión la desarrolló en la “cuadra” de su barrio al que convocó a diferentes “amigos”, frente a quienes reconoció la ciudadana, iba a apoyar independientemente de la filiación política de éstos.

No tuvo en cuenta el Tribunal que la declarante aceptó que no le informó de la presencia de los demás candidatos al demandado y que la actitud de este fue la de “enojarse”.

En la corta exposición del video no logra esta Corporación derivar un contexto adecuado de la situación ocurrida. Esta consideración porque se ubicó únicamente en la alocución de una persona que no es el demandado, esto es, de la que no se puede calificarse que en su condición de candidato hubiese generado ese apoyo que invoca el actor a las candidaturas de los señores Ríos Morales y Sandra Milena Gómez, aspirantes a la alcaldía de Armenia y a la Gobernación del Quindío, respectivamente.

De hecho, también podría decirse que en esta corta exposición a quien se reconoce como demandado se notó un poco intranquilo entre los asistentes. Y ello porque también podría entenderse que tal situación se ocasionó debido a que la convocante a la reunión nada le informó respecto de la presencia en este mismo lugar con candidatos de otras filiaciones políticas, y según advierte la declarante, el demandado había sido enfático respecto de a quienes estaba apoyando.

*La convicción como elemento preponderante del favorecimiento, patrocinio o ayuda que supone la conducta prohibida se encuentra ausente en las imágenes que informan dicho video, pues del mismo la Sala no puede derivar que el demandado haya sugerido o invitado al electorado para que apoyara a un candidato adverso a su filiación política. Ninguna manifestación representativa se puede “inferir” porque éste se haya aproximado al candidato interlocutor, quien por demás, no fue lo suficientemente claro para exponer a los asistentes que el señor **Lasprilla Muñoz** lo acompañaba en su aspiración política, en caso de que ello hubiese sido así.*

Además, ninguna ovación se aprecia ante las palabras del interlocutor a efectos de calificar que la ciudadanía allí presente, comprendió lo que en la demanda se precisa como un apoyo.

A Sala le merece reparo que estos candidatos converjan en un mismo espacio público, pero también encuentra sustento que no fue rebatido por la parte actora, el que la realizadora y convocante de la reunión fue clara en expresar que el demandado desconocía de la presencia de otros actores políticos el día y hora de su invitación. De hecho reconoce que su idea fue que no se cruzaran en ese espacio, pero que el candidato Ríos Morales acudió antes de lo señalado y que incluso, le impidió al demandado realizar su intervención.

Puede ser que en el contexto de una campaña política, la experiencia indique que las reuniones que se realizan con tal fin, repudien la presencia de candidatos ajenos a su filiación política, pero ello de ninguna manera implica indefectiblemente que la concurrencia en escenarios idénticos merezca catalogarlos como indiciarios de un apoyo indebido, pues en ese contexto, los debates partidistas, estarían vedados.

Por último, debe destacar la Sala que de los ademanes que se generan entre el interlocutor y el demandado, a juicio del Tribunal a quo, en el momento en que el candidato a la alcaldía de Armenia menciona los compromisos adquiridos con una persona denominada “Robert” y que pareciera que llama al demandado, no pueden tomarse con la contundencia que le imprime el fallador de primera instancia, para de ello derivar un presunto apoyo.

La ausencia de contexto en la mencionada alocución que realizó el candidato José Manuel Ríos impide determinar de manera certera a qué persona se refirió cuando invocó a un tal “Robert” y los compromisos adquiridos con éste. Este señalamiento deja sometido el discurso a la incertidumbre de qué o a quién quiso mencionar y, por lo mismo, no es factible predicar la conducta de prohibición respecto del demandado, cuando no existe certeza sobre que se estaba hablando de él, no se probó quien era Robert, ni que éste estuviese participando en la contienda electoral, como tampoco las incidencias que se tenían en relación con los “presuntos compromisos” que el candidato Ríos mencionó tener y de qué manera involucraban al elegido.

El apoyo de candidaturas ajenas a las del partido que inscribió al elegido supone que exista, es decir, que dicha ayuda sea cierta y verificable, no dando lugar a la cabida de conjeturas que no se sirven además de ningún otro medio valorativo para acreditar la conducta que se endilga. Ninguna prueba adicional se acompañó con el propósito de demostrarlo, al contrario, se probó que el demandado compartió publicidad política pagada con los candidatos de la coalición inscritos por el Partido Conservador Colombiano en esa localidad, y de acuerdo con la manifestación que hizo la declarante, el demandado según su dicho, el que no fue controvertido ni tachado, le afirmó en dos ocasiones que seguía “la línea del partido”, esto es, que apoyaba al “señor Carlos Mario y al Cura”, claridad que deja en entredicho las aseveraciones de la demanda.

Advertir tal conducta prohibida merecía la actividad probatoria activa que le corresponde a la parte Actor en los términos del artículo 167 del C.G.P., requiriendo para tal fin mediante testimonio que se le citara al mencionado candidato ajeno al respaldo propugnado por el partido Conservador Colombiano, señor José Manuel Ríos Morales, a efectos de que éste explicara su alocución y la referencia que hizo de “un hombre bueno, un hombre de la base” e identificara bajo su dicho, de quién estaba hablando y si esta referencia, coincidía con el demandado.

De esta manera, considera la Sección que las conclusiones en las que se basó el Tribunal a quo no son determinantes ni definitivas sobre una conducta de prohibición que bagan merecedora de la sanción de nulidad el acto de elección del demandado.

Contrario a lo anterior, no se desvirtuó por el Actor que el apoyo público, oficial y representativo para la comunidad electoral fuera el que se anuncia en la publicidad política pagada que se aportó al Radicación y que no puede quedar relevada o minimizada por actos indirectos no proveniente del

candidato elegido sino de un tercero que pudo inducir o sugerir una conducta no corroborada por el demandado.

Bajo estas consideraciones la Sala estima que no existe fundamento probatorio que permita deducir que el demandado incurrió en la conducta de doble militancia por la cual el a quo estimó declarar la nulidad parcial del acto en el que se declara su elección. En consecuencia se revocará la decisión apelada y en su lugar se denegarán las pretensiones de la demanda. (...)

Decisión: “REVOCAR la sentencia de 29 de julio de 2016 mediante la cual el Tribunal Administrativo del Quindío declaró a nulidad de la elección del señor Luis Fernando Lasprilla Muñoz como concejal del municipio de Armenia, para el periodo 2016-2019 y en su lugar, NEGAR las pretensiones de la demanda.

DEVOLVER al Tribunal de origen para lo de su cargo.”

LUCY JEANNETTE BERMÚDEZ BERMÚDEZ
Presidenta

ROCÍO ARAÚJO OÑATE
Consejera de Estado
CARLOS ENRIQUE MORENO RUBIO
Consejero de Estado
ALBERTO YEPES BARREIRO
Consejero de Estado

* * *

CONSEJO DE ESTADO
SALA PLENA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCIÓN QUINTA

Consejero ponente: ALBERTO YEPES BARREIRO

Bogotá, D.C., seis (06) de octubre de dos mil dieciséis (2016)

Radicado número: 11001-03-28-000-2016-00053-00

Actor: CARLOS JOSÉ DAZA DÍAZ

Demandado: LUIS ALBERTO BAQUERO DAZA ALCALDE DE VILLA NUEVA

Asunto: Fallo que declarara infundado el recurso extraordinario de revisión interpuesto contra la sentencia de 22 de junio de 2016, proferida por el Tribunal Administrativo de La Guajira, dentro del proceso de nulidad electoral de única instancia contra la elección de Luis Alberto Baquero Daza como alcalde del municipio de Villanueva, con ocasión de una doble militancia.

Extracto: “*Contra el fallo de 22 de junio de 2016, proferido por el Tribunal Administrativo de La Guajira, el recurrente interpuso recurso extraordinario de revisión con fundamento en la causal 5° del artículo 250 del CPACA.*

El recurrente argumenta que para el caso de la primera modalidad de esta figura -la aplicable a los ciudadanos y atribuida al alcalde de Villanueva, otrora demandado-, bastaba con que apareciera demostrado en el proceso que de manera simultánea y concomitante se hubiese militado en dos o más partidos o movimientos políticos, como en efecto se había logrado acreditar en el expediente

(...)

Pues bien, analizado el recurso, considera la Sala que en realidad no se materializa la causal de revisión invocada y que, por el contrario, el recurrente utiliza este medio de impugnación excepcional

como si fuera una segunda instancia, lo cual no es adecuado, según se explicó en el acápite de generalidades.

Frente al punto, sea lo primero poner de presente que el recurrente en su escrito inicial no desarrolló con suficiencia cómo ni por qué se desconoció el contenido y alcance fijado por la Corte Constitucional en las sentencias C-490 de 2011 y C-334 de 2014, sino que se limitó a hacer una transcripción de algunos apartes de esas sentencias para pasar a concluir que era “notorio”¹ que lejos de aplicarse la norma en su contexto, aquella había sido desfigurada en su verdadera teleología.

Por el contrario, el juez ordinario atendió a la jurisprudencia constitucional relevante sobre la materia como puede apreciarse en los folios 28 y 29 de la providencia recurrida -C-334 de 2014-y efectuó sus consideraciones sobre ella, con fundamento en lo cual arribó a sus conclusiones, dentro de su marco de interpretación.

En efecto, se lee a folio 89 del expediente -29 de la providencia recurrida- que “de conformidad con el precedente constitucional antes citado -se refiere a las consideraciones 4.3.3., 4.4.8. y 4.4.9. de la Sentencia C-334 de 2014- la doble militancia se configura es a partir del momento de la inscripción del candidato, y no al momento de la elección del mismo (...).”

Y en esa misma línea argumentativa indicó que: “En el sub examine se tiene que la inscripción de Baqueroi Daza como candidato a la Alcaldía de Villanueva por el Partido Social de Unidad Nacional, fue realizada el día 16 de julio de 2015, a las 15:10 horas”, momento “para el cual ya había presentado su dimisión a la colectividad liberal. En consecuencia, no es posible predicar la configuración de la doble militancia referida en el primer inciso del artículo 2º de la Ley 1475 de 2011, motivo por el cual el cargo formulado no prospera”.

*En este contexto, advierte la Sección que en la providencia de única instancia acusada, del Tribunal Administrativo de La Guajira, se **explicaron de manera suficiente y razonada** los motivos por los cuales, a su juicio, se imponía negar el cargo de doble militancia elevado en la demanda, por la falta de configuración del elemento temporal.*

*Recuerda la Sección que el simple **desacuerdo en la interpretación de una norma no puede ser desatado mediante el ejercicio del recurso extraordinario de revisión**, pues de ser así se vulneraría la autonomía funcional de los jueces naturales, y se convertiría este medio de impugnación en un escenario para evaluar el grado de convencimiento de los razonamientos de los operadores judiciales.*

A la misma conclusión se arriba en relación con el reproche relativo a la supuesta falta de aplicación del precedente judicial de esa misma corporación sin un mínimo de argumentación.

Sobre el particular, sea lo primero recordar que el concepto de precedente abarca únicamente las decisiones que con ese carácter expidan las Altas Cortes, pero no las demás autoridades judiciales.

La razón, su función de tribunal de cierre y unificación, pues estas están llamados a brindar coherencia al sistema jurídico, al fijar el contenido de la ley o de la situación sometida a su conocimiento, hecho que implica su obligatoria observancia por parte de todos los operadores jurídicos sin excepción, pues nada se ganaría si, después de la labor de interpretación y unificación, los jueces o la administración pudieran seguir aplicando su criterio bajo la égida de una autonomía judicial mal entendida, generando no solo incoherencias en el sistema sino tratos diversos a situaciones con supuestos de hecho iguales o similares, con las implicaciones que ello tendría en principios de rango constitucional como la igualdad, seguridad jurídica y la confianza legítima.

1 Folio 30 del expediente.

En otros términos, el precedente de las llamadas Altas Cortes es obligatorio y vinculante, tanto para estos como para los jueces de inferior jerarquía y los demás órganos del Estado, quienes conociéndolo están obligados a su aplicación.

Por ello, la Sala considera importante aclarar que en realidad no es posible afirmar el desconocimiento del precedente horizontal, toda vez que esta Sección ha sostenido en sus decisiones que precedente es aquél que emana de los órganos de cierre de cada jurisdicción, sin embargo, las autoridades judiciales están obligadas a decidir de igual forma aquellos casos que presenten una semejanza de problemas jurídicos, escenarios fácticos y normativos.)

Decisión: “DECLÁRASE INFUNDADO el recurso extraordinario de revisión interpuesto contra la sentencia de 22 de junio de 2016, proferida por el Tribunal Administrativo de La Guajira, dentro del proceso de nulidad electoral de única instancia identificado con el radicado 4400-23-33-001-2015-00190-00.”

LUCY JEANNETTE BERMÚDEZ BERMÚDEZ
Presidenta

ROCÍO ARAÚJO OÑATE
Consejera de Estado
CARLOS ENRIQUE MORENO RUBIO
Consejero de Estado
ALBERTO YEPES BARREIRO
Consejero de Estado

* * *

CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCIÓN QUINTA

Consejero ponente: ALBERTO YEPES BARREIRO

Bogotá, D.C., seis (6) de octubre de dos mil dieciséis (2016)

Radicación número: 11001-03-28-000-2015-00041-00

Actor: MÓNICA NARANJO RIVERA

Demandado: REPRESENTANTES DE LAS ENTIDADES SIN ÁNIMO DE LUCRO ANTE EL CONSEJO DIRECTIVO LA CORPORACIÓN AUTÓNOMA REGIONAL DEL TOLIMA

Asunto: Sentencia de única instancia que niega las pretensiones de la demanda. Se solicitó la nulidad de la elección de los demandados como representantes de las entidades sin ánimo de lucro ante el consejo directivo de CORTOLIMA, porque en dicha elección participaron 32 entidades que no cumplieron los requisitos señalados en la resolución 606 de 2006 expedida por el entonces Ministerio de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial.

Extracto: “4.1. La elección de los representantes de las entidades sin ánimo de lucro ante los consejos directivos de las CAR

De acuerdo con el artículo 29 de la Ley 99 de 1993, los consejos directivos de las corporaciones autónomas regionales están conformados de la siguiente manera: (...)

En lo que concierne a la elección de los representantes de las entidades sin ánimo de lucro, el párrafo primero de esta norma dispone que “[l]os representantes de los literales f y g, se elegirán de acuerdo a la reglamentación que sobre el particular expida el Ministerio del Medio Ambiente”, la cual está contenida en la Resolución 606 de 2006, expedida por el entonces Ministerio de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial.

Esta reglamentación regula los requisitos para participar en la elección de los representantes de las entidades sin ánimo de lucro ante los consejos directivos de las CAR en su artículo 2 (...)

De la lectura de esta disposición se desprende que para poder participar en la elección de los representantes de las entidades sin ánimo de lucro ante los consejos directivos de las CAR se requiere que:

4.1.1. La entidad sin ánimo de lucro debe tener su domicilio en el área de jurisdicción de la corporación (parágrafo 2º del artículo 2º de la Resolución 606 de 2006).

4.1.2. La entidad sin ánimo de lucro debe tener como objeto principal la protección del medio ambiente y los recursos naturales renovables (parágrafo 2º del artículo 2º de la Resolución 606 de 2006).

4.1.3. La entidad sin ánimo de lucro debe haber sido constituida por lo menos con cuatro (4) años de anterioridad a la fecha de la elección.

Este requisito se debe demostrar a través del certificado de existencia y representación legal, expedido por la Cámara de Comercio o la entidad que baya sus veces, dentro de los tres meses anteriores a la fecha límite para la recepción de documentos (numeral 1º del artículo 2º de la Resolución 606 de 2006).

4.1.4. La entidad debe haber ejecutado durante los últimos tres años, mínimo tres proyectos y/o actividades en protección del medio ambiente y los recursos naturales renovables en el área de jurisdicción de la respectiva corporación.

De acuerdo con una interpretación armónica de los numerales 2º y 3º del artículo 2 de la Resolución 606 de 2006, este requisito se debe demostrar a través de: (i) el certificado expedido por la entidad que contrató o financió el desarrollo del proyecto o actividad, en el cual debe constar el objeto, valor, plazo, localización y cumplimiento de la actividad; y, (ii) un informe proferido por la entidad sin ánimo de lucro, con sus respectivos soportes, sobre las actividades que ha desarrollado en el área de jurisdicción de la respectiva Corporación (numerales 2º y 3º del artículo 2º de la Resolución 606 de 2006).

4.2. El cumplimiento de los requisitos previstos en los numerales 2º y 3º y el parágrafo 2º del artículo 2º de la Resolución 606 de 2006 en el caso concreto

Debido a que el cargo formulado por la Actor corresponde a la expedición irregular del acto demandado, antes de estudiar si las entidades sin ánimo de lucro señaladas en la fijación del litigio cumplieron los requisitos previstos en los numerales 2º y 3º y el parágrafo 2º del artículo 2º de la Resolución 606 de 2006 para poder participar en la elección, la Sala analizará la posible incidencia de los vicios reprochados en la demanda en el resultado de la elección.

4.2.1. La expedición irregular y la incidencia del vicio en el resultado

La causal de expedición irregular se materializa cuando se vulnera el debido proceso en la formación y expedición de un acto, es decir, cuando la actuación administrativa se realiza con anomalías en el trámite de expedición.

Sin embargo, la Sección Quinta¹ ha sostenido que para que aquella se materialice no solo debe probarse la existencia de una anomalía en la formación del acto, sino también que aquella fue de tal magnitud que afectó de forma directa el sentido de la decisión. En otras palabras la irregularidad que se presente debe ser sustancial, trascendental y con incidencia directa en el contenido y/o sentido del acto definitivo.

1 Consejo de Estado, Sección Quinta, Sentencia de 27 de enero de 2011., Radicación N° .11001-03-28-000-2010-00015-00 CP. Filemón Jiménez Ochoa, Consejo de Estado, Sección Quinta, Sentencia de 25 de septiembre de 2015., Radicación N° .11001-03-28-000-2014-00132-00 CP. Alberto Yepes Barreiro

Esto significa que no cualquier irregularidad tiene la potestad de despojar al acto electoral de la presunción de legalidad de la que goza, sino que aquella debe ser determinante en su formación.

Tratándose de situaciones como esta, es decir, en que las que se cuestiona el acto de elección, porque se considera que varios de los que lo adoptaron profririeron votos inválidos la Sección ha considerado “necesario evaluar si aun suprimiendo el número de votos presuntamente espurios la voluntad mayoritaria, libre y legítima resultaría afectada”².

Por consiguiente, antes de examinar si tal y como lo asevera la Actor se presentaron 32 votos espurios en la elección de los representantes de las entidades sin ánimo de lucro ante el Consejo Directivo de CORTOLIMA, es necesario analizar si con la supresión de los votos que se consideran ilegales, la decisión adoptada hubiese sido distinta.

Al respecto, se encuentra probado en el acta de la elección acusada³ que ésta se adelantó de conformidad con la siguiente metodología consistente en “[r]ealizar una primera vuelta en la que se elijan en una primera votación a los dos (2) principales representantes y en una segunda vuelta se elijan los dos (2) representantes suplentes. Cada organización tiene derecho a votar por dos de los candidatos inscritos.”

Por lo tanto, a continuación se analizará la posible incidencia de los vicios reprochados por la Actor en el resultado de la elección. (...)

4.2.4. Análisis de los votos espurios

Realizadas las anteriores precisiones, bajo la advertencia hecha en el capítulo 4.2.2. de esta providencia, la Sala entrará a estudiar cada uno de los votos espurios obtenidos por el señor Arboleda en la elección de los representantes principales de las entidades sin ánimo de lucro ante el Consejo Directivo de CORTOLIMA. (...)

4.3. Conclusión

Como se advirtió en la consideración 4.2.2. de esta providencia, para que el cargo de expedición irregular del acto pudiera prosperar, la Actor tenía la carga de demostrar que los vicios reprochados en la demanda podrían tener la incidencia suficiente para modificar el resultado de la elección de los representantes principales de las entidades sin ánimo de lucro ante el Consejo Directivo de CORTOLIMA, lo que no aconteció en el presente caso.

En efecto, de acuerdo con el estudio realizado, se observa que por lo menos once (11) de las entidades sin ánimo de lucro cuestionadas por la Actor cumplieron los requisitos previstos en los numerales 2º y 3º del artículo 2 de la Resolución de 606 de 2006 para participar en la referida elección.

Por lo tanto, aún en el hipotético caso que se demostrara que todas las demás entidades sin ánimo de lucro individualizadas en la subsanación de la demanda no podían participar en la elección, es decir que sus votos fueran espurios, el resultado de ésta no variaría, (...)

Consecuencialmente, la Sala negará las pretensiones de la demanda.”

Decisión: “NEGAR las pretensiones de la demanda presentada por la señora Mónica Naranjo Rivera, a través de apoderado judicial, contra el acto de elección del 15 de octubre de 2015 a través del cual se

2 Al respecto consultar, Consejo de Estado Sección Quinta, sentencia del 19 de septiembre de 2013, radicación N° 11001-03-28-000-2012-00051-00 CP. Mauricio Torres Cuervo y Consejo de Estado Sección Quinta, sentencia del 6 de octubre de 2013, radicación N° 11001-03-28-000-2012-00045-00 CP. Alberto Yepes Barreiro.

3 Ver folios 97 a 186 del cuaderno de anexos de la demanda Número: 01.

designó a los representantes principales y suplentes de las entidades sin ánimo de lucro ante el Consejo Directivo de CORTOLIMA.

NOTIFICAR a las partes de conformidad con el artículo 289 del C.P.A.C.A.

ARCHIVAR el expediente una vez quede en firme el fallo.

ADVERTIR que contra la presente providencia no procede recurso alguno”

LUCY JEANNETTE BERMÚDEZ BERMÚDEZ
Presidenta

ROCÍO ARAÚJO OÑATE
Consejera de Estado
CARLOS ENRIQUE MORENO RUBIO
Consejero de Estado
ALBERTO YEPES BARREIRO
Consejero de Estado

* * *

CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCIÓN QUINTA

Consejero ponente: ALBERTO YEPES BARREIRO

Bogotá, D.C., trece (13) de octubre de dos mil dieciséis (2016)

Radicación número: 11001-03-28-000-2015-00044-00 (principal)

Actor: JOSÉ FREDY ARIAS Y OTROS

Demandado: JUAN MANUEL ÁLVAREZ VILLEGAS (DIRECTOR GENERAL DE LA CORPORACIÓN AUTÓNOMA REGIONAL DE RISARALDA, PERÍODO 2016-2019)

Asunto: Sentencia de única instancia que levanta la solicitud de suspensión provisional de los efectos del acto demandado y declara la nulidad del acto acusado. Se solicitó la nulidad de la elección del demandado como director general de CARDER porque: (i) el demandado fue reelegido en dos ocasiones, en violación del primer inciso del artículo 28 de la Ley 99 de 1993, modificado por el artículo 1º de la Ley 1263 de 2008 y el primer inciso del artículo 52 del Acuerdo de la Asamblea Corporativa de CARDER número 005 de 26 de febrero de 2010, “Por medio del cual se adoptan los Estatutos de la Corporación Autónoma Regional de Risaralda – CARDER”; (ii) el acto acusado fue expedido irregularmente toda vez que la sesión extraordinaria del Consejo Directivo en la cual se llevó a cabo la elección del demandado como director general de CARDER, para el período 2016-2019, no fue convocada con una antelación no inferior a tres (3) días calendario, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 40 del Acuerdo de la Asamblea Corporativa de CARDER número 005 de 26 de febrero de 2010, “Por medio del cual se adoptan los Estatutos de la Corporación Autónoma Regional de Risaralda – CARDER”.

Extracto: “(...) Como se observa a partir del anterior marco normativo, con la Ley 1263 de 2008 se introdujo una restricción expresa que impide la reelección por más de una ocasión de los directores generales de las corporaciones autónomas regionales.

Ahora bien, para determinar si el acto acusado viola esta prohibición, la Sala entrará a estudiar: (i) si están cobijadas por esta prohibición las elecciones como director general realizadas para ocupar faltas absolutas; y, (ii) si están cobijadas por esta prohibición las elecciones como director general realizadas con anterioridad al 1º de enero de 2012.

2.4.1.3. La prohibición de la segunda reelección de los directores generales de las corporaciones autónomas regionales y la elección para ocupar las faltas absolutas

(...) la Sección ha sostenido que para efectos del ejercicio del medio de control de nulidad electoral las prohibiciones e inhabilidades deben ser interpretadas de manera objetiva. Por ejemplo, en materia de inhabilidades de gobernadores derivadas del ejercicio de autoridad por parientes de la persona elegida, se ha sostenido que resulta indiferente para su configuración que el familiar efectivamente haya ejercido las funciones del cargo revestido de autoridad, o que se demuestra la incidencia del ejercicio de dicha autoridad en el electorado, o el título bajo el cual se ejerce el cargo cuyas funciones denotan autoridad.¹ Así mismo, por ejemplo, en el caso de las inhabilidades de los alcaldes originadas en la celebración del contrato, la Sección ha precisado que para su configuración se debe verificar si el contrato debió ejecutarse o cumplirse en el respectivo municipio, sin importar si efectivamente se ejecutó o cumplió allí.²

Bajo ese enfoque objetivo la Sala anticipa que la correcta interpretación de la prohibición dispuesta en el artículo 28 de la Ley 99 de 1993, modificado por el artículo 1º de la Ley 1263 de 2008, y el artículo 52 de los Estatutos de CARDER, debe entenderse en el sentido de que estas disposiciones impiden que una persona pueda ser elegida en tres ocasiones como director general de CARDER, sin importar que dichas designaciones se realicen por el período institucional o por un lapso inferior.

En efecto, debe destacarse que el vocablo “reelegido” contenido en las normas objeto de estudio corresponde al tiempo participio del verbo “reelegir”, el cual es definido por el diccionario de la lengua española de la Real Academia Española como la acción de “volver a elegir”.³ A su vez, dicho diccionario define el sustantivo “elección” como “1. f. Acción y efecto de elegir. 2. f. Designación, que regularmente se hace por votos, para algún cargo, comisión, etc. 3. f. Libertad para obrar. 4. f. pl. Emisión de votos para designar cargos políticos o de otra naturaleza.”

Por lo tanto, desde un criterio hermenéutico gramatical, la prohibición contenida en el artículo 28 de la Ley 99 de 1993, modificado por el artículo 1º de la Ley 1263 de 2008, y en el artículo 52 de los Estatutos de CARDER, impide que una persona pueda ser elegida, es decir designada mediante un proceso de votación, en más de dos ocasiones como director general de CARDER, sin que dichas disposiciones distingan expresamente si la elección se realiza por un período institucional o por un término inferior.

Ahora bien, la parte demandada y el Consejo Directivo de CARDER consideran que la prohibición objeto de estudio no impide que una persona pueda ser elegida en más de dos ocasiones como director general de una corporación autónoma regional siempre que antes no haya ocupado el cargo por dos períodos institucionales. En ese sentido dichas partes enfatizaron en la necesidad de distinguir el período institucional de la elección para remplazar una falta absoluta.

De acuerdo con el párrafo del artículo 125 de la Constitución Política, adicionado por el artículo 6º del Acto Legislativo 01 de 2003, “[l]os períodos establecidos en la Constitución Política o en la ley para cargos de elección tienen el carácter de institucionales. Quienes sean designados o elegidos para ocupar tales cargos, en reemplazo por falta absoluta de su titular, lo harán por el resto del período para el cual este fue elegido.” Por lo tanto, es claro que la persona que ocupa un cargo para suplir una falta absoluta no lo hace por el período institucional.

1 Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta. Radicación 17001-23-31-000-2011-00637-01(Acumulado). Sentencia de 06 de mayo de 2013. Demandado: Guido Echeverry Piedrahita (Gobernador de Caldas). C.P.: Dr. Alberto Yepes Barreiro.

2 Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta. Radicación 23001-23-33-000-2015-00461-02. Sentencia de 8 de septiembre de 2016. Demandado: Salim Hamed Chagui Flórez (Alcalde de Cereté). C.P.: Dr. Carlos Enrique Moreno Rubio.

3 La definición del verbo reelegir fue consultada en la página web de la Real Academia Española.

Sin embargo, para la Sala esta diferencia no impide que la prohibición descrita en el artículo 28 de la Ley 99 de 1993, modificado por el artículo 1º de la Ley 1263 de 2008, y el artículo 52 de los Estatutos de CARDER, sea inaplicable respecto de las elecciones realizadas para reemplazar faltas absolutas, dado que aceptar el criterio propuesto por el demandado y el Consejo Directivo de CARDER, sustentado en la sentencia de la Sección de 20 de marzo de 2014,⁴ conduce a una inadmisibles aplicación subjetiva de la prohibición consagrada en el artículo 28 de la Ley 99 de 1993, modificado por el artículo 1º de la Ley 1263 de 2008, y en el artículo 52 de los Estatutos de CARDER.

Consecuentemente, en atención a que las prohibiciones e inhabilidades en materia de nulidad electoral deben interpretarse de manera objetiva, la Sala considera que de acuerdo con una correcta interpretación del artículo 28 de la Ley 99 de 1993, modificado por el artículo 1º de la Ley 1263 de 2008, y del artículo 52 de los Estatutos de CARDER, el ordenamiento jurídico prohíbe que una persona pueda ser elegida por más de dos veces como director general de CARDER, sin importar que las anteriores elecciones se hayan realizado por el período institucional o por un término inferior.

En todo caso, la Sala recuerda que dicha prohibición, según el criterio sentado en la sentencia de 11 de agosto de 2016, no se materializa cuando las designaciones previas como director general de la corporación autónoma regional son derivadas de la situación administrativa del encargo,⁵ lo que no ocurrió en el caso que nos ocupa.

2.4.1.3. La aplicación en el tiempo de la prohibición de la segunda reelección de los directores generales de las corporaciones autónomas regionales

Como se mencionó anteriormente, el primer inciso del artículo 28 de la Ley 99 de 1993, modificado por el artículo 1º de la Ley 1263 de 2008, modificó el período de los directores generales de las corporaciones autónomas regionales y limitó su posible reelección.

Textualmente dicha disposición dispone lo siguiente: “[e]l Director General será el representante legal de la Corporación y su primera autoridad ejecutiva. Será designado por el Consejo Directivo para un período de cuatro (4) años, contados a partir del 1º de enero de 2012, y podrá ser reelegido por una sola vez.” (...)

Por las siguientes razones, algunas de las cuales fueron expuestas al resolverse la solicitud de suspensión provisional de los efectos del acto demandado en el proceso 2015-0045, la Sala considera que la prohibición allí contenida se extiende a las designaciones realizadas con anterioridad al 1º de enero de 2012 y posteriores a la fecha de la entrada en vigencia de la Ley 1263 de 2008, correspondiente al 26 de diciembre de 2008:⁶

- *De acuerdo con una interpretación gramatical, la referencia temporal contenida en el artículo 1º de la Ley 1263 de 2008 (“(...) contados a partir del 1º de enero de 2012”), no busca determinar el momento a partir del cual debe ser aplicada la prohibición allí prevista o las designaciones respecto de las cuales es aplicable la restricción relativa a la reelección de los directores generales*

⁴ En ese caso se solicitó la nulidad de la elección de los miembros del Consejo Nacional Electoral porque se consideró que a través de la expedición del acto acusado, los demandados fueron reelegidos por segunda vez en dicha Corporación, en desconocimiento del artículo 264 de la Constitución Política, norma que permite que los miembros del Consejo Nacional Electoral puedan ser reelegidos por una sola vez. En la sentencia se negaron las pretensiones de la demanda porque se demostró que antes de la expedición del acto acusado los demandados no habían ejercido el cargo por dos períodos institucionales.

⁵ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta. Radicación 11001-03-28-000-2015-00049-00. Sentencia de 11 de agosto de 2016. Demandado: Teófilo Cuesta Borja (Director General de la Corporación Autónoma Regional para el Desarrollo Sostenible del Chocó). C.P.: Dra. Rocío Araújo Oñate.

⁶ De acuerdo con su artículo 4º, la Ley 1263 de 2008 entró en vigencia desde la fecha de su promulgación, la cual se surtió el 26 de diciembre de 2008 según el día en la cual fue publicada en el Diario Oficial.

de las corporaciones autónomas regionales, sino que esta referencia tenía como fin precisar la fecha desde la cual el período de dicho cargo fue ampliado a cuatro años.

En efecto, el empleo del verbo “contados” hace referencia al término de la designación de los directores generales (“(...) [s]erá designado por el Consejo Directivo para un periodo de cuatro (4) años, contados a partir del 1o de enero de 2012 (...)”) y no a la aplicación temporal de la prohibición (“(...) contados a partir del 1o de enero de 2012, y podrá ser reelegido por una sola vez (...”)”; lo que significa que solo pueden ser reelegidas por una sola vez las personas que hayan ostentado dicho cargo, sin importar que haya sido antes o después del 1º de enero de 2012.

- *Este criterio de interpretación guarda consonancia con uno de los propósitos para los cuales fue promulgada la Ley 1263 de 2008, consistente en la unificación de los periodos de los directores generales de las corporaciones autónomas regionales con aquellos de los Gobernadores y Alcaldes.*

En efecto, en la exposición de motivos de esta Ley se señala lo siguiente:

“Por tal razón, la no coincidencia en los tiempos de los periodos de Gobernadores, Alcaldes y Directores Generales de las Corporaciones Autónomas Regionales o de Desarrollo Sostenible, generan desarticulación e interferencia en la implementación y continuidad de los programas y proyectos ambientales regionales y locales, con la consecuente dispersión de recursos físicos, técnicos y económicos.

En este sentido y con el objeto de dar continuidad a las políticas, planes, programas y proyectos ambientales de las Corporaciones Autónomas Regionales o de Desarrollo Sostenible se considera importante a través de este proyecto de ley, ampliar el periodo de los Directores Generales de las Corporaciones Autónomas Regionales o de Desarrollo Sostenible en un (1) año, para homologarlo con el de Gobernadores y Alcaldes, por lo tanto a partir de la fecha de expedición de la presente ley el periodo de los mismos será de cuatro (4) años, lo que igualmente implica la ampliación en un (1) año más, del término de los Planes de Acción de las Corporaciones Autónomas Regionales o de Desarrollo Sostenible.”⁷

Para lograr dicha homologación de periodos, la Ley 1263 de 2008 extendió el período institucional de los directores generales de las corporaciones autónomas regionales, para que a partir de 1º de enero de 2012 pudiera coincidir con el de los alcaldes y gobernadores.

- *Así mismo, esta interpretación gramatical es respaldada por lo dispuesto en los Estatutos de CARDER. La conclusión se extrae porque el artículo 52 de este cuerpo normativo restringe la reelección del Director General a una sola vez, sin definir ninguna presunta clase de limitación temporal frente a la aplicación de esta prohibición (“(...) [e]l Director General de la Corporación será designado por el Consejo Directivo en el trimestre inmediatamente anterior al inicio del período institucional respectivo, siguiendo el procedimiento establecido en el reglamento, para un período de cuatro (4) años, y podrá ser reelegido por una sola vez (...)”), toda vez que el periodo que iniciaba el 1º de enero de 2012 en nada incidía en la prohibición establecida por la Ley 1263 de 2008 e incorporada expresamente por el citado artículo de los Estatutos de CARDER.*

*En cambio, la referencia al período institucional que iniciaba en el año 2012 se encuentra contenida en el párrafo 3º del artículo 53 *Ibidem*, y versa exclusivamente sobre el momento a partir del cual el período del Director General de este ente autónomo se extendió a cuatro años, en los siguientes términos: (“(...) [p]ara lograr la homologación del periodo de los actuales Directores Generales de las Corporaciones Autónomas Regionales y de Desarrollo Sostenible y de sus miembros de Consejo Directivo con el período de Gobernadores y Alcaldes se requiere un período único de transición, para esto; el período del Director General de la Corporación Autónoma Regional, y*

⁷ Gaceta del Congreso 500 de 2008, la cual puede ser consultada en la página web www.secretariasenado.gov.co

el de los miembros del Consejo Directivo de que trata la Ley 99 de 1993, se extenderá dos (2) años más, es decir hasta el 31 de diciembre de 2011. A partir del 2012 el período será de cuatro (4) años. (...)). (Resaltado en negrilla y subrayado por fuera del texto original)

- Desde el punto de vista teleológico, las normas que buscan restringir o prohibir las reelecciones en cargos públicos tienen como propósito impedir la perpetuidad de las personas en el ejercicio la función pública.

Esta finalidad no se cumple si se acoge la interpretación propuesta por el demandado y el Consejo Directivo de CARDER, toda vez que aquella permite que personas que hayan sido elegidas directores generales antes del 1º de enero de 2012, puedan ejercer dicha dignidad por dos períodos más; mientras que la segunda interpretación materializa efectivamente el propósito de renovación en el ejercicio de los cargos públicos que persigue la norma en comento, dado que independientemente del período en el cual la persona ejerció el cargo, ésta no podría ser reelegida por más de una vez.

- La interpretación propuesta por el demandado y el Consejo Directivo de CARDER resulta violatoria del derecho a la igualdad, dado que pone en una situación de ventaja, sin que aparentemente exista un fin legítimo o constitucionalmente válido para ello, a quien haya sido elegido como Director General de la CAR antes de 1º de enero de 2012. En efecto, esta interpretación permite que una persona elegida antes de esta fecha pueda ser elegida en tres o más más ocasiones como Director General de una CAR, puesto que ninguno de los períodos anteriores al 1º de enero de 2012 contaría para efectos de la prohibición prevista en el artículo 1º de la Ley 1263 de 2008. En cambio, una persona que únicamente haya sido elegida como Director General de una CAR después de esta fecha sólo podría ser reelegida por una vez. Este trato diferencial resulta inconstitucional, razón por la cual debe prevalecer la segunda interpretación sobre la primera.
- Según lo dispuesto en el artículo 28 del CPACA, los conceptos jurídicos invocados por el demandado y el Consejo Directivo de CARDER no tienen carácter vinculante.⁸

2.4.1.3. La reelección del demandado como director general de CARDER

(...) Por lo tanto, al haberse demostrado que el demandado, con anterioridad a la expedición del acto acusado, fue elegido en dos ocasiones como director general de CARDER bajo la vigencia de la Ley 1263 de 2008, se materializó la prohibición contenida en las normas invocadas como infringidas, razón por la cual la Sala prescindirá de estudiar el segundo cargo determinado en la fijación del litigio, negará las excepciones de mérito propuestas por el demandado y declarará la nulidad del acto demandado. (...)

Decisión: “LEVANTAR la suspensión provisional de los efectos del acto acusado.

NEGAR las excepciones de mérito formuladas por el demandado.

DECLARAR la nulidad del Acuerdo número 032 de 28 de octubre de 2015, expedido por el Consejo Directivo de la Corporación Autónoma Regional de Risaralda, en adelante CARDER, por el cual fue designado como director general de dicha entidad el señor Juan Manuel Álvarez Villegas, para el período institucional comprendido entre el 1 de enero de 2016 hasta el 31 de diciembre de 2019, con los efectos expuestos en las consideraciones de esta providencia.

NOTIFICAR a las partes de conformidad con el artículo 289 del C.P.A.C.A.

8 “ARTÍCULO 28. ALCANCE DE LOS CONCEPTOS. <Artículo modificado por el artículo 1 de la Ley 1755 de 2015. El nuevo texto es el siguiente:> Salvo disposición legal en contrario, los conceptos emitidos por las autoridades como respuestas a peticiones realizadas en ejercicio del derecho a formular consultas no serán de obligatorio cumplimiento o ejecución.”

ARCHIVAR el expediente una vez quede en firme el fallo.

ADVERTIR que contra la presente providencia no procede recurso alguno:.”

LUCY JEANNETTE BERMÚDEZ BERMÚDEZ
Presidenta

ROCÍO ARAÚJO OÑATE
Consejera de Estado
CARLOS ENRIQUE MORENO RUBIO
Consejero de Estado
ALBERTO YEPES BARREIRO
(Aclaración Voto)
Consejero de Estado

Aclaración de voto del consejero Alberto Yepes Barreiro

Extracto: “(...) Inicialmente, como lo manifesté al salvar el voto respecto de los autos que decretaron la suspensión provisional de los efectos del acto acusado y de aquéllos que confirmaron dicha decisión, consideré que la prohibición contenida en esas disposiciones no se había materializado porque al momento de la expedición del acto acusado el demandado no había ejercido por dos períodos institucionales enteros el cargo de Director General de CARDER, lo que impedía considerar que a través de dicho acto el señor Álvarez Villegas había sido reelegido por segunda ocasión.

Sin embargo, me permito rectificar esa postura porque, como se explica en la providencia objeto de esta aclaración, no resulta admisible interpretar que la prohibición descrita en el artículo 28 de la Ley 99 de 1993, modificado por el artículo 1º de la Ley 1263 de 2008, y el artículo 52 de los Estatutos de CARDER, sea inaplicable respecto de las elecciones realizadas para reemplazar faltas absolutas, dado que aceptar este criterio propuesto por el demandado y el Consejo Directivo de CARDER, sustentado en la sentencia de la Sección de 20 de marzo de 2014,¹ conduce a una aplicación subjetiva de la prohibición consagrada en el artículo 28 de la Ley 99 de 1993, modificado por el artículo 1º de la Ley 1263 de 2008, y en el artículo 52 de los Estatutos de CARDER.

En efecto, este criterio entrañaría la necesidad de que el juez electoral realice juicios de valor subjetivos para determinar si se ha configurado o no la prohibición de la segunda reelección de los directores generales de las corporaciones autónomas regionales, los cuales, como se ha reiterado, son inadmisibles en materia de prohibiciones e inhabilidades electorales.

Por ejemplo, bajo ese criterio de interpretación se podrían plantear los siguientes juicios subjetivos para determinar si se configuró o no la prohibición. ¿Estaría prohibida la segunda reelección de una persona que ha ejercido previamente el cargo de director general por un primer período institucional entero y por un segundo período de tres años, once meses y veintinueve días como consecuencia del reemplazo de una falta absoluta? ¿En cambio, sería admisible la segunda reelección de una persona que ha ejercido previamente el cargo de director general por un primer período institucional entero y por un segundo período de menos de un año también como consecuencia de una falta absoluta?

Así mismo, estos interrogantes muestran que el criterio de interpretación propuesto por el demandado y el Consejo Directivo de CARDER, sustentada en la sentencia de 20 de marzo de 2014, podría permitir que una persona que ya ha sido elegida en dos ocasiones como director general de una corporación

1 En ese caso se solicitó la nulidad de la elección de los miembros del Consejo Nacional Electoral porque se consideró que a través de la expedición del acto acusado, los demandados fueron reelegidos por segunda vez en dicha Corporación, en desconocimiento del artículo 264 de la Constitución Política, norma que permite que los miembros del Consejo Nacional Electoral puedan ser reelegidos por una sola vez. En la sentencia se negaron las pretensiones de la demanda porque se demostró que antes de la expedición del acto acusado los demandados no habían ejercido el cargo por dos períodos institucionales.

autónoma regional pueda renunciar el penúltimo día del segundo período institucional, con miras a poder ser elegida por una tercera vez bajo el argumento de que previamente no ha ocupado el cargo por dos períodos institucionales enteros, lo que resulta inadmisibles.

Consecuentemente, en atención a que las prohibiciones e inhabilidades en materia de nulidad electoral deben interpretarse de manera objetiva y a los distintos criterios hermenéuticos citados en la providencia objeto de aclaración, me permito rectificar la posición que adopté en los salvamentos de votos que suscribí respecto de los autos que decretaron la suspensión provisional de los efectos del acto demandado y que la confirmaron, y adoptar la posición mayoritaria de la Sala según la cual una correcta interpretación del artículo 28 de la Ley 99 de 1993, modificado por el artículo 1º de la Ley 1263 de 2008, y del artículo 52 de los Estatutos de CARDER, impiden que una persona pueda ser elegida por más de dos veces como director general de CARDER, sin importar que las anteriores elecciones se hayan realizado por el período institucional o por un término inferior.”

* * *

CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCIÓN QUINTA

Consejero ponente: ALBERTO YEPES BARREIRO

Bogotá D.C, trece (13) de octubre de dos mil dieciséis (2016)

Radicación número: 68001-23-33-000-2015-01292-01

Actor: ERIKA JOHANA LÓPEZ ESTEVEZ

Demandado: HÉCTOR GUILLERMO MANTILLA RUEDA – ALCALDE DEL MUNICIPIO DE FLORIDA-BLANCA

Asunto: Sentencia que confirma la decisión de 26 de julio de 2016 dictada por el Tribunal Administrativo de Santander mediante la cual se negaron las pretensiones de la demanda, por no haberse demostrado la doble militancia que se endilgó.

Extracto: “La recurrente aseguró que se materializó la quinta modalidad de doble militancia, habida cuenta que el demandado ejerció como directivo del Partido Conservador Colombiano hasta la actualidad. Esta modalidad está consagrada en el inciso 2º del artículo 2º de la Ley 1475 de 2011...”

*De la norma transcrita se pueden extraer los siguientes elementos configurativos de la prohibición a saber: i) **un sujeto activo:** es decir los directivos, ii) una **conducta prohibitiva** consistente en aspirar a ser elegido en cargos o corporaciones de elección popular por otra organización política o formar parte de los órganos de dirección de estas y iii) **un elemento temporal**, contemplado en 12 meses antes de la postulación al cargo, a la aceptación de la nueva designación o la inscripción de candidatos.*

Esto significa que tratándose de la quinta modalidad de doble militancia, es decir la relacionada con los directivos, la renuncia solo tiene la posibilidad de enervar la prohibición, si y solo si esta se presenta 12 meses antes de la inscripción de la postulación, la nueva designación o la inscripción de la candidatura.

En el caso concreto, se alega que dicha prohibición se materializó, porque el demandado (i) fungió como asesor de juventudes universitarias; (ii) fue el gerente en Santander de la campaña presidencial de Martha Lucía Ramírez y, (iii) es miembro de la convención nacional del Partido Conservador. El demandado aceptó haber desempeñado dichos cargos, pero aseguró que ninguno de ellos le otorgó la calidad de directivo. (...)

a) Asesor de juventudes universitarias

La Actor afirma que el señor Mantilla Rueda fue nombrado como asesor de juventudes universitarias por Resolución 040 de 22 de mayo de 2013 expedida por el directorio departamental de Santander del Partido Conservador; lo cual fue aceptado por el demandado en el escrito de contestación de demanda; sin embargo, afirmó que ese cargo no es directivo.

El a quo acogió la postura de la parte demandada, aspecto que fue reprochado por la recurrente, de manera que se debe establecer si dicho cargo es o no directivo.

(...)

Como puede apreciarse el cargo de asesor de juventudes universitarias no está enlistado dentro de los órganos que por disposición estatutaria del Partido Conservador, son de naturaleza directiva. A la misma conclusión se arriba si se tienen en cuenta los estatutos de abril de 2015, en los que la estructura de los órganos del partido se mantiene idéntica.

En el mismo sentido, el secretario técnico de nuevas generaciones del Partido Conservador Colombiano certificó¹ el 15 de marzo de 2015, entre otras cosas, que “el cargo de ‘Asesor de Juventudes Universitarias’ no existe dentro de la estructura organizacional Nacional, Departamental, Municipal o Local de la Organización Nuevas Generaciones del Partido Conservador”.

Por su parte, el Secretario General del Partido Conservador certificó², el 26 de noviembre de 2015, lo siguiente:

“EL SEÑOR HECTOR GUILLERMO MANTILLA RUEDA, IDENTIFICADO CON LA CÉDULA DE CIUDADANÍA NÚMERO 1.095.818.011, ACTUALMENTE NO SE ENCUENTRA REGISTRADO EN NUESTRA BASE DE DATOS COMO MILITANTE ACTIVO DEL PARTIDO CONSERVADOR. EL SEÑOR MANTILLA NO OSTENTÓ CARGOS DIRECTIVOS DURANTE SU MILITANCIA EN ESTE PARTIDO. EL DÍA 8 DE ABRIL PRESENTÓ RENUNCIA A SU CALIDAD DE MILITANTE.” (Negrilla del texto original)

Lo anterior es suficiente para concluir que el cargo de asesor de juventudes universitarias que desempeñó el señor Mantilla Rueda no le otorgó la calidad de directivo del Partido Conservador.

Ahora bien, frente al argumento de la recurrente según el cual, deben analizarse las funciones que cumplió en dicho cargo para establecer que en efecto tenía influencia sobre el electorado, la Sala considera que no es de recibo toda vez que (i) en los procesos de nulidad electoral se realiza un análisis objetivo de la legalidad del acto, lo que implica excluir consideraciones subjetivas como lo sugiere la recurrente; (ii) es propio de los partidos políticos la vocación de poder de manera que en su actividad política promueven sus principios y postulados, es decir, influir sobre el electorado. Además, (iii) corresponde a los partidos y movimientos políticos establecer su organización y funcionamiento atendiendo los principios establecidos por la ley (artículo 1º Ley 1475 de 2011), de manera que, en ejercicio de sus facultades, el Partido Conservador podía otorgarle al cargo de asesor de juventudes universitarias el estatus de directivo, pero no lo hizo.

Conforme lo expuesto, concluye la Sala que el señor Mantilla Rueda no fue directivo del Partido Conservador por haber fungido como asesor de juventudes universitarias.

b) Gerente de la campaña de Martha Lucía Ramírez a la presidencia de la República por el Partido Conservador

(...)

1 Folio 707.

2 Folio 708.

Sobre el punto, la Sala tiene en cuenta las mismas pruebas analizadas al pronunciarse sobre el cargo de asesor de juventudes universitarias.

En efecto, se advierte que dentro de la estructura organizacional del Partido Conservador establecida en sus estatutos, la gerencia departamental de una campaña política no está consagrada dentro de los órganos directivos. Además, autoridades del propio partido certificaron que el demandado no desempeñó ningún cargo directivo, lo que implica que su participación en la campaña presidencial no le otorgó la calidad de directivo que le endilga la Actor.

Como la recurrente afirmó respecto de este cargo que por su “gigantesca influencia” sobre los militantes, deben analizarse las funciones que cumplió en dicho cargo, la Sala reitera lo dicho en el acápite anterior y precisa que es propio de los partidos políticos la vocación de poder y por tanto es obvio que sus militantes apoyen y busquen el apoyo ciudadano para sus candidatos, máxime si se trata quien aspira a la presidencia de la República.

Ahora bien, el cargo de gerente de campaña tampoco puede ser considerado como uno de administración, puesto que los estatutos del Partido Conservador no lo catalogan como tal. (...)

c) Miembro de la convención nacional del Partido Conservador

(...)

Al respecto, la Sala coincide en que por disposición estatutaria, la convención nacional es el máximo órgano directivo del Partido Conservador, según el artículo 24 de las Resoluciones 4708 de 2012 y 0578 de 21 de abril 2015 que establece cuáles son los órganos de dirección y representación.

Además de manera expresa en el artículo 30 de la Resolución 4708 de 2012 se señala que “la suprema autoridad del Partido reside en la Convención Nacional Conservadora, y sus decisiones son obligatorias para todos sus organismos y miembros... es una instancia amplia de participación de los líderes y militantes Conservadores de los distintos departamentos y distritos del país...”

Ahora bien, el demandado aceptó su participación en la convención nacional del Partido Conservador efectuada el 26 de enero de 2014, lo que coincide con la certificación³ del CNE según la cual el señor Héctor Mantilla Rueda participó con derecho a 1 voto en la convención, de acuerdo con el acta que reposa en dicha entidad.

(...)

De acuerdo con lo anterior la Sala concluye que la calidad de directivo que de manera colectiva tienen los participantes en la convención nacional del Partido Conservador, como el más alto órgano directivo de dicha organización política, se extingue una vez culmine dicha reunión.

Así lo afirmó el propio partido al señalar que es impreciso referirse a la renuncia a la calidad de convencionista, puesto que esa calidad se pierde una vez finaliza el evento.

Lo anterior se corrobora por el hecho de que para cada convención se adelanta un proceso de acreditación de quienes se inscriban para participar en ella (parágrafo 1º del artículo 31 de la Resolución 4708 de 2012) lo que implica que no necesariamente serán los mismos participantes y por tanto, la calidad de convencionista no se extiende hasta la siguiente convención como lo entiende la recurrente.

En ese orden, se tiene que se reúne el primero de los elementos de la prohibición de doble militancia en estudio, es decir, el sujeto activo, puesto que el señor Mantilla Rueda fue directivo el día 26 de enero del año 2014, fecha en la cual se celebró la convención nacional del Partido Conservador.

3 Folio 1166.

El segundo elemento, esto es la conducta prohibitiva consiste en aspirar a ser elegido en cargos o corporaciones de elección popular por otra organización política o formar parte de los órganos de dirección de estas.

Al respecto se tiene que:

El 7 de abril de 2015 el señor Mantilla Rueda renunció al Partido Conservador mediante correo electrónico y al día siguiente fue radicada la renuncia en físico, tal como lo certificó el representante legal de dicha colectividad.

El día 7 de abril el comité del grupo significativo de ciudadanos “Renace Floridablanca” se registró ante la Registraduría Nacional del Estado Civil con el fin de solicitar la inscripción de la candidatura del demandado a la alcaldía de dicho municipio⁴.

El 8 de julio de 2015, una vez avaladas las firmas recogidas, el señor Mantilla Rueda suscribió el formulario E-6 AL⁵ como candidato a la alcaldía de Floridablanca por el mencionado grupo significativo de ciudadanos.

Conforme lo anterior, la inscripción del demandado por una organización política distinta al Partido Conservador en el que de manera temporal -26 de enero del año 2014- fungió como directivo, se materializó el día 8 de julio de 2015.

Por ello, como lo concluyó el a quo, el convencionista del Partido Conservador adquiere de manera temporal la calidad de directivo y en consecuencia, si aspira a inscribirse por otro partido o movimiento político debe respetar el límite temporal establecido en la norma, aspecto que se analizará a continuación.

Finalmente, respecto del elemento temporal, contemplado en 12 meses antes de la postulación al cargo, a la aceptación de la nueva designación o la inscripción de candidatos, la Sala pone de presente que la modalidad de doble militancia endilgada al demandado implica que la renuncia solo tiene la posibilidad de enervar la prohibición, si y solo si esta se presenta 12 meses antes de la inscripción de la postulación, la nueva designación o la inscripción de la candidatura.

Empero, como en el caso del convencionista no debía presentarse renuncia pues como se explicó, a la culminación de la convención se pierde la calidad de directivo, será la fecha de dicho evento la que determine el extremo temporal.

Así, en el presente caso la convención del Partido Conservador se realizó el 26 de enero del año 2014 y la inscripción del demandado por el grupo significativo de ciudadanos “Renace Floridablanca” se efectuó el 8 de julio de 2015, lo que significa que transcurrieron más de 12 meses entre uno y otro evento.

En consecuencia, se impone concluir que el demandado no incurrió en doble militancia en la modalidad de directivos.

Decisión: “CONFIRMAR la sentencia de 26 de julio de 2016 dictada por el Tribunal Administrativo de Santander mediante la cual se negaron las pretensiones de la demanda.”

LUCY JEANNETTE BERMÚDEZ BERMÚDEZ
Presidenta

ROCÍO ARAÚJO OÑATE
Consejera de Estado

⁴ Folio 186.

⁵ Folio 184.

CARLOS ENRIQUE MORENO RUBIO

Consejero de Estado

ALBERTO YEPES BARREIRO

Consejero de Estado

* * *

CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCIÓN QUINTA

Consejero ponente: ALBERTO YEPES BARREIRO

Bogotá D.C, trece (13) de octubre dos mil dieciséis (2016)

Radicación número: 11001-03-28-000-2015-00019-00

Actor: WILLIAM YESID IASSO

Demandado: CARLOS EMILIANO OÑATE GÓMEZ - RECTOR DE LA UNIVERSIDAD POPULAR DEL CESAR

Asunto: Fallo de única instancia que declara la nulidad de la elección del Rector de la Universidad Popular del Cesar, porque se encontró que aquel: i) transgredió el régimen de inhabilidades previsto por los Estatutos del citado ente autónomo y ii) fue elegido sin contar con la mayoría requerida por las disposiciones universitarias para la elección de dicho cargo.

Extracto: “De la inhabilidad por haber ejercido como miembro del Consejo Superior Universitario y como docente de planta

(...) teniendo en cuenta que para el Actor el señor **Oñate Gómez** vulneró, entre otros, el artículo 10 del Decreto Ley 128 de 1976 y el artículo 2º del Acuerdo N°038 de 2004, pues previo a su elección como rector se desempeñó como representante de los ex rectores ante el consejo superior y como docente de planta de la UPC, la Sala analizará si estas dos normas fueron infringidas. Veamos:

(...)

El Decreto 128 de 1976

(...)

La norma en comento, para el caso de la Universidad Popular del Cesar, debe entenderse de la siguiente manera: Los miembros del Consejo Superior Universitario que gocen de la calidad de la empleados públicos [**sujeto activo**] durante el ejercicio de sus funciones y dentro del año siguiente a su retiro [**elemento temporal**] presten sus servicios profesionales en la entidad en la cual actúa o actuaron [**conducta prohibitiva**].

(...)

- **Miembro del Consejo Superior que ostente la calidad de empleado público**

En el caso concreto está demostrado que el demandado se desempeñó como miembro del consejo universitario en representación de los ex rectores. Esta conclusión se sustenta en que en el plenario obra prueba de que: i) el día 29 de enero de 2015 el señor **Oñate Gómez** renunció a seguir ejerciendo la representación de los ex rectores en el Consejo Superior de la UPC (fl. 17) y ii) el consejo superior aceptó dicha dimisión. En efecto en el documento visible a folio 16 se lee “procede esta Secretaria a informarle que la renuncia irrevocable de la referencia fue comunicada y leída en la sesión del Consejo Superior del 03 de febrero de 2015, por tanto dejó de ser miembro del Consejo Superior de la Universidad Popular del Cesar a partir de la fecha en que usted presentó dicha renuncia”.

*Así, pues es evidente que el señor **Oñate Gómez** ejerció como miembro del Consejo Superior de la UPC en representación de los ex rectores hasta el 29 de enero de 2015. Sin embargo, es claro que el mero hecho de conformar dicho órgano no le concede al demandado, de forma automática, la calidad de empleado público.*

(...)

No obstante lo anterior, no puede válidamente sostenerse, al menos no de forma absoluta, que un representante de los ex rectores nunca sea empleado público, puesto que si bien ese estatus no se adquiere por el hecho de ser representante de los ex rectores, otra circunstancia puede otorgárselo. En efecto, el representante de los ex rectores puede ser, además, profesor de la universidad¹ y en virtud de esa vinculación tener naturaleza de empleado público².

En el caso concreto, está demostrado que el demandado no solo ejercía como representante de los ex rectores, sino que, además, era empleado público porque se desempeñaba como docente de tiempo completo.

(...)

*Bajo este panorama y atendiendo a que el artículo 72 de la Ley 30 de 1992 establece que “**Los profesores de dedicación exclusiva, tiempo completo y medio tiempo son empleados públicos**” no cabe duda que el señor **Oñate Gómez** era un empleado público debido a que ejercía, además, como docente de tiempo completo.*

(...)

*Todo lo anterior permite a la Sala colegir, sin ambages, que el señor **Carlos Emiliano Oñate Gómez** sí estaba sujeto a la inhabilidad prevista en el artículo 10 del Decreto 128 de 1976 integrada con el artículo 103 del Acuerdo N° 001 de 1994 -Estatutos de la Universidad-, pues fue un miembro del consejo superior universitario que, además, gozaba de la calidad de empleado público.*

- **La conducta prohibitiva**

El artículo 10 del Decreto Ley 128 de 1976, incorporado a la normativa universitaria en los términos antes explicados, prohíbe a los miembros del consejo superior universitario, que gocen de la calidad de empleados públicos, prestar sus servicios profesionales en la respectiva entidad.

(...)

Entonces, como el demandado fue elegido rector pese a haber fungido como integrante del consejo superior al tiempo que ostentaba la calidad de empleado público, se materializó la prohibición endil-

1 En este sentido es de señalar que la Corte Constitucional en sentencia C-589 de 1997 al analizar la demanda de constitucionalidad contra el artículo 64 de la Ley 30 de 1992 y el artículo 10 del Decreto 1210 de 1993 respecto a la composición de los consejos superiores universitarios determinó “*Los demás miembros del Consejo Superior pertenecen a la comunidad universitaria, a saber: un representante de las directivas académicas, uno de los docentes, uno de los egresados, uno de los estudiantes, el rector con voz pero sin voto y un ex-rector universitario. Este último representante, si bien no está ya desempeñando dicho encargo, es una persona que de una u otra manera está muy ligada con la universidad, pues puede estar vinculado a ella como catedrático o desempeñando cualquier otro empleo, además de ser un conocedor de los distintos problemas y necesidades que aquejan a tales entes, como de los proyectos y programas que deben implantarse para lograr, en términos de eficiencia, una mejor educación*”.

2 Esto dependerá de la relación que cada profesor tenga con la universidad correspondiente.

gada, puesto que su designación como rector prolongó la relación legal y reglamentaria que se tenía con la respectiva universidad.

- **El elemento temporal**

La inhabilidad atribuida determina que la conducta prohibitiva, esto es prestar servicios en la entidad en la cual se actuó, no puede desarrollarse “durante el ejercicio de sus funciones y dentro del año siguiente a su retiro”.

Según los documentos visibles a folio 16 y 17 del expediente está acreditado que el demandado renunció a ejercer como representante de los ex rectores el 29 de enero de 2015 y que el Consejo Superior de la UPC determinó aceptar la renuncia en la misma fecha en la que fue presentada.

Así las cosas, el elemento temporal de la inhabilidad estuvo comprendido entre el 29 de enero de 2015 al 29 de enero de 2016, razón por la que está acreditado que el demandado incurrió en la conducta prohibitiva dentro del lapso contemplado en la ley, habida cuenta que fue elegido como rector el 2 de julio de 2015, esto es, dentro del periodo inhabilitante.

- **Conclusión**

Se encuentran acreditados los elementos de la inhabilidad endilgada, toda vez que se demostró que: i) el demandado era miembro del consejo superior universitario -representante de los ex rectores- que gozaba de la calidad de empleado público- por ser docente de tiempo completo; ii) que prestó sus servicios profesionales en la entidad en la que actuó como miembro del consejo superior, porque resultó electo como rector y iii) que dicha conducta se desarrolló dentro del periodo inhabilitante.”

De la inhabilidad contenida en el Acuerdo N° 038 de 2004

(...)

En el caso concreto se observa que la inhabilidad endilgada no se encuentra probada toda vez que, de las pruebas obrantes en el expediente se desprende que no se cumple con el lapso exigido en la normativa estatutaria, ya que el demandado renunció a ejercer como representante de los ex rectores ante el Consejo Superior Universitario 5 meses antes de la elección.

(...)

El cargo de votos

(...)

Como quedó explicado en el acápite que precede el artículo 5° del Acuerdo N° 038 de 2004 exige que el rector de la Universidad Popular del Cesar sea elegido por la mayoría absoluta del Consejo Superior Universitario. Así pues, para determinar cuál es la mayoría absoluta con la que debía resultar electo el señor Oñate Gómez es menester saber cuántos son sus integrantes.

Al respecto, la Sala encuentra que según el Acuerdo N° 001 de 1994 “Por el Cual se Aprueba y Expide el Estatuto General de la Universidad Popular Del Cesar” el Consejo Superior Universitario de dicho ente autónomo está conformado por los siguientes miembros:

“ARTICULO 12°. El Consejo Superior Universitario es el máximo órgano de dirección y Gobierno de la Universidad Popular del Cesar, y estará integrado por:

a) El Ministro de Educación Nacional o su Delegado, quien lo presidirá.

b) El gobernador del Departamento del Cesar.

c) Un miembro designado por el Presidente de la República que haya tenido vínculos con el sector universitario.

d) Un representante de los directivos académicos.

e) Un representante de los docentes.

f) Un representante de los egresados.

g) Un representante de los estudiantes.

h) Un representante del sector productivo.

i) Un ex – rector de la Universidad Popular del Cesar

j) El Rector, con voz y sin voto.

PARAGRAFO 1°. *Actuará como secretario del Consejo Superior Universitario el Secretario General de la Universidad Popular del Cesar.*

PARAGRAFO 2°. *En su ausencia del delegado del Ministro de Educación presidirá las sesiones del Consejo Superior Universitario el representante del Presidente de la República quien tendrá la calidad de vicepresidente de este organismo.*

PARAGRO 3°. *El período de representación de los representantes de: los directivos académicos, los docentes, los egresados, los estudiantes, el del sector productivo y el ex – rector universitario será de dos (2) años. La representación de los directivos académicos, los docentes y de los estudiantes está condicionado a que durante el período para el cual fueron elegidos conserven tal condición.”*

De lo anterior se deriva que el Consejo Superior de la Universidad Popular del Cesar está conformado por 10 miembros, de los cuales tan solo 9 tienen voz y voto, es decir, a efectos de las elecciones tan solo nueve (9) personas están avaladas por la normativa universitaria para tomar decisiones, y por ello, será este número el que la Sala tomará como referente para determinar si el demandado fue elegido por la mayoría absoluta.

(...)

*De lo expuesto se colige que en la sesión en la cual se eligió al señor **Oñate Gómez** como Rector, únicamente participaron 7 de los 9 miembros del Consejo Superior Universitario, pues estuvieron ausentes el Gobernador del César y el Representante de los ex rectores, y que en dicha sesión se produjo la siguiente votación:*

- *3 Abstenciones correspondientes a la Delegada del Ministerio de Educación, al designado por el Presidente de la Republica y al Representante del Sector Productivo.*
- *4 Votos a favor del demandado de los representantes de los docentes, de las directivas académicas, de los egresados y de los estudiantes respectivamente.*

*Lo anterior significa que el señor **Oñate Gómez** no obtuvo la mayoría requerida para ser designado válidamente como rector de dicho ente autónomo, pues es claro que la elección se declaró con una mayoría distinta de la que el artículo 5° del Acuerdo N° 038 de 2004 exigía al efecto (absoluta)³”*

3 En este sentido Consejo de Estado, Sección Quinta, Sentencia del 24 de septiembre de 2015, radicado N° 19001-23-33-000-2015-00044-02, CP (E) Alberto Yepes Barreiro. Dte: Luis Guillermo Cepeda Solano

Decisión: “DECLARAR LA NULIDAD del Acuerdo número 017 del 2 de julio de 2015 y N° 018 de 3 de julio de 2015 por medio de los cuales el Consejo Superior de la Universidad Popular del Cesar declaró la elección del señor Carlos Emiliano Oñate como rector de dicho ente autónomo. En consecuencia, la declaratoria de nulidad implica la realización de una nueva citación para llevar a cabo la sesión en la que el Consejo Superior Universitario habrá de elegir al Rector de la UPC, de la lista definitiva de candidatos admitidos.

NEGAR la pretensión relacionada con la condena en costas y en agencias en derecho.

ADVERTIR a los sujetos procesales que contra lo resuelto no procede ningún recurso.”

LUCY JEANNETTE BERMÚDEZ BERMÚDEZ
Presidenta

ROCÍO ARAÚJO OÑATE
Consejera de Estado
CARLOS ENRIQUE MORENO RUBIO
Consejero de Estado
ALBERTO YEPES BARREIRO
Consejero de Estado

* * *

CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCIÓN QUINTA

Consejero ponente: ALBERTO YEPES BARREIRO

Bogotá D.C, veintisiete (27) de octubre dos mil dieciséis (2016)

Radicación número: 11001-03-28-000-2016-00048-00

Actor: NICOLÁS EDUARDO RODRÍGUEZ

Demandado: BLANCA CLEMENCIA ROMERO ACEVEDO – COMISIONADA NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL

Asunto: Fallo de única instancia que: i) levantó la medida cautelar de suspensión provisional decretada el 21 de julio de 2016 y ii) negó las pretensiones de la demanda, debido a que no se acreditó el elemento temporal de la inhabilidad por ejercicio de potestad nominadora – inciso 5° del artículo 9° de la Ley 909 de 2004- atribuida a la demandada.

Extracto: “La inhabilidad prevista en el inciso 5° del artículo 9° de la Ley 909 de 2004

(...)

a) El sujeto activo de la prohibición

(...) el régimen de inhabilidades previsto en el inciso 5° del artículo 9° de la Ley 909 de 2004 aplica a todos aquellos que pretenda acceder al cargo de Comisionado Nacional del Servicio Civil con independencia no solo de la dignidad que hayan desempeñado antes de esa aspiración, sino también de la forma en la que esta se haya ejercido, esto es, en propiedad o encargo. En consecuencia, como la norma prevé que “no podrá ser elegido como Comisionado” y atendiendo a que la señora Romero Acevedo fue elegida como tal, se hace necesario analizar los demás elementos de la inhabilidad en su caso.

b) El elemento objetivo – ostentar potestad nominadora

(...) es claro que la señora Romero Acevedo sí ostentó potestad nominadora al ejercer como Comisionada Encargada, habida cuenta que en tal calidad: i) podía participar en las decisiones sobre designación y elección de los funcionarios del nivel directivo y asesor de la CNSC y ii) tuvo a su disposición los cargos de libre nombramiento y remoción adscritos al Despacho del cual fue encargada.

(...)

Bajo las consideraciones expuestas, para la Sala es claro que la señora Romero Acevedo al ejercer como Comisionada en cargo sí ostentó la facultad nominadora, ya que no solo tuvo la posibilidad de nombrar a las personas adscritas al Despacho del que fue encargada, sino también la de participar en las decisiones de nominación adoptadas por la Sala Plena de la CNSC, circunstancias que impone colegir que este elemento se encuentra plenamente acreditado.

c) El ámbito de aplicación – que la potestad se haya ejercido en una entidad a la que les aplique la Ley 909 de 2004

(...) por virtud de la ley [artículo 3º de la Ley 909 de 2004] a la Comisión Nacional del Servicio Civil, entidad en donde la demandada ostentó potestad nominadora, es de aquellas a las que se les aplica la Ley 909 de 2004, encontrándose así materializado también este elemento de la inhabilidad.

d) El elemento temporal

(...)

Para la Sala Electoral que el Decreto N° 708 de 2016 haya nombrado a la demandada como Comisionada desde el 7 de diciembre de 2014, denota que la designación se entiende hecha jurídicamente en esa fecha, pese a que materialmente se haya realizado en otra. En otras palabras, en virtud de los términos en los que fue redactada la designación se puede colegir que el nombramiento se entiende hecho desde el 7 de diciembre de 2014, y por contera, cobija el lapso en el que la demandada fungió como encargada.

Que la demandada haya sido designada, jurídicamente, como Comisionada desde el 7 de diciembre de 2014 significa que esta es la fecha que debe tomarse como punto de partida para computar la inhabilidad que se le atribuye, habida cuenta que según el Decreto N° 708 de 2016 esa es la fecha en la que se realizó su “elección”¹.

Aceptar lo contrario, es decir, señalar que la “elección” se realizó en realidad el día en el que fácticamente se profirió el acto acusado, no solo desconocería el tenor del acto de nombramiento que determinó que la designación se entendería hecha, jurídicamente, el 7 de diciembre de 2014, sino que además sacrificaría de manera excesiva y desproporcional el principio del mérito en el caso concreto puesto que la vacancia que se genere con un eventual decreto de nulidad, en los términos de las disposiciones relevantes de la Ley 909 de 2004, habrá de ser llenado con quien le siga en la lista de elegibles.

(...)

La norma en comento establece que no podrá ser designado como Comisionado quien dentro “del año inmediatamente anterior a la elección”² haya ostentando potestad nominadora, en el caso concreto se demostró que la “elección”² se realizó, jurídicamente, el 7 de diciembre de 2014, de forma que el lapso de la inhabilidad está comprendido entre el 7 de diciembre de 2013 al 7 de diciembre de 2014.

¹ Aunque la ley aluda a la “elección”, la designación del cargo de Comisionado en realidad es un acto de nombramiento.

² Se insiste que aunque la ley aluda a la “elección” la designación del cargo de Comisionado en realidad es un acto de nombramiento.

Abora, está probado que la demandada ejerció el cargo en el que ostentó potestad nominadora desde el 9 de diciembre de 2014, es decir, por fuera del período inhabilitante, lo que hace que este elemento de la prohibición atribuida no se encuentre acreditado.

La supuesta expedición irregular el acto acusado

*Así las cosas, es claro que la censura alegada por el Actor no tiene incidencia en el resultado, ya que aunque el acto acusado se expidió con fundamento en la lista de elegibles del 14 de noviembre de 2014, lo cierto es que el requisito de publicidad está relacionado con la **eficacia** del acto, es decir, con el deber que tiene la administración de darlo a conocer para que aquel pueda aplicarse, ser exigible y acatado; pero no con la validez ni existencia del mismo. Lo anterior significa que incluso si la administración no publicó el acto preparatorio con base en el cual profirió el Decreto N° 708 de 27 de abril de 2016, ello en nada incide en la validez o existencia de este último acto.*

Aunque lo expuesto sería suficiente para detener el estudio cargo y denegarlo. No escapa a la Sala que en el plenario obra prueba que la publicación que echa de menos el actor sí se realizó en el Diario Oficial N° del 49.463 del 24 de marzo de 2015, por lo que la censura del actor no está demostrada.

Para el Actor el acto es nulo porque aquel se produjo cuando la sentencia T-133 de 2016 no había sido notificada a las partes, y por ende no estaba ejecutoriada. Sin embargo, por las razones que se explicarán, para la Sala la irregularidad que evidencia el actor no vicia de nulidad el acto acusado, puesto que no solo es evidente que el vicio alegado no tiene incidencia en el resultado, sino porque, además, se puede colegir que en el caso concreto se produjo una notificación por conducta concluyente.”

Decisión: “LEVANTAR la medida cautelar de suspensión provisional decretada por la Sección mediante auto del 21 de julio de 2016.

NEGAR las pretensiones de la demanda de nulidad electoral en contra del acto que designó a la señora Blanca Romero Acevedo como Comisionada Nacional del Servicio Civil para el período del 7 de diciembre de 2014 al 6 de diciembre de 2018 por los motivos descritos en la parte motiva de esta providencia.

ADVERTIR a los sujetos procesales que contra lo resuelto no procede ningún recurso.”

LUCY JEANNETTE BERMÚDEZ BERMÚDEZ

Presidenta
Aclara de Voto

ROCÍO ARAÚJO OÑATE

Consejera de Estado

CARLOS ENRIQUE MORENO RUBIO

Consejero de Estado

ALBERTO YEPES BARREIRO

Consejero de Estado

Aclaración de voto de la consejera Lucy Jeannette Bermudez

Asunto: Aclaración de voto al fallo denegatorio de la nulidad de la elección de BLANCA CLEMENCIA ROMERO ACEVEDO, Comisionada Nacional del Servicio Civil, porque debió destacarse lo *sui generis* de caso, en atención a los pronunciamientos de los jueces de amparo y porque la Ley 909 de 2004 era inaplicable al caso por no ser un cargo de carrera.

Extracto: “(...) debió resaltarse la especialidad del caso en estudio, por cuanto en el periplo de la designación, emergieron pronunciamientos de jueces de tutela que motivaron modificaciones en el desenvolvimiento del proceso y que me permiten aseverar que es un caso *sui generis*. Tal consideración era necesaria, a fin de evitar dar la impresión que las consideraciones y decisiones adoptadas en este fallo, pudieran aplicarse o extenderse a todos los eventos, pasando por alto que este es un **caso excepcional**.

El fallo debió dejar ab initio que la realidad fáctica era que la demandada, ganadora del cargo por sus méritos acreditados, había visto dilatada su asunción en el cargo, debido a los ires y venires de los amparos tutelares y que en el trasfondo lo acontecido en este especial caso es que la dilación se convirtió en una figura similar a la existencia de un plazo o condición frente a la materialización de su derecho de ganadora de la designación.

(...) comparto la decisión de no anular la elección, pero a mi juicio era necesario resaltar la especialidad del caso, devenidos de los amparos en tutela, para que no se concluya que es un caso para la generalidad de las situaciones de ejercicio de cargo con facultad nominadora.

(...) considero pertinente aclarar es que el cargo de Comisionada Nacional del Servicio Civil, al no ser un cargo de carrera, no podía ser objeto de aplicación de la Ley 909 de 2004”.

* * *

**CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCIÓN QUINTA**

Consejero ponente: ALBERTO YEPES BARREIRO

Bogotá D.C, veintisiete (27) de octubre dos mil dieciséis (2016)

Radicación número: 13001-23-33-000-2016-00114-01

Actor: HERNANDO DOMINGO TRUCCO PUELLO

Demandado: JAVIER WADI CURI OSORIO – CONCEJAL DE CARTAGENA

Asunto: Se confirma la sentencia de 2 de agosto de 2016 mediante la cual el Tribunal Administrativo de Bolívar negó las pretensiones de la demanda, por considerar que no estaba incurso en la causal de nulidad establecida en el numeral 4º del artículo 40 de la Ley 617 de 2000.

Extracto: “Para el efecto, esta Sección examinará si está probado que el señor Javier Wadi Curi Osorio está incurso en la causal de nulidad establecida en el numeral 4º del artículo 40 de la Ley 617 de 2000. (...)”

De las varias modalidades de inhabilidad que consagra el artículo transcrito, se advierte con facilidad que el Actor considera que el señor Curi Osorio quien fue elegido como concejal de Cartagena, estaba inhabilitado porque un pariente suyo -hermana-, dentro de los 12 meses anteriores a la elección, fue representante legal de una empresa que, a su juicio, presta el servicio de seguridad social en el régimen subsidiado en el distrito mencionado.

Esta Sección, en sentencia de 1º de diciembre de 2008¹, analizó la causal de inhabilidad para los diputados consagrada en el artículo 33 de la Ley 617 de 2000², que está redactada en términos similares a aquella establecida para los concejales.

1 Consejo de Estado, Sección Quinta, sentencia de 1º de diciembre de 2008, Exp. 13001-23-31-000-2007-00820-01; C.P. Filemón Jiménez Ochoa.

2 **ARTICULO 33. DE LAS INHABILIDADES DE LOS DIPUTADOS.** No podrá ser inscrito como candidato ni elegido diputado: (...)

5. <Aparte tachado INEXEQUIBLE, sustituido por el aparte entre <>> Quien tenga vínculo por matrimonio, o unión permanente, o de parentesco en ~~segundo grado de consanguinidad~~ <tercer grado de consanguinidad>, primero de afinidad o único civil, con funcionarios que dentro de los doce (12) meses anteriores a la elección hayan ejercido autoridad civil, política, administrativa o militar en el respectivo departamento; o con quienes dentro del mismo lapso hayan sido representantes legales de entidades que administren tributos, tasas o contribuciones, o de las entidades que presten servicios públicos domiciliarios o de seguridad social de salud en el régimen subsidiado en el respectivo departamento. (...)

Sobre el tema, puso de presente que “para que se configure la inhabilidad contenida en el numeral 5 del artículo 33 de la Ley 617 de 2000, se requiere que la empresa de la cual es representante legal el pariente del elegido, preste servicios públicos domiciliarios o de seguridad social de salud en el régimen subsidiado en el respectivo departamento...”. (Negrilla original)

En ese orden para la configuración de la causal deberá probarse: i) el vínculo por matrimonio o unión permanente o el parentesco en segundo grado de consanguinidad; ii) que el pariente del elegido es representante legal; iii) de una empresa que presta servicios públicos domiciliarios o de seguridad social en el régimen subsidiado; iv) en la respectiva circunscripción.

3.2. Seguridad social en salud

Para estudiar la inhabilidad propuesta y por ende determinar si la empresa Promedical del Caribe es o no un prestador del servicio de seguridad social en el régimen subsidiado, necesariamente debe acudirse a la Ley 100 de 1993 “Por la cual se crea el sistema de seguridad social integral y se dictan otras disposiciones”.

En su preámbulo, dicha ley define el sistema de seguridad social como “el conjunto de instituciones, normas y procedimientos, de que disponen la persona y la comunidad para gozar de una calidad de vida, mediante el cumplimiento progresivo de los planes y programas que el Estado y la sociedad desarrollen para proporcionar la cobertura integral de las contingencias, especialmente las que menoscaban la salud y la capacidad económica, de los habitantes del territorio nacional, con el fin de lograr el bienestar individual y la integración de la comunidad.”

De acuerdo con el artículo 5º de la Ley 100 de 1993, el sistema de seguridad social integral se creó en desarrollo del artículo 48 de la Constitución Política y está conformado, según el artículo 8º, por los regímenes generales establecidos para pensiones, salud, riesgos profesionales y los servicios sociales complementarios que se definen en dicha ley.

En cuanto al régimen de salud, está regulado en el libro segundo de la mentada ley, en el cual se establece que tiene por finalidad regular el servicio público esencial de salud y crear condiciones de acceso de toda la población al servicio en todos los niveles de atención (Art. 152).

El artículo 155 determina cuáles son los integrantes del sistema general de seguridad social en salud: (...)

En cuanto a las empresas promotoras de salud, se establece que tendrán a cargo la afiliación de los usuarios y la administración de la prestación de los servicios de las instituciones prestadoras y están en la obligación de suministrar, dentro de los límites establecidos en el numeral 5º del artículo 180, a cualquier persona que desee afiliarse y pague la cotización o tenga el subsidio correspondiente, el plan obligatorio de salud, en los términos que reglamente el gobierno (literal e) del artículo 156).

Son definidas de manera expresa en el artículo 177 en los siguientes términos:

Las entidades promotoras de salud son las entidades responsables de la afiliación, y el registro de los afiliados y del recaudo de sus cotizaciones, por delegación del fondo de solidaridad y garantía. Su función básica será organizar y garantizar, directa o indirectamente, la prestación del plan de salud obligatorio a los afiliados y girar, dentro de los términos previstos en la presente ley, la diferencia entre los ingresos por cotizaciones de sus afiliados y el valor de las correspondientes unidades de pago por capitación al fondo de solidaridad y garantía, de que trata el título III de la presente ley.

Asimismo, el artículo 180 establece los requisitos de las entidades promotoras de salud, de manera que la Superintendencia Nacional de Salud pueda autorizar como entidades promotoras de salud a entidades de naturaleza pública, privada o mixta.

Las instituciones prestadoras de los servicios de salud son entidades oficiales, mixtas, privadas, comunitarias y solidarias, organizadas para la prestación de los servicios de salud a los afiliados del sistema general de seguridad social en salud, dentro de las entidades promotoras de salud o fuera de ellas. El Estado podrá establecer mecanismos para el fomento de estas organizaciones y abrir líneas de crédito para la organización de grupos de práctica profesional y para las instituciones prestadoras de servicios de tipo comunitario y solidario (literal i) del artículo 156.

El artículo 185 establece que son funciones de las instituciones prestadoras de servicios de salud prestar los servicios en su nivel de atención correspondiente a los afiliados y beneficiarios dentro de los parámetros y principios señalados en la presente ley.

Las instituciones prestadoras de servicios deben tener como principios básicos la calidad y la eficiencia, y tendrán autonomía administrativa, técnica y financiera. Para que una entidad pueda constituirse como institución prestadora de servicios de salud deberá cumplir con los requisitos contemplados en las normas expedidas por el Ministerio de Salud.

Abora bien, en cuanto a las empresas sociales del Estado, el artículo 194 establece que la prestación de servicios de salud en forma directa por la Nación o por las entidades territoriales, se hará principalmente a través de las empresas sociales del Estado, que constituyen una categoría especial de entidad pública descentralizada, con personería jurídica, patrimonio propio y autonomía administrativa, creadas por la ley o por las asambleas o concejos, según el caso.

3.3. La inhabilidad en el caso del señor Javier Wadi Curt Osorio

(...)

En cuanto a los presupuestos para la configuración de la inhabilidad, advierte la Sala que en la apelación no se discutió la conclusión del tribunal según la cual, está demostrado el parentesco entre Javier Wadi y Gloria Patricia Curi Osorio, quienes son hermanos.

Tampoco se cuestionó que la señora Gloria Patricia Curi Osorio es la representante legal suplente de la empresa Promedical del Caribe.

De esta manera, la apelación se centra en establecer si dicha empresa puede catalogarse como prestadora del servicio de seguridad social en el régimen subsidiado.

(...)

Con base en las pruebas relevantes y los argumentos expuestos en precedencia, la Sala se pronunciará respecto de cada uno de los puntos de la apelación:

3.1.1. Según el recurrente, el tribunal creó requisitos adicionales a los definidos en la ley para dar aplicación a la inhabilidad, al determinar que no se probó que Promedical del Caribe esté autorizada legalmente para prestar los servicios de salud ni que hubiese contratado directamente con las EPS del régimen subsidiado o con el distrito de Cartagena. En ese orden, considera que la norma que consagra la inhabilidad no incluye condiciones de aplicación o requisitos especiales para validar el tipo de prestación del servicio de seguridad social que se debe materializar para que surja la inhabilidad, por tanto, no se limita el ámbito de interpretación de la causal a la Ley 100 de 1993, ni al cumplimiento de requisitos de habilitación, ni a la categoría de IPS.

Al respecto, la Sala considera que el razonamiento del Actor no es de recibo pues si bien es cierto el numeral 4º del artículo 40 de la Ley 617 de 2000 no hace ninguna remisión a la Ley 100 de 1993, ello no es óbice para que el juez, en ejercicio de sus potestades, acuda a las demás normas que integran el ordenamiento jurídico con el fin de llenar de contenido la inhabilidad.

En efecto, el artículo 30 del Código Civil establece que “El contexto de la ley servirá para ilustrar el sentido de cada una de sus partes, de manera que haya entre todas ellas la debida correspondencia y armonía. Los pasajes oscuros de una ley pueden ser ilustrados por medio de otras leyes, particularmente si versan sobre el mismo asunto”.

El juez, quien de manera especial debe conocer el contenido de las normas jurídicas, no puede prescindir del estudio de aquellas aplicables al caso, por ello, debe recurrir a las normas que integran el ordenamiento jurídico vigente a efectos de dar claridad a un precepto.

La postura del actor implicaría que cada norma que consagra una inhabilidad tendría que definir de manera precisa cada uno de sus elementos, por ejemplo, en los supuestos que trae el numeral 4º del artículo 40 de la Ley 617 de 2000 sobre ejercicio de autoridad civil o política, habría que definirse allí mismo qué se entiende por cada una de ellas lo que impediría al juez acudir a la ley, (v. gr., artículos 188 y 189 de la Ley 136 de 1994) y a las demás fuentes del derecho para darle contenido a dicho elemento de la inhabilidad.

(...)

En este contexto, para determinar si el señor Curi Osorio incurrió en la inhabilidad establecida en el numeral 4º del artículo 40 de la Ley 617 de 2000, porque su hermana fue, dentro de los 12 meses anteriores a la elección, representante legal suplente de la empresa Promedical del Caribe S.A.S., que en criterio del Actor, implicó la prestación de servicios de seguridad social en el régimen subsidiado en el respectivo distrito, es ineludible establecer qué entidades pueden, de acuerdo con el ordenamiento jurídico vigente, catalogarse como prestadoras de dicho servicio.

Para ello, en aras de garantizar la integralidad y coherencia que se predica del sistema jurídico, resulta necesario acudir a la Ley 100 de 1993 que como se explicó anteriormente, desarrolló el artículo 48 constitucional y en ese orden, creó el sistema de seguridad social integral y en ese contexto introdujo las reglas que rigen el sistema de salud, del que hacen parte, entre otras, las entidades promotoras de salud y las instituciones prestadoras de servicios de salud, públicas, mixtas o privadas.

De esta manera, para concluir que una entidad es prestadora del servicio de seguridad social en el régimen subsidiado debe acudirse a la ley que regula ese sistema.

Así las cosas, para la Sala fue acertado el análisis efectuado por el a quo al concluir que no está demostrado que Promedical del Caribe, sea una EPS o una IPS, en los términos de la Ley 100 de 1993, sino un contratista de la ESE Hospital Universitario del Caribe, que participa en la operación logística del servicio de urgencias de este, particularmente en cuanto a la rehabilitación de la infraestructura física de los pisos 6 y 7 del hospital y la dotación de equipos biomédicos, muebles y accesorios asistenciales del servicio de hospitalización de los pisos 4, 6 y 7.

Ahora bien, como la entidad habilitada para la prestación de servicios de salud es la ESE, resulta lógico que exija a sus contratistas que en el desarrollo del objeto contractual cumpla las normas pertinentes establecidas por las autoridades de salud, sin que ello implique en modo alguno que por esa circunstancia adquiera la calidad de prestador del servicio.

3.1.2. Afirmó el recurrente que el tribunal no determinó la capacidad jurídica de la ESE Hospital Universitario del Caribe para prestar los servicios de salud de conformidad con el decreto de creación, lo hace imposible jurídicamente, la prestación del servicio de la ESE Hospital Universitario del Caribe de manera directa.

Al respecto la Sala debe poner de presente que la capacidad jurídica de la ESE que a juicio del recurrente no fue tomada en cuenta por el a quo para resolver el caso, no fue un elemento puesto de presente en la demanda, lo que impedía a ese fallador e igualmente a esta Sala, pronunciarse al respecto.

Además, el decreto de creación al que hace alusión el actor no fue aportado al proceso de manera que, por tratarse de una norma de alcance no nacional -decreto ordenanza-, debió allegarse.

En todo caso, debe ponerse de presente que según los estatutos de la entidad, ésta tiene por objeto “prestar con el carácter de servicio público a cargo del Estado, los servicios de promoción de la salud, prevención de la enfermedad, diagnóstico, tratamiento y rehabilitación, de mediana y alta complejidad en el territorio de influencia de los municipios de Bolívar y el Distrito de Cartagena...”, lo que evidencia que es un prestador del servicio de seguridad social en salud, en los términos de la Ley 100 de 1993.

3.1.3. Existencia de contrato de asociación y no de prestación de servicios. Para el recurrente, en virtud del contrato suscrito entre la ESE y Promedical del Caribe, el operador no se limita a actividades de apoyo logístico porque también desarrolla aquellas de carácter gerencial y de gestión del servicio, como se evidencia en la cláusula quinta.

(...)

Sobre este aspecto, la Sala concluye que las obligaciones antes referidas desarrollan el objeto contractual pactado entre la ESE y Promedical del Caribe, es decir, la operación logística del servicio de hospitalización de mediana y alta complejidad de la ESE, de acuerdo con lo establecido en la cláusula primera que contiene el objeto del contrato:

“PRIMERA.- EL OBJETO: Establecer la asociación entre las partes para la operación logística del servicio de Hospitalización de la ESE Hospital Universitario del Caribe, donde el operador se obliga a la rehabilitación integral de la infraestructura física de las salas ubicadas en el sexto y séptimo piso y la dotación de los equipos biomédicos, muebles y accesorios asistenciales de todo el servicio de hospitalización en los pisos 4, 6 y 7, conforme a los requerimientos mínimos para la atención hospitalaria de pacientes determinadas en las nomas del Sistema de Garantía de la Calidad del S.G.S.S.S.”

Se advierte que las actividades a cargo del contratista implican realmente aspectos logísticos y no de carácter gerencial y de gestión del servicio como sostuvo el recurrente, pues en nada se relacionan con los servicios asistenciales o de atención de pacientes a cargo del hospital.

En efecto, en el objeto contractual se observa que el contratista tiene a su cargo lo relacionado con infraestructura, muebles, equipos y accesorios asistenciales del servicio de hospitalización a cargo de la ESE Hospital Universitario del Caribe, para lo cual debe cumplir las normas sobre la materia expedidas por las autoridades competentes, pero no se ocupa de la atención de los pacientes que son atendidos en el hospital en virtud de los contratos que éste suscribe con las entidades aseguradoras (EPS, entes territoriales).

Lo anterior se corrobora al analizar el alcance del contrato, establecido en el párrafo 1º de la cláusula 1ª, en el que, entre otras cosas se señala que “El Hospital tendrá a su cargo bajo los medios legales pertinentes, el personal asistencial requerido, la adquisición de los medios diagnósticos y terapéuticos demandados, así como los medicamentos y dispositivos biomédicos que se requieran para la adecuada implementación de los procesos asistenciales y administrativos en un servicio de hospitalización de mediana y alta complejidad.”

(...)

Como puede apreciarse los procesos asistenciales, administrativos y financieros están a cargo de la ESE y no del contratista.

De otra parte, cabe precisar que si bien la gerente de la ESE Hospital Universitario del Caribe certificó que Promedical del Caribe radica su facturación por la prestación del servicio de hospitalización a la ESE de manera mensual, lo cierto es que ello debe entenderse a la luz de la cláusula que establece el régimen económico y financiero del contrato, según la cual “La relación económica del presente contrato está determinada por la modalidad de pago que haga el Hospital a favor del operador de

acuerdo con los ingresos efectivos que obtenga el Hospital por la venta, facturación y recaudo de los servicios que se presten en hospitalización en lo concerniente al ítem de internación en un porcentaje del 30%... PARÁGRAFO 3. Para efectos del pago a favor del Operador se requiere que éste presente ante el área administrativa y financiera del Hospital y ante el encargo fiduciario, por una única vez, la certificación bancaria donde se defina la cuenta respectiva. Deberá mensualmente radicar en la unidad de contabilidad de la Subgerencia Administrativa y Financiera del Hospital, la facturación de los servicios efectivamente prestados...”.

En ese orden, la facturación que debe presentar el contratista corresponde a los servicios que presta en el servicio de hospitalización, es decir, la operación logística, lo que no significa que tenga a su cargo la totalidad de los procesos que allí se adelantan, pues como se vio, lo asistencial, administrativo y financiero está a cargo de la ESE.

Así las cosas, es evidente que la empresa Promedical del Caribe no presta, de manera directa ni indirecta, el servicio asistencial a los pacientes hospitalizados, sino que tiene a su cargo actividades logísticas que contribuyen a la adecuada prestación del servicio de salud.”

Decisión: “CONFIRMAR la sentencia de 2 de agosto de 2016 mediante la cual el Tribunal Administrativo de Bolívar negó las pretensiones de la demanda.”

LUCY JEANNETTE BERMÚDEZ BERMÚDEZ
Presidenta

ROCÍO ARAÚJO OÑATE
Consejera de Estado
CARLOS ENRIQUE MORENO RUBIO
Consejero de Estado
ALBERTO YEPES BARREIRO
Consejero de Estado

* * *

CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCIÓN QUINTA

Consejero ponente: ALBERTO YEPES BARREIRO

Bogotá, tres (3) de noviembre de dos mil dieciséis (2016)

Radicación número: 13001-23-33-000-2016-00078-01

Actor: ALFONSO LUIS CORTINA BARRAZA

Demandado: ZAITH CARMELO ADECHINE CARRILLO – CONCEJAL DEL DISTRITO DE CARTAGENA PARA EL PERÍODO 2016-2019

Asunto: Sentencia que revoca la decisión recurrida, para en su lugar declarar la nulidad del acto acusado con efectos ex nunc. Se solicita la nulidad de la elección del demandado como concejal de Cartagena por incurrir en la causal de inhabilidad consagrada en el numeral 4º del artículo 43 de la Ley 136 de 1994, modificado por el artículo 40 de la Ley 617 de 2000, según la cual no podrá ser inscrito como candidato ni elegido concejal “[q]uien tenga vínculo por matrimonio, o unión permanente, o de parentesco en segundo grado de consanguinidad, primero de afinidad o único civil, con funcionarios que dentro de los doce (12) meses anteriores a la elección hayan ejercido autoridad civil, política, administrativa o militar en el respectivo municipio o distrito (...)”

Extracto: “La Sala determinará si conforme al recurso de apelación interpuesto por el Actor contra el fallo de primera instancia, el Tribunal Administrativo de Bolívar, sala de decisión 002 de oralidad, erró al negar las pretensiones de la demanda de nulidad electoral instaurada contra el acto

acusado, para lo cual se estudiará si el señor Adecbine Carrillo incurrió en la causal de inhabilidad consagrada en el numeral 4º del artículo 43 de la Ley 136 de 1994, modificado por el artículo 40 de la Ley 617 de 2000, según la cual no podrá ser inscrito como candidato ni elegido concejal “[q] uien tenga vínculo por matrimonio, o unión permanente, o de parentesco en segundo grado de consanguinidad, primero de afinidad o único civil, con funcionarios que dentro de los doce (12) meses anteriores a la elección hayan ejercido autoridad civil, política, administrativa o militar en el respectivo municipio o distrito (...)”, porque su hermana, la señora Masory Adecbine Carrillo, ejerció autoridad administrativa dentro del período inhabilitante al ostentar el cargo de subgerente administrativa y financiera del Instituto Departamental de Deportes y Recreación de Bolívar (en adelante IDERBOL). (...)

2.6.6. Elemento objetivo o de autoridad

De acuerdo con el numeral 4º del artículo 43 de la Ley 136 de 1994, modificado por el artículo 40 de la Ley 617 de 2000, para que se configure esta inhabilidad se requiere demostrar que el pariente del demandado “baya ejercido” autoridad civil, política, administrativa o militar.

Para determinar la existencia del ejercicio de autoridad la Sección ha empleado dos criterios: por un lado, un criterio orgánico determinado por el Legislador; y, por otro, un criterio funcional que obedece a la naturaleza de las funciones asignadas al cargo.

Desde el criterio orgánico el cargo ostentado por la señora Masory Adecbine Carrillo no se encuentra dentro de aquéllos que implican el ejercicio de autoridad administrativa según el criterio orgánico definido por el Legislador en el artículo 190 de la Ley 136 de 1994.¹

Desde el criterio funcional la Sala tampoco considera que las funciones que le correspondía ejercer a la señora Masory Adecbine Carrillo en su calidad de subgerente administrativa y financiera del IDERBOL conllevaran el ejercicio de autoridad administrativa. (...)

Por las anteriores razones, sería del caso concluir que la señora Adecbine Carrillo no ejercía autoridad administrativa como subgerente administrativa y financiera del IDERBOL.

Sin embargo, en el proceso se demostró que dicha persona, en calidad del gerente general del instituto, presidió la audiencia de adjudicación dentro del proceso licitatorio número 01 de 2015, hecho que no fue controvertido por la parte demandada. (...)

De la anterior transcripción se desprende que en el marco del proceso licitatorio número 01 de 2015 adelantado por el IDERBOL, mediante Resolución 0233 de 2015, el gerente general delegó en la hermana del demandado las funciones de presidir la audiencia de adjudicación, de adjudicar o declarar desierta la licitación pública, y suscribir el correspondiente contrato.

Como consecuencia de la anterior delegación, la Sala encuentra demostrado el ejercicio de autoridad a cargo de la señora Adecbine Carrillo por las siguientes razones:

¹ “ARTÍCULO 190. DIRECCIÓN ADMINISTRATIVA. Esta facultad además del alcalde, la ejercen los secretarios de la alcaldía, los jefes de departamento administrativo y los gerentes o jefes de las entidades descentralizadas, y los jefes de las unidades administrativas especiales, como superiores de los correspondientes servicios municipales. (...)”

En primer lugar, la Sección ha aceptado que la celebración de contratos estatales implica el ejercicio de autoridad administrativa² por estar enunciada entre aquellas señaladas por el legislador en el segundo inciso del artículo 190 de la Ley 136 de 1994.³

Ahora bien, entre las funciones delegadas por el gerente general a la hermana del demandado sobresa- le aquella concerniente a la suscripción del contrato estatal objeto del proceso licitatorio.

Debe precisarse que en sentencia de 06 de mayo de 2013, la Sección concluyó que para la configuración de la inhabilidad originada en el ejercicio de autoridad por parientes, no se requiere el ejercicio mate- rial de las funciones propias del cargo para que se pueda predicar la existencia de la autoridad, sino que este requisito se debe tener como demostrado si las solas funciones atribuidas al cargo implican el ejercicio de autoridad.⁴

Por lo tanto, en el presente caso quedó demostrado el ejercicio de autoridad administrativa por parte de la señora Adecbine Carrillo dado que el gerente general del IDERBOL delegó en ella la función de suscribir un contrato estatal, sin que resulte relevante para la configuración de la inhabilidad si esta función se haya o no ejercido materialmente.

En segundo lugar, la función de adjudicación de contratos, que también fue delegada a la hermana del demandado, implica el ejercicio de autoridad administrativa, pues ésta se materializa a través de la expedición de un acto administrativo.

Inclusive se demostró que dicha función fue efectivamente ejercida por la señora Adecbine Carrillo, dado que esta persona presidió la audiencia de adjudicación que se llevó a cabo el día 12 de marzo de 2015 y adjudicó el correspondiente contrato, (...)

Ahora bien, en la segunda instancia el agente del Ministerio Público adujo que la función de adjudica- ción de contratos estatales no conlleva el ejercicio de autoridad dado que ésta es de carácter reglado y el margen de discrecionalidad de quien preside la audiencia de adjudicación es mínimo.

La Sala considera que el carácter reglado o discrecional de una potestad no puede ser empleado como un criterio diferenciador para determinar si su ejercicio constituye o no autoridad administrativa. De lo contrario, otras funciones como la ordenación del gasto o el manejo de planta de personal, las cuales también son en mayor medida de carácter reglado, tampoco podrían conllevar el ejercicio de autoridad.

Además dicha diferenciación no resulta determinante para estudiar el ejercicio de autoridad dado que el propósito de la inhabilidad contenida en el numeral 4º del artículo 43 de la Ley 136 de 1994, modificado por el artículo 40 de la Ley 617 de 2000, consiste en prevenir el rompimiento del principio

2 Ver, entre otras, Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta. Radicación 6800123310002011100982-01. Sentencia de 31 de enero de 2013. Demandado: Miguel Mendoza Duarte. C.P.: Dra. Susana Buitrago Valencia.

3 “ARTÍCULO 190. DIRECCIÓN ADMINISTRATIVA. Esta facultad además del alcalde, la ejercen los secretarios de la alcaldía, los jefes de departamento administrativo y los gerentes o jefes de las entidades descentralizadas, y los jefes de las unidades administrativas especiales, como superiores de los correspondientes servicios municipales.
También comprende a los empleados oficiales autorizados para celebrar contratos o convenios; ordenar gastos con cargo a fondos municipales; conferir comisiones, licencias no remuneradas, decretar vacaciones y suspenderlas, para trasladar horizontal o verticalmente los funcionarios subordinados reconocer horas extras, vincular personal supernumerario o fijarle nueva sede al personal de planta; a los funcionarios que hagan parte de las unidades de control interno y quienes legal o reglamentariamente tengan facultades para investigar las faltas disciplinarias.”

4 Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta. Radicación 17001-23-31-000-2011-00637-01(Acumulado). Sentencia de 06 de mayo de 2013. Demandado: Guido Echeverry Piedrahíta.

de igualdad entre los candidatos que compiten en la contienda electoral, el cual se puede afectar independientemente del carácter reglado o discrecional de la función.

Así mismo, debe resaltarse que la Sección ha sostenido que para efectos del ejercicio del medio de control de nulidad electoral las prohibiciones e inhabilidades deben ser interpretadas de manera objetiva. Por ejemplo, en materia de inhabilidades de gobernadores derivadas del ejercicio de autoridad por parientes de la persona elegida, se ha sostenido que resulta indiferente para su configuración que el familiar efectivamente haya ejercido las funciones del cargo revestido de autoridad, o que se demuestra la incidencia del ejercicio de dicha autoridad en el electorado, o el título bajo el cual se ejerce el cargo cuyas funciones denotan autoridad.⁵ Así mismo, por ejemplo, en el caso de las inhabilidades de los alcaldes originadas en la celebración del contrato, la Sección ha precisado que para su configuración se debe verificar si el contrato debió ejecutarse o cumplirse en el respectivo municipio, sin importar si efectivamente se ejecutó o cumplió allí.⁶

Bajo este enfoque objetivo, resulta irrelevante determinar si el ejercicio de autoridad fue empleado de manera discrecional por el pariente del demandado para favorecerlo en la contienda electoral, dado que este análisis implicaría un juzgamiento de carácter subjetivo. Razón por la cual, la existencia de autoridad se puede predicar aún respecto del ejercicio de potestades totalmente o parcialmente regladas.

En tercer lugar, en atención a que las inhabilidades deben ser interpretadas de manera objetiva por el juez electoral, resulta irrelevante si el ejercicio de autoridad fue detentado de manera temporal o permanente, o como consecuencia del ejercicio regular de las funciones, de una situación administrativa de encargo o de una delegación. (...)

Por lo tanto, contrariamente a lo sostenido por el a quo, en el presente caso está demostrado que durante el período habilitante la señora Adecbine Carrillo ejerció autoridad administrativa como consecuencia de que el gerente general del IDERBOL le delegó las funciones de adjudicación y suscripción de un contrato estatal, en el marco de la audiencia de adjudicación adelantada el 12 de marzo de 2015 dentro del proceso licitatorio número 01 de 2015, sin importar que esa delegación haya sido temporal o para un solo contrato estatal.

Por último, dado que en el presente caso se demostraron todos los elementos para la materialización de la inhabilidad consagrada en el numeral 4º del artículo 43 de la Ley 136 de 1994, modificado por el artículo 40 de la Ley 617 de 2000, la Sala prescindirá de estudiar si la elaboración de estudios previos, la expedición de certificados de disponibilidad presupuestal o el ejercicio de la supervisión de contratos estatales implican el ejercicio de autoridad administrativa desde el criterio funcional.

Efectos de la declaratoria de nulidad del acto acusado

El artículo 288 del CPACA, norma especial electoral, se ocupa de las consecuencias de la sentencia de anulación electoral, y en lo que respecta a la anulación de elecciones por vicios subjetivos, como la que nos ocupa, dispone: “Las sentencias que disponen la nulidad del acto de elección tendrán las siguientes consecuencias: (...) 3. En los casos previstos en los numerales 5 y 8 del artículo 275 de este Código, la nulidad del acto de elección por voto popular implica la cancelación de la respectiva credencial que se bará efectiva a la ejecutoria de la sentencia”.

5 Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta. Radicación 17001-23-31-000-2011-00637-01(Acumulado). Sentencia de 06 de mayo de 2013. Demandado: Guido Echeverry Piedrahita (Gobernador de Caldas). C.P.: Dr. Alberto Yepes Barreiro.

6 Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta. Radicación 23001-23-33-000-2015-00461-02. Sentencia de 8 de septiembre de 2016. Demandado: Salim Hamed Chagui Flórez (Alcalde de Cereté). C.P.: Dr. Carlos Enrique Moreno Rubio.

Sin embargo, nada dice el artículo en comento en relación con los efectos de la anulación, pues no dispone si aquellos serán hacia el futuro -desde ahora o ex nunc- o hacia el pasado -desde siempre o ex tunc-, por ello, corresponde al juez electoral, ante la ausencia de norma que los establezca, fijar los efectos de sus decisiones anulatorias, como ya lo anticipó esta Sección en reciente Sentencia de Unificación, pero para los eventos de expedición irregular⁷.

Para la Sala, en tratándose de nulidades electorales por vicios subjetivos -causales 5 y 8 del artículo 275 del CPACA-, los efectos anulatorios retroactivos no son compatibles con el ordenamiento jurídico⁸, de forma que aceptar una ficción jurídica según la cual se genera inexistencia del acto con ocasión de su nulidad, crea una ruptura con la realidad material y jurídica, que resulta en contra del sistema democrático mismo.

De conformidad con lo anterior, en atención al precedente expuesto por la Sala en Sentencia del 26 de mayo de 2016, corresponde a la Sala fijar los efectos de dicha providencia.

*Ahora, habrá de entenderse que, al menos en materia electoral, la regla general sobre los efectos de la declaratoria de nulidades subjetivas, es que **aquellos serán hacia el futuro -ex nunc- en consideración a la teoría del acto jurídico que distingue entre la existencia, validez y eficacia, como escenarios distintos del acto -administrativo o electoral-; y en respeto a la “verdad material y cierta”, por encima de la mera ficción jurídica.***⁹

Dicha regla podrá ser variada, caso a caso, por el juez electoral, dependiendo del vicio que afecte la elección y en atención a las consecuencias de la decisión en eventos en los que aquellas puedan afectar las instituciones y estabilidad democrática¹⁰.

*En este contexto, por tratarse de la sentencia que puso fin al proceso, debe aclararse que **los efectos anulatorios de la sentencia recurrida serán hacia el futuro o ex nunc.** De conformidad con lo anterior, y para todos los efectos legales, se tiene que el demandado ostentó la calidad de Concejal de Cartagena, desde su posesión en tal dignidad, y la mantendrá, hasta la ejecutoria de esta sentencia.”*

Decisión: “REVOCAR la sentencia dictada el 17 de agosto de 2016 por el Tribunal Administrativo de Bolívar, sala de decisión 002 de oralidad, que negó las pretensiones de la demanda para, en su lugar, DECLARAR la nulidad de la elección del señor Zaith Carmelo Adechine Carrillo como Concejal del distrito de Cartagena para el período 2016-2019, contenida en el formulario E-26 CON de 4 de diciembre de 2015. Esta nulidad tendrá efectos ex nunc.

En consecuencia, CANCELAR la credencial de Concejal del señor Zaith Carmelo Adechine Carrillo, la cual se hará efectiva a la ejecutoria de esta sentencia de conformidad con el numeral 3º artículo 288 en concordancia con el artículo 275.8 del C.P.A.C.A.

COMUNICAR la decisión al Presidente del Concejo del Distrito de Cartagena, para que proceda de conformidad con el artículo 156 de la Ley 136 de 1994.

DEVOLVER el expediente al Tribunal de origen.

ADVERTIR que contra esta providencia no procede recurso alguno.”

7 Cfr. Sentencia de 26 de mayo de 2016. Demandado: Secretario de la Comisión Sexta del Senado de la República. C.P. Carlos Enrique Moreno Rubio. Exp. 2015-00029.

8 Cfr. Auto de 3 de marzo de 2016. Demandado: Gobernador de Caldas. Exp. 2016-00024. C.P. Lucy Jeannette Bermúdez Bermúdez.

9 En similar sentido, ver Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta del Consejo de Estado. Radicación 11001-03-28-000-2015-00051-00. Sentencia de 07 de junio de 2016. Demandada: Oneida Rayeth Pinto Pérez.

10 Cfr. Fallo de 6 de octubre de 2011. Demandados: Magistrados del CNE. Exp. 2010-00120. C.P. Alberto Yepes Barreiro.

LUCY JEANNETTE BERMÚDEZ BERMÚDEZ
Presidenta

ROCÍO ARAÚJO OÑATE
Consejera de Estado
CARLOS ENRIQUE MORENO RUBIO
Consejero de Estado
ALBERTO YEPES BARREIRO
Consejero de Estado

* * *

CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCIÓN QUINTA

Consejero ponente: ALBERTO YEPES BARREIRO

Bogotá D.C, tres (3) de noviembre de dos mil dieciséis (2016)

Radicación número: 170001-23-33-000-2016-00025-02

Actor: LUIS EFRÉN LEYTON CRUZ

Demandado: TULIA ELENA HERNÁNDEZ BURBANO – PERSONERA MUNICIPAL DE MANIZALES (CALDAS)

Asunto: Fallo de segunda instancia que confirmó la decisión de la autoridad judicial a quo de negar las pretensiones de la demanda, pues se acreditó que la demandada sí fue admitida al concurso de méritos que se realizó para proveer el cargo de personero municipal y que en virtud de las leyes anti trámites no estaba obligada a aportar el documento que el actor echaba de menos.

Extracto: “En el caso concreto, está demostrado que el concurso de méritos para proveer el cargo de personero en la ciudad de Manizales estuvo regulado a través del Acuerdo N° 876 del 31 de octubre de 2015 “por medio del cual se fijan los estándares mínimos para el concurso público de méritos para la elección del personero en el municipio de Manizales”¹ y a través de la Resolución N° 069 de 3 de diciembre de 2015 “por medio de la cual establece el cronograma y procedimiento para la elección de personero para el municipio de Manizales”.²

Dichas normas previeron cuales serían las etapas del concurso y las desarrollaron íntegramente. En efecto, los citados cuerpos normativos determinaron que el concurso de méritos de elección del Personero de Manizales tendría las siguientes etapas: i) invitación, ii) convocatoria, iii) inscripciones, iv) publicación de lista de admitidos y no admitidos y v) pruebas.

Especialmente, en lo que atañe a la inscripción el literal c) del artículo 6° del Acuerdo N° 876 de 2015 previó que el aspirante al momento de su inscripción debía adjuntar, entre otros, “certificado de antecedentes expedido por el Consejo Superior de la Judicatura, si aplica”. Para el Actor el Acuerdo N° 004 de 6 de enero de 2016 es nulo debido a que la demandada fue inadmitida en el concurso, ya que no aportó el certificado de antecedentes disciplinarios expedido por el Consejo Superior de la Judicatura pese a que las normas que regulaban el concurso así lo exigían.

Al efecto, se encuentra probado que la Universidad de Manizales³, entidad de educación superior que adelantó el concurso de méritos, publicó el 14 de diciembre de 2015 la “lista de admitidos y no admi-

1 Visible a folio 14 y siguientes del cuaderno de pruebas.

2 Folios 31 y siguientes del expediente

3 De conformidad con el artículo 2.2.27.1 del Decreto 1083 de 2015 el concurso de méritos para elegir personero podrá efectuarse a través de universidades o instituciones de educación superior públicas o privadas.

tidos concurso público de méritos para la elección de personero (Manizales- Caldas)” y que a través de este acto se determinó no admitir a la señora Tulia Elena Hernández Burbano en el concurso de méritos.

Aunque de lo expuesto podría señalarse que en efecto la demandada fue inadmitida al concurso de méritos, lo cierto es que no se puede perder de vista que el literal d) del artículo 6 del Acuerdo Municipal N° 876 de 31 de octubre de 2015 contempló que: i) los aspirantes dentro de los dos días siguientes a la publicación de la lista de admitidos podían elevar la reclamación pertinente y ii) dicha reclamación debía ser resuelta por el “operador del proceso” y debía dirigirse al correo electrónico que él estableciera.

Fue por lo anterior que en la lista de elegibles se reafirmó la posibilidad descrita en el literal d) del artículo 6 del Acuerdo Municipal N° 876 de 31 de octubre de 2015, pues previó que los participantes podían presentar reclamaciones respecto al estado (admitido o inadmitido) que le fuere asignado por la Universidad de Manizales dentro del concurso de méritos. Por ello, al final de la lista de admitidos se lee con toda claridad:

“Nota: Las reclamaciones se realizarán vía correo electrónico a la dirección (...) con el asunto: Reclamación concurso personero Manizales- Caldas. Las reclamaciones se reciben vía correo electrónico, hasta el 15 de diciembre de 2015 (5:00 pm)”

Bajo este panorama, para la Sala es evidente que la lista de admitidos del 14 de diciembre de 2015 no podía entenderse como definitiva, pues estaba sujeta a los ajustes que surgieran después de las reclamaciones elevadas por los participantes. Esto es de suma importancia para el caso concreto, porque implica que contrario a lo afirmado por el accionante, el mero hecho de la inadmisión no implicaba la exclusión del concurso de méritos, pues esa decisión podía ser cuestionada por los participantes.

Ahora bien, se encuentra probado que varios participantes, entre ellos la demandada, presentaron reclamación contra la lista de admitidos y no admitidos⁴. En efecto, está acreditado que la señora Hernández Burbano en ejercicio de la facultad de reclamación prevista en el Acuerdo N° 876 de 2016 presentó el 14 de diciembre de 2015 a las 23: 11 horas a través de correo electrónico, petición en la que solicitó al operador del concurso, esto es, la Universidad de Manizales que repusiera la decisión de inadmitirla, pues consideró que dicha exigencia no le era aplicable.

(...)

*Es de anotar que frente a este requerimiento la Universidad de Manizales, mediante escrito visible a folio 32 a 33 del Cuaderno de Pruebas, contestó que **revocaba** la decisión de inadmisión y, que por consiguiente la señora Tulia Elena Hernández Burbano quedaba admitida en el concurso de méritos; textualmente el documento en cita señala:*

“una vez analizado el recurso interpuesto por usted, el comité del concurso de personeros considera que su petición es admisible de conformidad con las normas citadas, “ley de supresión de trámites abrevió el aporte de documentos que pueden ser consultados en las bases de datos públicas y para el caso de antecedentes disciplinarios profesionales correspondientes al registro de abogados, este es público, corresponde a datos abiertos por la Ley 1712 de 2014 que garantiza la transparencia y el acceso a la información.

(...)

*Por todo lo anterior, **accedemos al recurso de reposición y por tanto queda admitida en el concurso de personeros.**”⁵ (Negritas fuera de texto)*

⁴ En el cuaderno de pruebas obra copia de las reclamaciones presentadas por varios participantes en los folios 22 a 47.

⁵ Reverso del folio 69 del expediente

Nótese entonces, como aunque en principio la demandada fue inadmitida al concurso de méritos, lo cual por obvias razones le vedaba el acceso al cargo de personera municipal, dicha decisión fue **revocada** por quien según el artículo 6º del Acuerdo N° 876 de octubre de 2015 estaba autorizado para resolver esta clase de las reclamaciones⁶, lo que conllevó a que la señora Hernández Burbano pudiera participar en él.

(...)

Decantado lo anterior corresponde a la Sala determinar si, tal como lo sostiene el accionante y el Ministerio Público, el Tribunal erró al señalar que la decisión de la Universidad de Manizales de aceptar la participación de la demandada estaba ajustada a derecho⁷.

(...)

Para la Sala Electoral del Consejo de Estado, tal y como lo concluyera el Tribunal Administrativo de Caldas, la decisión de permitir la participación de la demandada, y de otros aspirantes en el concurso de méritos, pese a la ausencia de dicho documento se encuentra ajustada a derecho y no desconoce los términos de la convocatoria.

Esto es así porque como puede observarse de la disposición transcrita en los párrafos que anteceden, las normas reguladoras del concurso dispusieron que con la inscripción debía aportarse certificado de antecedentes disciplinarios expedido por el Consejo Superior de la Judicatura. No obstante, dichas normas también contemplaron que dicho documento solo debería allegarse “si aplica”, es decir, en caso de ser necesario.

(...)

Para la Sala, es claro que tal expresión denota que el certificado de antecedentes disciplinarios expedido por el Consejo Superior de la Judicatura, solo era exigible en caso de ser necesario, razón por la que no todos los participantes debían allegarlo. Así las cosas, se debe analizar si la demandada tenía el deber de aportar tal escrito.

La Sección concuerda con el Tribunal cuando sostiene que la señora Hernández Burbano, en aplicación de las leyes anti-trámites, no estaba obligada a allegar el citado documento, puesto que la expresión “si aplica” contemplada en el literal c) del artículo 6º del Acuerdo N° 876 de 2015 debe leerse e interpretarse armónicamente con tales disposiciones, ya que de lo contrario carecería de sentido.

(...)

Ahora bien, en el caso concreto está demostrado que el concejo municipal y el operador del concurso contaban con la información suficiente para aportar a la actuación el certificado, ya que poseían el número de cédula de la demandada; dato suficiente para conocer en la página web <http://antecedentesdisciplinarios.ramajudicial.gov.co/antecedentes/> si la señora Hernández Burbano tenía algún antecedente disciplinario relacionado con su profesión.

De hecho el operador del concurso así lo aceptó al resolver la reclamación presentada por la demandada contra la lista de admitidos, pues encontró que el caso de la señora Hernández Burbano era

6 El inciso final del literal d) del artículo 6º del Acuerdo N° 876 de octubre de 2015 establece que “toda reclamación será resuelta por el operador del concurso. Si la reclamación es formulada por fuera del término señalado, se considerará extemporánea y será rechazada de plano”.

7 Como quedó precisado en los antecedentes de esta providencia, para llegar a esta conclusión el Tribunal afirmó que la personera demandada no estaba en la obligación de aportar el certificado, de un lado, porque aquel no era requisito para acceder al cargo y, de otro, debido a que la leyes anti trámites la relevaron de dicha obligación.

de aquellos en los que el certificado de antecedentes disciplinarios no era “aplicable” en virtud de lo dispuesto en la Ley 1712 de 2014 y los artículos 1º y 14 de la Ley 962 de 2005.⁸

*En efecto, no se puede perder que vista que en **todas**⁹ las respuestas a las reclamaciones presentadas por los diferentes participantes que fueron inadmitidos en el concurso de méritos se puso de presente que se revocaba la decisión de inadmisión ya que la “ley de supresión de trámites abrevió el aporte de documentos que pueden ser consultados en las bases de datos públicas” tal y como era el caso del certificado de antecedentes disciplinarios expedido por el Consejo Superior de la Judicatura.*

*Así, pues no cabe duda que el caso de la demandada era de aquellos que según el Acuerdo N° 876 de 2016 no le era aplicable el certificado de antecedentes disciplinarios, comoquiera que dicha información se encontraba **disponible en un registro público** de información, a la que se podía tener acceso de forma libre, únicamente, con el número de identificación de la señora Hernández Burbano.*

(...)

Por todo lo expuesto resulta diáfano que a la demandada no le era aplicable la exigencia de aportar el certificado de antecedentes disciplinarios, pues dicha información estaba a disposición de la entidad que adelantó el concurso de méritos para proveer el cargo de Personero de Manizales, en una base de datos de acceso público.”

Decisión: “CONFIRMAR la sentencia del 5 de septiembre de 2016 a través de la cual el Tribunal Administrativo de Caldas negó las pretensiones de la demanda.

DEVOLVER al Tribunal de origen para lo de su cargo.”

LUCY JEANNETTE BERMÚDEZ BERMÚDEZ
Presidenta

ROCÍO ARAÚJO OÑATE
Consejera de Estado
CARLOS ENRIQUE MORENO RUBIO
Consejero de Estado
ALBERTO YEPES BARREIRO
Consejero de Estado

* * *

CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCIÓN QUINTA

Consejero ponente: ALBERTO YEPES BARREIRO

Bogotá D.C, tres (3) de noviembre dos mil dieciséis (2016)

Radicación número: 70001-23-33-000-2016-00046-01

Actor: EDINSON BIOSCAR RUÍZ VALENCIA

Demandado: DANIEL FELIPE MERLANO PORRAS – CONCEJAL DE SINCELEJO

8 Folio 32 y 33 del Cuaderno de Pruebas.

9 En efecto en los folios 24, 32 y 38 y 46 del Cuaderno de Pruebas, respectivamente, obra la respuesta expedida por la universidad de Manizales contra la reclamación presentada contra la decisión de inadmisión presenta por los participantes Camilo Duque, Tulia Elena Hernandez, Luz Fanny Muñoz y José Gilberto Jimenez.

Asunto: Fallo de segunda instancia que confirmó la decisión de la autoridad judicial a quo de negar las pretensiones de la demanda, pues no se encontró que no existía irregularidades en la inscripción del demandado, tal y como sostenía la parte actora.

Extracto: “Es el 5 de agosto de 2015, la fecha en que los estatutos del Partido Liberal de 2002 retomaron su vigencia, por lo que las actuaciones anteriores a la misma se gobernaron por las normas liberales de 2011, teniendo en cuenta la modulación que sobre los efectos de la sentencia hiciere el juez popular:

En este contexto, teniendo en cuenta que el aval del demandado fue otorgado por el Comité de Acción Liberal Departamental de Sucre mediante Resolución número 0062 de 16 de Julio de 2015, resulta claro que la norma estatutaria que debe analizarse a efectos de determinar si aquel se profirió en debida forma es la del 2011 y no la del 2002.

En el caso del Partido Liberal, de cara a los estatutos del año 2011, (Resolución número 2895), la Sala encontró que en sus artículos 20¹ y 24², se establecía que “...la representación legal recae en la Dirección Nacional Liberal o su Director, quienes, además, tenían la función de expedir los correspondientes avales...”.

Así las cosas, una vez analizó varios actos del Partido Liberal y del Consejo Nacional Electoral, la Sala concluye mediante la Resolución número 3186 de 10 de febrero de 2015, la Dirección Nacional hizo la delegación al Secretario como representante legal del partido. No obstante, la Sala entendió que “...el alcance de dicho reconocimiento debe entenderse a partir de la solicitud que realizó el propio Partido cuando manifestó que el Secretario ‘ejercerá sus funciones de conformidad con los artículos 24 y 25 de los Estatutos de la Colectividad, delegando la ordenación general del gasto, celebrando contratos y convenios a nombre de la Dirección Nacional Liberal del Partido Liberal Colombia’...”, con lo que concluyó que el propósito del partido político con esta delegación era circunscribirlo “...a la celebración de contratos y convenios, mas no de la función para otorgar el aval...”.

Pero ocurre que mediante Resolución número 2498 de 26 de septiembre de 2012³, el Consejo Nacional Electoral registró la decisión del Partido Liberal Colombiano de “...delegar] las funciones de representación legal del Partido Liberal Colombiano en cabeza del Secretario General, doctor Héctor Olimpo Espinosa Oliver...”. Advierte la Sala que no obra restricción alguna para la representación de la colectividad por lo que la determinación se hizo en términos bastante amplios.

1 La cita del artículo en mención decía: “La Dirección Nacional Liberal o el Director Nacional del Partido, cumplirá las siguientes funciones:

1. **Ejercer la representación** del Partido ante la Nación, ante las autoridades públicas, órganos y miembros del Partido, gobiernos extranjeros y organizaciones públicas y privadas del exterior. (...)

7. **Expedir el aval** al candidato a la Presidencia de la República, a los gobernadores y alcaldes de ciudad capital. De igual manera expedir los avales a los demás miembros del Partido que aspiren a alcalde o miembro de organización, en los términos que se indican más adelante. (...)

15. **Delegar, si lo considera necesario, la Representación Legal** del Partido y efectuar los registros ante las autoridades competentes. (...)

25. **Delegar las funciones que considere pertinentes en el titular de la Secretaría General del Partido o en otros empleados**”. (Negrillas de la Sala).

2 La cita de este artículo es la siguiente: “La Secretaría General del Partido cumplirá las siguientes funciones: (...)

10. **Ejercer la representación legal del Partido** en los casos en que la Dirección Nacional lo determine y cumplir las funciones que ella le delegue. (...)

PARÁGRAFO: El Secretario General podrá delegar estas funciones de acuerdo con las unidades de la estructura administrativa que se determine para la Dirección Nacional Liberal”.

3 Tal y como lo constató la Sala en las sentencias con las que se resolvieron las apelaciones de los Radicaciones 2015-00508 y 2016-00044.

Explicado lo anterior, para la solución del caso concreto debe tenerse en cuenta que en el expediente obra la Resolución número 0062 de 16 de julio de 2015⁴, del Partido Liberal Colombiano, “Por la cual el Comité de Acción Liberal Departamental de SUCRE otorga avales a candidatos al Concejo Municipal de Sincelajo para las elecciones del 25 de octubre de 2015 periodo 2016-2019 y delega la función de inscripción de la lista”.

A través del documento anterior, el Presidente del Comité de Acción Liberal del Departamento de Sucre, señor Mario Alberto Fernández Alcorcer, otorgó los “...avales para para ser candidatos por esta colectividad en la dignidad de concejales del municipio de Sincelajo en el departamento de Sucre a...⁵”. Entre los nombres visibles en el numeral quinto de tal acto, figura el del accionado, señor Daniel Felipe Merlano Porras.

Sobre el punto vale la pena reseñar que, como lo indica el acto arriba transcrito, con Resolución número 3559 de 15 de julio de 2015, el Secretario General y representante legal del Partido Político “...delegó al Comité de Acción Liberal del Departamento de Sucre la facultad de otorgar avales para la dignidad de concejales a quienes representarán al Partido Liberal en las elecciones de autoridades territoriales del próximo 25 de octubre⁶”.

Luego, en desarrollo de tal atribución delegada, el Presidente del Comité de Acción Liberal del Departamento de Sucre expidió la Resolución 0062 de 16 de julio de 2015, ya señalada, con la que otorgó los avales a los candidatos a concejal, entre los que se encontraba el nombre del actor.

Se impone concluir, que el aval otorgado al señor Merlano Porras, provino del delegado del representante legal del partido, sin que sobre el punto existiera subdelegación, por lo que de conformidad con el segundo inciso del artículo 108 Superior y del artículo 9 de la Ley 130 de 1994, aquel fue expedido en debida forma.

De las supuestas irregularidades en la inscripción del demandado

(...) la Sala reitera que la inscripción de una candidatura no requiere la suscripción del formulario E-6 por el representante legal del partido o movimiento político con personería jurídica, o su delegado, pues dicha voluntad queda expuesta en el aval que se expide a favor del respectivo candidato.

Recientemente sobre el particular la Sección indicó:

“...entonces, no es condición sine qua non que la solicitud de inscripción de candidatos se realice por el representante legal del partido o movimiento político o por su delegado, siempre y cuando se observe con la exigencia constitucional y legal de aportar el respectivo aval, este sí, expedido por el representante legal o el delegado por este...” (Negrillas de la Sala)”

Decisión: “CONFIRMAR la sentencia de 11 de agosto de 2016, mediante la cual el Tribunal Administrativo de Sucre negó las pretensiones de la demanda, por las consideraciones expuestas en la presente sentencia.

DEVOLVER al Tribunal de origen para lo de su cargo.”

⁴ Fls. 17 a 21 del expediente.

⁵ Folio 19 del expediente.

⁶ Folio 18 del expediente.

⁷ CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCIÓN QUINTA. Consejero Ponente: Susana Buitrago Valencia. Sentencia del 5 de septiembre de 2013. Radicación número: 76001-23-31-000-2012-00007-01. Radicado Interno número 2012-00007. Actor: Sergio David Becerra. Demandado: Jorge Eliecer Valencia Montenegro.

LUCY JEANNETTE BERMÚDEZ BERMÚDEZ
Presidenta

ROCÍO ARAÚJO OÑATE
Consejera de Estado
CARLOS ENRIQUE MORENO RUBIO
Consejero de Estado
ALBERTO YEPES BARREIRO
Consejero de Estado

* * *

**CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCIÓN QUINTA**

Consejero ponente: ALBERTO YEPES BARREIRO

Bogotá, diez (10) de noviembre de dos mil dieciséis (2016)

Radicación número: 52001-23-33-000-2016-00197-01

Actor: JOSÉ MAURICIO CHIRAN ORTÍZ

Demandado: JORGE OVIDIO PÉREZ VILLABONA – CONTRALOR DE PUTUMAYO PARA EL PERÍODO 2016-2019

Asunto: Sentencia que confirma la decisión de declarar la nulidad del acto acusado. Se solicita la nulidad de la elección del demandado como contralor de Putumayo porque no se observaron los parámetros mínimos de la convocatoria pública reglada y se desconoció el principio de mérito consagrado en el artículo 126 de la Constitución Política, modificado por el Acto Legislativo 02 de 2015.

Extracto: “El marco normativo de la elección de los contralores departamentales fue expuesto recientemente por la Sala en sentencias de 29 de septiembre¹ y 27 de octubre de 2016,² cuyas consideraciones principales serán reiteradas en el presente caso.

Originalmente la Constitución Política de 1991 disponía que la elección de contralores departamentales, distritales y municipales debía ser realizada por los gobernadores o alcaldes, según el caso, de ternas integradas con dos candidatos presentados por el tribunal superior de distrito judicial y uno por el correspondiente tribunal de lo contencioso-administrativo.³

En el marco de la reforma de equilibrio de poderes que se materializó con la expedición del Acto Legislativo 02 de 2015, el Constituyente decidió modificar la forma de elección de los contralores departa-

1 Ver Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta. Sentencia de 29 de septiembre de 2016. Radicación 70001-23-33-000-2016-00011-02. Demandado: Miguel Arrázola Sáenz (Contralor de Sucre para el período 2016-2019). C.P.: Dr. Alberto Yepes Barreiro.

2 Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta. Sentencia de 27 de octubre de 2016. C.P.: Dra. Lucy Jeannette Bermúdez Bermúdez. Radicados 63001-23-33-000-2016-00055-01 y 63001-23-33-000-2016-0043-00 acumulados. Demandado: James Medina Urrea (Contralor de Armenia para el período 2016-2019). C.P.: Dra. Lucy Jeannette Bermúdez Bermúdez.

3 Lo anterior estaba dispuesto en el inciso cuarto del artículo 272 de la Constitución Política, antes de la expedición del Acto Legislativo 02 de 2015, según el cual: “[i]gualmente les corresponde elegir contralor para período igual al del gobernador o alcalde, según el caso, de ternas integradas con dos candidatos presentados por el tribunal superior de distrito judicial y uno por el correspondiente tribunal de lo contencioso-administrativo.”

mentales, distritales y municipales, y asignar dicha función a las Asambleas y Concejos, con el fin de que no hubiera interferencia judicial en la postulación de estos cargos.⁴

Como consecuencia de esta reforma constitucional, actualmente el inciso cuarto del artículo 272 de la Constitución Política dispone que “[l]os Contralores departamentales, distritales y municipales serán elegidos por las Asambleas Departamentales, Concejos Municipales y Distritales, mediante convocatoria pública conforme a la ley, siguiendo los principios de transparencia, publicidad, objetividad, participación ciudadana y equidad de género, para periodo igual al del Gobernador o Alcalde, según el caso.”

De igual manera, a través de dicho Acto Legislativo, el Constituyente decidió fortalecer los procedimientos de elección de servidores públicos atribuidos a las corporaciones públicas mediante la reforma del artículo 126 de la Constitución Política, cuyo inciso cuarto actualmente dispone que “[s]alvo los concursos regulados por la ley, la elección de servidores públicos atribuida a corporaciones públicas deberá estar precedida de una convocatoria pública reglada por la ley, en la que se fijen requisitos y procedimientos que garanticen los principios de publicidad, transparencia, participación ciudadana, equidad de género y criterios de mérito para su selección.”

Como consecuencia de la reforma constitucional contenida en el Acto Legislativo 02 de 2015, actualmente la elección de los contralores departamentales se rige por las siguientes reglas:

2.4.1. Los contralores departamentales son elegidos por las Asambleas Departamentales.

2.4.2. Su elección se debe realizar mediante convocatoria pública, mecanismo de selección que no puede ser equiparado o confundido con el concurso de méritos.

Por disposición del artículo 125 de la Constitución Política, el concurso de méritos es el mecanismo de selección de funcionarios pertenecientes a la carrera administrativa cuyo sistema de nombramiento no ha sido determinado por la Constitución o la ley, en el cual el ingreso al cargo se debe realizar previo cumplimiento de los requisitos y condiciones fijados por la ley para determinar los méritos y calidades de los aspirantes.

Por lo tanto, en las elecciones o nombramientos realizados a través del concurso de méritos se reafirma el principio de meritocracia, por el cual la persona que accede al cargo debe ser la que obtiene la mejor evaluación en el concurso.

En cambio, la convocatoria pública es un mecanismo de elección más flexible que el concurso de méritos, dado que el órgano elector goza de un margen de discrecionalidad para escoger al servidor público que debe ocupar el cargo, lo que permite el uso de criterios de selección distintos o adicionales al mérito, como por ejemplo la conveniencia.

⁴ En la primera vuelta del proyecto que dio origen al Acto Legislativo 02 de 2015, el Senado de la República aprobó modificar el cuarto inciso del artículo 272 de la Constitución Política en el siguiente sentido: “Los contralores departamentales, distritales o municipales serán seleccionados por la Comisión Nacional del Servicio Civil, mediante concurso público de méritos, conforme a las reglas previstas en el artículo 126 de la Constitución Política y a lo que señale la ley, para periodo igual al del gobernador o alcalde, según el caso”.

Sin embargo, en el informe de ponencia presentado para el primer debate de la primera vuelta ante la Comisión Primera de la Cámara de Representantes dicho texto fue modificado así: “Los contralores departamentales, distritales o municipales serán elegidos por las Asambleas Departamentales o Concejos Municipales o Distritales, mediante convocatoria pública siguiendo los principios de transparencia, publicidad, objetividad, participación ciudadana y equidad, para periodo igual al del Gobernador o Alcalde, según el caso.”

En el pliego de modificaciones incluido en el informe de ponencia publicado en la Gaceta 694 de 2014 se adujo la siguiente motivación para realizar dicho cambio: “Frente al artículo 26 del texto aprobado en la plenaria, que modifica el artículo 272 se propone, armonizar con el espíritu de la reforma, se elimina la posibilidad de los contralores de reelegirse y, de igual manera, se excluyen las postulaciones de las autoridades judiciales para estos cargos.”

En ese sentido, mientras que el concurso de méritos siempre debe concluir con la selección del candidato que obtiene el mayor puntaje en el concurso, la convocatoria pública permite al órgano elector tener en cuenta criterios distintos al mérito, como la conveniencia, para la elección de servidores públicos.⁵

2.4.3. En la convocatoria para la elección de contralores departamentales deben garantizarse los principios de transparencia, publicidad, objetividad, participación ciudadana y equidad de género consagrados en los artículos 126 y 272 de la Constitución Política, modificados por el Acto Legislativo 02 de 2015.

Sin embargo, como consecuencia del cumplimiento de los anteriores principios, no se puede pretender que en la elección de los contralores departamentales se deban adoptar de manera estricta criterios objetivos para la calificación y asignación de puntajes de los aspirantes con el fin de que se escoja al candidato mejor calificado, ya que esta exigencia desnaturalizaría su carácter de convocatoria pública y la podría convertir en un concurso de méritos.

2.4.4. La aplicación del principio de mérito en la convocatoria pública para la elección de contralores departamentales “(...) no implica necesariamente la ejecución de las pruebas de conocimientos. En otras palabras, tanto en los concursos como en las convocatorias públicas establecidas para acceder a los cargos de Estado, las entidades pueden implementar diferentes estrategias para cumplir con ese principio y determinar quién o quienes merecen ser nombrados o elegidos⁶.”⁷

2.4.5. Por disposición expresa del Constituyente la convocatoria pública para la elección de contralores departamentales debe ser reglada por la ley.

5 Este mismo criterio fue adoptado por la Sala en relación con la elección de los directores generales de las corporaciones autónomas regionales, quienes deben ser elegidos mediante convocatoria pública, en los términos del artículo 126 de la Constitución Política, modificado por el artículo 2º del Acto Legislativo 02 de 2015.

Al respecto se ha señalado:

“Por mandato de los artículos 126 de la Constitución Política, 3º del CPACA y 1º del Acuerdo 006 de 2015, los principios de moralidad, imparcialidad, transparencia y publicidad debían regir el procedimiento adelantado para la designación del director general de CARSUCRE.

Analizado el mérito en la designación del director de CARSUCRE, corresponde a la Sala determinar si los referidos principios fueron desconocidos en particular en lo que tiene que ver con la calificación de las bojas de vida de los participantes en la convocatoria y la posibilidad de presentar objeciones respecto de aquella, teniendo en cuenta que en la fijación de litigio, se precisó que este cargo de la demanda se configura “porque el elegido no es la persona con el mejor perfil para ocupar el cargo entre quienes fueron habilitados en la convocatoria”.

La Sala insiste en que el procedimiento para escoger al director de CARSUCRE no fue un concurso de méritos, por consiguiente, el consejo directivo no tenía la obligación de establecer criterios cuantitativos de selección, sino que gozaba de la potestad discrecional de fijar las reglas que la regirían de manera que se garantizaran los principios establecidos en el artículo 126 constitucional, como ya se explicó, entre otros el mérito.

El consejo directivo de CARSUCRE tenía la facultad para establecer el procedimiento que consideró era el más adecuado para escoger al director general de la entidad, procedimiento que una vez se definió, era de obligatorio cumplimiento, tanto para el consejo directivo, como para los participantes en el proceso de selección, en garantía del derecho al debido proceso de quienes decidieron participar en la convocatoria, como de los principios de seguridad jurídica y confianza legítima.” Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta. Radicación 11001-03-28-000-2016-00009-00. Sentencia de 04 de agosto de 2016. Demandado: Johnny Alberto Avendaño Estrada (Director General de CARSUCRE). C.P.: Dr. Alberto Yepes Barreiro.

6 Al respecto la Corte Constitucional en la sentencia C-123 de 2013 argumentó lo siguiente: *“Surge de lo anterior que los procesos de selección entre varios aspirantes son de variada índole, no obstante lo cual las distintas vías conducentes a escoger a quienes han de acceder al desempeño de cargos públicos tienen un común denominador, cual es el propósito de asegurar que finalmente resulte seleccionado el candidato que, en concurrencia con los demás y habiéndose sometido al mismo proceso de selección, haya demostrado poseer las mejores condiciones, atendidos los requerimientos del cargo al que se aspire”.*

7 Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta. Radicados 63001-23-33-000-2016-00055-01 y 63001-23-33-000-2016-0043-00 acumulados. Sentencia de 27 de octubre de 2016. C.P.: Dra. Lucy Jeannette Bermúdez Bermúdez.

Sin embargo, la Sala ha sostenido que el vacío normativo derivado de la ausencia de una ley que regule esta materia no puede convertirse en un obstáculo que impida a las asambleas realizar convocatorias para elegir a los contralores departamentales.⁸ (...)

2.4.6. La Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado ha rendido dos conceptos de acuerdo con los cuales, mientras se expide una ley especial que regule la convocatoria pública para la elección de contralores departamentales, se puede aplicar por analogía la Ley 1551 de 2012 y su Decreto Reglamentario número 2485 de 2014 sobre concurso público de méritos para la elección de personeros municipales y distritales, teniendo en cuenta en todo caso que en la escogencia final no aplica un orden específico de elegibilidad entre los seleccionados.

En relación con el alcance de estos conceptos, en el citado auto de 31 de marzo de 2016 la Sala advirtió que éstos no eran vinculantes y que solamente contenían una posibilidad a seguir por las Asambleas Departamentales, (...)

De igual manera la Sala ha sostenido que la circular conjunta 100-005-2015 expedida por el Ministerio del Interior, el Departamento Administrativo de la Función Pública y la Escuela Superior de Administración Pública, tampoco puede ser considerada como obligatoria, debido a que en ésta se limitó a informar a las corporaciones públicas las conclusiones a las que llegó la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado en los referidos conceptos.⁹(...)

2.5.3.3. Sobre las pruebas realizadas en la convocatoria

(...) En el caso concreto se observa que la asamblea departamental de Putumayo garantizó el principio de mérito en la convocatoria a través de la ejecución de distintas clases de pruebas eliminatorias y clasificatorias para seleccionar al contralor de esa entidad territorial, como se desprende del artículo 15 de la resolución número 16 de 2 de diciembre de 2016, (...)

Sin embargo, la Sala coincide con el Tribunal en concluir que la evaluación de las pruebas de conocimientos y de competencias fue irregular, toda vez que ésta no se realizó de conformidad con los parámetros señalados en la convocatoria contenida en la resolución número 16 de 2 de diciembre de 2016.

De acuerdo con el artículo 15 de la convocatoria, previamente transcrito, la prueba de conocimientos tenía un carácter eliminatorio, mientras que la prueba de competencias tenía un carácter clasificatorio. Pero en ambos casos se señaló expresamente que éstas iban a tener un valor entre 0 y 100 puntos, con un mínimo aprobatorio de 70, lo cual se reitera en el artículo 21 de la convocatoria (...)

Sin embargo, la Corporación Universitaria de Colombia Ideas allegó al proceso la copia del acta de resultados de dichas pruebas, en las cuales se observa que éstas no fueron calificadas con puntajes entre 0 y 100, según lo dispuesto en la convocatoria, sino simplemente mediante el resultado “aprobado” o “improbado”. (...)

8 En el recurso de apelación objeto de estudio el Actor sostuvo que los principios consagrados en el artículo 126 de la Constitución Política, modificado por el Acto Legislativo 02 de 2015, son aplicables sin necesidad de que se expida la ley que regule las convocatorias públicas, con fundamento en el auto de 4 de febrero de 2016, Radicación 2015-00048-00, en el cual la Sección Quinta resolvió el recurso de reposición contra la providencia que decretó la suspensión de los efectos del Acuerdo número 009 de 2015, a través del cual se eligió a los miembros permanentes de dedicación exclusiva del Consejo de Gobierno Judicial. En el presente caso, al resolver el recurso de apelación contra el auto que negó la suspensión provisional de los efectos del acto demandado, la Sala, mediante auto de 28 de abril de 2016, expuso ampliamente las razones por las cuales la convocatoria pública regulada en el artículo 254 de la Constitución Política, modificado por el Acto Legislativo 02 de 2015, no puede ser equiparada con la convocatoria pública para la elección de contralores departamentales regulada en los artículos 126 y 272 *Ibidem*.

9 Ver Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta. Radicados 63001-23-33-000-2016-00055-01 y 63001-23-33-000-2016-0043-00 acumulados. Sentencia de 27 de octubre de 2016. C.P.: Dra. Lucy Jeannette Bermúdez Bermúdez.

A partir de esta prueba que no fue objetada en el proceso, se concluye que la evaluación de las pruebas de conocimientos y de competencias no se realizó según los parámetros señalados en la convocatoria contenida en la resolución número 16 de 2 de diciembre de 2016, puesto que en lugar de haberse realizado su valoración con puntajes del 0 al 100, la Corporación Universitaria de Colombia Ideas se limitó a indicar únicamente si los aspirantes las habían aprobado o improbadamente.

La Sala considera que esta irregularidad en la expedición del acto acusado, la cual no fue controvertida por los recurrentes, tuvo incidencia en la elección, dado que al no haberse realizado la evaluación de estas pruebas con los puntajes indicados en la convocatoria, se produjeron las siguientes consecuencias: en primer lugar, debido a que los aspirantes desconocieron cuál fue el resultado exacto de dichas pruebas se les impidió por esta vía el derecho material a presentar reclamaciones contra los resultados de estas pruebas; en segundo lugar, al tener la prueba de competencias un carácter clasificatorio necesariamente se debieron haber otorgado puntajes numéricos para efectos de poder determinar quiénes eran los aspirantes mejor clasificados, finalidad que no se podía lograr simplemente mediante el otorgamiento del resultado “aprobado” o “improbadamente”, en desconocimiento del principio de mérito consagrado en los artículos 126 y 272 de la Constitución Política, modificados por el Acto Legislativo 02 de 2015.

Además, debe destacarse que la Sala¹⁰ ha sostenido que la convocatoria pública es una herramienta eficaz para lograr una mayor participación ciudadana y materializar de forma efectiva el acceso igualitario a los cargos públicos. Sin embargo, su carácter participativo no puede ser óbice para desconocer que los términos que en ella se estipulan se constituyen como normas reguladoras del procedimiento administrativo que desarrollan y en esa medida son vinculantes y de obligatorio cumplimiento, tanto para la administración como para los participantes del proceso de selección.

La convocatoria pública es un acto a través del cual se inicia un proceso selectivo abierto a la población en general, en el cual desde el principio y de manera expresa se especifican ciertas reglas y condiciones de participación.

En efecto, los términos en los que se convoca a la ciudadanía a participar en el proceso de selección, generan deberes y derechos recíprocos tanto para los interesados, como para la entidad pública que está llevando a cabo el respectivo procedimiento, razón por la cual dichas condiciones no solo permean y son transversales a toda la actuación administrativa, sino que además vinculan a la administración.

*Así las cosas, es evidente que los términos y condiciones en los que se expide una convocatoria pública se erigen como un marco jurídico **de obligatorio acatamiento** para las partes que en ella intervienen, razón por la cual los lapsos, requisitos, formas de calificación, entre otros aspectos, que en ella se consagran son de estricta observancia, y en consecuencia, su modificación o variación solo se permite en casos excepcionales, que no se configuraron en el presente caso, pues de lo contrario los principios de buena fe y confianza legítima se verían resquebrajados.*

Al encontrarse demostrado el anterior vicio que materializa la expedición irregular del acto acusado, la Sala prescindirá de realizar el estudio de los demás argumentos del recurso de apelación, tales como la habilitación de la Corporación Universitaria de Colombia Ideas para realizar la convocatoria o la necesidad de que la convocatoria tuviera que ser aprobada por la asamblea departamental, y procederá a confirmar la decisión del Tribunal de declarar la nulidad de la elección del señor Pérez Villabona como contralor departamental del Putumayo para el período 2016-2019. De conformidad con la sentencia de unificación de 26 de mayo de 2016,¹¹ la Sala precisa que como consecuencia de la de-

10 Ver Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta. Radicación 11001-03-28-000-2014-000128-00 y 11001-03-28-000-2014-000125-00 (acumulados). Sentencia de 03 de agosto de 2015. Demandado: Jorge Eliécer Laverde Vargas (Secretario de la Comisión Sexta Constitucional Permanente del Senado de la República). C.P.: Dr. Alberto Yepes Barreiro.

11 Sentencia de 26 de mayo de 2016. Demandado: Secretario de la Comisión Sexta del Senado de la República. C.P. Carlos Enrique Moreno Rubio. Exp. 2015-00029.

claratoria de la nulidad del acto, la asamblea departamental del Putumayo deberá expedir una nueva convocatoria para rebacer el procedimiento para la elección del contralor de esa entidad territorial.”

Decisión: “CONFIRMAR la sentencia dictada el 16 de septiembre de 2016 por el Tribunal Administrativo de Nariño, sala de decisión oral, de conformidad con lo expuesto en la parte considerativa de esta providencia.

DEVOLVER el expediente al Tribunal de origen.

ADVERTIR que contra esta providencia no procede recurso alguno:.”

LUCY JEANNETTE BERMÚDEZ BERMÚDEZ
Presidenta

ROCÍO ARAÚJO OÑATE
Consejera de Estado
CARLOS ENRIQUE MORENO RUBIO
Consejero de Estado
ALBERTO YEPES BARREIRO
Consejero de Estado

* * *

CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCIÓN QUINTA

Consejero ponente: ALBERTO YEPES BARREIRO

Bogotá D.C, veinticuatro (24) de noviembre de dos mil dieciséis (2016)

Radicación número: 52001-23-33-000-2015-00841-01

Actor: NEIL MAURICIO BRAVO REVELO

Demandado: MIGUEL ALEJANDRO HUERTAS ERAZO – CONCEJAL DE IPIALES (NARIÑO) PERIODO 2016-2019

Asunto: Fallo de segunda instancia que revoca la sentencia de la autoridad judicial de primera instancia que declaró la nulidad del acto acusado, y en su lugar, niega las pretensiones de la demanda debido a que la Sala encontró que en el curso del proceso no se probó que la prohibición de doble militancia en la modalidad de apoyo que se atribuía al demandado se hubiese desarrollado durante la campaña electoral.

Extracto: “(...) Lo primero a señalar es que está demostrado que el demandado aspiraba a ser elegido como Concejal del municipio de Ipiales por el Partido Opción Ciudadana así consta en: **i)** en el acto acusado (fls. 21-31); **ii)** el aval otorgado por dicha colectividad al señor Huertas Erazo para que inscribiera su candidatura para la citada dignidad (fl.38) y **iii)** el formulario de inscripción al Concejo Municipal de Ipiales E-6 presentado por el partido Opción Ciudadana (Fl.39), razón por la que no cabe duda que el señor Miguel Alejandro Huertas Erazo sí puede ser sujeto de la modalidad de doble militancia que se le atribuye, pues aspiraba a ser elegido como miembro de una corporación pública.

(...)

Es de señalar que está demostrado que el partido Opción Ciudadana no tenía un candidato propio a la alcaldía de Ipiales, pues para el referido cargo la citada organización no inscribió, ni avaló a ningún candidato. No obstante, el Actor sostiene que el señor Huertas Erazo sí puede ser sujeto de la conducta que se le atribuye, toda vez que el partido del demandado celebró un “acuerdo de adhesión” con Cambio Radical con el objeto a apoyar al señor Yesid Cuarán Castro.

Como quedó expuesto en los antecedentes, tanto en su recurso, como en la contestación de la demanda, el señor Huertas Erazo puso en duda la validez del “acuerdo de adhesión” ya que, a su juicio, aquel no se encuentra ajustado a lo dispuesto por el artículo 29 de la Ley 1475 de 2011. Así pues, la Sala entrará a determinar si el “acuerdo” se encuentra ajustado o no a lo dispuesto en el ordenamiento jurídico, solo en el evento en que se demuestre que después de su fecha, el demandado apoyó a otro candidato, pues de lo contrario establecer dicha conformidad se tornaría inane para la resolución de la controversia que nos ocupa.

(...)

(...) para la Sala no cabe duda que se encuentra plenamente acreditado que el Partido Opción Ciudadana, de forma libre y autónoma, decidió apoyar la candidatura del señor Cuarán Castro a la Alcaldía de Ipiales, pues de las pruebas antes analizadas, esto es, del documento contentivo del “acuerdo de adhesión”, así como de los testimonios de la señora Rivera Burbano y del señor Paz León se desprende que tal colectividad decidió acompañar al partido Cambio Radical en su aspiración por la alcaldía de la citada entidad territorial, y en ese sentido dio una directriz a sus miembros y candidatos.

*Decantado lo anterior es de señalar que para considerar que el demandado incurrió en doble militancia y anular su elección, debió haberse demostrado en el presente proceso que apoyó a un candidato distinto al que su partido había decidido acompañar. Esto significa que debe estar probado que la conducta se realizó con **posterioridad** a la directriz dada por Opción Ciudadana, pues solo a partir de esa pauta se puede afirmar que el citado partido tuvo un candidato a la alcaldía de Ipiales. La Sala anticipa que dicho elemento no fue acreditado en el proceso, tal y como se explicará en los párrafos siguientes:*

Lo primero a establecer es la fecha en la que el partido Opción Ciudadana decidió acompañar al señor Cuarán en su candidatura. Respecto a este punto obra en el expediente tanto prueba testimonial, como prueba documental.

(...)

Es de anotar que aunque los testigos concuerdan en que la directriz del partido Opción Ciudadana se dio a conocer el día del lanzamiento de la campaña del señor Cuarán en la ciudad de Ipiales, lo cierto es que no es posible establecer la fecha en la que dicho evento se realizó, pues en el expediente no obra ninguna prueba al respecto.

Sin embargo, del documento denominado “acuerdo de adhesión” se desprende que el Partido Opción Ciudadana dio la directriz de apoyar la candidatura del señor Cuarán Castro el 25 de septiembre de 2015, pues en él se lee: “para constancia se firman tres ejemplares con destino a las dos organizaciones políticas y al candidato avalado. Dado en Ipiales a los 25 días del septiembre de 2015”¹.

*Abora bien, incluso si se tomara como válida la fecha consignada en el “acuerdo de adhesión” y se concluyera que fue en ese momento en el que partido Opción ciudadana optó por apoyar la candidatura a la alcaldía del señor Yesid Cuarán, lo cierto es que **no** existe prueba alguna de que la conducta atribuida, se haya realizado con posterioridad a ese término (...) [del análisis de las pruebas obrantes en el expediente] no cabe duda que **no** existe prueba ni testimonial, ni documental que permita establecer si el demandado incurrió en la prohibición de doble militancia endilgada, habida cuenta que no está demostrado que aquel apoyó al señor Arturo Ortega después de la instrucción de su partido de apoyar al candidato Yesid Cuarán Castro [es decir, despyes del 25 de septiembre de 2015]. En consecuencia, es evidente que tiene razón el recurrente cuando sostiene que la conducta endilgada no fue debidamente probada.”*

Decisión: “REVOCAR la sentencia del 23 de septiembre de 2016 a través de la cual el Tribunal Administrativo de Nariño declaró la nulidad del acto a través del cual se eligió al señor Miguel Huertas Erazo como Concejal del municipio de Ipiales (N) para el periodo 2016-2019, y en su lugar dispone: NEGAR las

1 Folio 36 del expediente

pretensiones de la demanda de nulidad electoral formulada por el señor Neil Mauricio Bravo Revelo, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

NEGAR la petición del demandado relacionada con la condena en costas al Actor.

DEVOLVER al Tribunal de origen para lo de su cargo.”

LUCY JEANNETTE BERMÚDEZ BERMÚDEZ
Presidenta

ROCÍO ARAÚJO OÑATE
Consejera de Estado
CARLOS ENRIQUE MORENO RUBIO
Consejero de Estado
ALBERTO YEPES BARREIRO
Consejero de Estado

* * *

CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCIÓN QUINTA

Consejero ponente: ALBERTO YEPES BARREIRO

Bogotá, D.C., primero (1) de diciembre de dos mil dieciséis (2016)

Radicación número: 68001-23-33-000-2016-00131-02

Actor: LUIS JOSÉ ESCAMILLA MORENO

Demandado: ROBIEL BARBOSA OTÁLORA – PERSONERO DE FLORIDABLANCA – PERIODO 2016 – 2019

Asunto: Sentencia de segunda instancia que confirma la decisión de declarar la nulidad de la elección del demandado por expedición irregular del acto como consecuencia de las arbitrariedades cometidas en la realización de la entrevista de los candidatos.

Extracto: “(...) Por medio de la Ley 1551 de 2012 se dictaron normas para modernizar la organización y el funcionamiento de los municipios. Así, el artículo 35 modificó el 170 de la Ley 136 de 1994 para establecer que la escogencia de los personeros se haría por concurso público de méritos.

El Decreto 2485 de 2014 fijó los estándares mínimos para dicho concurso y, en lo que respecta a la entrevista, señaló que, junto con la prueba de conocimientos académicos, la evaluación de competencias laborales, la valoración de los estudios y experiencia que sobrepasen los requisitos del empleo, hace parte de las pruebas, las cuales tienen como finalidad “apreciar la capacidad, idoneidad y adecuación de los aspirantes, así como establecer una clasificación de los candidatos respecto a las calidades requeridas para desempeñar con efectividad las funciones del empleo.” (Negrilla añadida). También dispuso que tendría un valor no superior al 10%, sobre el total de valoración del concurso (Art. 2).

Si bien la entrevista corresponde a una fase subjetiva del concurso para la designación de los personeros, y en este sentido se diferencia de las otras pruebas, cuya medición se hace en términos objetivos, lo cierto es que todas y cada una de las etapas que deben surtir, apuntan a que el mérito sea el principio rector del proceso de selección.

Cabe destacarse que la designación de los personeros mediante concurso fue avalado por la Corte Constitucional en la sentencia C-105 de 2013 aunque no sea un cargo de carrera administrativa, por cuanto: (1) “facilita y promueve la consecución de los fines estatales, en la medida en que su objeto es justamente la identificación de las personas que reúnen las condiciones para ejercer óptimamente el

respectivo cargo, y que por tanto, pueden contribuir eficazmente a lograr los objetivos y metas de las entidades públicas”; (ii) “por tratarse de procedimientos abiertos, reglados y formalizados, en los que las decisiones están determinadas por criterios y pautas objetivas, garantizan los derechos fundamentales de acceso a la función pública, el debido proceso en sede administrativa, y al trabajo”; y (iii) “por excluir las determinaciones meramente discrecionales y ampararse en criterios imparciales relacionados exclusivamente con la idoneidad para ejercer los cargos en las entidades estatales, aseguran la transparencia en la actuación del Estado y el principio de igualdad”.

Ahora bien, en el Acuerdo 012 de 3 de noviembre de 2015 que reglamentó el concurso de méritos para la elección del personero de Floridablanca estableció que la entrevista sería realizada por los 19 concejales que elegirían al personero y cada uno de ellos, previa audiencia, emitiría su calificación para cada aspirante, la cual se debía promediar para asignar el respectivo puntaje. (Art. 4)

De otra parte, la Resolución 083 de 25 de noviembre de 2015 por medio de la cual se convocó al concurso, señaló en su artículo 27 que la entrevista es una prueba de carácter clasificatorio, que tiene un peso de 10% sobre el total del concurso y estaría a cargo del concejo que se posesionaría el 1º de enero de 2016.

En el artículo siguiente estableció las obligaciones especiales del concejo municipal en relación con la entrevista, y señaló que dicha corporación debía publicar la fecha, lugar y hora en que se citarían los aspirantes clasificados para presentar la entrevista, al igual que las fechas en que se podían presentar reclamaciones y aquellas en que serían resueltas. Estas publicaciones debían hacerse en la página web del municipio y en las carteleras de la corporación.

En cuanto a la entrevista, esta Sala ha considerado que:

“Ahora bien, en lo que tiene que ver con el contenido propio de las preguntas, las cuales, según el coadyuvante no se dirigieron a verificar las condiciones de cada candidato para dirigir la Registraduría sino a indagar por sus conocimientos, se advierte que ello en nada invalida la formulación de las mismas ni la ponderación que de las respuestas otorgadas por los candidatos efectuaron las autoridades con facultad de elección en el caso concreto.

Además, una vez revisada la grabación antes referida se encontró que algunas de las preguntas formuladas a los candidatos fueron del siguiente tenor: “¿cuáles garantías de imparcialidad política y personal va a implementar en el nombramiento de registradores, delegados, visitadores y otros funcionarios con poder decisorio en la Registraduría Nacional del Estado Civil?; en algunos ordenamientos extranjeros existe la posibilidad para las parejas del mismo sexo de integrar a su familia a un menor de edad, por medio de adopción o de la subrogación de bienes ¿cómo considera que deben ser abordadas las solicitudes de registro de niños de parejas del mismo sexo colombianas nacidas en el exterior?; ¿qué elementos contiene el denominado kit de mesa?; ¿qué estrategias propone para evitar los fraudes derivados de la trahumancia electoral?; ¿qué fuentes de financiación para el trabajo de la Registraduría contemplaría abrir, además de las que ya existen?

De la revisión aleatoria de preguntas anteriormente expuesta es claro que las preguntas formuladas a los candidatos a registrador sí cumplieron con el propósito establecido para la entrevista en el artículo 19 del reglamento del concurso, puesto que tenían como propósito conocer las habilidades de los aspirantes para conducir la Registraduría Nacional del Estado Civil, por lo que la acusación del coadyuvante según la cual los candidatos fueron sorprendidos con el tipo de preguntas carece de fundamento.

Sobre el punto, esta Sección debe ser enfática en que el hecho de que se hayan incluido algunas preguntas de conocimientos no implica que por ese hecho no se estuvieran evaluando las capacidades directivas de los candidatos ni que no se pretendiera analizar la experiencia y fortalezas de cada uno para desempeñar el cargo.

Tampoco se encuentra que las preguntas no se hubieran dirigido a evaluar aspectos objetivos de los candidatos necesarios para el desempeño del cargo en cuestión.

En la misma línea debe tenerse en cuenta que las preguntas fueron elegidas al azar por los mismos candidatos lo que desecha de plano la posibilidad de que se intentara manipular la formulación de preguntas respecto de un candidato u otro”¹.

En el presente caso, debe determinarse entonces, si las preguntas que el actor mencionó, atendían a la finalidad de las pruebas del concurso de “apreciar la capacidad, idoneidad y adecuación de los aspirantes, así como establecer una clasificación de los candidatos respecto a las calidades requeridas para desempeñar con efectividad las funciones del empleo.”

Obra en el Radicación el listado de preguntas que elaboró la comisión accidental del concejo designada para tal fin:

“1- CONOCIMIENTOS GENERALES DEL MUNICIPIO

- a- *Explique la historia u origen del nombre del Municipio? (sic)*

2- PROBLEMÁTICA SOCIAL DEL MUNICIPIO

- a- *En Diciembre del año 2014 se profirió un fallo disciplinario de primera instancia el cual fue confirmado en el año 2015 contra un expersonero del Municipio. Quien (sic) lo profirió, porque (sic) razones y el nombre del expersonero? (sic).*
- b- *Que haría usted como Personero de Floridablanca en relación con la problemática del delito y el consumo de sustancias psicoactivas en la población juvenil de Floridablanca.*
- c- *Que estrategias implementaría ud (sic) como personero, para disminuir la violencia de género? Conoce estadísticas?*

3- PAZ Y POSTCONFLICTO

- a- *Considerando en la época de paz y postconflicto, ud (sic) sabe si Floridablanca, se encuentra en la lista de Municipios con minas antipersonas) (sic).*

4- ANTICORRUPCIÓN

- a- *Qué estrategia aplicaría ud (sic) como personero de Floridablanca para combatir el flagelo de la corrupción? (sic)”.*

El actor se refirió de manera específica a las siguientes preguntas: origen o historia del nombre del municipio de Floridablanca y el fallo disciplinario contra un expersonero respecto de las cuales afirmó que carecen de pertinencia ni guardan relación con las funciones, competencias y obligaciones que corresponden a los personeros. El demandado, por el contrario, consideró que dichas preguntas se relacionan con las atribuciones de los personeros.

Para la Sala el conocimiento sobre el origen del nombre del municipio de Floridablanca no permite evidenciar si los candidatos tienen la capacidad, idoneidad y adecuación para desempeñar con efectividad las funciones del empleo, pues ninguna relación se advierte entre el conocimiento de las razones por las cuales el ente territorial se llamó “Floridablanca” y las funciones a desempeñar por los personeros.

Si bien el demandado sostuvo que el personero representa a la sociedad del municipio y debe saber algo de la historia de ella puesto que no es ajena a las funciones a desarrollar durante su periodo, la Sala no comparte dicha apreciación pues, en términos generales, los personeros ejercen las funciones

1 Consejo de Estado, Sección Quinta, sentencia de 12 de mayo de 2016, Exp. 11001-03-28-000-2015-00059-00, C.P. Carlos Enrique Moreno Rubio.

del Ministerio Público que les confieren la Constitución Política y la ley, así como las que reciba por delegación de la Procuraduría General de la Nación (art. 118 CN y 160 Ley 136 de 1994).

A la misma conclusión se arriba, si se examinan las funciones que de manera detallada la Ley 136 de 1994 le asigna a los personeros (...)

En efecto, no se requiere saber el nombre de la persona que fue sancionada y las razones por las cuales lo fue, para que un personero pueda cumplir a cabalidad con las funciones que le fueron atribuidas.

Para el demandado, dicha pregunta permite mostrar el conocimiento sobre derecho disciplinario; el juez natural del personero sancionado, las cuales a su juicio, son funciones que objetivamente analizadas son propias de un personero municipal.

Al respecto la Sala pone de presente que la pregunta no fue formulada en términos generales, es decir, como afirma el recurrente, referida a los conocimientos sobre derecho disciplinario, sino que a los concursantes se les preguntó por un caso particular y concreto, en la medida en que no solo se les indagó por las razones de la sanción disciplinaria de una persona, sino que además se exigió la identificación de ese funcionario, lo cual, no guarda relación con las funciones atribuidas a los personeros.

Si bien la entrevista corresponde a una fase subjetiva del concurso de méritos para la elección de los personeros, y por tanto está sujeta a la discrecionalidad de los evaluadores, dicha facultad no es ilimitada y por ende, no puede resultar arbitraria. Por consiguiente, las preguntas realizadas deben atender la finalidad que el Decreto 2485 de 2014 estableció.

Por ello, aunque las respuestas no necesariamente deben valorarse en términos de correcto-incorrecto pues dependen de la subjetividad de los concejales, estos están sujetos a la razonabilidad, que constituye el límite de estas facultades.

En ese orden, es plausible la argumentación del Tribunal referida a que resulta llamativo que 18 de los 19 concejales bayan calificado al Actor con 1 punto de 100 posibles; y que la diferencia con quienes no asistieron a la entrevista a los que se les asignó 0, sea tan insignificante, por cuanto, bajo las reglas de la sana crítica ello no resulta aceptable y más bien permite evidenciar que, atendiendo la escasa diferencia en la puntuación de la fase objetiva entre Actor y demandado, la calificación asignada al actor tuviera como propósito desplazarlo del primer lugar en la puntuación de manera que el demandado pudiera pasar a ocuparlo, pues como se vio al analizar la incidencia de la calificación en la entrevista, esta tenía la potencialidad de reorganizar la ubicación de los candidatos.

Que a la entrevista se le impongan límites referidos a que las preguntas guarden relación con la finalidad de dicha prueba y que las respuestas sean valoradas a partir de criterios de razonabilidad, no la convierten en una fase objetiva, como alega la apoderada del concejo, sino que de este modo se garantiza de mejor manera que el mérito se imponga en el concurso que se adelanta para la designación de los personeros.

Por lo mismo, tampoco es de recibo ni tiene la entidad suficiente para desvirtuar las conclusiones a las que llegó el a quo y que la Sala comparte, el hecho de que el demandado haya afirmado que el Tribunal no accedió a escuchar a los concejales para tener conocimiento de las razones que tuvieron para imponer la calificación al Actor y que no haya valorado circunstancias igualmente importantes como el saludo, la presentación personal, los gestos, las emociones, la seguridad etc., los cuales son elementos que también deben ser tenidos en cuenta en la calificación integral de la entrevista.

En primer lugar, porque la apelación de la sentencia no es el escenario para plantear reproches sobre el decreto de pruebas, y en segundo lugar, porque esas circunstancias que el demandado considera fundamentales, si bien son importantes, no son los elementos más pertinentes, adecuados o precisos para “apreciar la capacidad, idoneidad y adecuación de los aspirantes, así como establecer una clasificación de los candidatos respecto a las calidades requeridas para desempeñar con efectividad las funciones del empleo”.

Conforme lo expuesto, la Sala considera que la etapa de entrevista realizada en el marco del concurso de méritos para designar al personero de Floridablanca 2016-2019, resultó arbitraria. (...)”

Decisión: “CONFIRMAR la sentencia de 26 de agosto de 2016 mediante la cual el Tribunal Administrativo de Santander declaró la nulidad de la elección de Robiel Barbosa Otálora como personero de Floridablanca 2016-2019, pero por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia. En consecuencia, la declaratoria de nulidad implica la realización de una nueva entrevista en los términos señalados en la parte motiva de esta sentencia.

DEVOLVER al Tribunal de origen para lo de su cargo.”

LUCY JEANNETTE BERMÚDEZ BERMÚDEZ
Presidenta

ROCÍO ARAÚJO OÑATE
Consejera de Estado
CARLOS ENRIQUE MORENO RUBIO
Consejero de Estado
ALBERTO YEPES BARREIRO
Consejero de Estado

* * *

CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCIÓN QUINTA

Consejero ponente: ALBERTO YEPES BARREIRO

Bogotá, D.C., siete (7) de diciembre de dos mil dieciséis (2016)

Radicación número: 47000-23-33-002-2016-00074-02 (Acumulado)

Actor: BELQUIN CRESPO OLIVEROS E IVETH CASTAÑO DUARTE

Demandado: WILFRIDO ENRIQUE GUTIERREZ OSPINO- CONTRALOR DE SANTA MARTA - PERIODO 2016-2019

Asunto: Fallo segunda instancia que revoca la sentencia de la autoridad judicial de primera instancia que negó las pretensiones de la demanda, y en su lugar, declara la nulidad del acto acusado, toda vez que se encontraron acreditados los elementos que configuran la inhabilidad prevista en el inciso 8º del artículo 272 de la Constitución Nacional

Extracto: “Según el inciso 8º del artículo 272 de la Constitución- modificado por el Acto Legislativo N° 02 de 2015- no podrá resultar electo como contralor quien dentro de año anterior a su elección **-elemento temporal-** haya ocupado cargo público del “nivel ejecutivo” **-conducta proscrita-** del orden departamental, distrital o municipal **-elemento territorial-**.

Ahora bien, debe recordarse que frente la interpretación de cada uno de estos elementos las partes tienen postura diferentes. Por ello, corresponde a esta Sala Especializada determinar su alcance a efectos de dilucidar si tal como afirman los recurrentes aquellos se encuentran acreditados en el caso concreto.

La conducta prohibitiva

*(...) Esta Sección, en aplicación de una interpretación sistemática del régimen de inhabilidades, ha entendido que la expresión “nivel ejecutivo” contenida en el inciso 8º del artículo 272 Constitucional **incluye** también a los niveles superiores. Específicamente en sentencia del 11 de agosto de 2016 la Sala Electoral determinó:*

“en el caso concreto existe una palmaria necesidad lógica y práctica de apartarse parcialmente del tenor literal de la norma que establece la inhabilidad para contralores departamentales referida al ejercicio de cargos del nivel ejecutivo en el año anterior; para entender incluida dentro de la misma el ejercicio de cargos de nivel superior a ese –como el caso del nivel directivo– sin que ello implique o se traduzca necesariamente en una interpretación extensiva de la misma.”¹ (Subrayas fuera de texto)

(...)

*Así las cosas, no cabe duda que una interpretación sistemática y bajo el principio de efecto útil del inciso 8º del artículo 272 de la Constitución impone colegir que “**si el desempeño de un cargo del nivel ejecutivo ha sido considerado por el constituyente como un motivo de inhabilidad para acceder al cargo específico de contralor territorial, con mayor razón lo es el ejercicio de un cargo del nivel directivo, dadas las implicaciones que la categoría del mismo conlleva.**”² (Negritas fuera de texto)*

Elemento territorial

Ahora bien, la inhabilidad objeto de estudio contiene, además, un elemento territorial, toda vez que establece que no podrá ser contralor “quien haya ocupado cargo público en el nivel ejecutivo del orden departamental, distrital o municipal.” (Subrayas fuera de texto) Frente al entendimiento de este elemento, tampoco existe consenso entre las partes del proceso, pues mientras la parte demandada sostiene que el cargo debió ocuparse en el mismo nivel territorial de la contraloría a la que se aspiraba; para la parte Actor, lo que debe tenerse en cuenta es si el contralor elegido puede fiscalizar los recursos de la entidad en la que ocupó el empleo público.

*Es de advertir que la Sala Electoral ha fijado el alcance de este elemento y ha establecido que para que aquel se encuentre materializado debe probarse **simplemente** que el cargo público se ocupó en una entidad del orden departamental, distrital o municipal, **sin que tenga incidencia alguna** la categoría de la entidad territorial en la que se aspira a ejercer contralor; ni si en el ejercicio del cargo de contralor, la persona podrá ejercer control sobre los dineros gestionados por la entidad en la que trabajaba.*

Elemento temporal

De la simple lectura de la inhabilidad objeto de estudio, se colige sin lugar a dudas, que el cargo del nivel ejecutivo en la entidad territorial debió ocuparse dentro del año anterior a la elección. De forma que, para entender por acreditado este elemento deberá probarse que la conducta se desarrolló durante el año anterior a la designación.

Caso Concreto

Conforme a las pruebas obrantes en el Radicación, no cabe duda que en el presente proceso se probó que:

- i. *El señor **Gutiérrez Ospino** fue elegido como Contralor Distrital de Santa Marta por el concejo de la citada entidad territorial tal y como consta en Acta N° 007 del 10 de enero de 2016³.*

1 Consejo de Estado, Sección Quinta, sentencia del 11 de agosto de 2016, radicación 88001-23-33-000-2016-00026-01 CP. Carlos Moreno Rubio. Ddo. Mayla Gayleen Saams Contralora de San Andrés, Providencia y Santa Catalina.

2 Consejo de Estado, Sección Quinta, sentencia del 11 de agosto de 2016, radicación 88001-23-33-000-2016-00026-01 CP. Carlos Moreno Rubio. Ddo. Mayla Gayleen Saams Contralora de San Andrés, Providencia y Santa Catalina.

3 Fl. 13 a 21 Exp.2016-74 y reiterado a Fls. 1 a 9 del Cuaderno Anexo.

- ii. *El demandado se desempeñó como Jefe de la Oficina de Control Interno de la Universidad del Magdalena desde el día 28 de diciembre de 2006⁴, hasta el día 12 de enero de 2016 fecha en la cual el rector de la citada institución aceptó la dimisión por él presentada⁵.*
- iii. *El cargo de “Jefe de la Oficina de Control Interno” es del nivel directivo. Así se desprende no solo de las certificaciones expedidas en el mes de enero de la presente anualidad por la Directora de Talento Humano de Unimagdalena en la que sostiene que dicho empleo es “Directivo, Código 006, Grado 15”⁶, sino también de la Resolución N° 143 de 01 de marzo de 2012 en la que establece que los cargos de “jefe de oficina” son del nivel directivo⁷.*

*Abora bien, aunque en el acto de nombramiento del año 2006 se precisa que el cargo de “jefe de la Oficina de Control Interno” es del nivel asesor, lo cierto es que no se puede perder de vista que mediante Acuerdo Superior N° 017 de 12 de diciembre de 2011 se modificó la estructura interna de la Universidad del Magdalena, razón por la que la Sala, válidamente, puede concluir que en la actualidad el cargo que ocupó el señor **Gutiérrez Ospino** es del nivel directivo.*

- iv. *El cargo de Jefe de la Oficina de Control Interno se ostentó en una entidad del orden departamental, comoquiera que el artículo 3 del Acuerdo N° 012 de septiembre de 2011 -Estatutos de la Universidad del Magdalena- contemplan que aquella “es un ente universitario autónomo del orden departamental, creado mediante Ordenanza N° 005 del 27 de octubre de 1958 (...)”⁸*

Conforme a lo explicado en el acápite 5.2 de esta providencia para el análisis de este punto no es necesario ni determinar si del presupuesto de Santa Marta se destinan recursos para la Universidad del Magdalena por concepto de la estampilla “pro- UNIMAG”, ni si el contralor de dicho distrito tiene competencia para fiscalizar la inversión de los dineros productos de la citada estampilla, pues basta con cerciorarse de que el cargo se haya ocupado en una entidad del orden territorial previsto en el inciso 8° del artículo 272 Superior.

*Así las cosas, no cabe duda que los elementos de la inhabilidad se encuentran plenamente demostrados, ya que: i) el demandado ocupó un cargo del nivel directivo, el cual según lo explicado en el aparte N° 5.1 de esta providencia también se encuentra incluido en la inhabilidad contemplada en el artículo 272 de la Carta Política -conducta proscrita-; ii) dicho cargo se ocupó en una entidad del orden departamental -elemento territorial- y iii) el señor **Gutiérrez Ospino** ocupó el empleo en comento, incluso después de ser elegido como Contralor de Santa Marta, habida cuenta de que su renuncia se aceptó el 12 de enero de 2016, esto es, dos días después de la designación hecha por el concejo distrital -elemento temporal-.”*

Decisión: “DECLARAR no probada la excepción de falta de legitimación en la causa propuesta por el Concejo Distrital de Santa Marta

REVOCAR la sentencia del 22 de agosto de 2016 proferida por el Tribunal Administrativo del Magdalena y en su lugar dispone: DECLARAR la nulidad del acto contenida en el Acta N°007 de 10 de enero de 2016 a través del cual el Concejo Distrital de Santa Marta eligió al señor Wilfrido Enrique Gutiérrez Ospina como Contralor de tal entidad territorial para el periodo 2016-2019. La declaratoria de nulidad implica que el

⁴ Así se desprende tanto del acto de nombramiento en el cargo de Jefe de la Oficina de Control Interno, así como del acta de posesión y de las certificaciones laborales expedidas por la Directora de Talento Humano de la Universidad del Magdalena referenciadas en el texto de esta providencia.

⁵ Fl. 27. Exp.2016-74 reiterado a Fl. 63 del Cuaderno Anexo.

⁶ Fl. 65 del Cuaderno Anexo y Fl. 22 Exp.2016-74.

⁷ Folio 298 del cuaderno anexo

⁸ Folio 212 del Cuaderno Anexo.

Concejo Distrital de Santa Marta deberá elegir a un nuevo contralor de la “lista de elegibles” contenida en la Resolución N° 10 del 7 de enero de 2016.

RECONOCER personería a la abogada María Victoria Castaño Lemus para actuar en representación del Distrito de Santa Marta.

DEVOLVER al Tribunal de origen para lo de su cargo.”

LUCY JEANNETTE BERMÚDEZ BERMÚDEZ
Presidenta

ROCÍO ARAÚJO OÑATE
Consejera de Estado
CARLOS ENRIQUE MORENO RUBIO
Consejero de Estado
ALBERTO YEPES BARREIRO
Consejero de Estado

Índice Analítico – Asuntos Electorales

A

Acceso efectivo a administración de justicia.....	59
Acta de escrutinio	110, 126, 290, 356, 384, 441, 579, 606
Acto Administrativo	
Derogado o revocado	77, 80
Definitivo o principal	427, 489
Efectos.....	698
Formalidades.....	537
Publicación.....	479
Pérdida de ejecutoria	138, 302, 413, 427, 532
De trámite, preparatorio o accesorio...74, 176, 186, 234, 426, 441, 449, 456, 489, 492, 493, 560, 608	
Acto electoral.....	93, 107, 148, 177, 201, 219, 225, 288, 293, 297, 302, 305, 306, 318 356, 387, 470, 516, 537, 538, 606, 711
Alternancia en personal de carrera	240
Apocrificidad	166, 290, 606
Asamblea Departamental.....	61, 202, 699, 746, 748
Autonomía Universitaria	85, 92, 280, 435
Aval para inscripción de candidato	101, 105, 140, 291, 334, 337, 338, 341, 347, 349, 448, 451, 604, 654

C

Candidato.....	128, 347
Requisitos para representar comunidades negras.....	412, 415
Carencia actual de objeto	75, 446
Causales de nulidad electoral	
Objetivas	185, 187, 198, 326, 487, 489, 493, 509, 533, 555, 556, 585, 633
Subjetivas	173, 185, 306, 326, 492, 509, 555, 561, 566, 567, 578, 585, 598, 633, 730
Circunscripción electoral.....	306, 326, 730
Coadyuvancia	
Requisitos.....	165, 210
Comisión escrutadora	
Departamental	125, 167, 380
Auxiliar	356
Competencia.....	179, 201, 309, 479
Concejo municipal.....	114, 531, 545, 696
Concurso de méritos convocatoria pública.....	221, 359, 389, 463, 530, 540, 739
Consejo Nacional Electoral.....	67, 101, 145, 147
Consejo Superior Universitario.....	85, 93, 722
Consulta interna	101, 404, 589, 654, 674
Contralor.....	60, 63, 112, 135, 158, 202, 219, 312, 314, 389, 422, 530, 531, 559, 574, 604, 696, 699, 745, 756
Contralor General de la República	314
Convocatoria	107, 108, 135, 156, 221, 496, 530, 658, 696, 745
Condiciones de selección, ponderación elección de aspirantes.....	302, 312
Entrevista	752
Representantes de pueblos de pueblos indígenas	245
Publicación de aviso.....	638
Corporación Autónoma Regional.....	522, 712
Autonomía.....	479
Representantes del sector privado.....	128, 150, 410, 411, 421, 424, 628
Postulación de candidatos de comunidades afrodescendientes	663
Proceso de elección de director.....	495, 502, 643, 658

Consejo directivo	128, 150, 249, 261, 273
Elección de alcalde como miembro del Consejo Directivo.....	343
Inhabilidad de Director.....	419
Recusación contra miembro del Consejo Directivo	420
Comité evaluador.....	508
Conformación de los consejos directivos	709
Jurisdicción	668
Corrección, adición y aclaración del fallo	91, 580, 588, 592, 594, 601, 604
Cosa Juzgada.....	375, 515, 589

D

Decreto de pruebas	
Requisitos	524
Validez de documento electrónico	354
Delegación de funciones.....	270
Demanda de nulidad electoral.....	71, 588, 614, 620
Reforma.....	212, 400, 583
Requisitos.....	58
Ineptitud	66, 71
Rechazo	182, 187, 487, 489, 506, 519
Subsanación	185, 506
Derechos Políticos	
Ejercicio y garantía	53, 467
Designación en encargo.....	425
Destrucción de documentos electorales	288
Desviación de poder.....	60
Director del Sena	276
Doble militancia	
Definición.....	427, 440, 442, 454, 470, 580, 682, 707
Por apoyo candidato de otra colectividad	120, 295, 465, 651, 690, 702, 750
En Directivos de los partidos	690
En Grupo significativo de ciudadanos.....	105, 116, 251, 666
Excepción por disolución de movimiento político	53, 105, 116
Modalidades	132, 139
Docente	96, 259, 397, 473, 576, 577, 722

E

Edad de retiro forzoso.....	314, 620
Efectos de la sentencia de nulidad	107
Ex tunc	206, 595, 633, 738
Ex nunc	431, 629, 630, 672, 734
Elección	
De Alcalde	101, 145, 158, 165, 185, 204, 209, 214, 233, 288, 300, 343, 362, 363, 364, 425, 431, 453, 537, 589, 618, 707, 718
De Concejal.....	94, 96, 105, 109, 112, 116, 132, 251, 283, 323, 347, 351, 353, 393, 427, 429, 439, 447, 452, 455, 457, 459, 465, 470, 472, 473, 611, 618, 629, 635, 651, 654, 666, 677, 702, 729, 734, 742, 750
De Contralor general de la republica	314
De Contralor Municipal	135, 158, 312, 388, 389, 696, 756
De Contralor Departamental	422, 441, 699, 745
De gobernador	139, 158, 291, 298, 356, 441, 618
De personero	107, 142, 359, 362, 363, 443, 545, 693, 752, 739
De rector	85, 91, 280, 435, 626, 722
Entidades del sector privado	273

Entidades sin ánimo de lucro	154, 249, 481, 592, 611, 668, 709
Error aritmético	356, 384, 399, 533,
Estatutos	
De partido	101
Universitarios	280
Etapas post electoral	125
Excepción de inconstitucionalidad	261, 314, 573
Excepciones	
De mérito	574
Inepta demanda	66, 71, 165, 176, 187, 199, 222, 219, 492, 513, 540, 550, 555, 557, 560, 568, 578, 596
Indebida acumulación de pretensiones	184, 509, 532, 534, 555, 559, 560, 567, 586
Falta de integración del petitum	176, 596
Mixtas	71
Carga probatoria	513
Trámite	513
Expedición irregular	60, 128, 302, 314, 479, 522, 592, 611, 626, 638, 643, 663, 668, 684, 752
Experiencia profesional	162

F

Falsa motivación	92, 306, 412, 414, 492, 606
Falsedad Electoral	166, 198, 606, 607, 609, 703
Favorecimiento electoral	180, 191, 224, 314, 327, 334
Firmas	101, 105, 253, 406, 721
Formularios electorales	
Diferencia E14 24.	69, 73, 109, 171, 199, 291, 351, 356, 358, 380, 399, 455, 508, 536, 597, 609
Formulario E8	474
Formulario E6	103, 106, 296, 336, 340, 348, 449, 666, 690, 721, 744, 750
Formulario E11	167, 455, 608
Formulario E26	54, 111, 197, 186, 350, 351, 380, 441, 455, 477, 451, 537, 557
Fraude al sufragante	225

G

Grupo significativo de ciudadanos	55, 101, 105, 116, 121, 124, 134, 251, 474, 556, 666, 721
Genocidio político	60

I

Impedimento	564, 587
Implementación de los acuerdos de paz (ver Plebiscito por la paz)	
Importancia jurídica	145, 210, 371
Incidente de desacato	75, 575
Inelegibilidad	214, 300, 316, 318, 323, 328, 362
Inexequibilidad	119, 302, 309
Inhabilidades	
Caducidad	537
Deber de interpretación objetiva.....	90, 573, 713, 717, 737
Decreto 128 de 1976 artículo 10	280
De alcalde.....	233, 364
De contralor	63, 423
De concejal.....	96, 112, 472
De diputado	263, 729
De edil.....	437, 439
De personero	190, 359, 361, 362, 363, 693
Por desempeño de conjuez.....	314

Por ejercicio de potestad nominadora.....	561, 571, 726
Por ejercicio de autoridad civil o Administrativa directa	291, 300, 314, 500, 756
Por ejercicio de autoridad civil o Administrativa de pariente...112, 118, 233, 255, 323, 452, 446, 447,	457, 472, 514, 614, 617, 618, 630, 729, 734
Por ejercicio de cargo con autoridad civil o administrativa.....	63, 65, 280, 408, 457, 477, 620, 722
Por vínculo matrimonial con quien ejerce autoridad civil o administrativa.....	96, 364, 447, 630
Por incumplimiento de requisitos legales	548, 555, 567
Por intervención de gestión de negocios	263, 677
Por intervención en celebración de contratos.....	95, 291, 298, 359, 431, 432, 528, 530, 635, 677
Por ser beneficiario de pensión de vejez	393
Por la imposición de sanción disciplinaria	429
Renuncia sin tener en cuenta el extremo temporal	620
Reserva legal competencia para fijarlas	261, 419
Término	430
Inscripción de candidato	105, 139, 291, 338, 347, 448, 459, 473, 620, 742
Intervinientes	213, 498
Irregularidades	66, 150, 347, 409, 410

J

Jurisprudencia anunciada.....	196, 622

L

Legalidad de acto administrativo (Ver Principio de Legalidad)	
Legitimación en la causa por activa	149, 553, 568
Legitimación en la causa por pasiva.....	545, 548, 568
Límite temporal de inhabilidad	116, 132, 439, 195, 718
Lista de elegibles.....	699

M

Mecanismos de participación.....	215, 225, 437, 647, 655
Medida cautelar	
De urgencia.....	179, 225
Ejecutoria	196
Suspensión Provisional	477, 484, 498, 502, 505, 582
Medio de control de nulidad electoral	
Caducidad de la acción.....	119, 196, 222, 404, 487, 489, 519, 538, 583
Estudio de legalidad.....	92, 491, 493, 534, 544, 577, 596, 602
Medio Idóneo	60, 110, 145, 148, 537
No procede el desistimiento.....	79
No requiere caución	172, 225
Método de afectación porcentual	109
Modificación de la lista de candidatos	413
Movimientos políticos.....	53, 68, 101, 105, 116, 251, 580, 589

N

Nombramiento.....	179, 188
Cargo de nivel asesor, profesional Técnico	218, 576
De director de organismo de tránsito.....	442
De magistrado.....	179, 200, 308
De secretaria ad hoc en superintendencia	217
En provisionalidad ..	266, 308
Prohibición de intervenir en postulación propia	180, 191

Notificación por aviso	183
Nulidad de acto de contenido electoral.....	306
Nulidad de la sentencia.....	205
Nulidad por indebida notificación	598
Nulidad procesal.....	217

O

Organizaciones del sector privado	150

P

Partidos políticos	58, 59, 101, 103, 121, 140, 147, 251, 581, 598, 673, 674, 682, 684, 719, 750
Pérdida del cargo.....	145, 149
Pérdida de efectos del acto de elección.....	200
Periodo institucional de alcaldes y Gobernadores	214
Postulación	150
Precedente.....	214, 334, 341, 450, 602, 620, 707
Plebiscito por la paz.....	215, 225
Presunción de legalidad	407
Principios.....	63
De autonomía universitaria	435, 280
De preclusividad ventualidad	545
Pro homine	91, 620
Proporcionalidad de la sanción	145
Confianza legítima	214, 620
De legalidad	80, 200, 314
De eficacia del voto.....	351
De publicidad.....	142
Proceso de escrutinio.....	125
Proceso Electoral	
Trámite especial	71, 77, 172, 185, 187, 193, 194, 198, 206, 209, 211, 270, 362, 400, 402, 483, 485, 492, 548, 553, 600, 606, 633, 737
Proselitismo.....	281

R

Reclamación electoral.....	109, 125
Recurso de apelación	
Procedencia.....	71, 204, 574
Recurso de súplica.....	484, 515
Recurso de unificación de jurisprudencia.....	364
Recurso extraordinario de revisión	707
Reelección	
De personero	363
De rector	85
Renuncia	120, 191, 200
Representante legal de partido	216
Representantes de comunidades indígenas	245
Requisito de Procedibilidad	66, 165, 176, 197, 198, 398, 506, 535, 596
Requisitos legales, académicos profesionales de candidato.....	81, 128, 150, 154, 162, 249, 273, 276, 444, 481, 679
Reserva de ley.....	261
Resultado electoral	
Elemento cuantitativo de mutación.....	230

S

Sabotaje.....	288
Sentencia de Unificación	373, 145, 515, 409, 364, 620
Sentencia Inhibitoria.....	270
Servidor público.....	614
Sistema de votación.....	288
Sistema oral	
Audiencia inicial.....	545
Subdelegación	602
Suspensión provisional	53, 63, 75, 172, 174, 188, 202, 209, 213, 221, 397, 477, 479, 481, 484, 495, 502, 508, 522, 528, 530, 540, 561, 712
Efecto	397, 196, 373
Sustentación.....	193, 195, 201
Sustracción de materia	77, 446

T

Tacha de falsedad.....	702
Tercero interviniente	
Facultades	213
Terminación del proceso	197, 535, 566
Por abandono.....	183, 482
Topes de ingresos y gastos de campaña electoral.....	145, 418

V

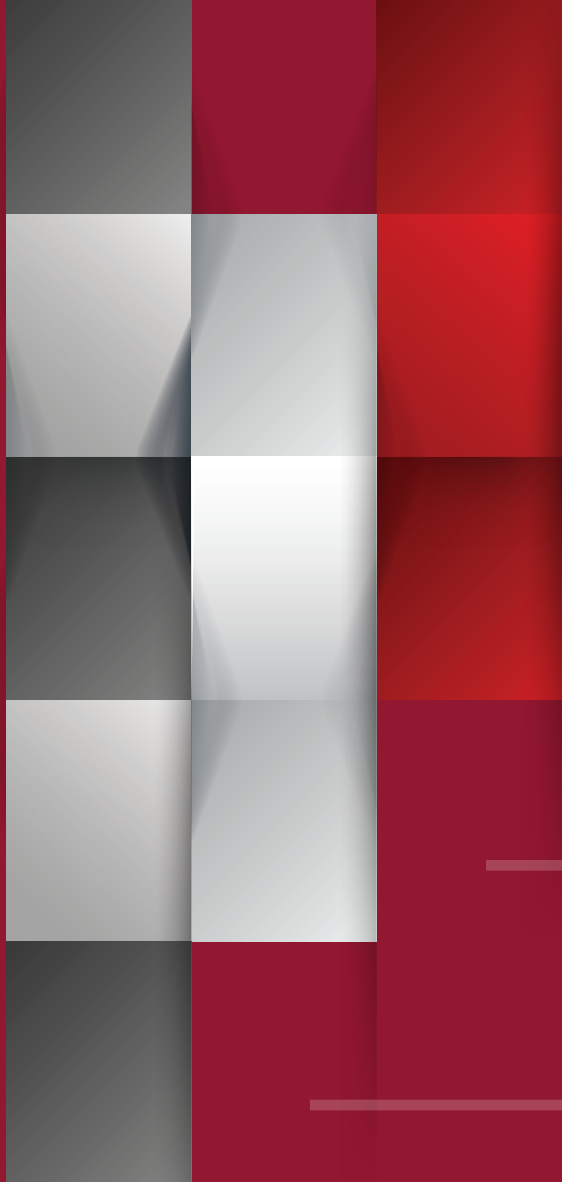
Vacancia.....	179, 240, 266, 374, 416, 446, 727
Valoración probatoria.....	142
Vicio de procedimiento	215, 531
Violencia	288, 225, 223, 230
Violación al límite de gastos de campaña.....	147
Voluntad electoral.....	606

Y

“Yo te elijo, tú me eliges” (Ver Favorecimiento electoral)



Bogotá, D. C., Colombia





Asuntos Constitucionales

Sección Quinta

Rendición de Cuentas 2016



Tomo II



Asuntos Constitucionales

Sección Quinta

Rendición de Cuentas 2016

Tomo II



República de Colombia

Consejo de Estado

Sección Quinta

Rendición de Cuentas 2016

Lucy Jeannette Bermúdez Bermúdez

Presidenta

Rocío Araújo Oñate

Consejera de Estado

Carlos Enrique Moreno Rubio

Consejero de Estado

Alberto Yepes Barreiro

Consejero de Estado

Portada

“Alegoría a la Justicia”

Óleo sobre lienzo

Luis Alejandro Velandía Villa

Diseño e impresión

Imprenta Nacional de Colombia

Bogotá, Colombia

ISSN: 2538-9564

Publicación realizada con el apoyo
del Consejo Superior de la Judicatura.

Contenido

AGRADECIMIENTOS	11
PRESENTACIÓN	15
ACCIONES DE TUTELA	17
SENTENCIAS	19
Rocío Araújo Oñate	
Radicación número: 11001-03-15-000-2015-03318-00(AC) Actor: Pensiones de Antioquia Demandado: Tribunal Administrativo de Antioquia Tema: Acción de tutela contra providencia judicial. Precedente en relación con el Ingreso Base de Liquidación en el régimen de transición.	19
Radicación número: 11001-03-15-000-2016-00426-00(AC) Actor: Diana Lizzeth León Lozada Demandado: Nación, Rama Judicial, Consejo Superior de la Judicatura, Sala Administrativa, Dirección Ejecutiva Seccional de Administración Judicial de Tunja y otro Tema: Estabilidad laboral reforzada de mujer en estado de embarazo.....	25
Radicación número: 25000-23-41-000-2015-00873-01(AC) Actor: Comunidad Muisca de Bosa Demandado: Nación, Ministerio del Interior y otros Tema: Requisito de subsidiaridad. Derecho a la consulta previa.	29
Radicación número: 68001-23-33-000-2016-00593-01(AC) Actor: Diana Carolina Correa Bastidas Demandado: Nación, Ministerio de Salud y de la Protección Social, Departamento de Santander, Empresa Colombiana de Petróleos y Policlínica de Ecopetrol Hospital Ismael Rincón S.A. Tema: Servicio social obligatorio para médicos. Requisito para acceder al título de idoneidad en la carrera de medicina. Procedimiento administrativo que deben cumplir las instituciones prestadoras de salud.....	34
Radicación número: 11001-03-15-000-2014-02171-01(AC) Actor: Nación, Congreso de la República y Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado Demandado: Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección “C” Tema: Acción de tutela contra providencia judicial. Declaratoria de responsabilidad del Estado por el hecho del legislador vulnera el derecho al debido proceso del Congreso de la República pues la sentencia de la Corte Constitucional que declaró la inexequibilidad de la ley tiene efectos hacia futuro.	38

Radicación número: 11001-03-15-000-2016-00532-01(AC)
Actor: Nación, Ministerio del Interior
Demandado: Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección “A”
Tema: Acción de tutela contra providencia judicial. Idoneidad del recurso extraordinario de revisión como medio eficaz de defensa. Requisito de subsidiariedad. 43

Radicación número: 11001-03-15-000-2015-03509-01(AC)
Actor: Ofelia Romero de Herrera
Demandado: Tribunal Administrativo del Tolima
Tema: Acción de tutela contra providencia judicial. Régimen de responsabilidad objetiva a cargo del Estado. Muerte de ciudadano ocasionada con arma de dotación oficial. Inexistencia de certeza en la culpa exclusiva de la víctima. Vulneración del derecho al debido proceso. 48

Lucy Jeannette Bermúdez Bermúdez

Radicación número: 11001-03-15-000-2015-02940-00(AC)
Actor: Magalis Esther Díaz de Celedón
Demandado: Tribunal Administrativo de La Guajira
Tema: Acción de tutela contra providencia judicial. Conteo del término de caducidad de la acción ejecutiva cuando el título valor es una sentencia judicial. 55

Radicación número: 11001-03-15-000-2015-03216-00(AC)
Actor: Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social - UGPP
Demandado: Tribunal Administrativo de Santander y otro
Tema: Acción de tutela contra providencia judicial. Cálculo de la Bonificación por servicios prestados como factor salarial para determinar el Ingreso Base de Liquidación. 60

Radicación número: 08001-23-33-000-2015-00589-01(AC)
Actor: Elías Antonio Manotas De la Hoz
Demandado: Ministerio de Vivienda, Ciudad y Territorio y otros
Tema: Vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva por carga desproporcionada impuesta a empleado de la Empresa de Servicios Públicos Domiciliarios Asosasa, a quien no se le ha efectuado el pago del derecho laboral reconocido mediante providencia judicial, por estado de insolvencia de la empresa. 68

Radicación número: 11001-03-15-000-2016-00367-00(AC)
Actor: Capitolino Aguirre Agudelo
Demandado: Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Segunda, Subsección “D” y otro
Tema: Acción de tutela contra providencia judicial. Medida de protección extraordinaria: Juez constitucional prescinde del análisis de las providencias judiciales cuestionadas por no ser el mecanismo idóneo para la protección de los derechos fundamentales del actor. Con efectos definitivos, dadas las condiciones de vulnerabilidad del actor en cuanto a edad, salud y pobreza, se ordena a la UGPP el cumplimiento de la sentencia declarativa que dispuso reliquidar la pensión e indexar la primera mesada, entre otros aspectos. 73

Radicación número: 11001-03-15-000-2016-00552-00(AC)
Actor: Rafael Fernando Bermúdez Llanos y otros
Demandado: Tribunal Administrativo del Huila
Tema: Acción de tutela contra providencia judicial. Oportunidad legal de terceros con interés para intervenir en defensa de la constitucionalidad y legalidad del acuerdo municipal objeto de control abstracto por parte del Tribunal Administrativo. 87

Radicación número: 11001-03-15-000-2015-03250-01(AC)
Actor: Carmen Diana Arzuaga Rodríguez

Demandado: Tribunal Administrativo del Cesar Tema: Acción de tutela contra providencia judicial. Defecto sustantivo por indebida aplicación de la norma que prevé la caducidad de la acción de reparación directa.....	92
Radicación número: 11001-03-15-000-2015-02509-01(AC) Actor: Consorcio Luís Héctor Solarte Solarte y Carlos Alberto Solarte Solarte Demandado: Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Cuarta, Subsección “A” Tema: Ausencia de defecto sustantivo por adecuada aplicación de normas procesales sobre la notificación por medios electrónicos.	97
Radicación número: 11001-03-15-000-2015-02667-01(AC) Actor: Ever Trujillo Matta Demandado: Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección “C” Tema: Acción de tutela contra providencia judicial que decidió el recurso extraordinario de revisión. Análisis de la causal de prueba recobrada del recurso extraordinario de revisión. Amparo de los derechos de acceso a la administración de justicia y a la tutela judicial efectiva. Se ordena dejar sin efectos la providencia judicial que resolvió la acción de reparación directa -sentencia objeto de revisión- para que al proferirse una nueva decisión se valore la corrección del dictamen pericial.	102
Radicación número: 11001-03-15-000-2015-03378-01(AC) Actor: Juan José Bernal Jiménez Demandado: Tribunal Administrativo de Boyacá , Sala de Descongestión Tema: Acción de tutela contra providencia judicial. Vulneración del derecho al debido proceso. Régimen de transición fijado por la Ley 10 de 1990 y su Decreto Reglamentario No. 1399 de 1990 atinentes a la reorganización del Sistema Nacional de Salud.	109
Radicación número: 11001-03-15-000-2016-01547-00(AC) Actor: M.S. Construcciones S.A. Demandado: Tribunal Administrativo del Cesar Tema: Acción de tutela contra providencia judicial. Vulneración del derecho al debido proceso y al acceso a la administración de justicia. Defecto sustantivo por indebida aplicación normativa del artículo 43 del CPACA. Liquidación individual por concepto de contribuciones parafiscales.....	114

Carlos Enrique Moreno Rubio

Radicación número: 11001-03-15-000-2015-03462-00(AC) Actor: Municipio de Mutatá - Antioquia Demandado: Tribunal Administrativo de Antioquia Sala de Descongestión Tema: Acción de tutela contra providencia judicial. Defecto sustantivo por indebida aplicación del artículo 138 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo. Vulneración del derecho al debido proceso. Procedencia excepcional del medio de control de simple nulidad para demandar la legalidad de actos de carácter particular.	121
Radicación número: 11001-03-15-000-2015-01181-01(AC) Actor: Armando Arévalo Varela Demandado: Tribunal Administrativo del Meta y otro Tema: Acción de tutela contra providencia judicial. Incumplimiento de los requisitos para obtener el reconocimiento de la pensión gracia.....	124
Radicación número: 11001-03-15-000-2014-03668-01(AC) Actor: CEETTV S.A Demandado: Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección B	

Tema: Acción de tutela contra providencia judicial que resuelve el recurso de anulación. Vulneración del derecho al debido proceso por falta de competencia del juez del recurso de anulación para declarar la nulidad absoluta de la cláusula.....	126
Radicación número: 11001-03-15-000-2015-02646-01(AC)	
Actor: P & J Ltda. en liquidación	
Demandado: Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección C	
Tema: Acción de tutela contra providencia judicial. Ausencia de defecto procedimental. Sentencia inhibitoria por indebida escogencia de la acción.	130
Radicación número: 76001-23-33-000-2016-00356-01(AC)	
Actor: Luz Mar Obando, en representación de su hija menor	
Demandado: Nación, Ministerio de Educación Nacional y otro	
Tema: Programa de alimentación escolar. Se ampara derecho a la educación de menor en situación de discapacidad.....	134
Radicación número: 11001-03-15-000-2016-01187-00(AC)	
Actor: Aránzazu Castro Córdoba	
Demandado: Tribunal Administrativo del Huila y otro	
Tema: Acción de tutela contra providencia judicial. Vulneración del derecho de acceso a la administración de justicia. Eventos en que procede el rechazo de la demanda. Prueba de la remisión de la petición como requisito para la configuración del acto ficto o presunto.	138
Radicación número: 11001-03-15-000-2015-03436-01(AC)	
Actor: Nación, Ministerio de Defensa, Ejército Nacional	
Demandado: Tribunal Administrativo del Chocó	
Tema: Acción de tutela contra providencia judicial. Medidas de reparación no pecuniarias por masacre de Bojayá. Vulneración del derecho al debido proceso. Defecto sustantivo por inadecuada aplicación normativa.	141
Radicación número: 11001-03-15-000-2016-01346-00(AC)	
Actor: Juan Gabriel Vera García y otros	
Demandado: Tribunal Administrativo de Bolívar, Sala de Decisión Escritural No. 002	
Tema: Acción de tutela contra providencia judicial. Indebida valoración probatoria. Testigo de oídas como medio de convicción relevante.	147
Radicación número: 11001-03-15-000-2016-00706-01(AC)	
Actor: Yasmín Cuervo Rodríguez y otros	
Demandado: Tribunal Administrativo de Caquetá	
Tema: Acción de tutela contra providencia judicial. Vulneración del derecho al debido proceso por indebida valoración probatoria. Defecto fáctico por análisis inadecuado del dictamen de balística.	151
Radicación número: 11001-03-15-000-2015-03406-01(AC)	
Actor: José Miller Ledezma Martínez y otros	
Demandado: Tribunal Administrativo del Cauca y otros	
Tema: Acción de tutela contra providencia judicial. Omisión en la valoración probatoria de una prueba testimonial.	154
Radicación número: 11001-03-15-000-2016-02853-00(AC)	
Actor: José Abel Nova Guerrero	
Demandado: Sala de Decisión 1 de Oralidad del Tribunal Administrativo de Boyacá	
Tema: Acción de tutela contra providencia judicial. Indebida valoración probatoria. Insuficiencia de la prueba indiciaria para desvirtuar formalidades y solemnidades contractuales.....	156

Radicación número: 11001-03-15-000-2015-03174-01(AC)
 Actor: Fondo Pensional de la Universidad Nacional
 Demandado: Tribunal Administrativo de Antioquia
 Tema: Principio de confianza legítima. Ingreso Base de Liquidación. Fuerza vinculante de las decisiones de la Corte Constitucional. 159

Alberto Yepes Barreiro

Radicación número: 11001-03-15-000-2015-03258-00(AC)
 Actor: Manuel Antonio Velásquez Basto y otros
 Demandado: Tribunal Administrativo del Valle del Cauca
 Tema: Acción de tutela contra providencia judicial. Defecto fáctico. Pérdida de oportunidad. 169

Radicación número: 70001-23-33-000-2016-00057-01(AC)
 Actor: Defensor del Pueblo de Sucre
 Demandado: Ministerio de Salud y de la Protección Social y otros
 Tema: Tutela que ampara los derechos a la vida, a la salud y a la dignidad humana de los internos del Establecimiento Penitenciario y Carcelario de Mediana Seguridad de Sincelejo. . 174

Radicación número: 11001-03-15-000-2015-03146-01(AC)
 Actor: Ricardo Villarraga Franco y otros
 Demandado: Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Tercera, Subsección “C” en Descongestión y otro
 Tema: Acción de tutela contra providencia judicial. Valor probatorio a los reportajes y noticias difundidos por los medios de comunicación..... 179

Radicación número: 11001-03-15-000-2016-01470-00(AC)
 Actor: Gloria Amaya González
 Demandado: Tribunal Administrativo del Meta y otro
 Tema: Acción de tutela contra providencia judicial que ampara el derecho fundamental de acceso a la administración de justicia de una integrante de un resguardo indígena ubicado en la selva e incomunicado, que no tuvo la oportunidad de corregir la demanda de reparación directa en tiempo. 184

Radicación número: 50001-23-33-000-2016-00507-01(AC)
 Actor: Resguardo Indígena Alto Unuma - Meta
 Demandado: Nación, Ministerio del Interior y otros
 Tema: Tutela que ampara el derecho a la Consulta Previa del Resguardo Indígena Alto Unuma - Meta y ordena al Ministerio del Interior adoptar medidas de reparación para proteger actualmente y, en lo sucesivo, los derechos de la comunidad..... 188

Radicación número: 13001-23-33-000-2016-00635-01(AC)
 Actor: Defensoría del Pueblo, Regional Bolívar, en representación del Adolescente Aris Bello Martínez
 Demandado: Nación, Ministerio de Educación Nacional y otros
 Tema: Tutela que ampara el derecho a la educación de un aspirante al programa “Ser Pilo Paga 3” 193

Radicación número: 05001-23-33-000-2016-01830-01(AC)
 Actor: José Andrés Cuni Morales y otros
 Demandado: Nación, Ministerio de Relaciones Exteriores y otros
 Tema: Carencia actual de objeto por daño consumado. Caso de vulneración al debido proceso en materia migratoria. Deportaciones realizadas a un grupo de Cubanos. 198

Radicación número: 44001-23-33-000-2016-00155-01(AC)
 Actor: Comunidad Indígena Wayuu El Dividivi

Demandado: Nación, Ministerio del Interior y otros
Tema: Tutela que ampara los derechos fundamentales de la Comunidad actora y ordena al Distrito de Riohacha su indemnización y compensación, además de realizar planes de mitigación y manejo ambiental (suelo, agua y aire), social, económico y cultural, atendiendo al concepto de justicia ambiental en sus dimensiones distributiva y participativa. 202

ACCIONES DE CUMPLIMIENTO

Rocío Araújo Oñate

Radicación número: 25000-23-41-000-2015-02437-01(ACU)
Actor: James Perea Peña
Demandado: Senado de la República
Tema: Implementación de equipos y sistema de bajo consumo de agua. Incumplimiento de la norma por parte del Senado de la República 209

Radicación número: 63001-23-33-000-2016-00099-01(ACU)
Actor: Flor Alba Ospina Henao
Demandado: Instituto Nacional de Vías - INVIAS
Tema: Improcedencia de la acción de cumplimiento por el reconocimiento de derechos subjetivos. 213

Radicación número: 66001-23-33-000-2016-00441-01(ACU)
Actor: Luz Helena Olaya Peláez
Demandado: Ministerio de Hacienda y Crédito Público
Tema: Improcedencia de la acción de cumplimiento por falta de agotamiento del requisito de subsidiariedad. 215

Lucy Jeannette Bermúdez Bermúdez

Radicación número: 25000-23-41-000-2016-00034-01(ACU)
Actor: James Perea Peña
Demandado: Presidente de la República
Tema: Implementación de equipos y sistema de bajo consumo de agua. Incumplimiento de la norma por parte de la Casa de Nariño. 219

Radicación número: 25000-23-41-000-2015-02309-01(ACU)
Actor: Asociación de Trabajadores del Sistema Judicial Colombiano y afines “Asonal Judicial Si”
Demandado: Consejo Superior de la Judicatura, Sala Administrativa
Tema: Improcedencia de la acción de cumplimiento. Ausencia de mandato imperativo. Naturaleza del cargo de director ejecutivo de administración judicial. 223

Radicación número: 15001-23-33-000-2016-00249-01(ACU)
Actor: Helver Francisco Cipagauta Tuta
Demandado: Universidad Pedagógica y Tecnológica de Colombia “UPTC”
Tema: Reajuste del valor de las matrículas de los programas académicos en institución de educación superior. 232

Carlos Enrique Moreno Rubio

Radicación número: 25000-23-41-000-2016-01746-01(ACU)
Actor: William Alexander Rico Coba
Demandado: Nación, Ministerio de Transporte
Tema: Formato único nacional para la licencia de conducción. 237

Alberto Yepes Barreiro

Radicación número: 27001-23-31-000-2015-00090-01(ACU)	
Actor: Armando Valencia Casas	
Demandado: Universidad Tecnológica del Chocó	
Tema: Improcedencia de la acción de cumplimiento por existencia de otro mecanismo de defensa judicial. Solicitud de retirar al Gobernador del Chocó del Consejo Directivo de la Universidad Tecnológica del Chocó.....	240
 Radicación número: 25000-23-41-000-2016-00159-01(ACU)	
Actor: Ana Milena Caballero Morera	
Demandado: Ministerio de Transporte	
Tema: Ordena cumplimiento del artículo 30 de la Ley 1753 de 2015, por la cual se expide el Plan Nacional de Desarrollo 2014-2018 “Todos por un nuevo país”.	245
 Radicación número: 20001-23-33-000-2016-00371-01(ACU)	
Actor: Carlos Andrés Galeso Morales	
Demandado: Unidad Administrativa Especial para la Atención y Reparación Integral a las Víctimas UARIV	
Tema: Ordena cumplimiento de acto administrativo que establece el reconocimiento y pago de una indemnización por vía administrativa al actor.	250

AGRADECIMIENTOS

Los satisfactorios resultados aquí presentados, fueron posibles gracias a la labor desarrollada por los servidores que hicieron parte de la Sección Quinta del Consejo de Estado durante 2016, a quienes agradecemos de manera especial su compromiso y dedicación, sin los cuales no lo habríamos logrado.

DESPACHOS

Lucy Jeannette Bermúdez Bermúdez

Magistrados Auxiliares: Carolina Del Pilar Gaitán Martínez, Claudia Patricia Molano Moncada, *Héctor Fabián Parra Cabrera**, *Alexandra Sandoval Mantilla**

Profesionales Especializados: Fabio Jiménez Bobadilla, José Camilo Ospina Díaz, Jorge Rafael Gómez Ortiz, Edgar Leonardo Bojacá Castro, *Lorena Osorio Bermúdez**

Sustanciadores: Carlos Andrés Vásquez Isaza, Hermann Jasond Torres Erazo, Laura Victoria Del Pilar Sterling Sterling

Oficial Mayor: Diego Andrés Chacón Rojas

Auxiliar Judicial: Alexandra Martínez Aldana

Judicante: Daniela Jiménez Carreño

Conductor: Alcibiades Vásquez Leño, *Jesús Hermides Plaza Anacona**

Alberto Yepes Barreiro

Magistrados Auxiliares: María Andrea Calero Tafur, Sonia Patricia Téllez Beltrán, Samuel Urueta Rojas

Profesionales Especializados: María Camila García Serrano, Mabel Lorena Montero Barbosa, Astrid Carolina Sánchez Calderón, Paula Del Pilar Cruz Manrique, *María Manuela Pérez Garzón**, *Zamira Marcela Gómez Carrillo**

Sustanciadores: Marcela Alexandra Useche Aroca, Estefanía Urbano Mora, Sandra Liliana Vanegas Ángel

Oficial Mayor: Nelly Stephany Mancera Gómez.

Auxiliar Judicial: Isabel Mejía Llano.

Auxiliar Judicial *Ad Honorem*: Mariana Artunduaga Trujillo

Practicantes: Beatriz Helena Falla Cedeño, José Miguel Sanabria, María Alejandra Hernández Muñoz.

Conductor: Javier Ricardo González Burgos.

Rocío Araujo Oñate

Magistrados Auxiliares: Nancy Ángel Müller, Fridole Ballen Duque, Douglas Lorduy Montañez, *Lina Marcela Escobar Martínez**, *Carlos Andrés Ballesteros Serpa**.

Profesionales Especializados: María Cecilia del Río Baena, Clara Inés Moreno Salazar, Diego Fabián Ramírez Monje, Julián Camilo Bazarro Barragán.

Sustanciadores: Ana Isabel Baquero Barriga, Laura Victoria Cruz Ochoa, Leisa Yolima González Díaz.

Oficial Mayor: Diego Nicolás Pardo Motta, *Mauricio Alberto Robayo León**.

Auxiliar Judicial: Lina María Sánchez Cárdenas, *Juan David Aponte González**.

Conductor: Luis Orlando Urrutia Figueredo.

Carlos Enrique Moreno Rubio

Magistrados Auxiliares: Ángela María Arbeláez Cortés, Germán Suarez Castillo, *Luis Fernando Villota Medina**, *Diana Lucía Puentes Tobón*.

Profesionales Especializados: Juan Carlos Andrews Jiménez, *Sonia Milena Vargas Gamboa*, Yenifer Andrea Polanco González, Adriana Mejía Moreno.

Sustanciadores: María Alejandra Salazar Rojas, Oderley Núñez Castro, Johalys Matute Fuentes.

Auxiliares Judiciales: Wilson Jair Correa Barragán.

Oficial Mayor: Miguel Alfredo Pinedo Murgas.

Conductor: Armando Benítez Ramírez.

EQUIPO DE APOYO A LA SALA

Grupo de apoyo Asuntos Electorales y Constitucionales

Magistrados Auxiliares: Diana Cristina Rodríguez Vargas, Ángela Natalia Prieto Vargas. **Sustanciadores:** Daniel Alberto Beltrán Romero, Diego Orlando Cediel Salas, Yull Katherine Venegas Roza, Olga Yámile González Forero, **Auxiliares Judiciales:** Luis Albeiro Rátiva Atara, Flor Nirsá Muñoz, *Anyela Alexandra Santacruz Solarte*, *Lina María Ocampo Suarez*, *José Miguel Galindez Rojas*, *Daniela Villalba Revelo*, *Eliana Moreno Angulo*, *Daniela Jiménez Carreño*, *Laura Juliana Fandiño Cubillos*, *Eduardo Luis Sarmiento Arzuaga*.

Grupo de apoyo Sistema de Gestión de Calidad

Luz Ángela Arteaga Uribe, Leonardo Ernesto Corredor Ramírez, Jenaro Andrés Puerto Valencia, Jairo Nelson Castelblanco Beltrán, Juan Sebastián Gámez Caviedes, *Sebastián Gómez Liévano*, *Nathalia Garnica Roa*, *Gustavo Antonio Delgado Cuellar*, *Yennyfer Myleidi Fiquitiva Russi*, *Nicolasa De Jesús Garay Polo**

Grupo de apoyo tecnológico

Diego Enrique Segura Alfonso, Carlos Eduardo Alarcón Caballero

SECRETARÍA SECCIÓN QUINTA

Secretaria: Ethel Sariah Mariño Mesa

Oficial Mayor: Marco Fidel Rojas Guarnizo

Auxiliares Judiciales: Efraín Alberto Cortés Gordo, Oscar Felipe Losada Yáñez

Escribientes: José Manuel Vidal Vega, *Néstor Antonio Rodríguez Higuera**

Citador: Blanca Cecilia Sánchez Nieto.

SECRETARIA GENERAL:

Secretario General: Juan Enrique Bedoya Escobar, **Equipo de Trabajo:** Juliana Mosquera Correal, Heidy Yurani Barreto Cruz, Blanca Lilia Vela Suarez, Javier Eduardo Vergara Hernandez, Leonardo Vega Velásquez, Amanda Cristina Cerón Rodríguez, Blanca Isabel Rodríguez Uribe, Diego Mario Gómez Torres, Jeimy Tatiana Casas Mora, María Doris Buitrago Bermudez, Javier Emilio Castellanos Sotelo, Juan Sebastián Gómez Aristizabal, Jesús Hernando Padilla Guerrero, Alexander Guillermo Pineda Vanegas, Mónica Eliana López Madariaga, Miller Andrés Vásquez Rodríguez, Jhon Jairo Rueda Bonilla, Lorena Carmona Villamarín, Jeimmy Carolina Guerrero Baracaldo, María Alejandra Hernandez Mejía, Luisa Fernanda Pardo Salamanca, Cecilia Esperanza Vega Valcárcel, Carolina Guzmán Quiñones, Juliana Andrea De Los Ángeles Sterling Sterling, Diana Marcela Mateus Cobos, Juan Carlos Valenzuela Pedraza, Linda Mairena Mojica Alvarado, Cristian Gerardo Arias Aguilar, Jeimy Liliana Noriega Pedraza, Katherin Andrea Barrera Valencia, Gineth Lorena Rico Ayala, Cindy Paola Mendoza Tique, Myriam Yolanda Jiménez Parra, Anna María Fierro Osejo, Juan Sebastián Cano Rico, Jeyson Andrés Forero Sierra, Oscar Javier Miranda Rueda, Thelmo Julián Bolaños Liscano, Neyl Alejandro Vacca Bermudez.

RELATORÍAS

Relatora Sección Quinta: Diana del Pilar Restrepo Nova

Auxiliar Judicial: Diego Andrés Enríquez Arcos, *Jaqueline Contreras Parra**

Judicante: *Yennyfer Myleidi Fiquitiva Russi**

Relatoras de Asuntos Constitucionales: Carolina Valenzuela Cortés, Ingrid Catherine Viasús Quintero, Blanca Ligia Salazar Galeano.

Profesionales: Darwin Goyeneche Ortiz, Lorenza Cortes Rozo, Marcia Aydee Contreras López.

Auxiliares Judiciales: Lucero Valois, Ruth Mariela Romero Carmona, John Milton Fajardo Velásquez.

Escribientes: Jessica Paola Delgado Escobar, Vanessa Millán Páramo, María Camila Vega Torres.

OFICINA DE SISTEMAS

Jefe de Sistemas: Pablo Enrique Moncada Suarez.

Profesionales Universitarios: Zulma Cecilia Moreno Sosa, Henry Montenegro Beltrán.

Operador de Sistemas: Elkin Hernando Torrado Acosta.

Técnico: Jhon Alejandro Zapata Almanza.

Grupo de apoyo: Oscar Enrique Rengifo Cuesta, Julián Alberto Amaya Céspedes.

OFICINA DE PRENSA

Jefe de Prensa: Nancy Lilian Torres Leal.

Profesional Universitario: Giovanni González Lagos, *Maritza Rojas Lagos**

COORDINACIÓN ADMINISTRATIVA

Coordinador Administrativo: Antonio Guillermo Guarín Rojas.

Asistente Administrativo: Alexandra Rodríguez Valencia.

Escribiente Nominado: Rafael Antonio Garzón Verano.

Citador: Carlos Alberto Gaspar Gaviria.

**Servidores que acompañaron parte del año al grupo de trabajo.*

PRESENTACIÓN

El 2016 se convirtió para la Sección Quinta del Consejo de Estado, en el año en que logró alcanzar sus más grandes objetivos: fortalecer el acceso al servicio de administración de justicia, incorporar la rendición de cuentas a nuestra labor cotidiana en atención al principio de transparencia, e ingresar al selecto grupo de las entidades estatales que obtienen la certificación de calidad por todos sus procesos misionales y administrativos, sin la más mínima inconformidad del ente certificador, en este caso Icontec.

Los Consejeros de Estado que conformamos la Sección Quinta: Rocío Araújo Oñate, Carlos Enrique Moreno Rubio, Alberto Yepes Barreiro y, quien la preside, Lucy Jeannette Bermúdez Bermúdez, como jueces pero también como administradores empeñados en el buen gobierno, planeamos al inicio de año la que sería nuestra gestión y gracias al trabajo en equipo logramos todos nuestros objetivos.

Podemos entregar a los ciudadanos, a quienes nos debemos, nuestro informe de gestión con indicadores absolutamente satisfactorios como un índice de evacuación real del 94.8%. Hoy les presento una Sección con cero congestión, transparente, más cercana al ciudadano y empeñada en mantenerse inmersa en el proceso de mejora continua que hoy nos permite todas estas satisfacciones.

Incursionamos también en el ámbito internacional y somos parte de la Red Mundial de Justicia Electoral y del Grupo de Trabajo de Jurisprudencia Electoral Americana, pero además logramos vínculos de cooperación con la Agencia de los Estados Unidos para el Desarrollo Internacional – USAID que nos acompaña en algunos de nuestros más importantes proyectos, como verán más adelante.

Entrego además una Sección Certificada en todos nuestros procesos misionales, estratégicos y de apoyo en los que se incluyen los que transversalmente comprometen a toda la Corporación. Nos convertimos en pioneros en el Consejo de Estado al implementar un Sistema de Gestión de Calidad, que para describirlo basta repetir algunas de las palabras de nuestros auditores externos:¹ *Inigualable, ... muy bueno, tan bueno que vale la pena copiarlos.*

Efectivamente así sucedió, con la reciente adhesión de la Presidencia de la Corporación a este ejercicio en el que estamos empeñados hace tres años y su decisión de adoptar todos nuestros documentos para apuntalar su propia certificación, nuestro Sistema demuestra sus bondades.

Este documento que entregamos como informe de gestión, por segundo año consecutivo, es una actividad más de Rendición de Cuentas, porque podemos decir que los colombianos tienen a disposición semanalmente información sobre absolutamente todas las decisiones de la Sección Quinta del Consejo de Estado, completando un proceso que en concepto de Icontec *“marca la diferencia, es un tema innovador y ejemplo para los demás Despachos y las Altas Cortes”*.

En el marco del Sistema de Gestión de Calidad, construimos nuestra visión para 2020: *Ser reconocidos y valorados como el cuerpo colegiado más eficiente y eficaz, con mayor cumplimiento en el ejercicio oportuno de la función que nos compete, contribuyendo de forma óptima y permanente a la modernización, generando resultados que promuevan la confianza ciudadana en la administración judicial.* Apenas concluimos el año 2016 y como podrán observar a lo largo del presente documento, empezamos a lograrlo cuatro años antes de nuestra meta, y estamos orgullosos de ello.

1 Diego de Jesús Londoño Ayran, Auditor Líder y Coordinador Nacional Calidad de la Rama Judicial.





Acciones de Tutela



CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCIÓN QUINTA

Consejera ponente: ROCÍO ARAÚJO OÑATE

Bogotá, D.C., veinticinco (25) de febrero de dos mil dieciséis (2016)

Radicación número: 11001-03-15-000-2015-03318-00(AC)

Actor: PENSIONES DE ANTIOQUIA

Demandado: TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE ANTIOQUIA

Asunto: Acción de Tutela- Primera Instancia. Resuelve la solicitud formulada por el Pensiones de Antioquia, en ejercicio de la acción de tutela consagrada en la Constitución Política, artículo 86, y desarrollada en los Decretos 2591 de 1991 y 1069 de 2015. IBL – sentencias de la Corte Constitucional.

Extracto: “Por ser relevante para el estudio del caso, la Sala considera procedente realizar una comparación, a efectos de establecer la reiteración de la ratio decidendi, en relación con las sentencias C-258 de 2013 y SU-230 del 2015, en los siguientes términos:

Sentencia C-258 de 2013	Sentencia SU-230 de 2015
<i>La Corte precisó que el propósito original del Legislador al introducir el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 [Régimen de transición en pensiones], tal como se desprende del texto de la disposición y de los antecedentes legislativos, fue crear un régimen de transición que beneficiara a quienes tenían una expectativa legítima de pensionarse conforme a las reglas especiales que serían derogadas.</i> <i>Para estas personas, el beneficio derivado del régimen de transición consistiría en una autorización de aplicación ultractiva de las reglas de los regímenes a los que se encontraban afiliados, relacionadas con los requisitos de edad, tiempo de servicios o cotizaciones y tasa de reemplazo.</i>	<i>En esta sentencia la Corte refirió que la Sala Plena de la Corte Constitucional en la Sentencia <u>C-258 de 2013</u> fijó el precedente en cuanto a la interpretación otorgada sobre el monto y el ingreso base de liquidación en el marco del régimen de transición, y por ende, a todos los beneficiarios de regímenes especiales. La sentencia fijó unos parámetros determinados para el régimen especial dispuesto en la Ley 4 de 1992, pero además, estableció una interpretación sobre la aplicación del IBL a los regímenes especiales sujetos a la transición del artículo 36 la Ley 100.</i>

Sentencia C-258 de 2013	Sentencia SU-230 de 2015
<i>El Ingreso Base de Liquidación no fue un aspecto sometido a transición, como se aprecia claramente en el texto del artículo 36 por lo que no existe una razón para extender un tratamiento diferenciado ventajoso en materia de Ingreso Base de Liquidación a los beneficiarios del régimen especial del artículo 17 de la Ley 4 de 1992 [Congresistas y Magistrados de Altas Cortes entre otros]; en vista de la ausencia de justificación, este tratamiento diferenciado favorable desconoce el principio de igualdad.</i> <i>La Corte Agregó que la regla que se viene aplicando de Ingreso Base de Liquidación [Tanto por las Salas de Revisión de la Corte Constitucional como por el Consejo de Estado] conduce a la concesión de beneficios manifestamente desproporcionados, con desconocimiento de los principios de solidaridad e igualdad.</i> <i>El cálculo de las pensiones en ciertos casos con base en dicha interpretación del Ingreso Base de Liquidación condujo a pensiones de una cuantía muy elevada que sólo podían ser financiadas con subsidios públicos más altos, en términos absolutos y porcentuales, que los asignados a las demás pensiones reconocidas en el sistema.</i> <i>Con fundamento en estas razones, la expresión “durante el último año” será declarada inexecutable</i>	<i>En esa oportunidad encontró que el artículo 17 de la Ley 4 de 1992, en su sentido natural y en concordancia con su configuración viviente, resultaba contrario al ordenamiento constitucional por cuanto (i) desconocía el derecho a la igualdad, en armonía con los principios constitucionales de universalidad, solidaridad y eficiencia que rigen un sistema pensional equitativo, (ii) generaba una desproporción manifiesta entre algunas pensiones reconocidas al amparo del artículo 17 de la Ley 4 de 1992 cuando, además, (iii) existía falta absoluta de correspondencia entre el valor de la pensión y las cotizaciones, lo cual conduce a que dicha desproporción excesiva sea (iv) financiada con recursos públicos mediante un subsidio muy elevado.</i> <i>En forma expresa extendió la regla referida al Ingreso base de liquidación en el régimen de transición a todos los empleados públicos y trabajadores oficiales, lo cual hizo en los siguientes términos:</i> <i>“ Aunque la interpretación de las reglas del IBL establecidas en la Sentencia C-258 de 2013 se enmarcan en el análisis del régimen especial consagrado en el artículo 17 de la Ley 4 de 1992, ... ello no excluye la interpretación en abstracto que se realizó sobre el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 en el sentido de establecer que el IBL no es un aspecto de la transición y, por tanto, son las reglas contenidas en este las que deben observarse para determinar el monto pensional con independencia del régimen especial al que se pertenezca”.</i> CONCLUSIONES INCLUIDAS EN LA SENTENCIA <i>Si bien existía un precedente reiterado por las distintas Salas de Revisión en cuanto a la aplicación del principio de integralidad del régimen especial, en el sentido de que el monto de la pensión incluía el IBL como un aspecto a tener en cuenta en el régimen de transición, también lo es que esta Corporación no se había pronunciado en sede de constitucionalidad acerca de la interpretación que debe otorgarse al inciso tercero del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, señalando que el IBL no es un elemento del régimen de transición.</i> <i>En ese sentido, como la Sala Plena tiene competencia para establecer un cambio de jurisprudencia, aún en aquéllos casos en que existe la denominada jurisprudencia en vigor, el anterior precedente interpretativo es de obligatoria observancia.</i>

Aun cuando en esta oportunidad solo se analizan estas dos sentencias, existe otro pronunciamiento, al resolver la nulidad interpuesta contra de la tutela T-078 de 2014, en el que la Corte Constitucional reafirmó la interpretación sobre el artículo 36 de la Ley 100 establecida en la sentencia C-258 de 2013.

4.3 Defecto sustantivo

Se ha establecido que el “...defecto sustantivo¹ se presenta cuando la decisión que toma el juez desborda el marco de acción que la Constitución y la Ley le reconocen, al apoyarse en una norma evidentemente inaplicable al caso concreto, bien sea, entre otras, porque, a pesar de estar vigente y ser constitucional, no se adecua a la circunstancia fáctica a la cual se aplicó, porque a la norma empleada, por ejemplo, se le reconocen efectos distintos a los expresamente señalados por el legislador”²

En ese sentido, la Sección Primera de esta Corporación, en sentencia de 5 de febrero de 2015³, sostuvo que el reconocimiento de un defecto sustantivo no implica que se esté desconociendo la autonomía judicial en la interpretación y aplicación normativa, precisándose que en el uso de dicha facultad, no le es dado a los jueces apartarse de las disposiciones establecidas en el texto constitucional o en la ley.

En el mismo proveído, y frente a la facultad interpretativa del juez, para aplicar el derecho, recogiendo lo que frente a este tema ha señalado la Corte Constitucional en sus pronunciamientos, indicó que los criterios para la configuración del defecto sustantivo son especialmente restrictivos, siendo circunscritos a cuando se observa una actuación abusiva del juez y flagrantemente contraria a derecho⁴.

1 Sentencia T-064 de 2010. M.P. Luis Ernesto Vargas Silva.

2 Consejo de Estado, Sección Primera, sentencia de 5 de febrero de 2015, Exp. No. 11001-03-15-000-2014-01864-01, C.P: Marco Antonio Velilla Moreno.

3 Ídem. Se dijo entonces: “El reconocimiento de la ocurrencia de un defecto sustantivo no significa que se esté desconociendo la autonomía de las autoridades judiciales para interpretar y aplicar las normas jurídicas, por el contrario, se reconoce y resalta la importancia del principio de autonomía e independencia judicial pero se pone de presente que, esa atribución que tienen los jueces, es reglada, emanada de la función pública de administrar justicia, la cual se encuentra limitada por el orden jurídico preestablecido y por la jurisprudencia. Se precisa que, los jueces, pese a su autonomía para elegir las normas jurídicas pertinentes a un caso concreto y determinar su forma de aplicación, para establecer la manera de interpretar e integrar el ordenamiento jurídico, no les es dable apartarse de las disposiciones de la Constitución o la ley. En tal virtud, para administrar justicia deben sujetarse a los contenidos, postulados y principios constitucionales de forzosa aplicación, tales como, el de prevalencia del derecho sustancial sobre las formas, el de favorabilidad, pro homine, entre otros”

4 Se dijo “...la jurisprudencia ha restringido la configuración del defecto sustantivo cuando éste se estructura a partir de la interpretación que el juez ordinario ha dado a la disposición legal, debido a que, le está vedado al juez constitucional configurar el defecto sustantivo a partir de la elección realizada por el operador judicial, cuando la escogencia se ha efectuado entre interpretaciones constitucionalmente admisibles. Al respecto, en la sentencia T-1001 de 2001 la Corte explicó: ‘En materia de interpretación judicial, los criterios para definir la existencia de una vía de hecho son especialmente restrictivos, circunscritos de manera concreta a la actuación abusiva del juez y flagrantemente contraria al derecho. El hecho de que los sujetos procesales, los particulares y las distintas autoridades judiciales no coincidan con la interpretación acogida por operador jurídico a quien la ley asigna la competencia para fallar el caso concreto, o no la compartan, en ningún caso invalida su actuación ya que se trata, en realidad, de “una vía de derecho distinta” que, en consecuencia, no es posible acomodar dentro de los requisitos de procedibilidad de la acción de tutela contra providencias judiciales. De esta manera, queda a salvo, pues, el respeto por el principio democrático de la autonomía funcional del juez que reserva para éste, tanto la adecuada valoración probatoria como la aplicación razonable del derecho.’ Sin embargo, la jurisprudencia constitucional ha reconocido que, en especiales circunstancias sí se da la ocurrencia del defecto sustantivo por interpretación de normas, por lo que en la sentencia T-295 de 2005, determinó que: ‘(...) la interpretación indebida de normas jurídicas puede conducir a que se configure una vía de hecho por defecto sustantivo. Así, en la sentencia T-462 de 2003 (M.P. Eduardo Montealegre Lynett) se expresó al respecto: “En otras palabras, una providencia judicial adolece de un defecto sustantivo (i) cuando la norma aplicable al caso es claramente inadvertida o no tenida en cuenta por el fallador, (ii) cuando a pesar del amplio margen interpretativo que la Constitución le reconoce a las autoridades judiciales, la aplicación

5. Análisis del caso concreto

(...)

3.4.1. Defecto sustantivo alegado

Como se observó en la descripción efectuada en el acápite de antecedentes, la autoridad judicial accionada reconoció la aplicación del precedente consagrado en la SU-230 del 2015, a efectos de aplicar lo relacionado con la edad y el tiempo de servicios para obtener la pensión de jubilación reclamada por la señora Raquel Lucía Franco Betancur, pero consideró que para efectos de establecer el Ingreso Base de Liquidación, era necesario acudir a las normas especiales y anteriores a la Ley 100 de 1993, de manera específica al Decreto 1045 de 1978, considerando para el efecto, una sentencia emitida por la Sección Segunda del Consejo de Estado del año 2010.⁵

En el sentir de este Juez Constitucional, la decisión adoptada por el Tribunal Administrativo de Antioquia desconoce el derecho al debido proceso de la entidad accionante, en tanto tuvo como consecuencia que fueran inaplicadas las normas que resultaban pertinentes para la solución del conflicto expuesto en el proceso ordinario, tal y como fue determinado por la Corte Constitucional en las sentencias C-258 del 2013 y SU-230 del 2015.

Así las cosas, con la decisión judicial atacada se produjo una escisión normativa no avalada por la jurisprudencia constitucional vinculante, dado que la razón de decisión expresada por el Tribunal Constitucional es clara en señalar que el ingreso base de liquidación no fue objeto del régimen de transición consagrado en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, lo que conllevó a que esta última disposición normativa fuera desconocida en preferencia de normas anteriores a la entrada en vigencia de la misma.

Se reprocha entonces en esta instancia de tutela, que el Tribunal accionado haya considerado que la aplicación de las decisiones emitidas por la Corte Constitucional en la materia, eran susceptibles de aplicación parcial, cuando dicha situación resulta plenamente contraria a la fuerza vinculante de las mismas, y a los derechos que se pretenden garantizar con ello, a saber, el debido proceso de quienes acuden ante la jurisdicción, así como a la igualdad y la seguridad jurídica⁶.

Por lo anterior, se encuentra establecido con la suficiencia necesaria, que en el presente caso el Tribunal Administrativo de Antioquia incurrió en un defecto sustantivo por dar aplicación a normas anteriores a la Ley 100 de 1993 –Decreto 1045 de 1978–, la cual resulta constitucionalmente inadmisibles, en tanto se determinó por la Corte Constitucional –en sentencia de constitucionalidad con efectos erga omnes, así como en una providencia con efectos unificadores– que para efectos de la determinación del ingreso base de liquidación, se debe acudir, incluso para los beneficiarios del régimen de transición, a lo dispuesto en el artículo 21 de la Ley 100 de 1993.

En relación con lo expuesto en la sentencia cuestionada, en el sentido de dar aplicación a una decisión de esta Corporación de fecha 4 de agosto del 2010 para efectos de determinar el ingreso base de liquidación sin acoger el criterio de la Corte Constitucional, se considera si en dicho proveído se

final de la regla es inaceptable por tratarse de una interpretación contraevidente (interpretación contra legem) o claramente perjudicial para los intereses legítimos de una de las partes (irrazonable o desproporcionada), y finalmente (iii) cuando el fallador desconoce las sentencias con efectos erga omnes tanto de la jurisdicción constitucional como de la jurisdicción de lo contencioso administrativo, cuyos precedentes se ubican en el mismo rango de la norma sobre la que pesa la cosa juzgada respectiva”.

5 Con ponencia del Magistrado Víctor Hernando Alvarado Ardila. Radicado No. 2006-07509-01 (0112-09).

6 Adicional a ello, se debe señalar que la mencionada Corporación Judicial que el otorgar las prestaciones sociales por fuera de lo consagrado en la Ley 100 de 1993, implica un desconocimiento de las finalidades del sistema de seguridad social en pensiones, así como la coherencia del mismo y su estabilidad financiera.

bizo relación expresa a la necesidad de aplicar las normas anteriores a la Ley 100 de 1993 a todos los requisitos para la liquidación de pensión, incluida la determinación del IBL, esta Sala Decisión considera que en el caso concreto los pronunciamientos C-258 del 2013 y SU-230 del 2015, -posteriores a la decisión del Consejo de Estado y vigentes para la fecha del proveído atacado en esta instancia constitucional-, son de aplicación prevalente, en tanto devienen, en el primero, de la función del control de constitucionalidad abstracto con efectos erga omnes, y el segundo, de la función de unificación del contenido de los derechos fundamentales consagrados en Texto Constitucional, el cual determina el sentido constitucionalmente aceptable de interpretación y aplicación de una determinada normativa en relación con la Constitución.

En este punto, resulta importante resaltar los efectos que el Texto Fundamental colombiano ha otorgado a los fallos emitidos por la Corte Constitucional, de conformidad con lo consagrado en el artículo 243 de dicho cuerpo normativo, sobre el cual se ha expresado:

“En reiterada jurisprudencia esta Corporación ha precisado que de acuerdo a lo establecido en el artículo 243 de la Constitución Política, los fallos que la Corte Constitucional dicta en ejercicio del control jurisdiccional gozan de fuerza de cosa juzgada. Ello implica que las decisiones judiciales tomadas por la Corporación en cumplimiento de su misión de garantizar la integridad y la supremacía de la Constitución, adquieren valor jurídico y fuerza vinculante. En ese sentido, la cosa juzgada constitucional, además de proteger la supremacía normativa de la Carta, está llamada a garantizar la efectiva aplicación de los principios de igualdad, seguridad jurídica y confianza legítima de los administrados, ya que por medio de esta figura, se garantiza que el órgano encargado del control constitucional sea consistente con las decisiones que ha adoptado previamente. La cosa juzgada constitucional ‘se predica tanto de los fallos de inexequibilidad como de los de exequibilidad, vincula a todas las autoridades -incluida la misma Corte Constitucional- y se extiende, por igual, al continente de la norma como a su contenido material -precepto o proposición jurídica en sí misma considerada’. No obstante, es la misma Corte quien determina los efectos de sus fallos, en razón a su labor de intérprete directa y autorizada de la Carta.”

En consecuencia de ello, se concederá el amparo al derecho al debido proceso solicitado por Pensiones de Antioquia, por lo que se dejará sin efectos la decisión adoptada en la sentencia del 20 de agosto del 2015, emitida en el marco del proceso de nulidad y restablecimiento del derecho con radicación 05001-33-31-006-2012-00355-00, Actor: Ranquel Lucía Franco Betancur.

De esta manera, se dispondrá que en el término de treinta (30) días hábiles siguientes a la notificación de la presente providencia, se proceda a dictar sentencia de reemplazo en la cual se sigan, no solo los criterios expuestos en la parte considerativa del presente proveído, sino también las razones de decisión claramente expuestas por las sentencias C-258 del 2013 y SU-230 del 2015”.

Decisión: “AMPARAR el derecho fundamental al debido proceso de Pensiones de Antioquia, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

DEJAR SIN EFECTOS la sentencia del 20 de agosto del 2015, emitida en el marco del proceso de nulidad y restablecimiento del derecho con radicación 05001-33-31-006-2012-00355-00, Actor: Ranquel Lucía Franco Betancur.

En consecuencia,

ORDENAR al Tribunal Administrativo de Antioquia – Sala Primera de Decisión en Descongestión – o a quien haga sus veces-, que dentro del término de treinta (30) días hábiles siguientes a la notificación de la presente providencia, se proceda a dictar sentencia de reemplazo en la cual se sigan, no solo los criterios expuestos en la parte considerativa del presente proveído, sino también las razones de decisión claramente expuestas por las sentencias C-258 del 2013 y SU-230 del 2015.

NOTIFICAR a las partes e intervinientes en la forma prevista en el artículo 30 del Decreto 2591 de 1991.

Rocio Araújo Oñate

De no ser impugnada la presente providencia, REMITIR el expediente a la Corte Constitucional para su eventual revisión.”

LUCY JEANNETTE BERMÚDEZ BERMÚDEZ
Presidenta

ROCÍO ARAÚJO OÑATE
CARLOS ENRIQUE MORENO RUBIO
ALBERTO YEPES BARREIRO

CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCIÓN QUINTA

Consejera ponente: ROCÍO ARAÚJO OÑATE

Bogotá, D.C., siete (7) de abril de dos mil dieciséis (2016)

Radicación número: 11001-03-15-000-2016-00426-00(AC)

Actor: DIANA LIZZETH LEÓN LOZADA

Demandado: NACIÓN, RAMA JUDICIAL, CONSEJO SUPERIOR DE LA JUDICATURA, SALA ADMINISTRATIVA, DIRECCIÓN EJECUTIVA SECCIONAL DE ADMINISTRACIÓN JUDICIAL DE TUNJA Y OTRO

Asunto: Acción de Tutela – Primera Instancia. Fuero de estabilidad reforzada en casos de embarazo

Extracto: *“alcance de las medidas de protección derivadas del fuero de maternidad y se puntualizó, muy relacionado con el caso que ocupa a la Sala, lo siguiente:*

“Una vez establecidas las modalidades de protección efectiva del fuero de maternidad y habiendo dejado claro hasta este momento que: (i) la medida más efectiva del fuero de maternidad es el reintegro o renovación del contrato, y que (ii) en los casos en que el reintegro o la renovación se torna imposible desde el punto de vista fáctico, es procedente la medida de protección sustituta, es decir el reconocimiento de las prestaciones en materia de seguridad social en salud, hasta el momento que la mujer adquiera el derecho al reclamo de la prestación económica de la licencia de maternidad, resulta pertinente hacer referencia, precisamente, a los casos en los cuales la Corte ha considerado que dicha medida de reintegro no procede: (Negrilla fuera de texto)

(...)

1. *Cuando el origen de la desvinculación es que el cargo que la mujer embarazada ocupaba fue creado por la administración pública, para el desempeño puntual de funciones transitorias relativas a la eficacia, celeridad y mejoramiento de la función pública, como por ejemplo los cargos denominados de descongestión...*¹

(...)

Puede concluirse de las anteriores consideraciones que cuando pueda inferirse razonadamente que la conservación de la alternativa laboral de la mujer embarazada, mediante una orden de reintegro o renovación, es fácticamente imposible en un caso concreto debido a que han operado causas objetivas, generales y legítimas que ponen fin a la relación laboral: corresponde al juez de tutela aplicar la medida de protección sustituta correspondiente al reconocimiento de cotizaciones al sistema de seguridad social en salud y el correlativo reconocimiento de la licencia de maternidad.

De lo anterior se colige que no siendo posible la reubicación de la mujer embarazada al cargo que ésta venía desempeñando, ello no significa que la misma pierda su protección constitucional, pues en estos casos, el juez de tutela debe garantizar la protección de los derechos fundamentales tanto a de la madre como del nasciturus, haciendo uso de las medidas de protección sustitutivas.

(...)

1 Ver la sentencia T- 633 de 2007.

En el sub lite la accionante consideró que la Nación – Rama Judicial, CSJ.... Dirección Ejecutiva Seccional de Administración Judicial de Tunja y Nueva EPS vulneraron sus derechos fundamentales al mínimo vital, seguridad social y estabilidad laboral reforzada con ocasión de la desvinculación del cargo que venía desempeñando en provisionalidad en el Tribunal Administrativo de Boyacá, toda vez que el mismo fue suprimido al no prorrogarse las medidas de descongestión.

Encuentra la Sala que en una decisión de tutela de la Sección Primera de esta Corporación² en un caso con identidad fáctica al sub judicé³, se señaló que para que proceda la protección de la madre trabajadora gestante, solamente se requiere que ésta se encuentre en estado de embarazo o en licencia de maternidad al momento del despido. De otra parte, el conocimiento o no del empleador del estado de gravedad y el tipo de vinculación, solamente deben tenerse en cuenta para fijar el alcance de las medidas de protección.

Argumentación que fue igualmente compartida por la Sala de Decisión de la Sección Quinta, en la providencia del 17 de marzo de 2016 en la acción de tutela presentada por la señora Liseth Carolina Zúñiga Valera contra el Consejo Superior de la Judicatura, la Dirección Nacional de Administración Judicial, el Consejo Seccional de la Judicatura y la Dirección Seccional de Administración Judicial del Cesar; radicado con el número 20001-23-33-000-2016-00037-01.

En las mencionadas providencias, se indicó que la naturaleza del cargo de la accionante era transitorio, toda vez que su continuidad estaba ligada al éxito de las medidas de descongestión y a la disponibilidad presupuestal, razón por la que se asimiló tal situación a la figura del contrato de trabajo a término fijo y se señaló que el juez de tutela debía ordenar el reconocimiento de las cotizaciones durante el periodo de gestación.

Por lo anterior, en términos de la Sección Primera en el caso mencionado, se concluyó lo siguiente:

“Comoquiera que en el presente caso, tanto la entidad accionada como la Magistrada titular conocían el estado de embarazo de la actora, y la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura, determinó la no continuidad del Despacho al que se encontraba vinculada la actora; no hay lugar a la reubicación, ni al pago de salarios dejados de percibir; sino que lo procedente es el pago de las cotizaciones al sistema de seguridad social en salud, basta tanto se adquiriera el derecho a la licencia de maternidad, conforme lo ordenó el Juez de Primer grado.

Lo anterior, por cuanto, si bien las causas del despido fueron legítimas, ello no indica que la actora no pueda ser objeto de medidas de protección, ya que, conforme se expresó con anterioridad, para que proceda el amparo solo es necesario que la accionante se encuentre en estado de gravedad al momento de su retiro”⁴.

En ese mismo sentido, encuentra la Sala que la Sección Segunda de esta Corporación, en otro caso con identidad fáctica al planteado, en una acción de tutela, consideró lo siguiente:

2 Consejo de Estado, Sección Primera, sentencia del 18 de septiembre de 2014, Exp. No. 2014-00199-01, C.P: María Elizabeth García González.

3 En dicho caso, la controversia planteada versó sobre lo siguiente: la accionante manifestó que se desempeñaba en el cargo de Auxiliar Judicial en la Sala Laboral de Descongestión del Tribunal Superior de Santa Marta, hasta que la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura a través del Acuerdo núm. PSAA14-10156 de 30 de mayo de 2014, suprimió el Despacho en el que laboraba, razón por la que fue desvinculada de la Rama Judicial. Advirtió que con anterioridad a la mentada supresión, presentó una comunicación escrita a la Magistrada titular del Despacho y a la Dirección Seccional de Administración Judicial de Santa Marta, en la que informaba acerca de su estado de embarazo, que según resultado de ecografía, registraba a la fecha, 6 semanas de embarazo.

4 Ibídem.

“Teniendo en cuenta la jurisprudencia constitucional frente a casos similares al de autos, se observa que aunque la medida de protección principal de las personas que están amparadas por el fuero de maternidad es el reintegro o a la renovación del vínculo laboral, dicha medida de protección en principio no es procedente cuando el cargo en descongestión que ocupa la mujer en estado de embarazo deja de existir:

*En efecto, si no existe el juzgado en el que la accionante trabajaba, si la persona que presidía el mismo ya no ostenta la condición de juez de dicho despacho, y el empleo que desempeña la peticionaria dejó de existir, no es posible el reintegro, máxime cuando las anteriores situaciones obedecen como antes se indicó, **a causas objetivas, generales y legítimas, como las que tuvo el Consejo Superior de la Judicatura – Sala Administrativa para proferir el Acuerdo PSA13-9897 de 2013.***

*En efecto, de conformidad con la jurisprudencia constitucional, cuando no es viable el reintegro como medida de protección principal del fuero de maternidad, es procedente ordenarle a la entidad accionada que adelante las gestiones pertinentes para reconocer a la peticionaria, de manera retroactiva e ininterrumpida, los aportes al Sistema de Salud correspondientes al período efectivamente laborado por ésta y al período de gestación posterior a la terminación de su vínculo laboral, con el fin de que el Sistema de Seguridad Social le garantice a futuro el reconocimiento y disfrute efectivo del derecho a la licencia de maternidad que le asiste, así como la prestación **integral** del servicio de salud que requiere ella como su hijo que está por nacer”⁵*

Teniendo en cuenta lo anterior, la Sala evidencia que en el caso objeto de estudio, mediante acuerdo No PSA15-10413 de 30 de noviembre de 2015 se prorrogaron las medidas de descongestión, que incluían el cargo en provisionalidad de la tutelante, hasta el 31 de diciembre de 2015, sin que las mismas fueran prorrogadas nuevamente, razón por la cual ésta quedó desvinculada desde el primero de enero de 2016.

Así las cosas, en atención a los artículos 5º y 13 de la Constitución Política, y del criterio jurisprudencial señalado en la parte motiva de esta providencia, la actora goza de especial protección por su estado de embarazo, situación que puso en conocimiento de la Oficina de Talento Humano de la Dirección Ejecutiva de Administración Judicial, Seccional Tunja⁶.

En consecuencia, se establece como medida de protección derivada del fuero de maternidad, el ordenarle a las autoridades demandadas que adelanten las gestiones pertinentes para reconocer a la peticionaria, de manera retroactiva e ininterrumpida, los aportes al sistema de salud correspondientes al período de gestación posterior a la terminación de su vínculo laboral y hasta tres meses después del parto, con el fin de que se le garantice a futuro el reconocimiento y disfrute efectivo del derecho a la licencia de maternidad que le asiste y de los servicios de salud que requiera ella y su nasciturus.

No obstante, no hay lugar a la reubicación y al pago de los salarios dejados de percibir, toda vez que las causas de desvinculación de la accionante fueron legítimas, en la medida que la misma tenía conocimiento de que el cargo que ocupaba era transitorio, y que por lo tanto, la permanencia del mismo estaba supeditada a un límite de tiempo, el cual en el caso objeto de estudio, fue hasta el 31 de diciembre de 2015.

Por las razones antes expuestas, la Sala confirmará lo establecido en relación con la medida provisional decretada en el auto admisorio de la demanda, declarándola permanente y amparando así el derecho fundamental a la seguridad social, invocado en el escrito de la demanda de tutela, en cuanto al reconocimiento de los aportes al sistema de salud, con el fin de que se le garantice el reconocimiento

5 Consejo de Estado, Sección Segunda, sentencia del 18 de agosto del 2013, Exp. No. 25000-23-42-000-2013-00755-01, C.P. Gerardo Arenas Monsalve

6 Folio 8.

y disfrute efectivo del derecho a la licencia de maternidad que le corresponde, así como también de los servicios médicos que requiera ella y su nasciturus, y se negarán las demás pretensiones de la demanda.

*Teniendo en cuenta lo anterior, la Sala **garantiza a la accionante los aportes al sistema de salud hasta 3 meses después del parto**, atendiendo los criterios que se predicen del derecho a la licencia de maternidad”.*

Decisión: “AMPARAR el derecho fundamental de la señora Dina Lizzeth León Lozada a la seguridad social.

Como consecuencia de lo anterior, DECLARAR permanente la medida provisional decretada en el auto del 18 de febrero de 2016, en la cual se ordenó a la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura cancelar las cotizaciones a la Nueva EPS a la cual se encuentre afiliada la señora Diana Lizzeth León Lozada, desde el momento de su retiro hasta tres meses después del parto.

NEGAR las demás pretensiones de la demanda de tutela de la señora Diana Lizzeth León Lozada.

NOTIFICAR a las partes e intervinientes en la forma prevista en el artículo 30 del Decreto 2591 de 1991.

RECONOCER personería adjetiva a la abogada Claudia Yiceth Eljaiek Orozco, para actuar en representación de la Rama Judicial - Dirección Ejecutiva Seccional de Administración Judicial de Tunja, según poder visible a folio 49 del expediente

De no ser impugnada la presente providencia, REMITIR el expediente a la Corte Constitucional para su eventual revisión”.

LUCY JEANNETTE BERMÚDEZ BERMÚDEZ
Presidenta

ROCÍO ARAÚJO OÑATE
CARLOS ENRIQUE MORENO RUBIO
ALBERTO YEPES BARREIRO

**CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCIÓN QUINTA**

Consejera ponente: ROCÍO ARAÚJO OÑATE

Bogotá, D.C., cuatro (4) de agosto de dos mil dieciséis (2016)

Radicación número: 25000-23-41-000-2015-00873-01(AC)

Actor: COMUNIDAD MUISCA DE BOSA

Demandado: NACIÓN, MINISTERIO DEL INTERIOR Y OTROS

Asunto: Fallo de segunda instancia – Establece posición de la Sala en relación el requisito de subsidiaridad en acción de tutela que procura la defensa del derecho fundamental a la consulta previa- Derecho a la consulta previa de comunidades indígenas – El criterio de “afectación directa” como elemento para la obligatoriedad de la consulta previa – Concepto de territorio indígena indígena.

Extracto: “se confirma el amparo otorgado a la Comunidad Muisca de Bosa, por violación al derecho fundamental a la consulta previa y al debido proceso, de conformidad con las siguientes consideraciones:

(...)

- Se encuentra probada la vulneración al derecho fundamental a la consulta previa de la Comunidad Muisca de Bosa, en relación con la expedición del Decreto Distrital 521 del 2006, sin que existan circunstancias suficientes en la actualidad para considerar que i) dicho procedimiento no era necesario en atención a la calidad de acto administrativo de carácter general y concreto, y por lo tanto, no afecta directamente a la parte accionante; o ii) que existen elementos de juicio para considerar que se ha configurado una carencia actual de objeto por hecho superado.

- No se tiene certeza en relación con la vinculación (en alguna de las condiciones descritas en la Directiva Presidencial 10 del 2013) de la Comunidad Indígena Muisca de Bosa en los terrenos donde se proyecta la concreción del Plan Parcial “Campo Verde”, así como en los predios donde se construyen parqueaderos del Sistema Integrado de Transporte Masivo.

Ahora bien, considerando las situaciones expuestas en relación con la procedencia de la acción de tutela en casos como el sub lite, la Sala considera procedente modificar la decisión del 30 de marzo del 2016 dictada por el Tribunal Administrativa de Cundinamarca, Sección Primera, Subsección “A” y correspondiente a la primera instancia del presente proceso, con el propósito de precisar las órdenes a emitir en la parte resolutive.

Ello teniendo en cuenta además todas las situaciones de hecho ocurridas con posterioridad a la declaratoria de nulidad.

En este orden de ideas, el numeral 1º del fallo de primera instancia será modificado para disponer lo siguiente:

AMPARAR los derechos fundamentales a la consulta previa y al debido proceso de la Comunidad Indígena Muisca de Bosa, ante la expedición del Decreto 521 del 2006.”

Decisión: “AMPARAR los derechos fundamentales a la consulta previa y al debido proceso de la Comunidad Indígena Muisca de Bosa, ante la expedición del Decreto 521 del 2006.”

ADICIONAR a la sentencia del 30 de marzo del 2016 los siguientes numerales:

“SEGUNDO: SUSPENDER los efectos del Decreto Distrital 521 del 2006, por medio del cual se adoptó el Plan Parcial “El Edén – El Descanso, por lo que no podrán expedirse actos administrativo o realizarse

cualquier tipo de actuación tendiente a su desarrollo, ello hasta tanto se lleve a cabo, de conformidad con el procedimiento determinado en la Directiva Presidencia No. 10 del 2013, para efectos de la consulta previa con la Comunidad Indígena Muisca de Bosa en relación con el mencionado Plan Parcial.

TERCERO: ORDENAR al Ministerio del Interior – Dirección de Consulta Previa, que dentro de las cuarenta y ocho (48) horas siguientes a la notificación de la presente providencia que CONTINUE con el proceso de consulta previa iniciado, garantizando en todo momento la participación de los miembros de la Comunidad Indígena Muisca de Bosa. Dicho proceso DEBERÁ contar con la vinculación de la Alcaldía Mayor de Bogotá D.C., la cual, para el efecto, creará un equipo interdisciplinario con las dependencias encargadas, no sólo del diseño, proyección y/o asesoría técnica de planes parciales, sino también con aquellas que son responsables de los asuntos relacionados con consultas previas y derechos de las comunidades étnicas. A dicho proceso, también deberán ser vinculados la empresa METROVIVIENDA S.A. y el Instituto de Desarrollo Urbano IDU.

PARÁGRAFO PRIMERO: EXHORTAR a la Alcaldía Mayor de Bogotá – Secretaría de Planeación – Dirección de Planes Parciales, para que determine, con claridad suficiente, y así sea expuesto en el marco del proceso de consulta previa ordenado, su planificación en relación con el futuro de la ejecución del Plan Parcial “El Edén – El Descanso”, con el fin de establecer si el Decreto 521 de 2006, por medio del cual éste fue adoptado, será objeto de modificaciones o derogatoria. En caso de considerarse la modificación del mismo, se ADVIERTE a la citada entidad distrital, que estas deberán consultarse en forma previa con la Comunidad Muisca de Bosa, garantizando en todo momento la participación de la misma en la determinación de las modificaciones necesarias, y de forma concreta, aquellas que afecten directa y/o potencialmente el territorio de la Comunidad.

PARÁGRAFO SEGUNDO: ADVERTIR a los participantes del proceso de consulta previa, que el desarrollo del mismo sólo deberá versar sobre los asuntos que se deriven de la naturaleza propia del plan parcial como norma urbanística, y sólo sobre aquellos aspectos que potencial y/o directamente afecten el territorio de la comunidad indígena accionante.

Si no es posible llegar a un acuerdo con la Comunidad, la Dirección de Consulta Previa y las demás entidades vinculadas al proceso, junto con la Defensoría del Pueblo, Personería Distrital y la Procuraduría General de la Nación, deberán evaluar el impacto de este plan en la comunidad accionante, para determinar, en un tiempo racional, prudencial, que no puede prologarse más allá de tres (3) meses, las actuaciones que se deben acometer, a efectos de, como lo señala el Protocolo para las Consultas Previas, evitar, mitigar, corregir, prevenir o compensar la afectación que eventualmente pueda derivarse de la ejecución del plan parcial.

Por el contrario, si en la etapa de pre consulta se llega a la conclusión que dicho plan tiende a destruir a la comunidad o afectar seriamente su identidad cultural, la Personería Distrital deberá tomar las medidas para la garantía de los derechos de la accionante.

CUARTO: ORDENAR a la Personería Distrital verificar el cumplimiento de la anterior orden. En caso de no cumplirse, deberá tomar las medidas del caso para que se suspenda la operación del mencionado parqueadero y la construcción de la ciclo ruta, hasta tanto concluya el proceso de consulta.

QUINTO: ORDENAR a la Defensoría del Pueblo que en ejercicio de las funciones asignadas por el artículo 282 de la Constitución Política, asesore y acompañe a la Comunidad Indígena Muisca de Bosa de la ciudad de Bogotá en el proceso de consulta del plan parcial el “Edén – El Descanso”, para el cumplimiento efectivo del derecho fundamental que en esta providencia se protege.

SEXTO: EXHORTAR a la Procuraduría General de la Nación -Delegada para la Prevención en Materia de Derechos Humanos y Asuntos Étnicos- Grupo de Asuntos Étnicos-, para que en ejercicio de sus funciones, vigile el adelantamiento de la consulta del plan parcial el “Edén – El Descanso”, con observancia de los derechos fundamentales de dicha comunidad y de conformidad con los parámetros señalados por el Tribunal Constitucional.’

REVOCAR el numeral 2 del fallo de primera instancia dictado el 30 de marzo del 2016, el cual negó el amparo en relación con el Plan Parcial Campo Verde y frente a la construcción de parqueaderos del Sistema Integrado de Transporte. En consecuencia, ADICIONAR a dicha providencia el siguiente numeral:

‘SÉPTIMO: ORDENAR al Ministerio del Interior, Dirección de Consulta Previa, que en un término máximo de 8 días de la notificación de esta providencia, verifique con una visita en campo, la presencia o no de la Comunidad Indígena Muisca de Bosa en los terrenos en donde se proyectó el Plan Parcial “Campo Verde”, para lo cual deberá tener en cuenta los criterios citados en el paso 3 de la etapa 1 de la Directiva Presidencial 10 del 2013, en especial, el relacionado con las costumbres o tradiciones en los predios a visitar, en especial, la alegada importancia del humedal La Isla, verificando si el territorio de la referida comunidad se extiende hasta dicho lugar.

Mientras dicha diligencia se practica, se ORDENA a METROVIVIENDA S.A., así como a las sociedades comerciales Constructora Bolívar S.A., Construcciones Marval S.A. y C. CONGOTE S.A, SUSPENDER EN FORMA INMEDIATA Y TRANSITORIA cualquier actividad que se desarrolle en los predios que componen el Plan Parcial “Campo Verde”, medida que se extenderá hasta que se emita el concepto por parte del Ministerio del Interior – Dirección de Consulta Previa.

En caso en que se compruebe que la mencionada comunidad hace presencia en dicha área, el Ministerio del Interior – Dirección de Consulta Previa DEBERÁ notificar inmediatamente a la autoridad distrital para que ésta proceda a SUSPENDER EN FORMA DEFINITIVA las obras que se estén realizando, en aras de iniciar el proceso de consulta previa, siguiendo el protocolo adoptado por la Directiva Presidencial 10 del 2013.

Igualmente, en relación con la construcción de parqueaderos del Sistema Integrado de Transporte en la Localidad de Bosa, y que presuntamente se desarrollan en territorios de la Comunidad accionante, la Alcaldía Mayor de Bogotá, a través de la dependencia correspondiente, INFORMARÁ dentro de las (48) siguientes a la notificación del presente fallo a la Dirección de Consulta Previa, la información suficiente y necesaria para establecer la ubicación de dichos predios, y ésta última, en un término no mayor a ocho (8) días siguientes al recibo de la información, REALIZARÁ visita de campo a efectos de verificar la presencia de la Comunidad Muisca de Bosa en ellos, siguiendo los mismos parámetros de la orden determinada en los párrafos precedentes.

PARÁGRAFO: Ambas de las visitas ordenadas, deberán contar con la presencia de la Comunidad accionante, así como de las demás entidades y terceros interesados y que manifiesten su deseo de ello.’

LUCY JEANNETTE BERMÚDEZ BERMÚDEZ

Presidenta

Con aclaración de voto

ROCÍO ARAÚJO OÑATE

Con aclaración de voto

CARLOS ENRIQUE MORENO RUBIO

ALBERTO YEPES BARREIRO

ACLARACIÓN DE VOTO DE LA CONSEJERA

ROCÍO ARAÚJO OÑATE

Radicación número: 25000-23-41-000-2015-00873-01(AC)

Actor: COMUNIDAD MUISCA DE BOSA

Demandado: NACIÓN, MINISTERIO DEL INTERIOR Y OTROS

“En el caso concreto se debió dar aplicación al artículo 8º del Decreto 2591 de 1991, para emitir medidas transitorias de amparo que permitieran garantizar la protección del derecho conculcado a la Comunidad Muisca de Bosa, ello mientras se acudía a la jurisdicción de lo contencioso administrativo

a efectos de demandar la nulidad simple de los decretos que fijaron los planes parciales cuestionados en sede de tutela.

La anterior conclusión la sustento en el siguiente razonamiento:

(i) Los Decreto Distritales 521 del 2006 y 113 del 2011, a través de los cuales se adoptaron los Planes Parciales “El Edén-El Descanso” y “Campo Verde”, son susceptibles del medio de control de nulidad simple, con la posibilidad de que en éste se soliciten las medidas cautelares, incluso de urgencia, que sean procedentes, con la ya reconocida eficacia de dichos medios para la protección de derechos fundamentales.

(ii) Se demostró que con la vigencia de los citados actos administrativos, se encontraba latente la ocurrencia de un perjuicio irremediable frente al derecho a la consulta previa de la Comunidad Muisca de Bosa, en tanto sólo dicha situación, ponía en riesgo los derechos a la identidad cultural y participación que se pretenden proteger a través de ésta.

En otras palabras, atendiendo el criterio de afectación directa que hace procedente la consulta previa, el cual como fue desarrollado en el proyecto, hace relación a la simple posibilidad de afectación de territorios de comunidades étnicas, la situación latente de la realización de las actividades que se permiten a través de los planes parciales arriba referidos, era prueba suficiente para considerar que nos encontrábamos ante la posible ocurrencia de un perjuicio irremediable.

(iii) De lo anterior (existencia del mecanismo judicial idóneo, más la necesidad de evitar la ocurrencia de un perjuicio irremediable), se concluye que la protección que se debió otorgar a la comunidad actora era de forma transitoria, en los términos del artículo 8º del Decreto 2591 de 1991.

De esta forma, la Sala hubiera garantizado los dos extremos en tensión que se evidenciaron al momento de estudiar el fondo del asunto, a saber, por un lado (i) la necesidad de garantizar el derecho a la consulta previa de la comunidad actora; y por el otro (ii) la preservación del contenido, idoneidad y eficacia de las acciones contencioso administrativas y de las competencias asignadas a juez de dicha jurisdicción, logrando así el equilibrio que, incluso el mismo constituyente, buscó al consagrar a la acción de tutela como un mecanismo residual, cuya procedencia será transitoria, a pesar de la existencia de otros instrumentos idóneos y eficaces, cuando resulte clara la necesidad de evitar un perjuicio irremediable.

En los anteriores términos presento mi aclaración de voto”.

**ACLARACIÓN DE VOTO DE LA CONSEJERA
LUCY JEANNETTE BERMÚDEZ BERMÚDEZ**

Radicación número: 25000-23-41-000-2015-00873-01(AC)

Actor: COMUNIDAD MUISCA DE BOSA

Demandado: NACIÓN, MINISTERIO DEL INTERIOR Y OTROS

“(…) Las medidas cautelares, a mi juicio, no siempre resultan eficaces para garantizar la tutela judicial efectiva, como sí lo sería la acción de tutela como mecanismo transitorio, pues las primeras están sujetas al cumplimiento de una serie de requisitos para su procedencia y a unas formalidades para su decreto, ya que las normas contenidas en la Ley 1437 de 2011 son claras y concretas en establecer que estas podrán ser solicitadas desde la presentación de la demanda y en cualquier estado del proceso, lo que no quiere decir que el demandante esté exento de agotar el requisito de procedibilidad correspondiente.

Así mismo, en cuanto a la solicitud de medidas cautelares como situación que enerva el agotamiento del requisito de procedibilidad, el artículo 590 del Código General del Proceso, aplicable por remisión del artículo 306 del CPACA a los procesos contencioso administrativos, opera solamente en lo que sea compatible con su naturaleza. Por tal razón, al contemplar dicho estatuto jurídico de manera

especial y excluyente una especie del género medidas cautelares, como es la suspensión provisional, el mecanismo provisorio resulta totalmente ajeno a los procedimientos de la jurisdicción ordinaria regulados en el referido Código General del Proceso.

Ahora bien, las medidas cautelares de urgencia que procederían a la luz del párrafo primero del artículo 590 del Código General del Proceso, que es el apoyo legal para relevar de la obligación de agotar el requisito de procedibilidad, corresponden, como lo manifesté en su momento, a las consagradas en los procesos de la jurisdicción ordinaria en tanto en ese estatuto jurídico se mencionan la inscripción de demanda sobre bienes sujetos a registro, el secuestro sobre bienes y derechos reales y el embargo, desarrolladas en el Libro Cuarto del nuevo Código General del Proceso, y pues, como es obvio, en las disposiciones que reemplazaron las normas del Procedimiento Civil no aparece referencia alguna a la suspensión provisional de los efectos de los actos administrativos, en la medida en que se trata de una medida cautelar propia y exclusiva del proceso contencioso administrativo.

(...) La Sección Quinta en esta oportunidad adecuó al tema de la consulta previa, creando una sub-tesis, por cuanto he abanderado la posición atinente a que sin distingo del asunto de que se trate, en caso de existir acto administrativo, las medidas cautelares contencioso administrativos no son per se mecanismos idóneos y eficaces frente al amparo, pero tampoco pueden ser descalificados ab initio frente a la tutela, porque, precisamente, cada caso debe ser analizado en su propio contexto fáctico, normativo, y probatorio, que permite al operador jurídico de la tutela tener la certeza de cuál para el caso subjúdice es el mecanismo (cautelar o tutelar) es medios de defensa idóneo para proteger los derechos fundamentales y proceder a las decisiones correspondientes”.

CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCIÓN QUINTA

Consejera ponente: ROCÍO ARAÚJO OÑATE

Bogotá, D.C., once (11) de agosto de dos mil dieciséis (2016)

Radicación número: 68001-23-33-000-2016-00593-01(AC)

Actor: DIANA CAROLINA CORREA BASTIDAS

Demandado: NACIÓN, MINISTERIO DE SALUD Y DE LA PROTECCIÓN SOCIAL, DEPARTAMENTO DE SANTANDER, EMPRESA COLOMBIANA DE PETRÓLEOS Y POLICLÍNICA DE ECOPETROL HOSPITAL ISMAEL RINCÓN S.A.

Asunto: Fallo de segunda instancia – Inscripción ante la autoridad administrativa de las plazas disponibles para la prestación del servicio social obligatorio es responsabilidad de la institución – Confirma amparo.

Extracto: “(...) No niega la Sala que existe un procedimiento administrativo preciso – contenido en las Resoluciones 1058 de 2010 y 2358 de 2014, dictadas por el Ministerio de Salud y de la Protección Social –, el cual deben cumplir aquellas instituciones prestadoras de salud que aspiren a recibir, en este caso, médicos, para que allí presten su servicio social obligatorio. Así mismo, la Sección reconoce que la observancia de dicho procedimiento es ineludible, ya que busca la materialización de varios fines relevantes¹ y por eso fue consagrado en actos administrativos que gozan de presunción de legalidad.² Tales propósitos obedecen a que el servicio social en discusión sea prestado sólo en las instituciones que cumplan con unos requisitos mínimos. Así mismo, buscan que existan unas bases para la selección objetiva de los servidores.³

En sentido de lo expuesto en el párrafo anterior, es comprensible que el Departamento de Santander busque hacer efectivo el cumplimiento de las disposiciones que regulan la autorización de las plazas para la prestación del servicio social obligatorio. En tal orden de ideas, la Sala considera adecuado que la entidad territorial en cita se haya opuesto, inicialmente, a la certificación solicitada por la actora. Lo anterior, porque es claro que el Departamento actuó en cumplimiento de su deber legal, el cual hunde sus raíces en el artículo 6 de la Constitución Política.⁴

A pesar de lo anterior, esta Sección encuentra – en consonancia con lo expuesto por el fallador de primera instancia en el presente proceso constitucional – que la actora no es la llamada a sufrir las consecuencias del actuar de Ecopetrol, consistente en no tramitar la aprobación, ante las autoridades competentes, de las plazas que ofertó y asignó y, respecto de las cuales se desempeñaron materialmente unas labores durante un año.

Como se desprende de las pruebas enlistadas al comienzo del presente acápite, Ecopetrol desplegó unas actividades administrativas respecto de unas plazas para la prestación del servicio social obligatorio en la Policlínica Ismael Darío Rincón. Dichas labores consistieron, resumidas cuentas, en ofertar los cupos por su página de Internet, recibir y analizar las postulaciones, realizar un proceso de selección con todas sus etapas, escoger a unos aspirantes determinados, celebrar contrato de trabajo con ellos, mantenerlos laborando durante un año y expedir las certificaciones de terminación del servicio. De esa

1 En el caso de la medicina, la Corte Constitucional ha dicho que, dada su relación con la consecución de fines relevantes para la sociedad, es dable exigir mayores requisitos para su ejercicio. Ver sentencia C-109/2002, M.P. Jaime Araújo Rentería

2 Corte Constitucional. Sentencias T-109/2012, M.P. María Victoria Calle Correa y T-271/2016, M.P. Luis Ernesto Vargas Silva

3 De acuerdo a los artículos 13 de la Resolución 1058 de 2010 y 5 de la Resolución 2358 de 2014, la selección de los prestadores del servicio social obligatorio se realiza mediante sorteo y se orienta por los principios de transparencia e igualdad de condiciones para todos los aspirantes.

4 Artículo 6. Los particulares sólo son responsables ante las autoridades por infringir la Constitución y las leyes. Los servidores públicos lo son por la misma causa y por omisión o extralimitación en el ejercicio de sus funciones.

forma, la sociedad en mención revistió de un manto de confiabilidad su conducta, la cual transmitió a la accionante. En otras palabras, puede afirmarse que Ecopetrol indujo a la actora a considerar que estaba prestando su servicio social en condiciones regularizadas.

Seguidamente, es viable afirmar que era Ecopetrol, y no a la señora Correa, la obligada a solicitar la autorización de las plazas en comento. Así mismo, si la empresa referida no contaba con dicha habilitación, no tenía por qué haber desplegado todo el aparato de actuaciones señaladas en el párrafo anterior. En una sola expresión, no tenía por qué haber recibido personas, por su propia cuenta, para que prestaran el servicio social de rigor. Por tanto, la carga de su error, debe ser asumida por sí misma y no por la parte actora en este proceso, quien, tratándose de una entidad de la respetabilidad y prestigio de Ecopetrol, no tenía el deber de averiguar acerca de la confiabilidad de la convocatoria referida. En esa medida, fue Ecopetrol el que incurrió en el comportamiento que originó el inconveniente bajo estudio.

A alturas de lo argumentado, resulta necesario concluir que, dados los fundamentos fácticos que rodean al sub examine, la falta de certificación del servicio prestado por la parte accionante constituye una restricción desproporcionada de sus derechos. Lo anterior, por cuanto si bien es legítimo que la administración exija determinados requisitos para acceder al título de idoneidad en la carrera de medicina, no es legítimo que la actora no acceda a que la autoridad departamental accionada no le apruebe el cumplimiento de ese requisito por una conducta que no le es atribuible y, menos aún, habiendo obrado ella de buena fe en todo momento.

Lo expuesto indica que procede mantener la medida tutelar dictada por el fallador de primera instancia, consistente en que el Departamento de Santander certifique que la señora Correa prestó efectivamente su servicio social obligatorio. No obstante, debe aclararse que la orden se da directamente al Departamento, no porque este sea el efectivo vulnerador de los derechos fundamentales de la parte actora. En efecto, el ente desconocedor de tales derechos es Ecopetrol, de acuerdo a lo considerado hasta el momento. En ese entendido, la decisión recae sobre la entidad territorial en mención porque este es el competente, de acuerdo con lo dispuesto por el artículo 14 de la Resolución 2358 de 2014, para resolver “las peticiones relacionadas con la vinculación, exoneración, convalidación y cumplimiento del Servicio Social Obligatorio, que se originen en plazas ubicadas en sus respectivos territorios”.

Resta señalar que la sentencia impugnada inaplica para el caso el parágrafo único del artículo 7 de la Resolución 2358 de 2014 que señala “Las plazas que no sean reportadas por parte de las Direcciones Departamentales de Salud o de quienes hagan sus veces [...] no serán válidas para el cumplimiento del Servicio Social Obligatorio -SSO”. Sin embargo, no justifica por qué, aunque era necesario que señalara tales razones.

Al respecto, es de advertir que tal inaplicación no es procedente. Lo anterior, por cuanto el artículo 4 constitucional establece que una norma puede ser inaplicada sólo cuando es incompatible con los mandatos superiores, pero no cuando resulte desfavorable a un caso en particular. En ese sentido, si bien la decisión recurrida acude a normas de rango superior, como el artículo 83 (buena fe), postulado bajo el cual actuó la demandante, tal circunstancia no implica que la norma que impone el deber de cumplir el requisito de que se trata sea inconstitucional.

De conformidad con lo examinado, se confirmará el fallo recurrido, en lo que se refiere a la orden dada al Departamento de Santander y se revocará el numeral primero de la parte resolutive de dicha sentencia.

3.2. El derecho fundamental de petición⁵

El derecho de petición, consagrado en el artículo 23 de la Constitución Política, se traduce en la facultad que tienen los ciudadanos de formular solicitudes respetuosas para obtener información o de pedir copias de documentos no sujetos a reserva, a las autoridades correspondientes o a los particulares, y obtener una pronta y completa respuesta a sus inquietudes.

La naturaleza de este derecho está establecida en la Constitución de 1991 como de aplicación inmediata, dada su pertenencia al ámbito de los derechos inherentes a la persona y su relevancia para la participación de la misma, así como para asegurar el cumplimiento de las funciones constitucionales y legales, al igual que los deberes sociales del Estado y la posibilidad de hacer realizables otros derechos fundamentales.⁶

Diversos pronunciamientos de orden constitucional han definido los presupuestos esenciales del derecho de petición así: i) la posibilidad de formular peticiones respetuosas, por motivos de interés general o particular y ii) la obtención de una pronta resolución del asunto puesto en consideración. Esos componentes del derecho de petición son inescindibles. En ese sentido, su goce y satisfacción se realiza una vez ambos aspectos se verifiquen. Por lo tanto, el derecho se concreta en la formulación de una petición, pero se efectiviza con la resolución pronta y material, independientemente de si la respuesta resulta o no favorable a los intereses de quien la formula.⁷

De igual forma, para que se garantice el cumplimiento del derecho de petición no basta la resolución efectiva, sino que es necesario que ésta se dé a conocer al interesado. Al respecto, la Corte Constitucional ha señalado:

Una vez tomada la decisión, la autoridad o el particular no pueden reservarse su sentido, para la efectividad del derecho de petición es necesario que la respuesta trascienda el ámbito del sujeto que la adopta y sea puesta en conocimiento del peticionario; si el interesado ignora el contenido de lo resuelto no podrá afirmarse que el derecho ha sido observado cabalmente.⁸

Lo anterior, no sólo indica su importancia en el ámbito jurídico, sino también que esta trasciende considerablemente al nivel social, pues es este el mecanismo de interacción entre las entidades y el particular, y su desconocimiento traería consigo inseguridad jurídica y desconfianza en la administración.

Sobre el particular, a través de la Ley Estatutaria 1755 del 30 de junio del 2015, se reguló el derecho constitucional de petición y se sustituyó un título del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, normatividad que entró en vigencia a partir de la fecha de su publicación.

En atención a la fecha de la petición radicada por la señora Correa ante la parte accionada, se entiende que las solicitudes se pidieron en vigencia de la Ley 1755 de 2015, norma aplicable al caso.

Es de advertir que la Sala encuentra que el Departamento de Santander no acreditó haber contestado la solicitud radicada por la actora el 4 de mayo del presente año. Así mismo, es de señalar que el asunto no fue objeto de pronunciamiento por parte del Tribunal Administrativo de Santander en el

5 El acápite reitera lo dicho a partir del siguiente fallo: Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Quinta. Sentencia del 16 de marzo de 2012, Expediente No. 2011-01980-01, C.P. Alberto Yepes Barreiro. Así mismo, Sentencia del 23 de junio de 2016, Expediente No. 2016-736-01, C.P. Rocío Araujo Oñate

6 Corte Constitucional. Sentencias T-552/1998, M.P. Vladimiro Naranjo Mesa; T-542/2006, M.P. Clara Inés Vargas Hernández, y T-451/2011, M. P. Humberto Antonio Sierra Porto

7 Corte Constitucional. Sentencias T-495/1992, M.P. Ciro Angarita Barón; T-010/93, M.P. Jaime Sanín Greiffenstein; T-392/1994, M.P. Jorge Arango Mejía; T-392/95, M.P. Fabio Morón Díaz, y T-291/1996, M.P. Antonio Barrera Carbonell

8 Corte Constitucional. Sentencia T-529/1995, M.P. Fabio Morón Díaz

fallo recurrido, a pesar de que la accionante invocó como desconocido, desde un principio, su derecho fundamental de petición.

En entendido de lo expuesto en el párrafo precedente, al no haberse arrimado al expediente la respuesta a la solicitud en comento, a pesar de que la referida entidad territorial tuvo la oportunidad para manifestarse por escrito durante el trámite de la presente acción constitucional, y al declarar la parte actora que durante las gestiones que realizó ante el referido Departamento se le dieron respuestas apenas verbales, afirmación que dicha autoridad no controvertió dentro de esta acción, es necesario concluir que el derecho fundamental de petición de la señora Correa fue vulnerado.”

Decisión: “REVOCAR el numeral primero de la parte resolutive de la sentencia del 23 de junio de 2016, por medio del cual el Tribunal Administrativo de Santander inaplicó el artículo 7 de la Resolución 2358 de 2014, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de este fallo.

CONFIRMAR la orden contenida en el numeral segundo del resuelve de la sentencia impugnada, de acuerdo a lo considerado en el presente proveído, en el sentido de AMPARAR el derecho fundamental de petición de la señora DIANA CAROLINA CORREA BASTIDAS, el cual debe ser garantizado a través de la respuesta que el Departamento de Santander le dé a la mencionada persona, en cumplimiento de las órdenes dadas por el Tribunal Administrativo de Santander en el numeral segundo de la parte resolutive de la decisión judicial objeto del recurso desatado a través del presente fallo.

ENVIAR a la Corte Constitucional el expediente de esta acción de tutela para su eventual revisión.

NOTIFICAR el presente fallo a las partes y a los vinculados, de acuerdo con lo establecido en el Artículo 30 del Decreto 2591 de 1991”

LUCY JEANNETTE BERMÚDEZ BERMÚDEZ
Presidenta

ROCÍO ARAÚJO OÑATE
CARLOS ENRIQUE MORENO RUBIO
ALBERTO YEPES BARREIRO

CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCIÓN QUINTA

Consejera ponente: ROCÍO ARAÚJO OÑATE

Bogotá, D.C., veinticinco (25) de agosto de dos mil dieciséis (2016)

Radicación número: 11001-03-15-000-2014-02171-01(AC)

Actor: NACIÓN, CONGRESO DE LA REPÚBLICA Y AGENCIA NACIONAL DE DEFENSA JURÍDICA DEL ESTADO

Demandado: CONSEJO DE ESTADO, SECCIÓN TERCERA, SUBSECCIÓN “C”

Asunto: Fallo de segunda instancia – confirma decisión de amparo – análisis del defecto sustantivo derivado del desconocimiento del artículo 90 de la Constitución Política – estudio sobre hecho nuevo, reitera posición de la Sección.

Extracto: *“Con fundamento en el marco normativo y conceptual expuesto, corresponde a la Sala abordar en forma concreta los argumentos expuestos por el impugnante, los cuales se sintetizan así:*

i) La parte demandada sustentó la acción de tutela con argumentos nuevos, que no expresó en su momento en el trámite del proceso ordinario.

ii) El juez constitucional incurrió en una vía de hecho violatoria del derecho al debido proceso, dado que vulneró el principio de autonomía de los jueces, consagrado en el artículo 228 de la Constitución Política.

iii) La sentencia de tutela impugnada vulnera el derecho fundamental a la seguridad jurídica del que es titular Goodyear de Colombia S.A., por cuanto no tuvo en cuenta el alcance del artículo 90 de la Constitución Política que consagra la cláusula general de responsabilidad del Estado y el daño antijurídico que se le ocasionó a la sociedad, con el pago del impuesto posteriormente declarado inconstitucional;

iv) Tanto el juez ordinario como el de tutela, coinciden en que “el Congreso de la República cometió un error que produjo la inconstitucionalidad de la norma que estableció la TESA”, siendo un mandato constitucional que el Estado responda patrimonialmente por los perjuicios que le sean imputables, causados por la acción u omisión de las autoridades públicas.

(...)

3.4.2. Desconocimiento de los principios de autonomía del juez ordinario y seguridad jurídica – análisis de la responsabilidad del Estado por el hecho del legislador a la luz de lo dispuesto por el artículo 90 de la Constitución Política

Por guardar íntima relación, la Sala analizará en forma conjunta los argumentos tercero y cuarto de la impugnación.

Para abordar el estudio del desconocimiento de estos principios, la Sala pone de presente que los artículos 228 y 230 superiores confieren al juez autonomía, potestad que legitima las decisiones que profiere, de tal manera que efectivamente la acción de tutela no puede constituirse en una tercera instancia que se pueda emplear para que se revise lo definido por el juez natural de la especialidad.

No obstante lo anterior, la Corte Constitucional, en la sentencia C-590 del 8 de junio 2005¹, reiterada en varios pronunciamientos posteriores, advirtió que el valor de cosa juzgada de las sentencias y la

1 Corte Constitucional, Sentencia C-590 del 8 de junio de 2005, M.P. Jaime Córdoba Triviño.

autonomía e independencia que caracteriza a la jurisdicción en la estructura del poder público no se opone a que, en supuestos sumamente excepcionales, la acción de tutela proceda contra aquellas decisiones que vulneran o amenazan derechos fundamentales.

Dado el carácter residual y excepcional sólo procede si se cumplen ciertos y rigurosos requisitos de procedibilidad, ampliamente desarrollados por la Corte Constitucional y acogidos por la Sala Plena de esta Corporación en la sentencia del 5 de agosto de 2014². Al resultar procedente la tutela contra providencia judicial en los precisos términos establecidos, si se demuestra en el caso concreto la existencia de un defecto sustantivo, los principios de seguridad jurídica y cosa juzgada deben ceder ante la supremacía del derecho fundamental al debido proceso, cuya protección en sede de tutela se tornaría imperativa.

Ello impone a la Sala la obligación de estudiar los siguientes ejes temáticos; (i) Principales lineamientos de la responsabilidad del Estado por el hecho del legislador; (ii) Consideraciones expuestas por la autoridad accionada en la sentencia censurada y análisis del defecto sustantivo en el caso concreto por no concurrencia de los requisitos de la responsabilidad que se derivan del artículo 90 de la Constitución Política.

(i) Principales lineamientos de la responsabilidad del Estado por el hecho del legislador

En una en una primera etapa, la Sección Tercera del Consejo de Estado consideró que se podía declarar la responsabilidad del Estado – Legislador bajo la consideración que el hecho dañino fuera la promulgación de la Ley, lo cual procedía a título de riesgo excepcional o por violación del principio de igualdad frente a las cargas públicas, siempre y cuando el legislador asintiera, así sea en forma tácita, sobre la reparación del daño³.

Con posterioridad a ello, en sentencia del 2 de febrero de 1995⁴ la Sección Tercera del Consejo de Estado sostuvo la tesis la falta de responsabilidad del Estado por el hecho de las leyes, por considerar que el ejercicio de la soberanía no podía relacionarse con la existencia del daño antijurídico.

Esta misma línea de pensamiento se mantuvo en la sentencia dictada por la Sala Plena de esta Corporación, en la sentencia del 13 de diciembre de 1995⁵, en la que se consideró que no era posible deducir la responsabilidad del Estado por el hecho de la Asamblea Nacional Constituyente, por los actos y decisiones adoptadas por ese cuerpo.

(...)

Al abordar el estudio de la evolución de la responsabilidad por el hecho del legislador, resulta importante resaltar la sentencia del 23 de febrero de 2012⁶, de la Sección Tercera del Consejo de Estado que condenó a la Nación – Ministerio de Hacienda y Crédito Público, al considerar, entre otras cosas que, “En el sistema jurídico colombiano el artículo 90 superior no excluye a autoridad pública alguna del deber de reparar los daños antijurídicos imputables a su acción o a su omisión, razón por la cual cabe entender comprendidos en el enunciado del referido canon constitucional a los autores de normas generales, impersonales y abstractas que ocasionen perjuicios de dicha índole”.

(...)

2 Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, Sentencia del 5 de agosto de 2014, Ref.: 11001-03-15-000-2012-02201-01 (IJ), Acción de tutela-Importancia jurídica, Actor: Alpina Productos Alimenticios. M.P. Jorge Octavio Ramírez Ramírez.

3 Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 18 de octubre de 1990. M.P. Julio Cesar Uribe Acosta.

4 Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia del 2 de febrero de 1995, Exp. No.9273.

5 Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, Sentencia del 13 de diciembre de 1995, M.P. Diego Younes Moreno.

6 Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia del 23 de febrero de 2012. M.P. Mauricio Fajardo Gómez.

Del recuento realizado por la Sala se advierte que se ha deducido responsabilidad del Estado por el hecho del legislador, en eventos como: (i) La tensión que se presenta al incorporar un tratado internacional que genera un desequilibrio entre las cargas públicas; (ii) Cuando se demuestra la existencia de un daño antijurídico imputable al legislador, con independencia de la declaratoria de inexequibilidad de la norma; (iii) Cuando se declara la inexequibilidad de una norma, existiendo en este evento divergencia de criterios al interior de la Corporación en consideración que un sector considera que sólo es posible edificar el juicio de responsabilidad cuando la Corte le confiere efectos retroactivos al fallo, mientras que otro lo considera posible con independencia de los efectos.

(ii) Consideraciones expuestas por la autoridad accionada en la sentencia censurada y análisis del defecto sustantivo en el caso concreto por no concurrencia de los requisitos de la responsabilidad que se derivan del artículo 90 de la Constitución Política

Corresponde a la Sala estudiar las consideraciones expuestas por la autoridad accionada en la sentencia del 26 de marzo de 2014, que la llevaron a declarar la responsabilidad del Estado por el hecho del legislador, a efectos de establecer si se incurrió en el defecto sustantivo alegado por desconocimiento del artículos 90 de la Constitución Política.

En el fallo censurado la responsabilidad del legislador se edificó sobre la base de considerar que “nadie está obligado a soportar las consecuencias adversas de una norma que nació a la vida jurídica contrariando la Constitución, pues ello sería desdibujar el principio de la supremacía constitucional, que constituye la piedra angular de nuestro ordenamiento jurídico. No cabe duda que la expedición de una norma con tales características y que luego es declarada inexecutable, constituye per se una falla en el servicio que puede generar un daño antijurídico y ello se dice, por cuanto los ciudadanos - y es apenas lógico-, esperan legítimamente, con base en el principio de confianza legítima, que el legislador expida normas que se ajusten al texto constitucional”. (Resaltado fuera de texto).

En el fallo se hizo expresa referencia al artículo 45 de la Ley Estatutaria de la Administración de Justicia, para precisar que los efectos hacia el futuro de las sentencias de inexecutable no son óbice para que pueda accederse a la reparación del perjuicio, toda vez que una cosa es la intangibilidad de la situaciones jurídicas consolidadas antes de la declaratoria de inconstitucionalidad y otra el deber que tiene el legislador de reparar el daño que ha causado con su actuación.

Lo anterior para precisar que si bien en el caso concreto “la declaratoria de inexecutable de la norma es posterior a su expedición, desde un comienzo devino en inconstitucional, comoquiera que la contradicción frente a la Carta Política siempre estuvo presente, por lo tanto cualquier daño originado en su aplicación tiene el carácter de antijurídico, y por lo tanto es indemnizable”.

Reiteró que “la declaratoria de inexecutable equivale a la falla en el servicio, sin importar si la misma obedece a razones de forma o de fondo, toda vez que en ambos casos el legislador infringió una norma de orden superior”. (Resaltado fuera de texto)

Con fundamento en lo anterior, la Sección Tercera – Subsección “C” del Consejo de Estado, en la providencia que se revisa en sede de tutela concluyó que “los daños provenientes del hecho de la ley –bien por omisión legislativa, por la ley executable o constitucional, y por la ley declarada inexecutable, con independencia de los efectos del fallo del tribunal constitucional– son de naturaleza antijurídica y, consecuentemente, reparables de manera integral a la luz del artículo 16 de la ley 446 de 1998”.

*A la luz de las anteriores consideraciones concluyó que el daño era antijurídico y que ante la declaratoria de inexecutable de la norma resultaba **automáticamente** imputable al legislador, a título de falla en el servicio.*

Del análisis de las consideraciones expuestas por el juez ordinario se advierte que la responsabilidad en el caso concreto, se dedujo exclusivamente con la decisión de la Corte Constitucional de declarar inexecutable la norma que establecía el tributo, es decir el daño antijurídico y la imputación tuvo ese único soporte.

*En consecuencia, la Sala considera necesario analizar si resulta si la declaración de inexequibilidad de una norma implica per se la responsabilidad del Estado en los términos del artículo 90 de la Constitución Política, que consagra la cláusula general de responsabilidad del Estado colombiano en los siguientes términos: “ARTICULO 90. El Estado responderá patrimonialmente por los **daños antijurídicos** que le sean **imputables**, causados por la acción o la omisión de las autoridades públicas. En el evento de ser condenado el Estado a la reparación patrimonial de uno de tales daños, que haya sido consecuencia de la conducta dolosa o gravemente culposa de un agente suyo, aquél deberá repetir contra éste”. (Negrilla fuera de texto)*

Es así como, al tenor de la referida disposición para que surja la responsabilidad patrimonial del Estado, debe configurarse un daño antijurídico y una imputación –fáctica y jurídica–, requisitos que deben estar plenamente acreditados en el proceso.

En relación con el primer presupuesto de la responsabilidad referido a la antijuridicidad del daño, Eduardo García de Enterría considera que para que la lesión sea resarcible se requiere que el detrimento patrimonial sea antijurídico, calificación que implica que “(...) el sujeto que lo sufre no tenga el deber jurídico de soportarlo (antijuridicidad objetiva)”⁷.

Por su parte, la Corte Constitucional Colombiana ha definido el daño antijurídico como “(...) aquella lesión patrimonial o extrapatrimonial, causada en forma lícita o ilícita, que el perjudicado no está en el deber jurídico de soportar”⁸.

Para la Sección Tercera de esta corporación, “El concepto de daño antijurídico cuya definición no se encuentra en la Constitución ni en la ley, sino en la doctrina española, particularmente en la del profesor Eduardo García de Enterría, ha sido reseñado en múltiples sentencias desde 1991 hasta épocas más recientes, como el perjuicio provocado a una persona que no tiene el deber jurídico de soportarlo”⁹, lo que impone considerar aquello que derivado de la actividad o de la inactividad de la administración pública no sea soportable”¹⁰.

(...)

3.4.3. Reconocimiento del error por parte de los operadores judiciales

El impugnante afirma que tanto el juez ordinario como el de tutela coinciden en que “el Congreso de la República cometió un error que produjo la inconstitucionalidad de la norma que estableció la TESA”, siendo un mandato constitucional que el Estado responda patrimonialmente por los perjuicios que le sean imputables, causados por la acción u omisión de las autoridades públicas. Sin embargo, no precisó cómo este reconocimiento tiene la posibilidad de afectar el sentido de la decisión adoptada por el juez de tutela, en relación con el carácter jurídico del daño.

El debate en sede de tutela se centró en el desconocimiento por parte del juez de la reparación directa de la norma constitucional que exige la antijuridicidad del daño y la imputación del mismo al legislador, como presupuesto sine qua non para la reparación, sin que el tema puesto de presente tenga la posibilidad de alterar el sentido de la decisión.

7 GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo, FERNÁNDEZ, TOMÁS, Ramón, “Curso de derecho administrativo Tomo II”, Pamplona, Civitas 2006, p. 382.

8 CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia C-100 de 2001, M. P. Martha Victoria Sánchez Méndez.

9 CONSEJO DE ESTADO, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera - Subsección “A”. Sentencia del (26) de mayo de dos mil once (2011), C.P. Hernán Andrade Rincón, Radicación: 19001-23-31-000-1998-03400-01(20097)

10 CONSEJO DE ESTADO, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Subsección “C”, Sentencia del doce (12) de febrero de dos mil catorce (2014). C.P. Jaime Orlando Santofimio Gamboa, Radicación número: 66001-23-31-000-2006-00672-01(40802)

En virtud de lo anterior, los argumentos expuestos en sede de impugnación no tienen la entidad suficiente para modificar la decisión de amparar el derecho al debido proceso de la Nación – Congreso de la República, el que se encuentra conculcado por la incursión por parte de la autoridad accionada en defecto sustantivo por desconocimiento del artículo 90 de la Constitución Política, en los términos que se dejaron expuestos, –se reitera– al no concurrir en el caso concreto los elementos de la responsabilidad referidos a la existencia del daño antijurídico y la posibilidad de imputarlo al Estado – Legislador.

Es así como, teniendo en cuenta la situación fáctica analizada y el marco normativo y jurisprudencial expuesto, la Sala considera que en el presente caso concurren los requisitos para conceder el amparo del derecho fundamental al debido proceso invocado por las entidades accionantes.

Esta Sección ha considerado que cuando la causa, motivo o razón a la que se atribuye la transgresión es de tal entidad que incide directamente en el sentido de la decisión que es objeto de la acción de tutela, resulta necesario amparar los derechos fundamentales involucrados en la demanda y tal situación ocurre indudablemente cuando se desconocen normas jurídicas y por ende, se incurre en defecto sustantivo, como acaeció en el vocativo de la referencia.

Lo anterior sin desconocer la competencia asignada a la autoridad judicial para interpretar y aplicar las normas jurídicas al caso concreto, fundada en el principio de autonomía e independencia judicial, que esta Sección ha defendido, en garantía de principios como el de la cosa juzgada y la seguridad jurídica, pero bajo la premisa de que esta no es absoluta, en tanto se encuentra limitada por el orden jurídico preestablecido que en este caso está consagrado en una norma constitucional.”

Decisión: “CONFIRMAR la sentencia del 7 de abril de 2016, por medio del cual el Consejo de Estado - Sección Cuarta concedió el amparo del derecho fundamental al debido proceso de la Nación - Congreso de la República y de la Agencia Nacional para la Defensa Jurídica del Estado, con las precisiones expuestas en la parte motiva de esta sentencia.

NOTIFICAR a las partes e intervinientes en la forma prevista en el artículo 30 del Decreto 2591 de 1991.

Dentro de los diez (10) días siguientes a la ejecutoria de esta providencia, REMITIR el expediente a la Corte Constitucional para su eventual revisión”.

LUCY JEANNETTE BERMÚDEZ BERMÚDEZ
Presidenta

ROCÍO ARAÚJO OÑATE
CARLOS ENRIQUE MORENO RUBIO
ALBERTO YEPES BARREIRO

CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCIÓN QUINTA

Consejera ponente: ROCÍO ARAÚJO OÑATE

Bogotá, D.C., ocho (8) de septiembre de dos mil dieciséis (2016)

Radicación número: 11001-03-15-000-2016-00532-01(AC)

Actor: NACIÓN, MINISTERIO DEL INTERIOR

Demandado: CONSEJO DE ESTADO, SECCIÓN TERCERA, SUBSECCIÓN “A”

Asunto: Fallo de segunda instancia – Confirma negativa del amparo solicitado por la entidad accionante – Reitera criterio de la Sección Quinta del Consejo de Estado en relación con la idoneidad del recurso extraordinario de revisión (Sentencia del 3 de agosto del 2015, Radicación 11000-03-15-000-2014-04393-01, C.P. Alberto Yepes Barreiro)

Extracto: “4.2 Problema jurídico No. 1: ¿Resultó acertada la decisión adoptada por la Sección Cuarta de esta Corporación, al determinar la improcedencia de la acción de la presente acción de tutela en atención a la falta de interposición del incidente de nulidad, así como de la procedencia del recurso de revisión?”

Para la Sala, resulta imperioso señalar que es procedente confirmar la improcedencia de la presente acción de tutela, en la medida en que la entidad accionante cuenta con el recurso extraordinario de revisión en contra de la sentencia que ahora cuestiona en sede de amparo.

Lo anterior, en la medida en que el cargo que eleva en su escrito, se enmarca dentro de la causal establecida en el numeral 5º del artículo 250 de la Ley 1437 del 2015, a saber:

“Existir nulidad originada en la sentencia que puso fin al proceso y contra la que no procede recurso de apelación”.

Al respecto, se debe indicar que la sentencia dictada por el Consejo de Estado del 22 de octubre del 2015, solamente fue conocida por el Ministerio accionante con el oficio obrante a folio 9 del expediente de tutela, el cual corresponde al No. A-2015-2109-O de fecha 13 de noviembre del 2015, suscrito por un oficial mayor de la Secretaría de la Sección Tercera de esta Corporación, a través del cual se remitió copia al Ministerio del Interior de la providencia referida, siendo efectivamente radicada en las oficinas de dicho ente ministerial el 25 de octubre del 2015 bajo número EXTMI15-0062259.

Así las cosas, al ser la sentencia la única actuación en la cual se hizo mención a la responsabilidad del Ministerio del Interior frente a los hechos alegados por los demandantes en el proceso de reparación directa, la misma adolecería de la nulidad que se fundamenta en el cargo que ahora se expone en sede constitucional de tutela, situación que debe ser resuelta por el juez competente para conocer del recurso extraordinario de revisión, en la medida en que la irregularidad alegada ocurrió al momento de expedirse el fallo que desató la litis propuesta en el marco del proceso ordinario, el cual, al ser de segunda instancia, no es susceptible del recurso de apelación.

Sobre la causal señalada, es de resaltar que la esta Corporación¹ ha expuesto:

“IV. La nulidad originada en la sentencia como causal de revisión

7. *La nulidad originada en la sentencia, como causal de revisión, está instituida para atacar las irregularidades procesales generadas en ella, ya que se trata de un acto*

¹ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sala Catorce Especial de Decisión. Sentencia del 5 de abril del 2016. C.P. Danilo Rojas Betancourt. Radicación: 110010315000 2008 00320 00

jurídico sujeto al cumplimiento de precisas ritualidades que de ser desoidas y “ante la improcedencia de recursos ordinarios contra ella subsistirían groseramente”².

8. *Para la configuración de esta causal, la jurisprudencia del Consejo de Estado ha señalado algunos requisitos. El primero es que el vicio se presente en la sentencia y no durante el trámite del proceso, pues en tal caso debe alegarse por el interesado durante las oportunidades previstas en el artículo 140 del C.P.C., “sin perjuicio del deber que el artículo 145 ibidem, impone al juez de declarar de oficio las nulidades insaneables que observe antes de dictar sentencia”³.*
9. *La regla precedente no excluye, claro está, “la posibilidad de alegar como nulidad originada en la sentencia aquella que, aunque ocurrida en momento anterior a la emisión del fallo definitivo no apelable, no pudo ser advertida por el recurrente durante el curso del proceso”⁴.*
10. *En este último caso, sin embargo, como también lo ha advertido la Sala Plena de esta Corporación, “el afectado tiene la carga de probar que no tuvo la oportunidad de proponer la nulidad. De lo contrario, la causal de revisión se convertiría en un mecanismo para que las partes subsanen las omisiones en el proceso ordinario y aleguen nulidades que pudieron proponer en la oportunidad prevista en el artículo 142 C.P.C.”⁵.*
11. *El segundo requisito consiste en que la sentencia presente un vicio grave o insaneable que afecte su validez. La jurisprudencia de esta Corporación ha identificado los siguientes defectos como causantes de nulidad en la sentencia⁶:*
 - 11.1. *Dictarse sentencia a pesar de la terminación previa del proceso por desistimiento, transacción o perención, porque revive un proceso legalmente concluido.*
 - 11.2. *Dictarse sentencia cuando el proceso se encuentra suspendido.*
 - 11.3. *Dictarse sentencia sin las mayorías necesarias para la decisión, por la firma de más o menos jueces de los requeridos legalmente.*
 - 11.4. *Pretermittir la instancia, por ejemplo: (i) al proferir una sentencia sin motivación; (ii) violar el principio de la non reformatio in pejus (como cuando se condena al demandado por cantidad superior o por objeto distinto al pretendido en la demanda o por causa distinta a la invocada) o (iii) proferir sentencia condenatoria contra un tercero que no fue vinculado al proceso.*
 - 11.5. *Decidir aspectos que no corresponden, por falta de jurisdicción o competencia del juez.*

2 Consejo de Estado, Sección Segunda, sentencia de 3 de abril de 1999, exp. 6390, C.P. Carlos Arturo Orjuela Góngora, reiterada en las sentencias de 17 de abril de 2013, exp. 1164-08, C.P. Gustavo Gómez Aranguren y de 20 de octubre de 2009, rad. 2003-00133-00(REV), C.P. Enrique Gil Botero.

3 Consejo de Estado, Sala Plena, sentencia de marzo 2 de 2010, rad. 2001-0091-01. C.P. Mauricio Torres Cuervo, reiterada en las sentencias 15 de mayo de 2014, rad. 2004-01432-01(18740), C.P. Hugo Fernando Bastidas y de 7 de abril de 2015, rad. 2013-02724-00(REV), C.P. Jorge Octavio Ramírez.

4 Ibid.

5 Consejo de Estado. Sala Plena, sentencia de agosto 6 de 2013, rad. 2009-00687-00, C.P. Hugo Fernando Bastidas Bárcenas, reiterada en la sentencia de 7 de abril de 2015, rad. 2013-02724-00(REV), C.P. Jorge Octavio Ramírez.

6 Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, sentencias de 11 de mayo de 1998, rad. REV-093; de 18 de octubre de 2005 rad. 2000-00239, de 20 de octubre de 2009, rad. REV-2003-00133; y de sentencia de 7 de abril de 2015, rad. 2013-02724-00(REV), C.P. Jorge Octavio Ramírez; Sección Segunda, Subsección “B”, sentencia de 11 de junio de 2009, rad. 836-06; y Sección Primera, sentencia de 14 de diciembre de 2009, rad. 2006-00123.

11.6. Proferir sentencia con fundamento en una prueba obtenida con violación del debido proceso.”

También se ha admitido por la Sala Plena de esta Corporación, que la sentencia es intrínsecamente nula, cuando la legalidad de la decisión está viciada, entre otros supuestos excepcionales, por los siguientes⁷:

- i. Cuando se profiere sentencia condenatoria contra un tercero que no fue vinculado al proceso.*
- ii. Cuando la sentencia no cuenta con el número de votos necesarios para su aprobación.*
- iii. Cuando la sentencia carece de motivación formal y material.*

*Igualmente, en relación con la causal del recurso extraordinario de revisión de **nulidad originada en la sentencia** (numeral 6° del artículo 188 del C.C.A. y numeral 5° del artículo 249 del CPACA), la Sala Plena de lo Contencioso⁸ en sentencia de 25 de noviembre de 2008, indicó que las nulidades procesales no pueden confundirse con las que se originan en la sentencia, pues mientras las primeras se estructuran cuando se dan los motivos consagrados taxativamente en el artículo 140 del CPC hoy 133 del CGP; las segundas deben interpretarse restrictivamente con unos determinados supuestos fácticos que esta Corporación ha precisado y que conducen a determinar que la nulidad originada en la sentencia puede ocurrir, en principio, en los siguientes eventos⁹:*

- a) Cuando el Juez provee sobre asuntos respecto de los cuales carece de jurisdicción o competencia;*
- b) Cuando, sin ninguna actuación, se dicta nuevo fallo en proceso que terminó normalmente por sentencia en firme;*
- c) Cuando sin más actuación, se dicta sentencia después de ejecutoriado el auto por el cual se aceptó el desistimiento, aprobó la transacción, o, declaró la perención del proceso, pues ello equivale a revivir un proceso legalmente concluido;*
- d) Cuando se dicta sentencia como única actuación, sin el trámite previo correspondiente, toda vez que ello implica la pretermisión íntegra de la instancia;*
- e) Cuando el demandado es condenado por cantidad superior, o por objeto distinto del pretendido en la demanda, o por causa diferente de la invocada en esta;*
- f) Cuando se condena a quien no ha sido parte en el proceso, porque con ello también se pretermite íntegramente la instancia;*
- g) Cuando, sin más actuación, se profiere sentencia después de ocurrida cualquiera de las causas legales de interrupción o de suspensión o, en estos casos, antes de la oportunidad debida”. (Subrayado propio)*

⁷ Consejo de Estado. Sala Plena. Sentencia de agosto 6 de 2013. Radicado: 11001-03-015-000-2009-00687-00. M.P. Hugo Fernando Bastidas Bárcenas.

⁸ Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, Sentencia de 25 de noviembre de 2008, Radicación No. 2003-00135-01. Recurrente: Jaime Lozada Perdomo. Actor: Luis Gerardo Ochoa Sánchez. Recurso Extraordinario Especial de Revisión de Pérdida de Investidura.

⁹ Cfr. Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, sentencias de 11 de mayo de 1998, Rad. REV-093, de 18 de octubre de 2005, Rad. 2000-00239; Sección Segunda, Subsección “B”, sentencia de 11 de junio de 2009, Rad. 836-06; y Sección Primera, sentencia de 14 de diciembre de 2009, Rad. 2006-00123.

Así las cosas, resulta forzoso concluir que en el presente caso, ante la existencia de un mecanismo judicial de defensa de los intereses de la entidad accionante, lo cierto es que el juez constitucional no puede pronunciarse sobre el fondo de la pretensión de amparo, en la medida en que ello implicaría reemplazar al juez ordinario.

Lo anterior cobra mayor relevancia si se tiene en cuenta que según escrito radicado el 30 de agosto de 2016, la parte accionante interpuso recurso extraordinario de revisión contra la sentencia censurada, siendo en consecuencia aquel el medio idóneo para controvertirla.

Es de resaltar igualmente, que esta Sección en fallo del 3 de agosto del 2015, con ponencia del Consejero Alberto Yepes Barreiro (Radicación: 11000-03-15-000-2014-04393-01), efectuó la siguiente consideración en relación con la idoneidad y eficacia del recurso extraordinario de revisión en casos como el que ahora avoca el conocimiento de la Sala, en los siguientes términos:

“2.5.4.2. La Corte Constitucional frente a la idoneidad y eficacia del recurso extraordinario de revisión como medio de defensa frente al desconocimiento de derechos fundamentales originado en un fallo judicial, ha considerado que estos atributos no pueden descartarse solo por el carácter excepcional del recurso o por el carácter taxativo de sus causales de procedencia. Por el contrario, “debe considerarse que el legislador lo ha diseñado como mecanismo para evitar, aun luego de su ejecutoria, que persistan dentro del ordenamiento jurídico sentencias que vulneren el debido proceso, o que no se ajusten al derecho y a la Constitución”¹⁰.

Así pues, “la idoneidad del recurso debe determinarse teniendo en cuenta el derecho fundamental que el accionante considera vulnerado y las causales de revisión previstas en el ordenamiento legal”¹¹.

En ese orden de ideas, como el mismo Máximo Tribunal Constitucional lo indicó en sentencia de unificación 263 de 2015¹², la acción de tutela se torna improcedente cuando al interior de un proceso contencioso administrativo se alega la vulneración al debido proceso y este derecho fundamental es susceptible de ser protegido mediante el trámite del recurso extraordinario de revisión.”

En este punto, la Sala precisa que en el caso concreto no se puede considerar la existencia de un perjuicio irremediable como se alega en el escrito de impugnación, en la medida en que se trata de La Nación quien es la accionante en el presente caso, así como que el asunto que se debate es de contenido meramente económico. A su vez, es de precisar que el estatuto procesal administrativo, consagró la posibilidad de solicitar medidas cautelares (artículo 229, Ley 1437 del 2011), siendo posible incluso que las mismas se adopten de urgencia por parte del juez competente (artículo 234, ejusdem), siendo éste último escenario donde se pueden debatir aquellos aspectos que se consideren de acción inmediata por parte de la jurisdicción, entre lo que está incluido, la vulneración, afectación o amenaza a un derecho fundamental.

Por lo anterior, se confirmará la decisión adoptada por la Sección Cuarta del Consejo de Estado, siendo importante resaltar que lo anterior, releva a este juez constitucional de estudiar el segundo de los problemas jurídico planteados en el acápite correspondiente de esta providencia”.

Decisión: “CONFIRMAR la sentencia del 7 de abril de 2016, por medio del cual el Consejo de Estado - Sección Cuarta concedió el amparo del derecho fundamental al debido proceso de la Nación - Congreso de la República y de la Agencia Nacional para la Defensa Jurídica del Estado, con las precisiones expuestas en la parte motiva de esta sentencia.

NOTIFICAR a las partes e intervinientes en la forma prevista en el artículo 30 del Decreto 2591 de 1991.

10 Corte Constitucional. Sentencia T-649 de 2011. Magistrado Ponente: Luis Ernesto Vargas Silva.

11 Ob. Cit. 22.

12 Corte Constitucional. Sentencia de Unificación 263 de 2015. Magistrado Ponente: Jorge Iván Palacios Palacios. Acción de tutela instaurada por Comunicación Celular S.A. (Comcel S.A.) en contra de la Sección Tercera del Consejo de Estado.

Dentro de los diez (10) días siguientes a la ejecutoria de esta providencia, REMITIR el expediente a la Corte Constitucional para su eventual revisión.”

LUCY JEANNETTE BERMÚDEZ BERMÚDEZ
Presidenta

ROCÍO ARAÚJO OÑATE
CARLOS ENRIQUE MORENO RUBIO
ALBERTO YEPES BARREIRO

CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCIÓN QUINTA

Consejera ponente: ROCÍO ARAÚJO OÑATE

Bogotá, D.C., veintiuno (21) de septiembre de dos mil dieciséis (2016)

Radicación número: 11001-03-15-000-2015-03509-01(AC)

Actor: OFELIA ROMERO DE HERRERA

Demandado: TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DEL TOLIMA

Asunto: Acción de tutela – Segunda instancia – supera requisito de inmediatez– ampara el derecho al debido proceso por incurrir en defecto fáctico- la apreciación de las pruebas debe hacerse en conjunto.

Extracto: “Esta Sala en decisión del 12 de noviembre del 2015¹ precisó los alcances y requisitos que deben atenderse al momento de alegarse la ocurrencia de un defecto fáctico en una providencia judicial, los cuales son traídos a colación en la presente decisión:

Los eventos de configuración del defecto fáctico son: i) omisión de decretar o practicar pruebas indispensables para fallar el asunto; ii) desconocimiento del acervo probatorio determinante para identificar la veracidad de los hechos alegados por las partes; iii) valoración irracional o arbitraria de las pruebas aportadas; y iv) dictar sentencia con fundamento en pruebas obtenidas con violación del debido proceso

(...)

En el caso concreto la actora identificó de manera concreta los elementos que el juez ordinario omitió analizar de la siguiente manera:

(...)

Y los que valoró indebidamente:

(...)

De cara al caso, la Sala advierte que se trata de un asunto al que le era aplicable el régimen de responsabilidad objetiva bajo el título de imputación de riesgo excepcional, lo anterior por cuanto se produjo la muerte de un ciudadano con un arma de dotación oficial. Es de señalar que en este tipo de responsabilidad basta con demostrar que el daño fue producido por un arma de uso privativo de la fuerza pública y será la entidad quien deba evidenciar la presencia de alguna de las causales eximentes de responsabilidad. Esta tesis ha sido reiterada² por esta Corporación en el sentido de indicar que:

“(...) en los eventos en que el daño es producido por las cosas o actividades peligrosas (armas de dotación oficial, vehículos automotores, conducción de energía eléctrica, etc.), el régimen aplicable es de carácter objetivo, porque el factor de imputación es el riesgo grave y anormal que el Estado expone a los administrados. De tal manera, que basta la realización del riesgo creado por la administración para que el daño resulte imputable a ella. Es ésta la razón por la cual la Corporación ha seguido refiriéndose al régimen del responsabilidad del

1 Radicación No. 11001-03-15-000-2015-01471-01, Accionante: Jaime Rodríguez Forero; Accionado: Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección “A”. Consejera Ponente: Lucy Jeannette Bermúdez Bermúdez

2 Ver entre otras, Consejo de Estado. Sala De Lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia de 12 de agosto de 2014. Rad. No. 25000-23-26-000-2000-00391-01(26794. Consejera ponente: Olga Mélida Valle De La Hoz. Sentencia del 27 de julio de 2000, Exp. 12099, Consejero Ponente: Alier Eduardo Hernández Enríquez. Sentencia del 23 de junio de 2010, Exp. 18674, Consejero Ponente: Mauricio Fajardo.

Estado fundado en el riesgo excepcional, en pronunciamientos posteriores a la expedición de la nueva Carta Política. “En dichos eventos (daños producidos por las cosas o las actividades peligrosas), al actor le bastará probar la existencia del daño y la relación de causalidad entre éste y el hecho de la administración, realizado en desarrollo de una actividad riesgosa. Y la entidad demandada, para exculparse, deberá probar la existencia de una causa extraña, esto es, que el daño se produjo por fuerza mayor, culpa exclusiva y determinante de la víctima o hecho exclusivo y determinante de un tercero”³

En este sentido, el Tribunal Administrativo del Tolima encontró probado que en la muerte del señor Aquileo Herrera Romero, hijo de la accionante, se presentó culpa exclusiva de la víctima como eximente de responsabilidad, pues en su sentir, el occiso pertenecía a un grupo armado al margen de la ley, teniendo como supuestos fácticos los siguientes:

“ (...) i) existió orden de operaciones para la realización del operativo dentro de la legalidad, ii) el señor Aquileo Herrera Romero pertenecía al grupo ofensivo ONT- FARC, según documentos de inteligencia del Ejército que lo identifican como Aldair Alias Monokilo, iii) los testimonios de los militares que participaron en el operativo, iv) copia del informe pericial concepto técnico – diagramación e ilustración de trayectorias de proyectil de arma de fuego rendido por el Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses, donde se despeja la duda del tatuaje en orificio de entrada del proyectil generado por la necropsia realizada en el hospital San Vicente de Paul (folio 469-474), v) copia orden de batalla estructura cuadrilla ONT- FARC”

La Sala advierte que le asiste razón a la accionante, toda vez que de lo expuesto se puede advertir que en el caso concreto no existe certeza, en la existencia de culpa exclusiva de la víctima, pues este argumento estuvo sustentado en apreciaciones parcializadas de las pruebas, ya que contrario a lo manifestado por la autoridad accionada, del material probatorio se puede concluir que:

- i) En efecto existe la orden de operaciones No. 004 “Opresor” y orden de estructura de la cuadrilla ONT FARC que tiene por propósito “combinar maniobras de combate irregular sobre el área de operaciones asignada, para impactar con sorpresa principalmente sobre las áreas bases de las estructuras de los frentes 25 de las ONT FARC, para obligar al enemigo a que se desmovilice, sea capturado o neutralizar su estructura armada, logística y de milicias” en dicha orden también se consigna en el acápite Red de Milicias “(a. Mono Kilo) o ALDAIR se encuentra ubicado en la vereda LAS VEGAS DEL CAFÉ donde su hermano es presidente de la junta de acción comunal y su esposa habita en la misma vereda(...)”⁴ (Negrillas fuera del texto)*

No obstante lo anterior, de dicho documento no se puede concluir, como lo hizo el Tribunal, que el occiso era en efecto la persona referenciada por los informes de inteligencia del ejército, máxime si se tiene en cuenta que en los testimonios rendidos por los militares que participaron en el operativo, se advierte que no tenían idea de quien era la persona contra la que accionaron sus armas, ya que a la pregunta: “diga en qué momento se percatan o de qué forma se dan cuenta de que el occiso era un miembro de las ONT FARC” las respuestas de los militares que intervinieron en la operación fueron las siguientes:

-SLP Avila Bolaños Jose Edilson: “por el cambuche y porque en ese momento tenía una pistola, un radio”⁵. Es de aclarar que la anterior pregunta realizada a este soldado profesional fue “En diligencias anteriormente recepcionadas se habla de un cambuche en los que estaban los miembros de las ONT

3 Consejo de Estado, Sección Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia del 27 de junio del 2013. Rad. No. 41001-23-31-000-1998-00500-01(27626) Consejero ponente: Mauricio Fajardo Gomez

4 Folio 47 del cuaderno de pruebas del Tribunal.

5 Folio 67 del cuaderno de pruebas del Tribunal.

Rocio Aratújo Oñate

FARC, diga si usted se percató de este cambuche, en caso afirmativo diga sus características” a lo que contestó: “yo no baje allá después de la muerte de Monokilo, me fui a prestar seguridad a un cerro”⁶.

- SLP Aldana Montero Hermonton: “me doy cuenta por los disparos”⁷.

- SLP Bocanegras González Jose Luis: “Cuando llegan los del B2, y los del CTI y lo identificaron como orgánico de la cuadrilla 25 de las ONT FARC”⁸.

Lo anterior permite concluir, que los militares que participaron en el operativo no tenían certeza de que se trataba de un miembro activo de un grupo guerrillero.

- ii) *Continuando con las pruebas testimoniales, advierte la Sala que únicamente fueron valoradas en el proceso los testimonios rendidos por los militares que participaron de los hechos, quienes informaron la existencia de fuego enemigo sin que este hecho pueda ser corroborado por otro medio de prueba.*

De igual manera no se tuvo en consideración los testimonios presentados por los señores Jaime Vizcaya Romero, Feliciano Guerrero Garzón, Marco Alirio Herrera Romero y Baudelino Vizcaya Romero, habitantes de la vereda en la que vivía el señor Aquileo Herrera, medio de prueba que de ser tenido en cuenta por el Tribunal, podía generar otra visión del difunto y resaltar que su labor era la de un cultivador de café, que en su tiempo libre participaba en deportes y música, características en las que coincidieron los testigos⁹.

- iii) *Frente al informe pericial No. 3063 del 21-11-08¹⁰ se puede concluir que el señor Herrera Romero no realizó disparo alguno y que el arma encontrada dentro de una mochila cerca al cuerpo, tampoco fue accionada. Aunado a lo anterior es de resaltar que según acta de levantamiento del cuerpo¹¹ y del Informe Pericial No. 248774-2011-DRBO-GBAF¹² el señor Aquileo Herrera Romero recibió uno de los disparos que ocasionó su muerte en la espalda, por lo que tampoco existe certeza sobre si en realidad enfrentó al grupo de militares siendo esta la razón de la reacción del ejército, los anteriores documentos no fueron tenidos en consideración por el Tribunal, por lo que su análisis probatorio, a juicio de esta Sala se encuentra parcializado.*

Así, la Sala advierte que sobre la valoración probatoria existe un yerro de carácter grave y ostensible por demás de ser determinante en la decisión de instancia. Con todo, cabe resaltar que las autoridades judiciales en sus providencias están regidas bajo los principios de independencia y autonomía que se encuentra reflejada de manera más significativa “en cuanto a la valoración de las pruebas. Ello por cuanto el administrador de justicia es quien puede apreciar y valorar, de la manera más certera, el material probatorio que obra dentro de un proceso, inspirándose en los principios científicos de la sana crítica”¹³.

En virtud de lo anterior, en casos extraordinarios el juez de tutela puede examinar la valoración que se realiza sobre las pruebas en un proceso ordinario realiza. Al respecto la H. Corte Constitucional ha señalado “sólo excepcionalmente, puede el juez de tutela entrar a decidir sobre la significación y jerarquización de las pruebas que obran en un proceso determinado; de forma que sólo es factible fundar una acción de tutela, cuando se observa, en el caso concreto, que de manera manifiesta el

6 Ibidem.

7 Folio 60 reverso del cuaderno de pruebas del Tribunal.

8 Folio 59 reverso del cuaderno de pruebas del Tribunal.

9 Folios 20 a 23 del cuaderno de pruebas del Tribunal.

10 Folio 467 del cuaderno de pruebas del Tribunal.

11 Folio 52 y ss del cuaderno de pruebas del Tribunal.

12 Folio 468 a 474 del cuaderno de pruebas del Tribunal.

13 Corte Constitucional. Auto 026A/98 Magistrado Ponente: Fabio Morón Díaz

operador jurídico ejecuta un juicio irrazonable o arbitrario sobre la valoración probatoria por fuera de las reglas básicas de realización, práctica y apreciación, las cuales se reflejan en la correspondiente providencia¹⁴.

En el sub lite el Tribunal Administrativo del Tolima se apartó de los postulados establecidos en el Código de Procedimiento Civil¹⁵, aplicables en los asuntos contencioso administrativos por remisión expresa del artículo 267 del C.C.A, norma vigente al momento de la interposición de la demanda especialmente el que tiene que ver con la valoración de las pruebas en conjunto; toda vez, que tuvo como únicas e irrefutables los testimonios rendidos por los militares que participaron en el supuesto combate en el que perdió la vida el señor Herrera Romero y los demás documentos aportados por el Ejército Nacional, encontrando así probada la culpa exclusiva de la víctima.

La H. Corte Constitucional ha indicado frente al tema que nos ocupa lo siguiente:

“Tratándose de la valoración de las pruebas (art. 187 ib.) se estipula que aquéllas deben ser apreciadas en conjunto, de acuerdo con las reglas de la sana crítica, sin perjuicio de las solemnidades contenidas en la ley sustancial para la existencia o validez de ciertos actos, imponiéndosele además al juez la obligación de exponer razonadamente el mérito que le asigne a cada prueba.

Entonces, por remisión expresa de la norma procesal, en los procedimientos ante la jurisdicción contencioso administrativa al juez le corresponde apreciar las pruebas en conjunto, bajo los postulados de la sana crítica, esto es, el prudente juicio al momento de la valoración probatoria con fundamento en la lógica, la ciencia y la experiencia, que se materializa en el fallo, garantizándole a las partes la utilización y análisis de los instrumentos o medios conducentes para la protección de sus intereses.”

4.3. En cuanto a posibles manifestaciones de “vía de hecho”, en casos específicos, puede recordarse que en materia probatoria la Corte ha puntualizado que acaecen ese tipo de yerros cuando el juez omite apreciar aquellas pruebas que inciden de manera determinante en la decisión adoptada¹⁶:

“Para la Corte es claro que, cuando un juez omite apreciar y evaluar pruebas que inciden de manera determinante en su decisión y profiere resolución judicial sin tenerlas en cuenta, incurre en vía de hecho y, por tanto, contra la providencia dictada procede la acción de tutela.

La vía de hecho consiste en ese caso en la ruptura deliberada del equilibrio procesal, baciendo que, contra lo dispuesto en la Constitución y en los pertinentes ordenamientos legales, una de las partes quede en absoluta indefensión frente a las determinaciones que baya de adoptar el juez, en cuanto, aun existiendo pruebas a su favor que bien podrían resultar esenciales para su causa, son excluidas de antemano y la decisión judicial las ignora, fortaleciendo injustificadamente la posición contraria. Ello comporta una ruptura grave de la imparcialidad del juez y distorsiona el fallo, el cual - contra su misma esencia - no plasma un dictado de justicia sino que, por el contrario, la quebranta.”

Esta Sala resalta la importancia de distinguir los posibles errores en los que puede incurrir el operador judicial, para indicar que solo son pasibles de análisis por parte del juez de tutela aquellos yerros que además de incidir directamente en la decisión son ostensibles, flagrantes y manifiestos, toda vez

¹⁴ Ibídem.

¹⁵ ARTÍCULO 187.

Apreciación de las pruebas. Las pruebas deberán ser apreciadas en conjunto, de acuerdo con las reglas de la sana crítica, sin perjuicio de las solemnidades prescritas en la ley sustancial para la existencia o validez de ciertos actos.

¹⁶ T-329 de julio 25 de 1996, M. P. José Gregorio Hernández Galindo.

que el juez constitucional no puede convertirse en una instancia para revisar las decisiones de los funcionarios judiciales¹⁷.

*En este sentido cuando la valoración probatoria no se realiza de forma conjunta o se omite tener en cuenta algún elemento que sea de carácter determinante en la decisión final de la controversia **sin motivar razonablemente el origen de la exclusión**, se afecta el denominado derecho a ser oído del sujeto procesal que solicitó tenerlo como prueba, por ende se conculca el debido proceso, en particular garantías como la defensa y la contradicción, según el caso¹⁸.*

La falta de valoración probatoria adecuada dificulta de manera contundente el efectivo acceso a la administración de justicia pues, no permite el conocimiento oportuno de la verdad ni la solución efectiva de un litigio, así mismo se pueden vulnerar otros derechos fundamentales como el de la igualdad toda vez que el valorar unas pruebas y no contemplar otras sin razones suficientes genera desventaja entre las partes.

Por lo anterior, para la Sala existe una clara vulneración del debido proceso, ya que a más de apartarse de los anteriores postulados el Tribunal Administrativo del Tolima desconoció la realidad social de nuestro país en la época de los hechos, en el que a diario se publicaban casos de ejecuciones extrajudiciales o llamados “falsos positivos”.

Así, el Tribunal Administrativo del Tolima solo valoró las pruebas aportadas por la parte demandada, olvidando la apreciación conjunta que rige nuestro sistema probatorio, por lo que dio por ciertos, hechos que a la luz de lo expuesto resultan dudosos y hacen imposible la configuración del eximente de responsabilidad utilizado, como:

i) La existencia de combate, toda vez que existe un dictamen pericial que indica que el occiso no accionó arma de fuego, ii) el aseverar que se trataba de un guerrillero sin advertir que en el informe de inteligencia aportado por el ejército no existe ningún tipo de identificación que permita verificar que el señor Aquileo Herrera Romero era alias de Monokilo, iii) encontrar como justificado el actuar del ejército de abrir fuego sin identificar previamente a las personas y sin recibir una agresión por parte del occiso, lo que evidencia un actuar desmedido y desproporcionado pues sin prueba diversa a la testimonial encontró demostrada la presencia de otro sujeto y iv) no advertir que existían otros métodos para obtener la rendición de una persona que no estaba identificada previamente ante un grupo de militares de un batallón de contraguerrillas.

Por último, esta Sala debe resaltar que los postulados que configuran el hecho de la víctima no se aplicaron en el caso concreto toda vez que, la justificación que dan para el actuar desmedido y desproporcionado del ejército son un informe de inteligencia y la orden de patrullaje en la zona, sin que exista una identificación de la persona contra la que abrieron fuego o un acto de su parte que los haya puesto en riesgo.

En relación con el eximente de responsabilidad denominado “hecho de la víctima” el criterio de la Sección Tercera consiste en que para que opere “...es necesario determinar, en cada caso concreto, si el proceder –activo u omisivo– de aquélla tuvo, o no, inferencia y en qué medida, en la producción del daño”¹⁹

Así pues, es claro que el Tribunal Administrativo del Tolima tampoco contempló los parámetros establecidos por esta Corporación acerca de la configuración de la culpa exclusiva de la víctima, ya que no realizó alguna consideración adicional distinta a asegurar que se trató de un guerrillero, por lo que el actuar del ejército era legítimo, sin considerar en qué medida participó el señor Aquileo

17 T-204 de mayo 13 de 1998, M. P. Hernando Herrera Vergara.

18 T-419 de abril 30 de 2008, M. P. Nilson Pinilla Pinilla.

19 Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Subsección “A”. Sentencia de 16 de julio de 2015. Rad. No. 52001-23-31-000-2002-00007-01(28419)

Herrera Romero para soportar el actuar del batallón contraguerrilla. En virtud de lo anterior, la Sala revocará la decisión de la Sección Cuarta del Consejo de Estado que negó el amparo constitucional a la accionante, para en su lugar amparar el derecho al debido proceso incoado y ordenar al Tribunal accionado dictar una sentencia de reemplazo, atendiendo a lo expuesto en la pare motiva de esta providencia.”

Decisión: “REVOCAR la sentencia del 19 de mayo del 2016, proferida por el Consejo de Estado, Sección Cuarta que negó el amparo del derecho invocado, para en su lugar, AMPARAR el debido proceso de la accionante.

En consecuencia, DEJAR SIN EFECTOS la sentencia del 25 de noviembre del 2014, proferida por el Tribunal Administrativo del Tolima dentro del proceso de reparación directa, radicado No. 73001-33-31-007-2010-00541-01, iniciado por la señora Ofelia Romero de Herrera y otros demandantes contra la Nación -Ministerio de Defensa- Ejército Nacional.

ORDENAR al Tribunal Administrativo del Tolima, que en el término de máximo de un mes, contado a partir de la notificación del presente fallo, profiera una sentencia ajustada a los postulados aquí establecidos, en el proceso de reparación directa radicado No. 73001-33-31-007-2010-00541-01 promovido por los señores Ofelia Romero de Herrera, Marco Alirio Herrera Romero y Blanca Nidia Herrera Romero contra la Nación Ministerio de Defensa Ejército.

NOTIFÍQUESE a las partes en la forma prevista en el artículo 30 del Decreto 2591 de 1991.

Dentro de los diez (10) días siguientes a la ejecutoria de esta providencia, envíese el expediente a la Corte Constitucional para su eventual revisión, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 32, inciso 2° del Decreto 2591 de 1991”.

LUCY JEANNETTE BERMÚDEZ BERMÚDEZ
Presidenta

ROCÍO ARAÚJO OÑATE
CARLOS ENRIQUE MORENO RUBIO
ALBERTO YEPES BARREIRO



CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCIÓN QUINTA

Consejera ponente: LUCY JEANNETTE BERMÚDEZ BERMÚDEZ

Bogotá, D.C., veintiuno (21) de enero de dos mil dieciséis (2016)

Radicación número: 11001-03-15-000-2015-02940-00(AC)

Actor: MAGALIS ESTHER DÍAZ DE CELEDÓN

Demandado: TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE LA GUAJIRA

Asunto: La tutelante con el fin de obtener pago total de sentencia ordinaria que ordenó la reliquidación de su pensión presentó demanda ejecutiva. En ambas instancias la demanda se rechazó por caducidad de la acción aduciendo que el término se contabiliza pasados los 30 días que tiene la entidad condenada para cumplir la orden judicial. Se alegó en la tutela defecto sustantivo por no atender al contenido del numeral 4º del art. 177 del C.C.A. y desconocimiento de precedente del Consejo de Estado que afirma que la caducidad se cuenta desde el vencimiento de los 18 meses de que trata esa misma norma.

Extracto:

“II. CONSIDERACIONES DE LA SALA

2.2. Problema jurídico

*Corresponde a la Sala determinar si la providencia de 23 de septiembre de 2015 proferida por el Tribunal Administrativo de La Guajira dictada en sede de la acción ejecutiva ejercida por **Magalis Esther Díaz de Celedón** contra la UGPP, vulneró los derechos fundamentales a la igualdad, de acceso a la administración de justicia y al debido proceso de la parte actora.*

Para resolver este problema, se analizarán los siguientes aspectos: (i) el criterio de la Sección sobre la procedencia de la acción de tutela contra providencia judicial; (ii) estudio sobre los requisitos de procedibilidad; y finalmente, de encontrarse superados los requisitos de procedibilidad adjetiva se estudiará (iii) el fondo del reclamo.

(...)

2.4. Examen de los requisitos: Procedencia adjetiva

2.4.1. *No se trata de una tutela contra decisión de tutela pues la providencia que censura la tutelante se profirió en el trámite de la acción ejecutiva que ejerció la parte actora contra la UGPP.*

2.4.2. De igual manera, en el presente asunto se cumple con el requisito de inmediatez¹ pues la providencia que se cuestiona data del 23 de septiembre de 2015 y la presente acción de tutela se radicó el 26 de octubre del mismo año. Lapso que la Sala considera prudencial para el ejercicio de la presente acción constitucional.

2.4.3. Asimismo, la Sala encuentra que contra la providencia tutelada la parte accionante no cuenta con medio de impugnación ordinario para su defensa.

Una vez superadas las exigencias en mención, la Sala abordará el fondo del reclamo que la solicitud de tutela presenta, no sin antes resaltar el carácter excepcional de la acción de amparo, el cual tiene como fin garantizar la intangibilidad de la cosa juzgada, el respeto de la autonomía judicial², la protección de derechos de terceros de buena fe, la seguridad jurídica y la confianza en los fallos judiciales³.

2.5. Solución del caso

Aduce la parte actora que el Tribunal Administrativo de La Guajira con la providencia del 23 de septiembre de 2015 vulneró sus derechos fundamentales al incurrir en defecto sustancial y desconocimiento de precedente porque declaró la caducidad de la acción ejecutiva que presentó contra la UGPP sin tener en consideración el término de 18 meses previsto en el numeral 4º del artículo 177 del C.C.A., ya que es a partir de su vencimiento que se debe contabilizar, como lo expuso el Consejo de Estado, Sección Segunda⁴, en providencia que afirma fue desatendida por el accionado.

*Así las cosas, empieza la Sala por manifestar que la providencia enjuiciada, en su parte considerativa, contiene un capítulo titulado “la caducidad en la acción ejecutiva” en el cual **se analizan de manera genérica** los artículos 176 y 177 del C.C.A. y, se concluye que dichos preceptos:*

“...claramente ratifican que la obligación es exigible por el titular del derecho ante la entidad pública condenada desde la ejecutoria de la providencia que la contenga, y sancionan al beneficiario que no reclama dentro de los 6 meses siguientes a la ejecutoria de la providencia.

(...)

Aceptar que la obligación de cumplir la sentencia ejecutoriada está condicionada a un plazo adicional de 18 meses implica aceptar que el deudor no podría pagar el crédito antes de fenecido dicho plazo ni solicitar del acreedor su cumplimiento voluntario en este mismo periodo. Además, sería un contrasentido aceptar la causación de intereses moratorios desde el día siguiente de la ejecutoria de la sentencia de condena y afirmar que la misma está sometida a un plazo que solo acaecerá 18 meses después de la misma”.

Sin embargo, al abordar el caso concreto, se limitó a exponer que:

1 El mencionado requisito exige que la acción de tutela se interponga tan pronto se produce el hecho, acto u omisión al que se le atribuye la vulneración de los derechos fundamentales, o por lo menos dentro de un término prudencial y consecuencial a su ocurrencia, pues el paso prolongado del tiempo, indica que se ha disipado la gravedad de la lesión y la urgencia de la protección deprecada, desvirtuándose así, la inminencia de la afectación. La razón de ser del referido principio, es evitar que este mecanismo constitucional de defensa se utilice como herramienta que subsane la desidia, negligencia o indiferencia de las personas que debieron buscar una protección oportuna de sus derechos y no lo hicieron, o que la misma se convierta en factor de inseguridad jurídica.

2 Corte Constitucional, Sentencia C-543 de 1992.

3 Corte Constitucional, Sentencia T-315 de 2005, M.P. Jaime Córdoba Triviño

4 Sentencia de 27 de mayo de 2010, C.P. doctor Gustavo Gómez Aranguren, Rad. No. 2007-0528

*“Conforme lo establecido en el artículo 136-11 [del C.C.A.] el ejecutante tenía la oportunidad de solicitar su ejecución o ejecutividad transcurridos los 5 años contados a partir de su exigibilidad, que **para el caso concreto la exigibilidad comienza a contabilizarse después de superados los 30 días de ejecución voluntaria por parte de la entidad pública, según los términos previstos en el artículos 176 del CCA**, lo que significa que si la ejecutoria de la providencia fue el 5 de junio de 2008, la UGPP tenía hasta el 5 de julio para expedir el respectivo acto administrativo, transcurrido plazo al día siguiente -6 de julio de 2008- iniciaba el término de exigibilidad de la sentencia.*

La demanda fue presentada el 24 de octubre de 2014, lo que significa que fue presentada fuera de la oportunidad legal, habida consideración que tuvo hasta el 6 de julio de 2013 para hacer efectivo su derecho por la vía judicial, al haberla presentado por fuera del término de ley operó el fenómeno jurídico de la caducidad y así ha de declararse.

El Tribunal no acoge el argumento del recurrente frente a partir de cuándo se debía iniciar la contabilización de los términos de caducidad, lo anterior en razón que para solicitar su ejecución o ejecutividad es una vez transcurridos los 5 años contados a partir de su exigibilidad”.

Para el Tribunal, es claro que cuando presentó la demanda ya el término habilitante para presentarla le había fenecido, lo cual no dejaba otra opción al juez, sino la de rechazar la demanda de conformidad con lo establecido en el artículo 136-11 del CCA.

Corolario de expuesto, tendrá que confirmarse la decisión proferida por el juez...”.

De la anterior argumentación se destaca que la decisión enjuiciada al resolver la problemática planteada se fundamenta en el contenido del numeral 11 del artículo 136 del C.C.A., y 176 de la misma codificación los que señalaban que:

“Artículo 136. Caducidad de las acciones

11. La acción ejecutiva derivada de decisiones judiciales proferidas por esta jurisdicción, caducará al cabo de cinco (5) años, contados a partir de la exigibilidad del respectivo derecho. La exigibilidad será la señalada por la ley o la prevista por la respectiva decisión judicial.

***Artículo 176. Ejecución.** Las autoridades a quienes corresponda la ejecución de una sentencia dictarán, dentro del término de treinta (30) días contados desde su comunicación, la resolución correspondiente, en la cual se adoptarán las medidas necesarias para su cumplimiento”.*

Sin embargo, de dicha decisión judicial en lo referente al caso concreto no se alude al contenido del inciso 4º del artículo 177 del C.C.A., norma que según la tutelante no fue tomada en consideración, y según el cual:

***“Artículo 177. Efectividad de condenas contra entidades públicas.** Cuando se condene a la Nación, a una entidad territorial o descentralizada al pago o devolución de una cantidad líquida de dinero, se enviará inmediatamente copia de la sentencia a quien sea competente para ejercer las funciones del ministerio público frente a la entidad condenada.*

(...)

*Será causal de mala conducta de los funcionarios encargados de ejecutar los presupuestos públicos, pagar las apropiaciones para cumplimiento de condenas más lentamente que el resto. **Tales condenas, además, serán ejecutables ante la justicia ordinaria dieciocho (18) meses después de su ejecutoria**” (Negrilla y subraya fuera de texto original).*

En esta altura del debate, resulta plausible traer a colación el antecedente jurisprudencial, que la parte actora afirma, en su escrito de tutela, fue desatendido por la corporación judicial accionada en

la medida en que dicho pronunciamiento el Consejo de Estado al analizar la forma de contabilizar el término de caducidad de la acción ejecutiva, que tiene como fundamento una sentencia judicial, concluyó que:

“... debe indicarse que los términos para interponer la acción ejecutiva derivada de decisiones judiciales se encuentra claramente establecida por la Ley, así el inciso 4º del artículo 177 del C.C.A., señala que ‘será causal de mala conducta de los funcionarios encargados de ejecutar los presupuestos públicos, pagar las apropiaciones para cumplimiento de condenas más lentamente que el resto. Tales condenas, además, serán ejecutables ante la justicia ordinaria dieciocho (18) meses después de su ejecutoria.

Por su parte, el numeral 11 del artículo 136 *ibidem*, establece que: ‘11. La acción ejecutiva derivada de decisiones judiciales proferidas por esta jurisdicción, **caducará al cabo de cinco (5) años, contados a partir de la exigibilidad del respectivo derecho.** La exigibilidad será la señalada por la ley o la prevista por la respectiva decisión judicial.

De la normatividad antes transcrita, se concluye que en caso bajo examen ha tenido ocurrencia la caducidad de la acción, si se tiene en cuenta que la sentencia de 10 de abril de 1996 proferida por la Sección Segunda del Consejo de Estado (...) quedó ejecutoriada el 22 de abril de 1996, es decir, **que al tenor del artículo 177 del C.C.A., la misma era exigible 18 meses después de su ejecutoria...**”.

De acuerdo con el aparte transcrito resulta evidente que el Consejo de Estado es claro en señalar que para efectos de contabilizar la caducidad de las acciones ejecutivas, cuyo título valor es una sentencia judicial, es necesario recurrir, entre otros, al contenido del inciso 4º del artículo 177 del C.C.A., para concluir que la misma será exigible al vencimiento de los 18 meses a los que alude dicho precepto tal y como lo señala la parte actora en su escrito de tutela y contrario a la conclusión a la que arribó el Tribunal accionado.

No sobra precisar, que dicha tesis del Consejo de Estado fue reiterada en reciente pronunciamiento⁵, al manifestar que:

“De acuerdo con las disposiciones legales y a la jurisprudencia, la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca que accedió a las pretensiones del ejecutante, se hizo exigible 18 meses después de su ejecutoria, esto es, que si la sentencia cobró el 4 de agosto de 2005 (fl. 5), a partir del día siguiente se deben contar 18 meses, los cuales vencieron el 5 de febrero de 2007. Lo anterior significa que a partir de esta fecha, el demandante disponía de cinco (5) años para presentar la demanda ejecutiva, los cuales se extendieron hasta el 6 de febrero de 2012, y como quiera que la demanda se presentó el 3 de abril de 2014 (fl. 46 vuelto), para esta fecha ya había caducado la oportunidad para presentarla ante la jurisdicción”.

Así las cosas, la Sala concluye que, en efecto, el Tribunal tutelado en la providencia enjuiciada omitió la aplicación del inciso 4º del artículo 177 del C.C.A., pues se insiste si bien a dicho precepto se aludió de manera genérica, al momento de resolver el caso preciso de la señora Díaz, su decisión la fundó únicamente en el contenido de los artículos 136 y 176 de esa codificación.

Sin perjuicio de lo anterior, si en gracia de discusión la Sala admitiera que las conclusiones expuestas de manera general por el Tribunal accionado en la providencia cuestionada, sirvieran de fundamento para confirmar la decisión de declarar la caducidad de la acción ejecutiva, se debe afirmar que dicha postura resulta contradictoria de la expuesta por el Consejo de Estado, en la providencia que la parte actora aduce como desatendida, la cual como ya antes se expuso es clara en señalar que el término de caducidad de cinco años –numeral 11 del art. 176 del C.C.A.- se debe contabilizar una vez fenecido el plazo de 18 meses de los que trata el inciso 4º del art. 177 de la

5 Auto de 16 de julio de 2015, Rad. No. 2014-04132-01, Consejera Ponente doctora Sandra Lisset Ibarra Vélez

misma codificación, conducta que también resulta vulneradora del derecho fundamental al debido proceso de la tutelante porque incluso la autoridad judicial en la providencia cuestionada omitió sustentar de manera amplia y suficiente las razones por las cuales se apartaba de la tesis del Consejo de Estado.

Por las anteriores razones la Sala concluye que la providencia atacada en la presente acción de tutela vulnera el derecho al debido proceso que le asiste a la parte actora en la medida que el Tribunal tutelado incurrió en defecto sustantivo y desconocimiento del precedente jurisprudencial, como antes se expuso. En consecuencia, se procederá a decretar el amparo requerido y a ordenar al Tribunal Administrativo de La Guajira que dicte una decisión de remplazo en la que se tenga en consideración lo expuesto en el presente fallo.

(...)"

Decisión: "TUTÉLASE el derecho fundamental al debido proceso que le asiste a la señora Magalis Esther Díaz de Celedón. En consecuencia, se DEJA SIN EFECTOS la providencia dicta el 23 de septiembre de 2015 proferida por el Tribunal Administrativo de La Guajira.

Se ORDENA al mentado Tribunal que en un término no mayor a quince (15) días dicte la decisión de remplazo a la que aquí se deja sin efectos, atendiendo a lo manifestado en la parte considerativa de la presente providencia.

Si no fuese impugnado este fallo, enviar el expediente a la Corte Constitucional para su eventual revisión al día siguiente de la ejecutoria de esta providencia, en virtud del inciso 2º del artículo 31 del Decreto 2591 de 1991 y devolver el expediente del proceso ordinario para que se cumpla la orden impartida en el presente fallo en el anterior numeral.

(...)"

LUCY JEANNETTE BERMÚDEZ BERMÚDEZ
Presidenta

ROCÍO ARAÚJO OÑATE
CARLOS ENRIQUE MORENO RUBIO
ALBERTO YEPES BARREIRO

CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCIÓN QUINTA

Consejera ponente: LUCY JEANNETTE BERMÚDEZ BERMÚDEZ

Bogotá, D.C., once (11) de febrero de dos mil dieciséis (2016)

Radicación número: 11001-03-15-000-2015-03216-00(AC)

Actor: UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTIÓN PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA PROTECCIÓN SOCIAL - UGPP

Demandado: TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE SANTANDER Y OTRO

Asunto: La UGPP demanda la sentencia de 13 de septiembre de 2011, con la cual el Tribunal Administrativo de Santander en segunda instancia de proceso de nulidad y restablecimiento del derecho accedió a incluir en la liquidación de la señora Rosalba Amaya Amaya la bonificación por servicios en un monto equivalente al 100%, pues estima que la interpretación normativa pertinente es aquella que indica que el factor se debe liquidar en doceavas por tratarse de una prestación anual.

Extracto:

“II. CONSIDERACIONES DE LA SALA

(...)

2. Examen de los requisitos: Procedencia adjetiva

Para comenzar por el estudio de los parámetros esenciales de viabilidad de la solicitud de amparo cuando se dirige contra providencias judiciales, la Sala encuentra que la sentencia censurada fue dictada dentro de un proceso de nulidad y restablecimiento del derecho, de manera que no se trata de una sentencia de tutela.

En cuanto a los requisitos de la inmediatez y la subsidiariedad debe poner de presente la Sala que en anteriores oportunidades en relación con demandas de tutela instauradas por la UGPP había declarado improcedente la acción por encontrar que no concurría el primero y en algunas ocasiones el segundo.

Lo anterior, en consideración a que las demandas se presentaron transcurridos más de 6 meses desde la ejecutoria de las sentencias cuestionadas y desde que la entidad asumió la sucesión procesal de CAJANAL, lo cual acaeció el 12 de junio de 2013 y porque no se agotaron al interior del proceso ordinario correspondiente los recursos o mecanismos de defensa establecidos por el Legislador.

No obstante, desde el 23 de enero de 2015, cuando la Corte Constitucional puso en conocimiento de la Sección Quinta la sentencia T- 835 de 11 de noviembre de 2014 en la acción de tutela instaurada por la misma entidad pública tutelante¹ y se revisaron casos similares con el que ahora ocupa la atención de la Sala y se dejó sin efectos la sentencia dictada el 10 de enero de 2014 por esta Sala, se han venido aplicando los preceptos allí establecidos², de manera que empezó a dar por superados los requisitos de inmediatez y subsidiariedad de las acciones de tutela promovidas por la UGPP.

1 En la cual se acumularon los expedientes Nos. T- 4.374.697 contra el Tribunal Administrativo del Casanare y T- 4.422.174 contra el Tribunal Administrativo de Santander.

2 Como ocurrió en las sentencias del 12 de mayo de 2015 C.P.: Alberto Yepes Barreiro, expediente 2015-1446-01; o las de 18 de junio de 2015: 2015-0363-01 C.P.: Alberto Yepes Barreiro y 2015-0367-01 Lucy Jeannette Bermúdez Bermúdez.

Lo anterior, fue consecuencia de la declaratoria del estado de cosas inconstitucionales frente a CAJANAL. Al respecto en sentencia de 21 de enero de 2016³, en la cual se hizo referencia a la sentencia de 14 de mayo de 2015⁴, se indicó que:

“(…) mediante notificación efectuada a la Sección Quinta del Consejo de Estado el día 23 de enero del año en curso, la Corte Constitucional puso en conocimiento la sentencia T - 835 de 11 de noviembre de 2014 en la acción de tutela instaurada por la misma entidad pública tutelante en la cual se acumularon los expedientes Nos. T- 4.374.697 contra el Tribunal Administrativo del Casanare y T- 4.422.174 contra el Tribunal Administrativo de Santander y se revisaron casos similares con el que ahora ocupa la atención de la Sala, decidiendo dejar sin efectos, la sentencia dictada el 10 de enero [sic] de 2014 por esta Sala.

En esta providencia para tener por superados los requisitos de subsidiariedad e inmediatez consideró la Corte Constitucional:

‘Deber de agotar todos los medios de defensa judicial a su alcance. En relación con este requisito se debe destacar que en el expediente T-4.374.697, Cajanal no hizo uso de los medios de defensa judicial contra la decisión adoptada por el Juzgado Segundo Administrativo de Yopal; en cuanto al expediente T-4.422.174, Cajanal impugnó la decisión adoptada por el Juzgado Segundo Administrativo de Bucaramanga, sin que exista actuación posterior por parte de esa entidad. La Sala encuentra que en este caso existe una justificación para la inactividad, en gran medida, debido al estado de cosas inconstitucional, situación que terminó en su liquidación. Por tanto, este requisito en el caso en estudio no puede ser graduado con la misma intensidad y rigor que ordinariamente es exigido por la jurisprudencia de esta Corporación.

Al respecto, en la sentencia T-068 de 1998 la Corte resolvió decretar la existencia de un estado de cosas inconstitucional en CAJANAL. Dicha decisión sostuvo la existencia de un problema estructural de ineficiencia e inoperancia administrativa, siendo esto un inconveniente general que afectaba a un número significativo de personas que buscaban obtener las prestaciones económicas a las que consideraban tener algún derecho.

Teniendo en cuenta esta situación, la Corte Constitucional profirió la Sentencia T-1234 de 2008, en la que señaló: “...Ese problema estructural se manifiesta en la incapacidad de CAJANAL para atender de manera oportuna las solicitudes que en materia pensional se le presentan por los usuarios, situación que no obstante haber presentado cierta mejoría, todavía significa que la entidad se demora, en promedio, cinco meses más de los términos legales y jurisprudenciales para resolver de fondo las solicitudes (...). De lo anterior concluye: 1. No se ha superado el estado de cosas inconstitucional que ha sido declarado por la Corte Constitucional en Cajanal, lo cual implica que las autoridades competentes deben tomar los correctivos, no desde una perspectiva sancionatoria sino de apoyo, vigilancia y control de los procesos orientados a una respuesta efectiva. 2. Como quiera que se trata de un problema estructural, salvo lo que pueda establecerse en cada caso concreto, no puede concluirse de manera general que la mera omisión de respuesta en término resulte imputable a título de dolo o de culpa a las autoridades responsables en Cajanal. No cabe, pues aplicar el criterio conforme al cual, establecida la mora, la misma resulta automáticamente atribuible a negligencia de la entidad, sino que es preciso determinar si se está en presencia de un problema estructural que excluye la culpa en los casos concretos. 3. Por las circunstancias que se han anotado, la regla conforme a la cual, en los incidentes de desacato el incumplimiento objetivo de la orden de tutela impone al destinatario de la misma la carga de explicar su conducta omisiva como presupuesto para evitar la sanción, no opera en este caso”.

3 C.P.: Lucy Jeannette Bermúdez Bermúdez, expediente No.: 11001-03-15-000-2015-01687-01.

4 Consejo de Estado, Sección Quinta, Consejero ponente doctor Alberto Yepes Barreiro, sentencia de 14 de mayo de 2015, expediente No. 25000-23-42-000-2015-01446-01.

*Dentro de este contexto, la Corte encuentra una justificación admisible que evitó que fueran agotados la totalidad de los medios ordinarios de defensa judicial con que contaba Cajanal para impugnar los respectivos fallos y, en tal consideración, tiene por superado este requisito de procedibilidad en la presente acción de tutela. **Requisito de inmediatez.** Este presupuesto exige que la acción de tutela sea interpuesta dentro de un plazo razonable y proporcionado, a partir del hecho generador de la amenaza o violación del derecho fundamental, so pena de declararse improcedente²¹ [5].*

Sobre la razonabilidad del plazo para interponer la tutela, la Corte ha fijado criterios para evaluar la razonabilidad del plazo para interponer la acción de tutela, entre los cuales se cuentan los siguientes: (i) que existan razones válidas para la inactividad, como la fuerza mayor²² [6], el caso fortuito, la incapacidad o imposibilidad para interponer la tutela en un término razonable, así como la especial situación de aquella persona a quien se le han vulnerado sus derechos fundamentales, que convierta en desproporcionado el hecho de adjudicarle la carga de acudir a un juez; por ejemplo el estado de indefensión, interdicción, abandono, minoría de edad, incapacidad física, entre otros; (ii) la prolongación en el tiempo de la vulneración o amenaza de los derechos fundamentales y que, pese a que el hecho que la originó por primera vez es muy antiguo respecto de la presentación de la tutela, la situación desfavorable del actor derivada de la vulneración de sus derechos se mantiene.

En los casos analizados la vulneración de los derechos fundamentales de la accionante es permanente por tratarse del pago de prestaciones periódicas, aunado a que la UGPP asumió las funciones de defensa judicial de Cajanal el 11 de junio de 2013, por lo que no se está en presencia de un descuido de la administración. Así mismo, se debe tener en cuenta la grave afectación de los ingresos con los que se financia la prestación de los servicios de salud, por cuanto los aportes se destinan a financiar el sistema médico asistencial del afiliado pensionado, razones que explican el cumplimiento del requisito de inmediatez en el caso en estudio’.

En virtud de lo expuesto, la Sala acoge la posición planteada por la Corte Constitucional y es por ello da por superados los mencionados requisitos [...].

Ahora encuentra la Sala que en recientes fallos de la Corte Constitucional en las sentencias T-893 de 20 de noviembre 2014 y T-287 de 14 de mayo de 2015⁷, cambió su postura, para indicar que la alegación

5 “[...] Ver T-526 de 2005, T-016 de 2006, T-692 de 2006, T-905 de 2006, T-1084 de 2006, T-1009 de 2006, T-792 de 2007, T-825 de 2007, T-243 de 2008, T-594 de 2008, T-189 de 2009, T-299 de 2009, T-265 de 2009, T-691 de 2009, T-883 de 2009, T-328 de 2010, T-546 de 2014, entre otras [...]”.

6 “[...] Ver T-1009 de 2006 y T-299 de 2009 [...]”.

7 “[...] El agotamiento de los recursos judiciales ordinarios y extraordinarios y el requisito de inmediatez. Reiteración sentencia T-893 de 2014.

La sentencia T-893 de 2014, proferida por la Sala Novena de Revisión, conoció un caso de situaciones fácticas parecidas al aquí analizado, en esa oportunidad la acción de tutela fue interpuesta por la UGPP contra el Juzgado Primero Administrativo de Descongestión de Yopal, al considerar vulnerado su derecho fundamental al debido proceso, con ocasión de la sentencia proferida el juzgado el 27 de enero de 2012, en la cual le ordenó a CAJANAL “cesar todos los descuentos que viene efectuando con destino al Fosyga, con cargo a la nómina que como pensionada se le hace a la señora Nelly Jaramillo Bedoya (...)”. Luego de estudiar la procedencia de la acción de tutela, la declaró improcedente por incumplimiento de los requisitos de subsidiariedad e inmediatez, al respecto la providencia concluyó:

43. En suma, en criterio de la Sala Novena de Revisión la injustificada falta de interposición del recurso de apelación por parte de Cajanal EICE o la UGPP frente a la sentencia de primera instancia del Juzgado Primero Administrativo de Descongestión de Yopal que condenó a la entidad a descontar de la pensión de la señora Nelly Jaramillo únicamente el 5% como aporte a seguridad social en salud, así como la tardanza en presentar la acción de tutela contra dicha providencia, conducen a la improcedencia de la acción de la referencia por el incumplimiento de los presupuestos procesales de subsidiariedad e inmediatez.

44. Para esta Sala de la Corte la alegación genérica y abstracta del estado de cosas inconstitucionales de Cajanal por parte de la UGPP, no representa una razón suficiente que exculpe por sí sola la falta de agotamiento de los medios ordinarios

genérica y abstracta del estado de cosas inconstitucionales de CAJANAL por parte la UGPP no es razón suficiente para superar los requisitos de inmediatez y subsidiariedad.

En vista de lo anterior, la Sala reitera la postura definida para estos casos respecto de la flexibilización en el análisis de los requisitos de inmediatez y subsidiariedad, establecida en fallo de tutela del 14 de mayo de 2015, expediente No. 25000-23-42-000-2015-01446-01, arriba transcrito, motivo por el cual, en el presente caso la Sección asume que la inmediatez y subsidiariedad que caracteriza al mecanismo constitucional de amparo, se encuentran superadas.

(...)

Ocorre lo mismo en esta oportunidad, por ende, la Sala aborda el estudio de fondo del caso sometido a consideración, de manera que, no obstante la posición rígida con respecto de los requisitos de inmediatez y subsidiariedad asumida por la Corte Constitucional en sentencias T-893 de 20 de noviembre 2014 y T-287 de 14 de mayo de 2015, esta Sala se ha identificado con la postura establecida por esa Corporación en la sentencia T - 835 del 11 de noviembre de 2014, ya referida.

Significa lo dicho que a pesar del tiempo que dejó transcurrir la accionante para alegar la vulneración de sus derechos y que adicionalmente pudo hacer uso de algunos mecanismos administrativos o judiciales establecidos en el ordenamiento jurídico, la Sala reitera la postura definida para estos casos respecto a la flexibilización en el análisis de la inmediatez y la subsidiariedad, encontrando entonces superados estos requisitos adjetivos, por lo cual se procede a estudiar el fondo del asunto de la presente acción constitucional⁸.

de defensa judicial (recurso de apelación) y la tardanza en la interposición de la acción de tutela contra la providencia atacada por vía constitucional en esta oportunidad (inmediatez).

45. Finalmente, la UGPP no demostró en el proceso de tutela una situación fraudulenta que incidiera en el juicio de inmediatez y subsidiariedad, aspecto que de haberse verificado habría podido conducir a una conclusión distinta frente a la procedibilidad de la acción. La entidad únicamente se refirió a situaciones de “abuso del derecho” y “fraude a la ley”, pero no allegó al expediente providencias disciplinarias o penales que acreditaran situación irregular alguna en este caso específico¹¹ {73}.

46. Por las razones expuestas, la Sala Novena de Revisión confirmará la sentencia de instancia dictada en el trámite de la referencia, que declaró la improcedencia de la acción de tutela.

La Sala Segunda de Revisión adopta la posición asumida por la Sala Novena de Revisión, encontrando incumplidos dos de los requisitos generales de procedencia, el de la inmediatez y el de la subsidiariedad...” (Subrayado no es del texto original). Más adelante, en la citada sentencia, indicó: “... 4.4. Todo lo anterior no excluye la posibilidad de defensa de la UGPP frente a situaciones de fraude debidamente comprobadas, para lo cual deberá anexar a las demandas de tutela, por ejemplo, providencias disciplinarias o penales que acrediten la situación irregular en el caso específico¹⁵ {73}, situación que, a juicio de la Sala, sí podría llegar a incidir en el examen de inmediatez y subsidiariedad.

Adicionalmente, la accionante podría intentar la acción de revocatoria directa del acto administrativo que reconoció tal prestación, posterior a una sentencia o fallo que evidenciara un fraude a la administración de justicia; podría solicitar la suspensión provisional de los actos administrativos que reconocieron las prestaciones; y/o pedir a la Contraloría que investigue los funcionarios que los expidieron¹⁶ {73}...”.

8 En el mismo sentido se pronunció la Sala en sentencia de 15 de diciembre de 2015. C.P.: Rocío Araújo Oñate. Radicación número: 11001-03-15-000-2015-02397-01. Accionantes: UGPP.

3. Estudio de fondo⁹

3.1. Marco normativo que regula la bonificación por servicios y el cálculo de la misma para efectos de liquidar el ingreso base de liquidación en el régimen especial de la Rama Judicial

3.1.1. Régimen pensional especial de la Rama Judicial

El Decreto No. 546 de 1971, estableció el régimen de seguridad social de los funcionarios y empleados de la Rama Jurisdiccional y del Ministerio Público y, en relación con el régimen de pensiones estableció, en el artículo 6º que:

“... los funcionarios y empleados a que se refiere este decreto, tendrán derecho, al llegar a los 55 años de edad, si son hombres, y de 50, si son mujeres, y cumplir 20 años de servicio continuos o discontinuos, anteriores o posteriores a la vigencia de este decreto, de los cuales por lo menos 10 lo hayan sido exclusivamente a la Rama Jurisdiccional o al Ministerio Público o a ambas actividades, a una pensión ordinaria vitalicia de jubilación equivalente al 75% de la asignación mensual más elevada que hubiere devengado en el último año de servicio en las actividades citadas. Esta norma constituye un régimen especial”.

Para efectuar la liquidación, el artículo 12 del Decreto No. 717 de 1978 establecía que, además de la asignación básica mensual fijada por la ley para cada empleo, constituyen factores de salario todas las sumas que habitual y periódicamente recibe el funcionario o empleado como retribución de sus servicios.

“Además de la asignación básica mensual fijada por la ley para cada empleo, constituyen factores de salario todas las sumas que habitual y periódicamente reciba el funcionario o empleado como retribución por sus servicios.

Son factores de salario:

- a) Los gastos de representación;*
- b) La prima de antigüedad;*
- c) El auxilio de transporte;*
- d) La prima de capacitación;*
- e) La prima ascensional;*
- f) La prima semestral;*
- g) Los viáticos percibidos por los funcionarios y empleados en comisión en desarrollo de comisiones de servicio”.*

En relación con la forma como debe calcularse el ingreso base de liquidación, la Sala destaca que, mediante sentencia 8 de junio de 2006, la Sección Segunda del Consejo de Estado, con ponencia del Magistrado Tarsicio Cáceres Toro, reiteró la posición jurisprudencial que ha sostenido esa Sección desde el fallo del 28 de octubre de 1993 M. P. Dolly Pedraza de Arenas, en el expediente No. 5244, en el sentido de establecer que las prestaciones anuales se liquidarán por doceavas partes.

En esa oportunidad consideró:

“Conforme a la jurisprudencia y normatividad ya citadas, el funcionario o empleado de la Rama Judicial o del Ministerio Público que cumpla los requisitos del Art. 6º del Dcto. Ley 546/71 debe ser objeto del reconocimiento y pago de la pensión de jubilación, teniendo en cuenta el salario más alto devengado en el último año, dentro del cual no sólo cabe el cómputo del salario básico sino los demás factores que haya percibido y tengan tal trascendencia, salvo los excluidos por mandato legal expreso.

⁹ Parte de las consideraciones idénticas a las sentencias de 18 de junio de 2015 proferidas por la Sección Quinta del Consejo de Estado en las tutelas con radicados Nos.: 2015-0363-01 C.P.: Alberto Yepes Barreiro y 2015-0367-01 C.P.: Lucy Jeannette Bermúdez Bermúdez.

*Se precisa que se deben tener en cuenta los factores mensuales y también las no mensuales devengadas en el mes escogido que sean relevantes, sin que sea dable, por ejemplo, escoger el salario básico de un mes y otros factores de otro mes diferente. Además, cabe anotar que **como quiera que ciertos conceptos se reconocen y pagan anualmente, para efectos de determinar la base de liquidación lo procedente es tomar las doceavas partes de éstos.*** (Resaltado fuera de texto).

Lo anterior ha sido reiterado en sentencias posteriores, en las que se ha fijado el alcance de las normas jurídicas que establecen prestaciones anuales, de las cuales la Sala considera pertinente destacar la sentencia T-831 de 2012, la cual aun cuando es posterior a la sentencia censurada en el sub lite fija la posición reiterada de los órganos de cierre de las jurisdicciones ordinaria laboral, contencioso administrativa y constitucional, sobre el alcance y la interpretación que se le debe dar a las normas jurídicas que regulan el tema objeto de debe procesal:

*“En cuanto al valor de la bonificación -como factor salarial- a tener en cuenta para determinar el ingreso base de liquidación (IBL) de los servidores de la Rama Judicial o del Ministerio Público, a fin de calcular el valor de sus pensiones de jubilación, en reiteradas sentencias, tanto la Corte Suprema de Justicia como el Consejo de Estado, han interpretado que **debe ser la doceava parte de su valor**, dado que, según la normativa aplicable, la bonificación se paga una vez al año y a condición de que el servidor complete un año trabajado”.*

3.1.2. Bonificación por Servicios

El Decreto Ley 1042 de 1978, por medio del cual se fijó el régimen salarial de los empleados del orden nacional –Ministerios, Departamentos Administrativos, Superintendencias, Establecimientos Públicos y Unidades Administrativas Especiales– creó la bonificación por servicios en los siguientes términos:

“Artículo 45. A partir de la expedición de este decreto créase una bonificación por servicios prestados para los funcionarios a que se refiere el artículo 1º. Esta bonificación se reconocerá y pagará al empleado cada vez que cumpla un año continuo de labor en una misma entidad oficial. Sin embargo, cuando un funcionario pase de un organismo a otro de los enumerados en el artículo 1º de este decreto, el tiempo laborado en el primero se tendrá en cuenta para efectos del reconocimiento y pago de la bonificación, siempre que no haya solución de continuidad en el servicio. Se entenderá que hay solución de continuidad si entre el retiro y la fecha de la nueva posesión no transcurrieren más de quince días hábiles. La bonificación de que trata el presente artículo es independiente de la asignación básica y no será acumulativa”

“Artículo 46. De la cuantía de la bonificación por servicios prestados. La bonificación por servicios prestados a que tienen derecho los empleados que trabajan en las entidades a que se refiere el artículo 1º de este decreto, será equivalente al cincuenta por ciento (50%) del valor conjunto de la asignación básica, los incrementos por antigüedad y los gastos de representación que correspondan al funcionario en la fecha en que se cause el derecho a percibirla, siempre que no devengue una remuneración mensual por concepto de asignación básica y gastos de representación superior a cien mil setecientos cincuenta pesos (\$100.750).

Para los demás empleados la bonificación por servicios prestados será equivalente al treinta y cinco por ciento (35%) del valor conjunto de los tres (3) factores de salario señalados en el inciso anterior.

Tal derecho se causará cada vez que el empleado cumpla un año de servicio.”

El Decreto 247 de 1997, creó la bonificación por servicios para los funcionarios y empleados de la Rama Judicial, en los siguientes términos:

“Artículo 1. Créase la bonificación por servicios prestados para los funcionarios y empleados de la Rama Judicial (Tribunales, Juzgados, Fiscalía General de la Nación, Direcciones Ejecutivas de la Administración Judicial, Consejos Seccionales de la Judicatura y empleados de las altas Corporaciones) y la Justicia Penal Militar, **en los mismos términos establecidos en los artículos 45 y siguientes**

del Decreto-ley 1042 de 1978 y las demás normas que lo modifiquen o adicionen, la cual será exigible a partir del 1º de enero de 1997.

La Bonificación por Servicios Prestados constituirá factor salarial para efectos de determinar la prima de servicio, prima de navidad, vacaciones y prima de vacaciones, auxilio de cesantía y pensiones”. (Negrillas fuera de texto).

3.2. Análisis de los argumentos expuestos en el escrito de tutela

El tema central del debate planteado por la entidad accionante, consiste en la incursión por parte de la autoridad judicial accionada en defecto sustantivo por desconocimiento del ámbito de aplicación de los artículos 45 y 46 del Decreto Ley 1042 de 1978 y 1º del Decreto 247 de 1997, que reglamentan la bonificación por servicios y la no aplicación al caso concreto del precedente jurisprudencial.

En efecto, consideró la UGPP que en la providencia censurada se incurrió en un defecto sustantivo por desconocimiento de las normas sustantivas y la jurisprudencia de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia y del Consejo de Estado¹⁰, que consagran la bonificación por servicios como una prestación anual que implicaba su inclusión como factor de liquidación por doceavas partes, lo cual significa que la señora Rosalba Amaya Amaya no tiene derecho a que se le reliquide la pensión de jubilación incluyendo el 100% de la bonificación por servicios prestados, sino únicamente una doceava parte.

Afirmó que la orden de liquidar la pensión con el 100% de la bonificación por servicios es un inminente abuso del derecho y constituye un fraude a la ley, y que es claro que, desde la expedición del Decreto 1160 de 1947, “...en el caso que el trabajador haya recibido primas o bonificaciones que no tengan el carácter de mensuales, el promedio de la remuneración se obtendrá dividiendo el monto de dichas primas percibidas en el último año de servicio, por doce (12), y sumando tal promedio a la última remuneración fija mensual”.

3.3. Consideraciones expuestas por la autoridad accionada en la sentencia censurada

En relación con bonificación por servicios, como factor de para fijar la base de liquidación de la pensión de jubilación de la señora Amaya Amaya, el Tribunal, al momento decidir el caso concreto, incluyó como factor la bonificación por servicios y al respecto dijo que “...debe computarse en su totalidad...” pues “...el derecho solo surge al cumplirse el periodo consagrado para ello y no antes, de tal manera que si el servidor se retira antes de cumplir dicho periodo, no se le paga en forma proporcional, sino que simplemente no se cumple la condición que genera el pago de la contraprestación. De tal manera, si no es susceptible de ser pagada en forma proporcional, tampoco lo es de ser segmentada para computarla como factor pensional, pues con ello se le estaría dando un tratamiento equivalente al de otros factores que sí pueden ser pagados proporcionalmente, cuando el servidor se retira sin culminar el año completo de servicios”.

3.4. Análisis de los defectos señalados por la entidad tutelante en el caso concreto

Al analizar el caso concreto, no cabe duda que la autoridad accionada hizo una interpretación arbitraria e irrazonable de las normas jurídicas aplicables en materia de seguridad social en pensiones, al disponer que una prestación económica que se causa en forma anual, en virtud de lo dispuesto por el Decreto Ley 1042 de 1978, aplicable a los funcionarios de la Rama Judicial –por disposición expresa del Decreto 247 de 1997– y que, en consecuencia, se debe dividir en doceavas partes, se incluya en el 100%, para efectos de la determinación del ingreso base de liquidación para calcular el monto de la mesada pensional.

Cabe destacar que tal es el entendimiento que debe dársele a las normas que consagran la bonificación como una prestación económica de carácter anual, como lo han establecido las normas que consagran

10 Las referidas en el acápite de fundamentos de la tutela en los antecedentes de esta providencia.

prestaciones anuales, como en efecto lo ha venido haciendo el Legislador desde su inicial consagración y en forma reiterada el Consejo de Estado, en diversos pronunciamientos, entre ellos en la sentencia de 22 de junio de 2006 dictada por la Sección Segunda de esta Corporación.

Cabe destacar que la bonificación por servicios es una prestación que se reconoce y paga al empleado cada vez que cumpla un año continuo de labor en la misma entidad, siendo independiente de la asignación básica, causación y pago anual que implica que le asiste razón a la entidad tutelante cuando afirma que incluir el cien por ciento (100%) del valor en el monto mensual de la pensión a pagar al servidor judicial, resulta abiertamente contrario al ordenamiento jurídico.

Es así como, teniendo en cuenta la situación fáctica analizada y el marco normativo y jurisprudencial expuesto, la Sala considera que en el presente caso concurren los requisitos para conceder el amparo de los derechos fundamentales invocados por la entidad accionante, ante la existencia de un defecto sustantivo por errónea interpretación de la norma jurídica aplicable al caso, la cual conllevó a que una prestación anual se liquidara en forma mensual desbordando el monto de la pensión en detrimento del erario público.

En efecto, esta Sección ha considerado que cuando la causa, motivo o razón a la que se atribuye la transgresión es de tal entidad que incide directamente en el sentido de la decisión, resulta necesario amparar los derechos fundamentales involucrados en la demanda y tal situación ocurre indudablemente cuando se aplican en forma inadecuada e irrazonable las normas sustantivas que regulan el caso concreto sometido a consideración del operador judicial, como acaeció en el sub lite.

Lo anterior sin desconocer la competencia asignada a la autoridad judicial para interpretar y aplicar las normas jurídicas al caso concreto, fundada en el principio de autonomía e independencia judicial, que esta Sección ha defendido, en garantía de principios como el de la cosa juzgada y la seguridad jurídica, pero bajo la premisa de que esta no es absoluta, en tanto se encuentra limitada por el orden jurídico preestablecido.

En consecuencia, la Sala amparará los derechos fundamentales al debido proceso y de acceso a la administración de justicia de la entidad pública tutelante, para lo cual dejará sin efectos la sentencia de 13 de septiembre de 2011 censurada y le ordenará a la autoridad tutelada que, en el plazo de quince (15) días contados a partir de la notificación de esta sentencia profiera una nueva donde se tengan en cuenta los lineamientos de esta providencia.

(...)"

Decisión: "Amparar los derechos fundamentales al debido proceso y de acceso a la administración de justicia la acción de la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social – UGPP.

Dejar sin efectos la sentencia de 13 de septiembre de 2011 proferida por el Tribunal Administrativo de Santander y, en consecuencia, se ordena a esa autoridad judicial que en el término de quince (15) días siguientes a la notificación de esta sentencia, dicte un nuevo fallo que tenga en cuenta los lineamientos aquí expuestos".

(...)"

LUCY JEANNETTE BERMÚDEZ BERMÚDEZ
Presidenta

ROCÍO ARAÚJO OÑATE
CARLOS ENRIQUE MORENO RUBIO
ALBERTO YEPES BARREIRO

**CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCIÓN QUINTA**

Consejera ponente: LUCY JEANNETTE BERMÚDEZ BERMÚDEZ

Bogotá, D.C., diecisiete (17) de marzo de dos mil dieciséis (2016)

Radicación número: 08001-23-33-000-2015-00589-01(AC)

Actor: ELÍAS ANTONIO MANOTAS DE LA HOZ

Demandado: MINISTERIO DE VIVIENDA, CIUDAD Y TERRITORIO Y OTROS

Asunto: El tutelante trabajó para la Empresa de Servicios Públicos Asosasa entre 1995 y 1996. Consecuencia de su despido injusto demandó y obtuvo fallo favorable en 2002. A la fecha no le han pagado lo dispuesto en tal sentencia por insolvencia de la empresa. Con él, 50 personas se encuentran en igualdad de condiciones. El Ministerio, la Gobernación del Atlántico, los Municipios de Santo Tomás y Sabanagrande, así como Asosasa, suscribieron un Convenio Interadministrativo de Cooperación Técnica y Apoyo Financiero el 23 de junio de 2015 con el propósito de pagar el pasivo laboral de aquellas personas que fueron desvinculadas después del año 2002, en el marco del proceso de Modernización Empresarial que impone el Ministerio para la asignación de apoyo financiero a entidades territoriales para el pago de los pasivos laborales generados por los prestadores de los servicios públicos domiciliarios. Como el actor no fue desvinculado de la ESP durante dicho proceso con el Ministerio, quedó excluido junto con otras 14 personas del Convenio. En primera instancia de la tutela se rechazó la solicitud de amparo porque se consideró que pretendía el cumplimiento de una sentencia.

Extracto:

“II. CONSIDERACIONES DE LA SALA

(...)

2. Asunto bajo estudio

Con fundamento en los antecedentes corresponde a la Sala determinar si, como lo indicó Tribunal, la acción de tutela es improcedente porque el actor cuenta con otros medios de defensa judicial para obtener el pago de acreencias laborales; o si por el contrario, como lo afirmó el impugnante, en su caso es procedente el amparo porque lo que busca es un trato en igualdad de condiciones como ex trabajador de Asosasa que es con derechos laborales insatisfechos.

De entrada advierte la Sala que le asiste razón al impugnante cuando afirma que el juez de tutela de primera instancia modificó el objeto de su petición de protección constitucional. Esto, porque en efecto se encuentra que sus pretensiones se encaminan a que sea tratado en igualdad de condiciones que los 35 ex trabajadores de Asosasa a quienes le serán pagados sus derechos laborales en virtud del Convenio Interadministrativo de Cooperación Técnica y Apoyo Financiero No. 026 de 23 de junio de 2015, suscrito entre las tuteladas; y no a que, como lo entendió el Tribunal, se dé cumplimiento a la sentencia de 25 de octubre de 2002, con la cual el Juzgado Segundo de Descongestión Promiscuo de Soledad, accedió a las pretensiones de su demanda ordinaria laboral.

Pues bien, la anterior precisión permite a la Sala modificar la decisión de primera instancia, pues lo cierto es que la tutela sí resulta ser procedente para determinar si existió la vulneración del derecho a la igualdad del actor.

Conforme a lo anterior, se procederá a exponer un acápite sobre el derecho fundamental invocado con la tutela y, a continuación, el caso concreto.

3. Del derecho a la igualdad

Sobre este derecho fundamental ha dicho la Corte Constitucional:

“(…) la ausencia de un contenido material específico del principio de igualdad no significa que se trate de un precepto constitucional vacío, por el contrario, precisamente su carácter relacional acarrea una plurinomatividad que debe ser objeto de precisión conceptual. De ahí que a partir de la famosa formulación aristotélica de “tratar igual a los iguales y desigual a los desiguales”, la doctrina y la jurisprudencia se han esforzado en precisar el alcance del principio general de igualdad –al menos en su acepción de igualdad de trato- del cual se desprenden dos normas que vinculan a los poderes públicos: por una parte un mandamiento de tratamiento igual que obliga a dar el mismo trato a supuestos de hecho equivalentes, siempre que no existan razones suficientes para otorgarles un trato diferente, del mismo modo el principio de igualdad también comprende un mandato de tratamiento desigual que obliga a las autoridades públicas a diferenciar entre situaciones diferentes. Sin embargo, este segundo contenido no tiene un carácter tan estricto como el primero, sobre todo cuando (sic) va dirigido al Legislador, pues en virtud de su reconocida libertad de configuración normativa, éste no se encuentra obligado a la creación de una multiplicidad de regímenes jurídicos atendiendo todas las diferencias, por el contrario se admite que con el objeto de simplificar las relaciones sociales ordene de manera similar situaciones de hecho diferentes siempre que no exista una razón suficiente que imponga la diferenciación.

Esos dos contenidos iniciales del principio de igualdad pueden a su vez ser descompuestos en cuatro mandatos: (i) un mandato de trato idéntico a destinatarios que se encuentren en circunstancias idénticas, (ii) un mandato de trato enteramente diferenciado a destinatarios cuyas situaciones no compartan ningún elemento en común, (iii) un mandato de trato paritario a destinatarios cuyas situaciones presenten similitudes y diferencias, pero las similitudes sean más relevantes a pesar de las diferencias y, (iv) un mandato de trato diferenciado a destinatarios que se encuentren también en una posición en parte similar y en parte diversa, pero en cuyo caso las diferencias sean más relevantes que las similitudes. Estos cuatro contenidos tienen sustento en el artículo 13 constitucional, pues mientras el inciso primero del citado precepto señala la igualdad de protección, de trato y en el goce de derechos, libertades y oportunidades, al igual que la prohibición de discriminación; los incisos segundo y tercero contienen mandatos específicos de trato diferenciado a favor de ciertos grupos marginados, discriminados o especialmente vulnerables.

De los diversos contenidos del principio general de igualdad, surgen a su vez el derecho general de igualdad, cuya titularidad radica en todos aquellos que son objeto de un trato diferenciado injustificado o de un trato igual a pesar de encontrarse en un supuesto fáctico especial que impone un trato diferente, se trata entonces de un derecho fundamental que protege a sus titulares frente a los comportamientos discriminatorios o igualadores de los poderes públicos, el cual permite exigir no sólo no verse afectados por tratos diferentes que carecen de justificación sino también, en ciertos casos, reclamar contra tratos igualitarios que no tengan en cuenta, por ejemplo, especiales mandatos de protección de origen constitucional.

Finalmente, la jurisprudencia constitucional colombiana ha diseñado una metodología específica para abordar los casos relacionados con la supuesta infracción del principio y del derecho fundamental a la igualdad, se trata del juicio integrado de igualdad, cuyas fases constitutivas fueron descritas en las sentencias C-093 y C-673 de 2001. Este juicio parte de un examen del régimen jurídico de los sujetos en comparación, precisamente con el objeto de determinar si hay lugar a plantear un problema de trato diferenciado por tratarse de sujetos que presentan rasgos comunes que en principio obligarían a un trato igualitario por parte del legislador. Posteriormente se determina la intensidad del test de igualdad de conformidad con los derechos constitucionales afectados por el trato diferenciado, para finalmente realizar un juicio de proporcionalidad con sus distintas etapas –adecuación, idoneidad y proporcionalidad en sentido estricto- sobre el trato diferenciado.

(...)¹.

De conformidad con lo anterior, procederá la Sala a abordar el caso concreto del tutelante.

4. Estudio de Fondo

El tutelante invocó la protección de su derecho a la igualdad porque, junto con otros 14 ex trabajadores de Asosasa, fue excluido del grupo de personas a las que se les efectuará el pago de los derechos laborales debidos por esa Empresa de Servicios Públicos, en virtud del Convenio Interadministrativo de Cooperación Técnica y Apoyo Financiero No. 026 de 23 de junio de 2015, suscrito entre las tuteladas.

Considera el actor que tal exclusión representa un trato discriminatorio, así como una decisión “caprichosa” de las accionadas, pues desconoce que el Convenio incluye como beneficiarios a todos los ex trabajadores de Asosasa a quienes se les debe el pago de derechos pensionales reconocidos mediante sentencia judicial.

Al respecto, sea lo primero referir que, a juicio de esta Sala, no se encuentran dadas las condiciones de igualdad que alega el tutelante y que permitirían otorgar el amparo.

Lo anterior, porque a pesar de que no existe prueba concreta de la situación fáctica y jurídica de los sujetos en comparación, lo cierto es que a partir del dicho de las partes, en particular del tutelante, y de los documentos obrantes en el expediente²: el Convenio No. 026 de 2015 y la Resolución No. 146 de 2015³, se puede advertir que entre ellos se presentan rasgos comunes que en principio obligarían a un trato igualitario, pero también existen otros disímiles que ameritan uno diferenciado.

Significa lo dicho que, para este juez, existen elementos comunes entre los 50 ex trabajadores de Asosasa que refieren el actor y las tuteladas, en particular la misma Empresa de Servicios Públicos Domiciliarios. Estos son, por ejemplo, que todos ellos fueron desvinculados de dicha entidad y que demandaron el reconocimiento y pago de sus prestaciones laborales.

Pero también se presentan características diversas entre los sujetos de comparación, como que 35 fueron despedidos después del año 2002 por cuenta de los lineamientos de Modernización Empresarial que impone el Ministerio de Vivienda, Ciudad y Territorio, dentro de los programas para la asignación de apoyo financiero que brinda a las entidades territoriales para el pago de los pasivos laborales generados por los prestadores de los servicios públicos domiciliarios, lo cual se encamina bajo el marco de la Ley 1450 de 2011 – Plan Nacional de Desarrollo. Y que, los otros 15 ex trabajadores, entre los cuales se encuentra el actor, fueron desvinculados por cuenta de “...actos irresponsables...” de los directivos de Asosasa entre los años 1996 y 1998.

Así las cosas, que las personas desvinculadas en el proceso de apoyo financiero de la Nación a los Municipios sean incluidas como beneficiarias del Convenio Interadministrativo de Cooperación Técnica y Apoyo Financiero No. 026 de 23 de junio de 2015, implica un trato igual para ellas porque que se encuentran en una situación similar; evento que en sí mismo justifica un trato diferencial frente a aquellos que no fueron retirados por cuenta de tal iniciativa de la Administración encaminada a resolver el problema de pasivo laboral de las empresas públicas prestadoras de servicios públicos domiciliarios.

El anterior análisis permitiría a la Sala concluir que no existe la vulneración alegada y que, por ende, no resulta posible acceder a las pretensiones del tutelante en el sentido de que se le incluya como

1 Sentencia C-250-12. M.P.: Humberto Antonio Sierra Porto. Reiteración de jurisprudencia en materia del derecho a la igualdad.

2 Documentos aportados por el actor y visibles entre folios 16 y 27 del expediente.

3 “Por la cual se fijan los criterios para asignar recursos en el marco de lo dispuesto en el parágrafo 1 del artículo 21 de la Ley 1450 de 2011”.

beneficiario del Convenio referido y/o que se impida el disfrute del acuerdo a los que sí se encuentran allí incluidos, con el objeto de que se extienda en favor de todos los ex trabajadores de Asosasa.

No obstante, para este juez de tutela resulta fundamental referir que la presente situación requiere de su intervención. Esto, porque si bien es cierto no es procedente el pago de prestaciones laborales vía tutela ante la existencia de otros medios de defensa judicial idóneos y eficaces para el efecto, como se refirió en el curso de la primera instancia; también lo es, que el contexto fáctico y jurídico que supone el caso concreto permite evidenciar que, para el tutelante, a pesar de que hizo uso de tales herramientas, ha sido imposible obtener la satisfacción de su acreencia laboral.

Así, la Sala no puede ignorar que precisamente el Convenio Interadministrativo de Cooperación Técnica y Apoyo Financiero No. 026 de 23 de junio de 2015, fue suscrito por las tuteladas con el propósito de que el Departamento del Atlántico y el Ministerio de Vivienda, Ciudad y Territorio apoyaran a los Municipios de Santo Tomás y Sabanagrande, así como a Asosasa, (que, se recuerda, es una Asociación de los Municipios mencionados para la prestación de servicios públicos), en la tarea de solucionar sus problemas de pasivos laborales, los cuales no está en condiciones de solventar por cuenta propia.

Pero en este punto es diáfano para la Sala que el asunto en gran medida está en proceso de ser solucionado gracias al apoyo de las autoridades del orden departamental y nacional, de manera que les resta a las municipales, así como a la empresa de servicios públicos domiciliarios emprender, si no lo han hecho, los procedimientos y/o trámites necesarios para responder por la situación de los demás ex trabajadores de Asosasa que no pudieron verse beneficiados por el Convenio Interadministrativo.

Deviene de lo dicho que, tal y como lo aceptó Asosasa en su contestación, la responsabilidad por el pasivo laboral es de esa empresa y de los Municipios asociados que dieron origen a la prestadora de servicios públicos domiciliarios: Sabanagrande y Santo Tomás. A lo que se suma que, la Sala entiende que los trámites con tal fin están en curso pues el Gerente de Asosasa informó que “...ha solicitado (...) a los municipios asociados, incluir dentro del presupuesto por (sic) el año 2016, los recursos necesarios para solucionar las acreencias laborales de estos quince (15) ex trabajadores que se estiman en cerca de...” \$1.250.000.000.

Entonces, a juicio de la Sala la imposibilidad del tutelante de poder materializar su derecho laboral por cuenta del estado de insolvencia de Asosasa, a pesar de que cuenta con una decisión judicial que declaró la existencia de su derecho, implica para él una carga desproporcionada que vulnera su derecho fundamental a la tutela judicial efectiva⁴. Esto, porque a pesar de que accedió a la administración de justicia, la Alcaldía de Santo Tomás, la Alcaldía de Sabanagrande y la Empresa de

4 El derecho a la tutela judicial efectiva se deduce de lo consagrado en los artículos 228, 229 y 230 de la Constitución Política; 8º y 25, numeral 1º, de la Ley 16 de 1972 “por medio de la cual se aprueba la Convención Americana sobre Derechos Humanos ‘Pacto de San José de Costa Rica’, firmado en San José, Costa Rica, el 22 de noviembre de 1969”. Dicen estos últimos: “Artículo 8o. Garantías Judiciales.

1. Toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella, para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral o de cualquier otro carácter.

2. Toda persona inculpada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se establezca legalmente su culpabilidad, a las siguientes garantías mínimas:

a) derecho del inculcado a ser asistido gratuitamente por el traductor o intérprete, si no comprende o no habla el idioma el juzgado o tribunal;

b) comunicación previa y detallada al inculcado de la acusación formulada;

c) concesión al inculcado del tiempo y de los medios adecuados para la preparación de su defensa;

d) derecho del inculcado de defenderse personalmente o de ser asistido por un defensor, de su elección y de comunicarse libre y privadamente con su defensor;

e) derecho irrenunciable de ser asistido por un defensor proporcionado por el Estado, remunerado o no según la legislación interna si el inculcado no se defendiere por sí mismo ni nombrare defensor dentro del plazo establecido por la ley;

Servicios Públicos Domiciliarios Asosasa E.S.P. no han emprendido ninguna medida que posibilite el debido restablecimiento de los derechos e intereses legítimos del actor.

Bajo las consideraciones efectuadas a lo largo de esta providencia, la Sala modificará el fallo de tutela del 2 de diciembre de 2015 dictado por el Tribunal Administrativo del Atlántico que rechazó por improcedente la acción de tutela, para en su lugar negar el amparo del derecho a la igualdad, pues no fue vulnerado al no ser incluido en listado de personas a las que se les efectuará el pago de acreencias laborales debidas por Asosasa, en virtud del Convenio Interadministrativo de Cooperación Técnica y Apoyo Financiero No. 026 de 23 de junio de 2015.

Sin embargo, se amparará el derecho a la tutela judicial efectiva del actor, con el propósito de que la Alcaldía de Santo Tomás, la Alcaldía de Sabanagrande y la Empresa de Servicios Públicos Domiciliarios Asosasa E.S.P. de manera solidaria y sin perjuicio de que establezcan sus responsabilidades individuales, estudien y definan la situación del señor Elías Antonio Manotas De La Hoz, a fin de que le sea satisfecha su acreencia laboral.

(...)”

Decisión: “Modificar la sentencia de 2 de diciembre de 2015, proferida por el Tribunal Administrativo del Atlántico – Sala de Decisión Oral – Sección “B” con la cual “rechazó por improcedente” la solicitud de amparo para, en su lugar, negar el amparo del derecho a la igualdad del señor Elías Antonio Manotas De La Hoz.

Amparar el derecho a la tutela judicial efectiva del señor Elías Antonio Manotas De La Hoz.

En consecuencia, se ordena a la Alcaldía de Santo Tomás, a la Alcaldía de Sabanagrande y a la Empresa de Servicios Públicos Domiciliarios Asosasa E.S.P., que de manera solidaria y sin perjuicio de que establezcan sus responsabilidades individuales, en el plazo de 3 meses contados a partir de la notificación de esta providencia, estudien, definan y le comuniquen al señor Elías Antonio Manotas De La Hoz, la forma en que responderán por su acreencia laboral.

(...)”

LUCY JEANNETTE BERMÚDEZ BERMÚDEZ
Presidenta

ROCÍO ARAÚJO OÑATE
CARLOS ENRIQUE MORENO RUBIO
ALBERTO YEPES BARREIRO

f) derecho de la defensa de interrogar a los testigos presentes en el tribunal y de obtener la comparecencia, como testigos o peritos, de otras personas que puedan arrojar luz sobre los hechos;

g) derecho a no ser obligado a declarar contra sí mismo ni a declararse culpable, y

b) derecho a recurrir del fallo ante juez o tribunal superior;

3. La confesión del inculcado solamente es válida si es hecha sin coacción de ninguna naturaleza.

4. El inculcado absuelto por una sentencia firme no podrá ser sometido a nuevo juicio por los mismos hechos.

5. El proceso penal debe ser público, salvo en lo que sea necesario para preservar los intereses de la justicia.”

“Artículo 25. Protección Judicial.

1. Toda persona tiene derecho a un recurso sencillo y rápido o a cualquier otro recurso efectivo ante los jueces o tribunales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución, la ley o la presente Convención, aún cuando tal violación sea cometida por personas que actúen en ejercicio de sus funciones oficiales.

(...)”

**CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCIÓN QUINTA**

Consejera ponente: LUCY JEANNETTE BERMÚDEZ BERMÚDEZ

Bogotá, D.C., trece (13) de abril de dos mil dieciséis (2016)

Radicación número: 11001-03-15-000-2016-00367-00(AC)

Actor: CAPITOLINO AGUIRRE AGUDELO

Demandado: TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CUNDINAMARCA, SECCIÓN SEGUNDA, SUBSECCIÓN “D” Y OTRO

Asunto: El actor ataca autos que rechazaron demanda ejecutiva por caducidad con la que pretendía pago de sentencia que ordenó reliquidar pensión e indexar primera mesada, entre otros aspectos. Es sujeto de especial protección constitucional por condiciones de vulnerabilidad (edad, salud, pobreza), por ende es desproporcionado cualquier trámite ordinario.

Extracto:

“II. CONSIDERACIONES DE LA SALA

(...)

2.2. Problema jurídico

De superarse los requisitos de procedibilidad, corresponde a la Sala determinar si se vulneraron los derechos fundamentales de acceso a la administración de justicia, al mínimo vital y a la seguridad social, “... en conexidad con el derecho al debido proceso y con los derechos adquiridos...” (fl. 1) del señor CAPITOLINO AGUIRRE AGUDELO, en razón de los hechos que expuso en su solicitud de amparo.

Para resolver este problema, se analizarán los siguientes aspectos: (i) criterio de la Sección sobre la procedencia de la acción de tutela contra providencia judicial; (ii) estudio sobre los requisitos de procedibilidad; y finalmente, de encontrarse superados, se analizará (iii) el fondo del reclamo.

(...)

2.4. Estudio sobre los requisitos de procedibilidad

Atendiendo lo expuesto, la Sala advierte que la demanda constitucional satisface los presupuestos que exige su ejercicio, así:

2.4.1. La tutela no se dirige contra una sentencia de tutela. Es claro que las providencias controvertidas fueron dictadas en un proceso ejecutivo.

2.4.2. De igual manera, en el presente asunto se cumple con la inmediatez¹, habida cuenta que la última de las decisiones atacadas fue proferida el 29 de octubre de 2015), mientras que la solicitud de

1 El mencionado requisito exige que la acción de tutela se interponga tan pronto se produce el hecho, acto u omisión al que se le atribuye la vulneración de los derechos fundamentales, o por lo menos dentro de un término prudencial y consecuencial a su ocurrencia, pues el paso prolongado del tiempo, indica que se ha disipado la gravedad de la lesión y la urgencia de la protección deprecada, desvirtuándose así, la inminencia de la afectación. La razón de ser del referido principio, es evitar que este mecanismo constitucional de defensa se utilice como herramienta que subsane la desidia, negligencia o indiferencia de las personas que debieron buscar una protección oportuna de sus derechos y no lo hicieron, o que la misma se convierta en factor de inseguridad jurídica.

amparo se presentó el 4 de febrero de 2016 (contraportada), es decir, dentro de un plazo razonable, contado desde la ejecutoria de aquella².

2.4.3. Así mismo, la parte accionante no cuenta con otro medio de defensa judicial, distinto a la tutela, para conjurar la eventual transgresión que las aludidas decisiones pudieran irrogarle a sus derechos fundamentales, pues los recursos extraordinarios de revisión y unificación no tienen cabida en el sub examine.

2.4.4. Bajo esas consideraciones, la Sala se pronunciará de fondo respecto del reclamo deprecado, no sin antes insistir en el carácter excepcional de la acción de amparo, que tiene como fin garantizar la intangibilidad de la cosa juzgada, el respeto por la autonomía judicial³, la protección de los derechos obtenidos de buena fe por parte de terceros, la seguridad jurídica y la confianza en los fallos judiciales⁴.

2.5. Caso Concreto

2.5.1. Cabe destacar que, a través de este mecanismo constitucional de amparo, se controvierten las providencias que, al hallar probada la caducidad, rechazaron la demanda ejecutiva radicada con el No. 11001-33-35-020-2015-00175, presentada en contra de la UGPP por el señor CAPITOLINO AGUIRRE AGUDELO, quien es sujeto de especial protección constitucional, en razón de su avanzada edad, lamentables estado de salud y precarias condiciones económicas, según se explicará más adelante.

Sobre el particular, resulta pertinente anticipar que, en efecto, existe una patente vulneración de los derechos fundamentales al mínimo vital, a la seguridad social, a la dignidad humana y de acceso a la administración de justicia del tutelante, pero no porque los autos enjuiciados adolezcan de los defectos reseñados en el acápite “1.3.” del presente proveído, sino porque las particularísimas circunstancias del caso así lo imponen.

2.5.2. De los documentos obrantes en el plenario, se advierte que el señor CAPITOLINO AGUIRRE AGUDELO, al día de hoy, cuenta con 77 años de edad. Su registro civil de nacimiento (fl. 2 cđno. N.R), las copias de la Resolución No. 2067 de 2008 de CAJANAL (fl. 291), el reporte de cálculo de fallos de la UGPP (fl. 324) y su historia clínica reflejan como fecha de nacimiento el 24 de noviembre de 1938.

Del mismo modo, se observa que la historia clínica y otros documentos, todos de 2012, dan cuenta de los hallazgos y procedimientos médicos que conciernen a esa anualidad, y que reportan los diagnósticos de “... insuficiencia renal crónica no especificada [e] hipertensión esencial (primaria)...” (fl. 37), sumado a que hacía 3 meses “... le colocaron 3 by pass coronarios...” (fl. 37).

Igualmente, en misiva de 24 de mayo de 2012, la Fundación Cardioinfantil informó al Departamento Médico de la respectiva EPS que “... se le realizó CATETERISMO CARDIACO (...), encontrando enfermedad coronaria severa del tronco coronario izquierdo, descendente anterior y sistema circunflejo y una estenosis renal izquierda, motivo por el cual consideramos que requiere de CIRUGÍA DE REVASCULARIZACIÓN MIOCARDICA y posteriormente angioplastia renal izquierda...” (fl. 41).

Por otro lado, reposa en el expediente el reporte de “consulta de pagos para impresión de comprobante” de Bancolombia (fl. 60), que da cuenta de que el 22 de diciembre de 2015 recibió del Consorcio FOPEP 2015, por concepto de “10JUBILACIÓN NAL”, la suma de \$ 378.534, que resultó de aplicar descuentos por aportes a salud y obligaciones financieras a su pensión de \$644.350 (un smmlv).

2 Si es razonable partiendo desde la fecha en la que fue proferida, con más razón lo es desde la ejecutoria, que es el parámetro que emplea la Sala para abordar el estudio sobre la inmediatez.

3 Corte Constitucional, Sentencia C-543 de 1992.

4 Corte Constitucional, Sentencia T-315 de 2005, M.P. Jaime Córdoba Triviño.

También se aprecian 3 declaraciones extrajuicio rendidas ante notario, en enero de 2016, por los señores Carlos Eduardo Ávila Ortega, Eugenio Alonso Castro y Juan Carlos Parga Quevedo, quienes dicen conocer al actor hace 7, 40 y 15 años, respectivamente, en los siguientes términos:

El primero, manifiesta que le arrendó un apartamento en Facatativá (Cundinamarca) hace 5 años, de los cuales hace 3 no recibe contraprestación alguna, pero no ha procedido con la restitución del bien debido a la situación por la que atraviesa (edad, salud, situación económica) y porque éste le ha pedido tener paciencia, pues alberga la esperanza de que se hagan efectivas las providencias que ordenaron reliquidar su pensión.

El segundo, que tiene conocimiento de que el señor CAPITOLINO AGUIRRE AGUDELO se pensionó como juez interino con el salario mínimo y que, con ello, pese a las sumas que le descuentan, "... ha pagado lo universidad de los dos (2) hijos que tiene..." (fl. 53). Informó que el actor paga mensualmente \$250.000 de arriendo y que, además, posee deudas con varias personas y entidades que no ha podido atender, incluyéndolo a él. También mencionó la enfermedad renal y la cirugía a corazón abierto.

El Tercero, también se refirió al monto de la pensión recibida por el tutelante, a su estado de salud y permanentes controles médicos. Agregó que conoce que "... tiene que colaborar con el estudio de sus hijos en la Universidad del Estado..." (fl. 61) y que "... paga arriendo en un humilde apartamento donde solo paga (\$250.000) mensuales, incluidos los servicios" (fl. 61).

2.5.3. En punto a tales evidencias, conviene destacar que el inciso tercero del artículo 13 de la Carta Política consagra: "El Estado protegerá especialmente a aquellas personas que por su condición económica, física o mental, se encuentren en circunstancia de debilidad manifiesta y sancionará los abusos o maltratos que contra ellas se cometan".

La Corte Constitucional⁵, apelando al "documento de Proyecciones de Población elaborado por el Departamento Nacional de Estadística, de Septiembre de 2007 -que constituye el documento oficial estatal vigente para efectos de determinar el indicador de expectativa de vida al nacer-, para el quinquenio 2010-2015", puso de manifiesto que "... la esperanza de vida al nacer para hombres es de 72.1 años..."

A partir de tales elementos, el alto Tribunal ha considerado⁶ que este grupo de personas se ubica en la categoría de "tercera edad", lo cual, de contera, le otorga a cada una de ellas el estatus de "sujeto de especial protección constitucional", aspecto que resulta apenas lógico teniendo en cuenta que la merma en las capacidades psicomotoras en quienes se sitúan en edades avanzadas es consustancial al paso de los años, que incrementa sus condiciones de debilidad manifiesta.

No en vano la Norma Suprema les confiere una doble protección, al precisar también, en su artículo 46, que "[e]l Estado, la sociedad y la familia concurrirán para la protección y la asistencia de las personas de la tercera edad".

Sobre bases similares, la Corte, como órgano de cierre en materia de tutelas, desde décadas anteriores, ha referido:

"Es natural que las personas de la tercera edad encuentren disminuidas sus capacidades físicas y se hallen propensas a contraer enfermedades. Lo anterior, sumado a la excesiva morosidad de los procesos judiciales ordinarios, significa que en muchas ocasiones no puedan asegurar con ellos la protección de sus derechos, toda vez que sus expectativas de vida son mucho menores. Por tal motivo,

⁵ Sentencia T-138 de 2010, M. P. Mauricio González Cuervo.

⁶ Cfr. sentencias T-485 de 2011, M. P. Luis Ernesto Vargas Silva; T-441 de 2013, M. P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub; T-792 de 2013, M. P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo; T-877 de 2013, M. P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo; y T-324 de 2014, M. P. Luis Ernesto Vargas Silva, entre otras.

la jurisprudencia ha reconocido que la acción de tutela tiene la virtud de convertirse en el mecanismo idóneo para asegurar el respeto de sus derechos.” (subrayas propias).

En esa misma línea, ha sostenido:

“Las personas de la tercera edad han sido señaladas por la jurisprudencia de esta Corporación como sujetos de especial protección por parte del Estado y en consecuencia deben ser objeto de mayores garantías para permitirles el goce y disfrute de sus derechos fundamentales. Así, ante el amparo de los derechos fundamentales debe tenerse en cuenta el estado de salud y la edad de la persona que ha llegado a la tercera edad, pues si bien existen otros medios judiciales para obtener la protección de los derechos fundamentales, éstos se tornan ineficaces por no ser expeditos. Incluso, en dicho trámite se estaría exponiendo la vida del peticionario atendiendo el tiempo extenso que transcurre en la resolución de dichos conflictos. Por lo que en estos casos se predicaría, como regla general, la no idoneidad de los medios ordinarios frente a este grupo de especial protección constitucional si se halla acreditado que someterlas al trámite de un proceso ordinario podría causar un resultado en exceso gravoso”⁷.

Queda claro, entonces, que someter a uno de tales individuos a un trámite judicial ordinario resultaría desproporcionado de cara a sus expectativas de ver concretado el derecho que esperan satisfacer.

Esto cobra mayor vigor cuando la avanzada edad se acompaña de condiciones de salud precarias, lo cual, en sí mismo, merece un tratamiento especial por parte del Estado, según se advierte de la simple lectura del inciso tercero del artículo 13 Superior; máxime si ello es producto de las llamadas enfermedades catastróficas, ruinosas o de alto costo, que, de suyo, conllevan un menoscabo de las condiciones de existencia, que debe ser precavido o morigerado tanto como sea posible, en aras de realzar la dignidad humana como valor preminente del Estado Social de Derecho.

Por estas razones, quienes padecen ese tipo de quebrantos son sujetos de especial protección constitucional. Al respecto, la Corte Constitucional ha exaltado, de forma unívoca, el rol que, de cara a este tipo de situaciones, compete a todos los estamentos nacionales, públicos y privados, incluido, desde luego, el juez constitucional, así:

“La protección constitucional de las personas que padecen enfermedades catastróficas o ruinosas cobra una especial relevancia en la medida que al encontrarse estas personas en un estado de debilidad manifiesta merecen una singular atención por parte del Estado y de la sociedad, y por supuesto, por parte del Juez constitucional quien al momento de sopesar las circunstancias de un caso en el que vislumbra la posible vulneración de los derechos fundamentales del enfermo, debe valorar cada elemento tomando siempre en consideración la protección constitucional reforzada que se ha dispuesto a los pacientes de enfermedades catastróficas o ruinosas”⁸ (subrayas propias).

Dentro de la misma ecuación jurídica se sitúan aquellas personas que por su situación económica están en circunstancias de debilidad manifiesta. Es claro que la carencia de recursos financieros limita las posibilidades de acceso a bienes y servicios esenciales para subsistir en condiciones de vida digna.

Como elemento de esa fórmula, resulta trascendental la noción de mínimo vital, que se abstrae de cualquier acepción meramente cuantitativa, habida cuenta que su concreción no se agota en la simple existencia de una fuente de ingresos, pues una comprensión constitucionalmente válida del mismo, a la luz del Pacto Político de 1991, implica la verificación de aspectos cualitativos.

Esto apareja una intelección holística que indague sobre las posibilidades que tiene quien alega la vulneración para “...disfrutar de la satisfacción de necesidades como la alimentación, el vestuario,

7 Sentencia T-482 de 2001, M. P. Eduardo Montealegre Lynnet.

8 Sentencia T-485 de 2011, M. P. Luis Ernesto Vargas Silva.

9 Sentencia, T-066 de 2012, M. P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

la salud, la educación, la vivienda y la recreación, como mecanismos para hacer realidad su derecho a la dignidad humana”¹⁰; lo cual entraña mayor relevancia “... cuando su titular es una persona de la tercera edad”¹¹.

En la sentencia T-386 de 2013¹² se ampararon los derechos fundamentales de una mujer que se desempeñaba como vendedora informal, y uno de los argumentos empleados fue que “[l]a especial protección de las personas que se dedican a las ventas ambulantes obedece principalmente a que se encuentran ‘en situación de especial vulnerabilidad y debilidad por sus condiciones de pobreza o precariedad económica (...)”.

Aunque los supuestos fácticos del sub examine difieren del antecedente en cita, este resulta revelador para los efectos del presente proveído, en la medida en que la regla de especial protección en razón de la situación económica le resulta plenamente aplicable; más si se desprende del tenor literal del inciso 3º del artículo 13 de la Constitución Política.

*2.5.4. Pues bien, a la Sala no le queda la menor duda de que en ese nefasto contexto se encuentra el señor **CAPITOLINO AGUIRRE AGUDELO**, en quien convergen todos los motivos descritos para ser objeto de una protección constitucional reforzada, según se advierte de la relación de pruebas expuestas en el argumento “2.5.4.” de esta sentencia.*

Cuenta con 77 años de edad, y esto lo sitúa ampliamente en el rango de la tercera edad, lo cual no demanda mayor análisis y discusión, pues resulta evidente que superó con amplitud –hace más de 5 años– los parámetros de expectativa de vida de los colombianos, advertidos por el Gobierno Nacional y aceptados por la justicia constitucional.

Padece insuficiencia renal crónica y problemas coronarios severos, tanto así que en 2012 fue sometido a una cirugía de corazón abierto. Ambas patologías son de aquellas consideradas catastróficas, ruinosas o de alto costo.

Para ello, véase el artículo 5º de la Ley 972 de 2005¹³ que habla de “... enfermedades consideradas ruinosas o catastróficas en particular el VIH/SIDA, la Insuficiencia Renal Crónica y el Cáncer...”; y en el mismo orden, los artículos 58 y 66 del Acuerdo 29 de 2011¹⁴ de la Comisión de Regulación en Salud, que incluye las enfermedades cardiovasculares entre las de alto costo. Esto, sin contar los innumerables fallos de la Corte Constitucional¹⁵ en los que se les ha dado tal connotación.

Ahora, es cierto que los documentos clínicos que obran en el plenario son de 2012, pero ello no es razón para descartar la existencia del hecho que se explica respecto del tutelante, pues las reglas de la experiencia enseñan que los daños ocasionados por este tipo de afecciones a órganos vitales como los que tiene comprometidos, generalmente, son irreversibles y, por demás, tienden a empeorar, dado su carácter degenerativo. Lo anterior, sumado a los testimonios actuales rendidos extrajudicialmente por personas cercanas a él, que dieron fe de su malestar.

*Y por último, pero no por ello menos significativo, se destaca la precaria situación económica por la que atraviesa el señor **CAPITOLINO AGUIRRE AGUDELO**.*

¹⁰ Corte Constitucional, sentencia T-581 A de 2011, M. P. Mauricio González Cuervo.

¹¹ *Ibidem*.

¹² M. P. María Victoria Calle Correa.

¹³ Por la cual se adoptan normas para mejorar la atención por parte del Estado colombiano de la población que padece de enfermedades ruinosas o catastróficas, especialmente el VIH/Sida.

¹⁴ Por el cual se sustituye el Acuerdo 028 de 2011 que define, aclara y actualiza integralmente el Plan Obligatorio de Salud.

¹⁵ Cfr. sentencias T-421 de 2015, M. P. Myriam Ávila Roldán; T-160 de 2014, M. P. Nilson Pinilla Pinilla; T-206 de 2013, M. P. Jorge Iván Palacio Palacio; T-056 de 2015, M. P. Martha Victoria Sáchica Méndez; T-862 de 2010, M. P. María Victoria Calle Correa; y T-461 de 2012, M. P. Jorge Iván Palacio Palacio, entre otras.

Salta a la vista que recibe una pensión de un salario mínimo, disminuida por los descuentos para aportes al sistema de seguridad social en salud y para el cumplimiento de obligaciones contraídas con entidades financieras, que hizo que, en 2015, recibiera una asignación mensual equivalente a \$375.534, que resulta insuficientes para su congrua subsistencia, tomando en consideración que solo por concepto de arriendo debe pagar la suma de \$250.000, pues el hecho de que actualmente no este asumiendo tal obligación, no quiere decir que no lo tenga que hacer en cualquier momento, pues la obligación con su arrendador, a pesar de la mora, sigue vigente.

Conviene acotar que, según cifras del DANE¹⁶, “El valor de la línea de pobreza monetaria extrema, por bogar, para el año 2015 fue de \$408.436”. Nótese que el ingreso neto del actor está por debajo de esa cifra. Eso sin contar el valor de los cánones adeudados, que no le han generado las consecuencias jurídicas de rigor, gracias a la generosidad de su arrendador; así como el hecho de que, actualmente, según lo corroboran las declaraciones extrajuicio enunciadas, vive de la caridad pública.

Luego, en retrospectiva, resulta evidente que el señor CAPITOLINO AGUIRRE AGUDELO, por su avanzada edad, precario estado de salud y lamentables condiciones económicas, se encuentra en circunstancias de vulnerabilidad y situación de debilidad manifiesta, que lo convierten en sujeto de especial protección constitucional.

2.5.5. Siendo así, es apenas lógico concluir que sería desproporcionado someterlo al desgaste de un procedimiento ordinario, lo cual conduce a la Sala a descartar la viabilidad de un examen sobre los defectos endilgados a los autos que rechazaron la demanda ejecutiva en cuestión¹⁷, comoquiera que, en el mejor de los casos, de hallarse probado alguno, la condigna implicación jurídica sería dejarlas sin efecto para que se siga adelante con las actuaciones propias de la ejecución, cuyo trámite, como se explicó, resultaría nefasto de cara a las expectativas del señor AGUIRRE AGUDELO.

Lo anterior obedece a una medida de protección extraordinaria, comprendida dentro de las facultades conferidas al juez de tutela, quien no puede permanecer impávido cuando observa un escenario latente de vulneración de derechos fundamentales de tal magnitud, pues las características especiales del mecanismo de amparo lo imponen de esa manera.

2.5.6. Es criterio reiterado de esta Sala que en los eventos en los que se examina la vulneración derivada de una providencia judicial, la valoración de los cargos se debe realizar con mayor rigor, habida cuenta que puede resultar afectada la cosa juzgada, el respeto por la autonomía judicial¹⁸, la protección de los derechos obtenidos de buena fe por parte de terceros, la seguridad jurídica y la confianza en los fallos judiciales¹⁹.

2.5.7. Sin embargo, cuando no es esto lo que escudriña el juez constitucional, este operador jurídico, según lo ha admitido esta Sección²⁰, goza de una mayor amplitud de facultades²¹, lo cual le permite, como conductor del proceso, reparar, inclusive, sobre aspectos que aparentemente no son el punto central de la discusión, pero que resultan determinantes a efectos de garantizar el acceso a la tutela judicial efectiva y los derechos fundamentales del accionante.

2.5.8. Aclarado lo anterior, es necesario abundar en otras razones que permiten a la Sala prescindir del examen respecto de las providencias censuradas y abordar directamente el tema asociado a la vulneración derivada del no pago de las acreencias pensionales que reclama el señor CAPITOLINO AGUIRRE AGUDELO.

16 <http://www.dane.gov.co/index.php/esp/estadisticas-sociales/pobreza/87-sociales/calidad-de-vida/6507-pobreza-monetaria-y-multidimensional-2015>. Consultado el 8 de abril de 2016.

17 Cfr. capítulo “1.3.” del presente proveído.

18 Corte Constitucional, Sentencia C-543 de 1992.

19 Corte Constitucional, Sentencia T-315 de 2005, M.P. Jaime Córdoba Triviño.

20 C. P. Lucy Jeannette Bermúdez Bermúdez, 7 de septiembre de 2015, exp. No. 11001-03-15-000-2014-04126-01.

21 Cfr. Corte Constitucional, A-053 de 2002, T-484 de 2011, A-165 de 2011, A-287 de 2001 y A-306 de 2013.

Sobre el particular, resulta imperioso recabar en la ineficacia del proceso ordinario²² de cara a las apremiantes circunstancias del peticionario, pues, según se reseñó en precedencia, comparadas con la duración del mismo, “sus expectativas de vida son mucho menores” y es por esto que “la acción de tutela tiene la virtud de convertirse en el mecanismo idóneo para asegurar el respeto de sus derechos.”²³.

A esta consideración no escapa ni siquiera el proceso ejecutivo, pues, aunque la Corte Constitucional y el Consejo de Estado coinciden en que, en principio, el mecanismo de amparo es improcedente para exigir el cumplimiento de obligaciones de dar, se ha aceptado que “... esta regla no es absoluta...”²⁴, dado que, en ciertos casos, como el sub examine, “... cuando está de por medio la afectación de otros derechos y principios fundamentales como la vida, la dignidad humana y la integridad física y moral es procedente que mediante este mecanismo residual y subsidiario se ordene que el derecho debidamente reconocido se ejecute...”²⁵.

Estas consideraciones llevan a que el juez de tutela no pierda la competencia para determinar si asiste o no razón al peticionario al pretender el cumplimiento de la sentencia declarativa de 2006 y su auto aclaratorio, que reconocieron los derechos pensionales cuya ejecución ha perseguido incansablemente, según se verá más adelante; ni siquiera bajo la pretendida existencia de la caducidad de la acción ejecutiva, pues se ha dicho hasta la saciedad que es ineficaz para los fines del actor.

Además, vale recordar que no es a partir del día de hoy que el señor CAPITOLINO AGUIRRE AGUDELO es sujeto de especial protección constitucional. Es notorio que sus condiciones de vulnerabilidad se prolongan hacia el pasado, ya que su pensión asciende a un salario mínimo desde hace más de una década, hay registros de que su estado de salud es crítico al menos desde 2012 y hace ya un quinquenio que superó la expectativa de vida proyectada para cualquier colombiano.

En ese estado de cosas, es menester precisar que, de conformidad con los pronunciamientos de esta Sala²⁶, cuando una sentencia fue dictada al amparo de las normas del CCA, su cumplimiento también se supedita a esa preceptiva, aunque se exija en vigencia del CPACA.

Siguiendo esa lógica, se advierte que los 5 años siguientes a la exigibilidad de las providencias de 2 de noviembre de 2006²⁷ y de 26 de julio de 2007²⁸, fenecían el 30 de mayo de 2014²⁹.

Y fue así porque la última de tales decisiones quedó ejecutoriada el 30 de noviembre de 2007³⁰. Luego, los 18 meses de que trata el artículo 177 del CCA se cumplieron el 30 de mayo de 2009. Entonces, si la caducidad de la acción ejecutiva es de 5 años y se cuenta desde la exigibilidad del título (sentencia), significa que hasta el 30 de mayo de 2014 la demanda era oportuna.

Durante ese interregno (2009-2014), ya el señor CAPITOLINO AGUIRRE AGUDELO se encontraba en circunstancias de debilidad manifiesta que hacían procedente la tutela. Esto significa que ni aun ante el hecho de haberse presentado una acción ejecutiva oportuna el juez constitucional hubiera perdido su competencia para conocer de la vulneración por el no pago de las acreencias reclamadas.

22 Se refiere la Sala, particularmente, al proceso ejecutivo, al que ni siquiera aplica el régimen de medidas cautelares de algunos procesos contenciosos de carácter declarativo.

23 Sentencia T-482 de 2001, M. P. Eduardo Montealegre Lynnet.

24 Corte Constitucional, sentencia T-441 de 2013, M. P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

25 Ibídem.

26 C. P. Lucy Jeannette Bermúdez Bermúdez, 7 de septiembre de 2015, exp. No. 11001-03-15-000-2014-04126-01; C. P. Susana Buitrago Valencia, 23 de octubre de 2014, exp No. 11001-03-15-000-2014-00300-01.

27 Cfr. hecho “1.2.5.”.

28 Cfr. hecho “1.2.6.”.

29 Recuérdese que la demanda ejecutiva se presentó el 24 de julio de 2014. Cfr. hecho “1.2.12.”.

30 Según constancia visible a folio 327 del expediente de nulidad y restablecimiento del derecho.

En ese orden de ideas, resulta inobjetable que nada enerva la potestad de la Sala para, en ejercicio de sus poderes oficiosos como conductora del trámite constitucional, analizar una vulneración de derechos fundamentales derivada, como se dijo, del incumplimiento de las providencias declarativas de 2006 y 2007 por parte de la UGPP.

2.5.9. De acuerdo con este panorama, la Sala anticipa que, en esta oportunidad, lo que ha hecho nugatorios los derechos fundamentales del peticionario, referidos en el argumento “2.5.2.” del presente proveído, son las actuaciones y omisiones administrativas inherentes a la UGPP y, en su momento, a CAJANAL, dentro del trámite de reconocimiento y pago de sus derechos pensionales, tal y como se pasa a explicar.

2.5.10. Antes de proseguir con tal estudio, resulta útil señalar que la UGPP³¹ fue debidamente vinculada al proceso de tutela, dentro del cual intervino, una vez que, en virtud de lo ordenado en el auto admisorio³², le fue dada a conocer la solicitud de amparo, en la que, valga advertir, el actor dejó muy en claro cuáles fueron las actuaciones administrativas desplegadas por aquella en cuanto atañe al reclamo de sus derechos de pensión.

2.5.11. Con esa salvedad, es imperioso reseñar, con mayor detalle, algunos de los hechos más relevantes de lo que fue el trasegar del accionante en punto a la reliquidación de su pensión de jubilación.

- *El 30 de septiembre de 1976 terminó su vinculación con la Rama Judicial, siendo el último cargo desempeñado el de Juez Promiscuo Municipal de Guayabal de Siquima en interinidad (fl. 9 cdno N.R.).*
- *Con Resolución de 11 de abril de 2001 CAJANAL le reconoció su pensión, a partir de 24 de noviembre de 1993 –fecha en la que cumplió los 55 años de edad–, pero con efectos fiscales desde el 9 de junio de 1994, bajo el marco de la Ley 33 de 1985, tomando como factores salariales la asignación básica y el sobresueldo devengados durante el último año de servicios. El monto fue de \$3.065,62, elevado a \$98.700 –smmlv en 1994– (fl. 35 cdno. N. R.).*
- *El 9 de mayo de 2002 pidió a CAJANAL que reliquidara su pensión de vejez aplicando el Decreto 546 de 1971, indexara la primera mesada y pagara las diferencias resultantes. Empero, esto le fue negado con Resolución No. 28701 de 2002.*
- *El Tribunal Superior de Distrito Judicial de Bogotá, mediante fallo de tutela de 14 de julio de 2005, ordenó reliquidar su pensión de conformidad con el Decreto 546 de 1971, aplicando los respectivos factores salariales (fl. 260 cdno N. R.). En cumplimiento, CAJANAL emitió la Resolución No. 39079 de 21 de noviembre de 2005 con la que reliquidó su pensión en cuantía de \$81.510 –smmlv en 1993– (fl. 222 rev.).*
- *El Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Segunda, Subsección “D”, con fallo único de instancia dictado el 2 de noviembre de 2006, accedió a las súplicas de la demanda y, a título de restablecimiento, entre otros aspectos, ordenó a CAJANAL:*

“... efectuar una nueva liquidación de la pensión de la [sic] demandante CAPITOLINO AGUIRRE AGUDELO identificado con la C.C. No. (...), a parir del 24 de noviembre de 1993; aplicando el 75% a la asignación mensual más elevada devengada en el último año de servicios, es decir, durante el período comprendido entre el 1º de agosto de 1976 al 30 de julio de 1977; incluyendo los factores salariales: la prima de antigüedad y prima de navidad, pero con efectos fiscales a partir del 10 de mayo de 1999 por haber operado el fenómeno de la prescripción, para lo cual deberá tenerse en cuenta los reajustes pensionales” (fl. 295 cdno N. R.)

³¹ Quien sustituyó a la extinta CAJANAL en lo concerniente al reconocimiento y pago de pensiones.

³² Cfr. capítulo “1.5.” de esta sentencia.

1.2.6. Dicha sentencia fue adicionada con proveído de 26 de julio de 2007, ejecutoriado el 30 de noviembre de 2007, en los siguientes términos:

“NOVENA: Condenar a la Caja Nacional de Previsión Social, a pagar la primera mesada pensional indexada y cada una de las mesadas atrasadas al señor CAPITOLINO AGUIRRE AGUDELO, identificado con la cédula de ciudadanía No. (...), sumas que se reconocerá a partir del 24 de noviembre de 1993, pero con efectos fiscales desde el 10 de mayo de 1999, en virtud de la prescripción trienal de las mesadas pensionales, aplicando los reajustes legales” (fl. 295 cdno N. R.).

- *Para dar cumplimiento al fallo contencioso, CAJANAL expidió la Resolución No. 2067 de 2008 con la cual reliquidó la pensión en cuantía de \$10.611,83 elevada a \$25.229,24 al aplicarle el IPC del año de retiro, elevada a su vez a \$85.510 –smmlv en 1993–, a partir del 24 de noviembre de 1993 y con efectos fiscales desde el 10 de mayo de 1999. Para ello conjugó los factores salariales ordenados, que devengó en el último año de servicios (fls. 222 rev. y 291).*

El “artículo segundo” de dicha resolución fue del siguiente tenor: “Pagar la primera mesada pensional indexada y cada una de las mesadas atrasadas a la señor [sic] CAPITOLINO AGUIRRE AGUDELO, a partir del 24 de noviembre de 1993, pero con efectos fiscales desde el 10 de mayo de 1999, según lo ordenado en el fallo al cual se está dando cumplimiento” (fl. 292).

Su octavo, del siguiente: “Se le advierte al interesado que para efectos de incluir en nómina el retroactivo, si a ello hubiere lugar, en virtud del cumplimiento del fallo al que está dando cumplimiento esta resolución, previamente deberá acreditar mediante declaración extrajudicial que no ha iniciado cobro alguno por vía ejecutiva de los derechos reconocidos en esta providencia. En caso de que haya iniciado cobro por vía ejecutiva deberá presentar certificación del correspondiente despacho judicial en donde se acredite los valores y períodos cancelados al igual que la constancia de terminación de dicho proceso” (fl. 292).

- *Mediante Resolución No. 249 de 15 de enero de 2009, CAJANAL adicionó el anterior acto administrativo, en el sentido de ordenar el descuento de la liquidación de aportes (fl. 222 rev.).*
- *A través de la Resolución No. PAP 55307 de 27 de mayo de 2011, CAJANAL revocó la Resolución No. 249 de 2009, toda vez que el actor no cotizó en vigencia de la Ley 100 de 1993 (fls. 222 rev y 327).*
- *El 21 de enero de 2013 presentó petición a la UGPP³³ para que diera cumplimiento a lo ordenado en las providencias de 2006 y 2007, señalando que nunca se actualizó “... el monto del salario devengado entre 1 de agosto de 1976 y el 30 de junio de 1977” (fl. 68). La entidad, en Resolución No. RPD 011112 de 7 de marzo de 2013, negó la solicitud, con fundamento en que “... el fallo [de 2006] en ningún momento ordena la indexación de la primera mesada, sino que solo se ordenó la indexación de las diferencias que resultaren de la liquidación” (fls. 94, 222 rev. y 288).*
- *El 20 de junio de 2013 (fls. 87, 89 y 98), el actor presentó solicitud de conciliación extrajudicial ante la Procuraduría, a fin de llegar a un acuerdo con la UGPP sobre la nulidad de la Resolución de 7 de marzo de 2013 y obtener la consecuente indexación de la primera mesada (fl. 99).*

El 31 de julio de 2013, el Ministerio Público refrendó el acuerdo conforme con el cual la UGPP se comprometía a pagar al señor AGUIRRE AGUDELO, en 6 meses, la indexación de la primera mesada conforme con la variación del IPC entre 1977 y 1993 y la diferencia de las mesadas, aplicando las prescripciones extintivas de rigor, pero sin pagar indexación o intereses por las sumas adeudadas (fl. 88). El acuerdo contó con la aprobación unánime del comité de conciliación de la UGPP.

Cabe destacar que una de las condiciones pactadas fue que el demandante aportara “... declaración juramentada de no haber iniciado proceso ejecutivo en contra de la UGPP...” (fl. 88).

33 Quien sustituyó a la extinta CAJANAL en sus obligaciones pensionales.

El acuerdo fue improbadamente judicialmente en auto de 13 de septiembre de 2013 porque la indexación de la primera mesada fue objeto de pronunciamiento en las providencias dictadas por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca en 2006 y 2007 y porque en lo convenido no se especificó la cuantía, modo, tiempo y lugar de cumplimiento de las obligaciones pactadas.

- *La UGPP, con Resolución No. 5735 de 19 de febrero de 2014, modificó la de 11 de abril de 2001 de CAJANAL, en el sentido de indicar que se elevaba al salario mínimo de la época en que adquirió el estatus pensional –1993–, esto es, a \$81.510. Recuérdese que inicialmente se había elevado a \$98.700, concordante con el de 1994. El recurso interpuesto por el actor se declaró improcedente con “auto ADP 002906 de 21 de marzo de 2014” (fls. 222 rev-223).*
- *Luego vino la demanda ejecutiva de 24 de julio de 2014 (fl. 262), que dio lugar a los autos de 30 de abril y 29 de octubre de 2015 dictados por el Juzgado 20 Administrativo de Oralidad del Circuito de Bogotá, Sección Segunda y el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Segunda, Subsección “D”, respectivamente.*

2.5.12. *A partir de este relato de hechos probados y documentados dentro del presente proceso, emergen con claridad varias conclusiones. Veamos:*

El proceso por el que tuvo que atravesar el señor CAPITOLINO AGUIRRE AGUDELO, desde que cesó su vinculación con la Rama Judicial –hace casi 40 años–, ha sido sumamente desgastante y está plagado de un cuantioso cruce de peticiones, resoluciones, acuerdos y providencias, promovidas, en su gran mayoría, por éste, en procura de la definición y concreción de sus derechos pensionales, lo cual resulta ajeno a los principios que deben gobernar las relaciones entre los particulares y el Estado.

Ahora bien, es cierto que la controversia asociada con la reliquidación de su pensión data de 2002. Sin embargo, tampoco resulta apropiado el hecho de que se hubiese extendido por aproximadamente 14 años, toda vez que ello se opone a la garantía real de los derechos fundamentales a la seguridad social y al debido proceso, que imponen la prontitud como una de sus facetas trascendentales, ya que las prestaciones reclamadas redundan en la calidad de vida de su beneficiario.

Con la sentencia de 2 de noviembre de 2006 y su aclaración de 26 de julio de 2007, se declaró judicialmente el derecho que le asiste al actor a la reliquidación de su pensión, con la debida inclusión de los factores salariales que allí se especificaron, pero sobre todo a la indexación de su primera mesada, acompañada del pago de las diferencias que de ello resultan, sin dejar de lado la respectiva prescripción trienal³⁴.

Desde entonces, de todas estas acreencias, el punto central de la controversia ha gravitado en torno a la indexación de la primera mesada y al pago de las sumas que de ello derivan, lo cual, asegura el demandante, no ha ocurrido.

2.5.13. *Pues bien, a juicio de esta Sala, le asiste razón el señor CAPITOLINO AGUIRRE AGUDELO cuando afirma que la administración se ha mostrado renuente a reconocerle los derechos que constitucional y legalmente le asisten; y más que eso, ha desafiado de manera sistemática a la justicia al desconocer las providencias judiciales con las que le fue reconocido su derecho pensional.*

Si bien CAJANAL expidió la Resolución No. 2067 de 2008 con la cual pretendió dar cumplimiento a las providencias de 2006 y 2007, lo cierto es que este cumplimiento fue parcial y, en algunos aspectos, aparente.

En dicho acto administrativo, por un lado, (i) calculó el IBL del actor con el 75% de la asignación mensual más elevada del último año de servicios, obteniendo como resultado un monto equivalente

³⁴ No es otra sino a la que se hace alusión en las providencias declarativas de los años 2006 y 2007, que se concreta en los efectos fiscales a los que aluden dichas sentencias.

a \$10.611,83 que elevó a \$25.229,24 aplicando el IPC del año de retiro, y a su vez a \$85.510 por ser el smmlv en 1993; y por el otro, pagar la primera mesada indexada (ii) cuando el actor acreditara la inexistencia de cualquier proceso ejecutivo vigente.

Sin embargo, la Sala presenta serios reparos con lo que refleja tal Resolución, por las razones que se pasan a explicar.

2.5.14. En primer lugar, si se parte de que el ingreso base de liquidación del señor **CAPITOLINO AGUIRRE AGUDELO** era de \$10.611,83³⁵, calculado con el salario devengado entre 1976 y 1977, aplicada la correspondiente tasa de retorno, mal podría decirse que esta suma, correspondiente a su primera mesada, arrojará un valor inferior a un salario mínimo luego de indexada al año de 1993.

Para efectos de corroborar lo anterior, la Sala se permite realizar el siguiente ejercicio pedagógico, a título ilustrativo, para evidenciar la diferencia que podría existir entre lo que se le ha venido reconociendo y las sumas que derivarían del efectivo cumplimiento de las sentencias declarativas, tal y como se sigue. Dicha liquidación se realiza de forma excepcionalísima, por las particulares circunstancias del caso, ya que la regla general es que el juez de tutela no se adentre en ese campo.

El procedimiento aritmético que muestra lo dicho como soporte la siguiente fórmula, adoptada por la jurisprudencia constitucional³⁶ y contenciosa que explican las providencias declarativas:

$$R = Rb * (IPC \text{ final} / IPC \text{ inicial})$$

Donde R = valor de la primera mesada indexada, Rb es el valor histórico o a indexar (\$10.611,83), el IPC final es el aplicable a la fecha en la que se adquirió el estatus pensional (24 de noviembre de 1993³⁷) y el IPC inicial es el aplicable al momento en que terminó su vinculación laboral con la Rama Judicial (1° de agosto de 1977³⁸). Cabe recordar que "...a partir de la vigencia de la Ley 794 de 2003, los indicadores económicos nacionales, tales como el índice de precios al consumidor, son hechos notorios..."³⁹.

Descendiéndola al caso concreto, encontramos:

$$R = \$10.611,83 * (17,39507 / 0,52181)$$

$$R = \underline{\$353.756,206}$$

En ese orden de cosas, es claro que el valor de la primera mesada indexada del actor, esto es, la que eventualmente debió recibir a partir del momento en que adquirió su estatus pensional, sería de \$353.756,206⁴⁰ y no de \$85.510,00, como erradamente lo calculó la UGPP, que correspondía al salario mínimo de la época (1993), pues los cálculos sugieren que debería recibir 4,13 veces esa

35 Que corresponde al 75% del Salario más elevado devengado durante el último año de servicios. Según se señala en la Resolución de 2008 el actor percibió una asignación básica de \$11.700, una prima de antigüedad de \$242, una prima de navidad de 2.200 y un reajuste de \$7,10; que en total suman \$14.149,10, a los cuales se les aplicó el referido porcentaje.

36 Cfr. sentencia SU 120 de 2003, M. P. Álvaro Tafur Galvis y T-095 de 2005, M. P. Jaime Araújo Rentería.

37 Cabe recordar que como las mesadas pensionales se actualizan con el IPC del año anterior, el IPC inicial, para efectos de este ejercicio, será el de 1976.

38 Cabe recordar que como las mesadas pensionales se actualizan con el IPC del año anterior, el IPC final, para efectos de este ejercicio, será el de 1992.

39 Corte Constitucional, sentencia T-098 de 2005, M. P. Jaime Araújo Rentería.

40 Se aclara que por razones técnicas, el ejercicio realizado por la Sala a modo de ilustración, podría no ser del todo exacto, pero en cualquier caso, el margen de error sería mínimo y se debe a la precisión de las fechas que se toman en cuenta para la liquidación. De cualquier manera, lo que busca este cálculo es mostrar un bosquejo de lo que es el real impacto del incumplimiento de las providencias declarativas de 2006 y 2007.

cantidad, que igualmente, en lo sucesivo, debía incrementarse, año tras año, en los términos de ley, incluyendo las diferencias y demás emolumentos que, en su caso, le fueron concedidos por la vía jurisdiccional.

No obstante, se insiste, desde que le fue reconocida su pensión en 2001 y hasta el día de hoy, las mesadas devengadas por el libelista siguen siendo de un salario mínimo, y esto, en sí mismo, constituye una violación de sus derechos fundamentales a la seguridad social y al acceso a la administración de justicia, cuando se sabe que lo que debería percibir supera ampliamente esa cifra.

Así las cosas, no es cierto que se haya dado cumplimiento a dichas providencias declarativas. En cambio, lo que se observa es la realización de toda una serie de maniobras artificiosas por parte de la administración para sustraerse de sus obligaciones legales, que evidencian su renuencia a acatar lo mandado por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca y su desinterés por los intentos que realizó el peticionario para que ello no fuera así, tal y como, por ejemplo, lo muestra la Resolución No. RPD 011112 de 7 de marzo de 2013 con la que, además de reiterar la No. 2067 de 2008, osadamente afirmó que por vía judicial nunca se ordenó la indexación de la primera mesada.

2.5.15. Por otro lado, llama la atención de la Sala el hecho de que CAJANAL y la UGPP condicionaran el pago de la sentencia de 2006 y su auto aclaratorio de 2007 a que el actor demostrara la no iniciación de un proceso ejecutivo, lo cual no solo hizo en la mencionada Resolución de 2008 sino también en el trámite del acuerdo conciliatorio que refrendó el Ministerio público el 31 de julio de 2013, cuando el señor CAPITOLINO AGUIRRE AGUDELO aún se encontraba en tiempo para ejercer una acción judicial de esa naturaleza sin el temor de enfrentarse a una eventual caducidad.

Para este juez constitucional colegiado, la recomendación del Comité de Conciliación de la UGPP de acceder al pedido del actor, tan solo unas cuantas semanas después de haber recabado vehementemente en la inexistencia de las acreencias reclamadas, revela que nunca se dio cumplimiento efectivo a las providencias declarativas, al menos en cuanto a la indexación de la primera mesada se refiere y al pago de las diferencias resultantes, pues no de otra forma se explica el sentido del concepto emitido por sus propios funcionarios.

Y en similar dirección, ello muestra que el señor CAPITOLINO AGUIRRE AGUDELO estuvo todo el tiempo a merced de los artilugios jurídicos de la entidad, que lograron distanciarlo de la efectiva obtención de su derecho prestacional, pues si bien las diligencias conciliatorias –al igual que los actos administrativos previos– técnicamente no impedían la presentación de una demanda de ejecución, sí lograron coartar la voluntad del actor para no acudir a ese mecanismo, pues ofrecían la ilusión de que su derecho se concretaría sin mediar nuevas actuaciones jurisdiccionales. Esto se explica por el estado de necesidad y las condiciones de vulnerabilidad en las que se encontraba, que, indiscutiblemente, alentaron la aceptación de una solución inmediata –por desventajosa que fuera–, frente otra de largo plazo –más beneficiosa–, que no pudo ser activada, en parte, por un comportamiento deletéreo de sus intereses, imputable a la entidad pensional –llámese CAJANAL o UGPP–.

2.5.16. Es así que la sola prolongación de la controversia en el tiempo o la simple idea de que el tutelante estuviera abocado a incoar una acción ejecutiva, dadas sus lamentables condiciones, resultan lesivas de sus derechos fundamentales y denotan un comportamiento inadmisibles por parte de un órgano del Estado cuya misión es asegurar sus garantías pensionales y beneficios inherentes. Recuérdese que la protección de los derechos fundamentales no es una tarea exclusiva de los jueces, ni siquiera del de tutela; pensar lo contrario sería vaciar de contenido toda la filosofía que inspira el Estado Social de Derecho.

En esas circunstancias, ignorar los muchos esfuerzos del actor por ver concretada la indexación de su primera mesada y el pago de todas las sumas que de ello derivan, comportaría un imperdonable desatino y una denegación de justicia constitucional que desbordaría los cotos mínimos de razonabilidad que se predicán de este mecanismo preferente de protección; máxime cuando el único reproche que le cabría a dicho accionante fue el no haber hecho uso de una acción ordinaria, cuya idoneidad, en su caso concreto, ha sido rebatida hasta la saciedad.

2.5.17. Es por ello que, ante situaciones como la descrita, esta Corporación ha reaccionado de forma contundente, trascendiendo límites formales que se oponen a los designios del Constituyente de 1991, para darle cuerpo a su mandato, honrando su compromiso con la protección de los derechos fundamentales a través de ordenes tuitivas contenidas en sus diferentes pronunciamientos, cuandoquiera que su infracción recaer sobre aquellas personas a las que la propia Constitución ha conferido una protección reforzada.

Así, por ejemplo, esta Sección, en sentencia de 27 de agosto de 2015⁴¹, amparó los derechos fundamentales a la seguridad social y al mínimo vital de dos mujeres de avanzada edad, que se vieron afectadas en razón de providencias proferidas tres años antes de la respectiva solicitud de amparo, pero sin dar orden alguna a las autoridades judiciales en su momento acusadas, sino ordenando directamente a la administradora de fondos pensionales el reconocimiento y pago de las respectivas prestaciones.

Por su parte, la Sección Primera, en fallo de 5 de marzo de 2016⁴², amparó los derechos fundamentales de un pensionado al que la UGPP había modificado unilateralmente el valor de su pensión, a pesar de que previamente dicha entidad la había ajustado en cumplimiento de un fallo judicial.

La misma Sección, en decisión de 16 de octubre de 2014⁴³, concedió el amparo definitivo de los derechos fundamentales al mínimo vital, a la seguridad social y a la dignidad humana de un sujeto de especial protección, dada su considerable pérdida de capacidad laboral, ordenado a la UGPP, sin que mediara trámite contencioso alguno, que le reconociera y pagara la pensión de sobreviviente.

A su turno, la Sección Segunda, Subsección “A”, en providencia de 18 de noviembre de 2015⁴⁴, ordenó transitoriamente el reconocimiento y pago de una pensión de sobreviviente, al comprobar la afectación del mínimo vital de la correspondiente accionante, mientras acudía al proceso de nulidad y restablecimiento del derecho.

Yendo más allá, la Subsección “B” de esa Sección, en fallo de 20 de octubre de 2015⁴⁵, amparó de manera definitiva el derecho fundamental al debido proceso de una mujer en condición de discapacidad y ordenó al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio que pagara una reliquidación pensional que había sido reconocida judicialmente, por considerar que aquel ente era el causante de la vulneración, a pesar de que la tutela se dirigió contra el fallo contencioso declarativo.

La Sección Cuarta también ha propugnado por fallos de amparo en circunstancias extraordinarias que comprometen garantías supremas a sujetos de especial protección constitucional, según se mira en pronunciamiento de 13 de junio de 2013⁴⁶.

2.5.18. De conformidades con los anteriores motivos, y siguiendo la línea jurisprudencial de la Corporación en tratándose de casos como el sub examine, la Sala, con efectos definitivos, amparará los derechos fundamentales al mínimo vital, a la seguridad social, a la dignidad humana y de acceso a la administración de justicia del señor CAPITOLINO AGUIRRE AGUDELO y ordenará a la Unidad Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales –UGPP– que, dentro de un término que no podrá exceder de 10 días, contados a partir de la notificación de presente proveído, dé cabal cumplimiento a lo ordenado por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Segunda, Subsección “D” en el fallo único de instancia dictado el 2 de noviembre de 2006, adicionado con proveído de 26 de julio de 2007.

41 C. P. Alberto Yépes Barreiro, exp. No. 47001-23-31-000-2015-00146-01.

42 C. P. Guillermo Vargas Ayala, exp. No. 11001-03-15-000-2014-04270-00.

43 C. P. María Elizabeth García González, exp. No. 25000-23-42-000-2014-02642-01.

44 C. P. Gabriel Valbuena Hernández, exp. No. 76001-23-33-000-2015-00990-01.

45 C. P. Gerardo Arenas Monsalve, exp. No. 25000-23-41-000-2015-01441-01.

46 C. P. Hugo Fernando Bastidas Bárcenas, exp. No. 25000-23-36-000-2013-00490-01.

En tal sentido, el ente administrativo deberá liquidar y pagar las diferencias pensionales a que haya lugar, teniendo especial cuidado de indexar la primera mesada del actor y de aplicar todas las consecuencias jurídicas que de ello deriven, según fue ordenado en las mencionadas providencias declarativas de 2006 y 2007, y acorde con lo que se explicó en la parte considerativa de esta decisión constitucional de amparo⁴⁷.

Dentro del mismo término, informará a la Sala sobre el cumplimiento de lo ordenado en la presente sentencia de tutela, a efectos de que, de ser necesario, se inicien, incluso de oficio, todos los trámites incidentales pertinentes para que la vulneración de los derechos fundamentales que se protegen no se prolongue en el tiempo, según lo previene el Decreto 2591 de 1991.

(...)

Decisión: “AMPARAR, con efectos definitivos, los derechos fundamentales al mínimo vital, a la seguridad social, a la dignidad humana y de acceso a la administración de justicia del señor CAPITOLINO AGUIRRE AGUDELO.

ORDENAR a la Unidad Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales –UGPP– que, dentro de un término que no podrá exceder de 10 días, contados a partir de la notificación de presente proveído, dé cabal cumplimiento a lo ordenado por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Segunda, Subsección “D” en el fallo único de instancia dictado el 2 de noviembre de 2006, adicionado con proveído de 26 de julio de 2007, dentro del proceso de nulidad y restablecimiento del derecho radicado con el No. 25000-23-25-000-2004-08542.

En tal sentido, deberá liquidar y pagar las diferencias pensionales a que haya lugar, teniendo especial cuidado de indexar la primera mesada del señor CAPITOLINO AGUIRRE AGUDELO y de aplicar todas las consecuencias jurídicas que de ello deriven, según fue ordenado en las mencionadas providencias declarativas de 2006 y 2007, y acorde con lo que se explicó en la parte considerativa de esta decisión constitucional de amparo.

ORDENAR a la Unidad Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales –UGPP– que, dentro del mismo término, informe a la Sala sobre el cumplimiento de lo ordenado en la presente sentencia de tutela, a efectos de que, de ser necesario, se inicien, incluso de oficio, todos los trámites incidentales pertinentes para que la vulneración de los derechos fundamentales que se protegen no se prolongue en el tiempo, según lo previene el Decreto 2591 de 1991.

(...)

LUCY JEANNETTE BERMÚDEZ BERMÚDEZ
Presidenta

ROCÍO ARAÚJO OÑATE
CARLOS ENRIQUE MORENO RUBIO
ALBERTO YEPES BARREIRO

⁴⁷ Especialmente en cuanto a la fórmula aplicable: $R = Rh * (IPC \text{ final} / IPC \text{ inicial})$.

CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCIÓN QUINTA

Consejera ponente: LUCY JEANNETTE BERMÚDEZ BERMÚDEZ

Bogotá, D.C., trece (13) de abril de dos mil dieciséis (2016)

Radicación número: 11001-03-15-000-2016-00552-00(AC)

Actor: RAFAEL FERNANDO BERMÚDEZ LLANOS Y OTROS

Demandado: TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DEL HUILA

Asunto: Alegaron en la tutela el defecto procedimental por falta de notificación como terceros interesados en el trámite y decisión de las observaciones presentadas por el Gobernador del Huila, por la inconstitucionalidad e ilegalidad del Acuerdo No. 22 de 2015 expedido por el Concejo Municipal de Palermo – Huila.

Extracto:

“II. CONSIDERACIONES DE LA SALA

(...)

2. Asunto bajo análisis

De acuerdo con los antecedentes de la acción de tutela y las intervenciones durante el trámite de esta instancia, corresponde a la Sala determinar, si la falta de notificación del trámite y con la decisión adoptada por el Tribunal Administrativo del Huila se vulneraron los derechos fundamentales al debido proceso, de acceso a la administración de justicia y a la defensa de los TUTELANTES y del CONCEJO MUNICIPAL DE PALERMO – HUILA, de conformidad con los antecedentes de la presente acción.

(...)

5. Examen de los requisitos de procedibilidad

La Sala encuentra que el primero de los aludidos requisitos de procedencia de la tutela contra providencias judiciales está superado en el presente caso, toda vez que, no se trata de tutela contra tutela, pues a través de la presente acción constitucional se ataca la sentencia de segunda instancia dictada en un proceso de nulidad y restablecimiento del derecho.

La inmediatez, en el presente caso no presenta problema alguno, ya que la acción de tutela se presentó el 26 de febrero de 2016¹ y la decisión judicial, dentro de la cual se presentó la presunta irregularidad que afectó los derechos alegados, quedó ejecutoriada el día 2 de febrero de 2016², término que para la Sala es razonable.

Finalmente, para la Sala se encuentra superado el requisito de la subsidiariedad, toda vez que, de conformidad con el Numeral 3º artículo 121 del Decreto No. 1333 de 1986, contra esta decisión no procede ningún recurso, ni siquiera el extraordinario, así lo ha indicado la jurisprudencia de la Corporación³.

1 Folio No. 12.

2 Folios Nos. 33 a 35. Copia expediente. Constancia de entrega de correo electrónico, del 28 de enero de 2016, de conformidad con el artículo 203 del CPACA.

3 Consejo de Estado – Sección Cuarta, sentencia del 6 de febrero de 1998, Magistrado ponente el doctor Germán Ayala Mantilla; expediente No. 8010, al resolver un recurso extraordinario de revisión contra la sentencia de mayo 31 de 1996 del Tribunal Administrativo de Risaralda

6. Fondo del asunto

Procede la Sala a determinar si se afectaron los derechos alegados por los TUTELANTES y por el CONCEJO MUNICIPAL DE PALERMO – HUILA, quien al intervenir solicitó que le protejan sus derechos fundamentales al debido proceso, de acceso a la administración de justicia y a la defensa⁴, al no haber sido notificados del trámite y decisión adoptada por el Tribunal cuestionado en la presente acción constitucional y se configuró el defecto fáctico alegado.

6.1. De la situación irregular en el caso concreto

Los TUTELANTES así como el CONCEJO MUNICIPAL DE PALERMO – HUILA indicaron que al no haber sido notificados del trámite y decisión adoptada por el Tribunal Administrativo del Huila dentro del trámite que se inició por las observaciones que presentó el Gobernador de ese departamento contra el Acuerdo No. 22 del 17 de julio de 2015, por medio del cual se desafectó una zona verde en el municipio de Palermo, vulnera sus derechos al debido proceso, de acceso a la administración de justicia y a la defensa.

Procede la Sala a determinar si la presunta irregularidad por falta de notificación tiene la entidad de afectar los derechos alegados como vulnerados con la actuación de Tribunal, debe revisar las normas que regulan el mencionado trámite.

Los alcaldes municipales, una vez sancionados los acuerdos expedidos por los concejos, deben remitir copia a los gobernadores para su revisión constitucional y legal, según lo ordena el artículo 82° de la Ley 136 de 1994.

Por su parte, cuando los gobernadores, al revisar los acuerdos municipales, encuentran que son contrarios a la Constitución, la ley o las ordenanzas (numeral 10° del artículo 305 de la Constitución Política) deberá remitirlo al Tribunal Administrativo con jurisdicción en el departamento, junto con escrito donde exprese lo que se demanda y la solicitud de pruebas que pretenda hacer valer (artículos 119° y 120° del Decreto No. 1333 de 1986).

Recibida las objeciones por parte del gobernador, el Tribunal Administrativo debe cumplir con el trámite establecido en el artículo 121 del Decreto No. 1333 de 1986⁵, “por el cual se expid{ió} el Código de Régimen Municipal”, así:

⁴ Folio No. 123.

⁵ “Revisar los actos de los concejos municipales y de los alcaldes y, por motivos de inconstitucionalidad o ilegalidad, remitirlos al Tribunal”.

⁶ “Revisar los actos de los concejos municipales y de los alcaldes y, por motivos de inconstitucionalidad o ilegalidad, remitirlos al Tribunal competente para que decida sobre su validez”.

⁷ “Si el Gobernador encontrare que el acuerdo es contrario a la Constitución, la ley o la ordenanza, lo remitirá, dentro de los veinte (20) días siguientes a la fecha en que lo haya recibido, al Tribunal de lo Contencioso Administrativo para que éste decida sobre su validez”.

⁸ “El Gobernador enviará al Tribunal copia del acuerdo acompañado de un escrito que contenga los requisitos señalados en los numerales 2 a 5 del artículo 137 del Código Contencioso Administrativo (Decreto 01 de 1984). El mismo día en que el Gobernador remita el acuerdo al Tribunal, enviará copia de su escrito a los respectivos alcaldes, personero y Presidente del Concejo para que éstos, si lo consideran necesario, intervengan en el proceso”.

⁹ Sobre la normatividad preconstitucional la Corte Constitucional ha expresa que es “*imprescindible tener en cuenta dos postulados básicos, a saber: (i) la regla del efecto general e inmediato de la Constitución del 91, y (ii) la regla de la presunción de subsistencia de la legislación preexistente*”, frente al segundo de ello indicó en la sentencia C-571 de 2004, lo siguiente:

“la vigencia de la legislación preexistente, ha dicho esta Corte que en ella se satisfacen de manera distinta el principio de seguridad jurídica y certidumbre, ya que el criterio constitucional dominante es el que reconoce que la derogatoria expresa de la Constitución de 1886 por el artículo 380 de la actual Carta Política, no conlleva una eliminación en bloque del ordenamiento jurídico anterior. Para este Tribunal, en la medida que el nuevo Estatuto Superior no consagró una cláusula general o especial

“Al escrito de que trata el artículo anterior, en el Tribunal Administrativo se dará el siguiente trámite:

1. Si el escrito reúne los requisitos de ley, el Magistrado sustanciador ordenará que el negocio se fije en lista por el término de diez (10) días durante los cuales el fiscal de la corporación y cualquiera otra persona podrán intervenir para defender o impugnar la constitucionalidad o legalidad del acuerdo y solicitar la práctica de pruebas.

2. Vencido el término de fijación en lista se decretarán las pruebas pedidas por el Gobernador y los demás intervinientes. Para la práctica de las mismas se señalará término no superior a diez (10) días.

*3. Practicadas las pruebas pasará el asunto al despacho para fallo. El Magistrado dispondrá de diez (10) días para la elaboración de la ponencia y el Tribunal de otros diez (10) días para decidir. **Contra esta decisión, que produce efectos de cosa juzgada en relación con los preceptos constitucionales y legales confrontados, no procederá recurso alguno***¹⁰.

Para la Sala de la anterior regulación se concluye: i) la notificación a terceros interesados se realiza por fijación en lista; ii) durante el término de fijación cualquier ciudadano puede intervenir para defender o impugnar el acuerdo municipal; iii) el Tribunal Administrativo realiza un estudio en abstracto de la validez constitucional y legal del acuerdo; y iv) contra la decisión que adopte el Tribunal Administrativo no procede ningún recurso.

Procede la Sala a estudiar la copia del expediente No. 41001-23-31-000-2015-00719-00 adelantado por el Tribunal Administrativo del Huila por las observaciones presentadas por el Gobernador de ese departamento contra el Acuerdo No. 22 de 2015 del municipio de Palermo, para finalmente poder concluir si existió la afectación de los derechos alegada por los TUTELANTES y por el CONCEJO MUNICIPAL DE PALERMO.

A folios Nos. 1 a 17, se encuentra el escrito remitido por la Gobernación del Huila solicitando a la autoridad judicial decida sobre la validez del acuerdo mencionado.

*El Tribunal Administrativo del Huila, al cumplirse los requisitos de ley, profirió auto donde **ordenó fijar en lista por el término de 10 días para los fines establecidos en el artículo 121 del Decreto No. 1333 de 1986**, es decir, para que “el fiscal de la corporación y cualquiera otra persona podrán intervenir para defender o impugnar la constitucionalidad o legalidad del acuerdo y solicitar la práctica de pruebas” (folios No. 20).*

A folio No. 25, se observa constancia de la Secretaría General del Tribunal Administrativo del Huila, donde se indicó que vencido el término de fijación en lista no se dio ninguna intervención y realizó el paso al despacho para el fallo.

*A folios Nos. 26 a 32 se encuentra la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo del Huila, por medio de la cual, resolvió “**ACOGER** las observaciones del gobernador del Huila al Acuerdo No. 022 de julio 17 de 2017 del municipio de Palermo, por medio del cual se desafectaron las zonas verdes de uso público que se dejaron mencionadas en los antecedentes y consideraciones de esta decisión y por lo tanto el mismo deviene inconstitucional e ilegal y **NO PRODUCE EFECTOS JURÍDICOS**”.*

de derogatoria de la normatividad preconstitucional, lo que hace su normatividad es producir un efecto retrospectivo sobre la legalidad preexistente, que implica proyectarle en forma automática todos sus mandatos superiores, de modo que aquella sólo está condenada a desaparecer cuando sus normas no armonicen con las nuevas reglas constitucionales o cuando hayan sido modificadas o sustituidas por estas últimas”.

¹⁰ Negrilla no es del original.

6.2. Defecto fáctico

Como se indicó en las antecedentes, en el hecho décimo de la tutela, planteó un **defecto fáctico**, al sostener que el Tribunal del Huila al estudiar el “**concepto de violación**” presentado en las observaciones del Gobernador del Huila, “no desplegó las actividades de recaudo de pruebas y análisis necesarios para determinar que el Acuerdo 022 de 2015, constituye un desarrollo para el Municipio de Palermo”¹¹.

Frente la anterior situación la Sala encuentra, que no se dan los presupuestos para que se configure el defecto fáctico, como se fijó en decisión de tutela del 12 de noviembre del 2015, radicación No. 11001-03-15-000-2015-01471-01¹², donde se indicó que una de las formas de estructurarse el defecto fáctico radica en la **omisión de decreto y práctica de pruebas indispensables para fallar** y tal circunstancia no se presentó en el caso bajo estudio, pues claramente se dejó establecido al estudiar la presunta afectación del derecho al debido proceso (numeral 6.1 de la consideraciones), la labor del Tribunal Administrativo se concreta en realizar **un estudio en abstracto de la validez constitucional y legal del acuerdo objetado**; por lo que el hecho de haber decreto pruebas en el sentido planteado por el tutelante, no habría variado la decisión pues el Acuerdo desafectó bienes de uso público (zonas verdes) para ser enajenadas; frente a lo cual el Tribunal expresó:

“Es claro que las franjas de terreno desafectadas en el acuerdo tema de este asunto, por ser una zona verde pública, se trata de un bien estatal de uso público que al tenor del artículo 63 de la Constitución son inalienables, imprescriptibles e inembargables y por mandato del artículo 6º de la Ley 9 de 1989 para poderse cambiar su naturaleza, deben ser canjeadas por otros de naturaleza equivalente”¹³.

7. Conclusiones

Visto lo anterior, para la Sala no se afectaron los derechos al debido proceso, de acceso a la administración de justicia y a la defensa de los TUTELANTES ni al CONCEJO MUNICIPAL DE PALERMO – HUILA, toda vez que el Tribunal Administrativo del Huila, no tenía que notificarlos como ellos pretenden en la acción constitucional, pues como se determinó en líneas anteriores la autoridad judicial dio cumplió al procedimiento establecido en el artículo 121 del Decreto No. 1333 de 1986; por tanto, los aquí accionantes, tuvieron la oportunidad legal para intervenir en defensa de la constitucionalidad y legalidad del acuerdo objeto de revisión y no lo hicieron, es decir, nunca se limitaron los derechos de acceso a la administración de justicia; y tampoco al debido proceso, pues no intervinieron durante el término de fijación en lista, al respecto, la Corte Constitucional, a estudiar tutelas como la presente, manifestó¹⁴:

“En efecto, según amplia jurisprudencia desarrollada por la Corte, **la acción de tutela contra decisiones judiciales procede cuando se vulnera el debido proceso, de manera tal que la sentencia configura una vía de hecho**¹⁵. Pero la afectación de este derecho solamente puede predicarse de los sujetos procesales, en particular del gobernador o los terceros que hubieren intervenido, mas no de quienes fueron ajenos al trámite judicial. Si nunca se hicieron partícipes en el curso de la actuación, su derecho (subjetivo) al debido proceso nunca pudo verse amenazado”¹⁶

11 Folio No. 8.

12 Accionante: Jaime Rodríguez Forero; Accionado: Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección “A”. Consejera Ponente: Lucy Jeannette Bermúdez Bermúdez.

13 Folio No. 31. Copia expediente.

14 Sentencia de Tutela No. 119 del 13 de febrero de 2003, Magistrado ponente doctor EDUARDO MONTEALEGRE LYNETT, Sala Séptima de Revisión de la Corte Constitucional.

15 Cfr. entre muchas otras, las sentencias T-079 de 1993, T-231 de 1994, T-008 de 1998, SU-047 de 1999 y SU-159 de 2002.

16 Negrilla no es del original.

Por otro lado, resalta la Sala que la labor que despliega el Tribunal, en casos como el presente, es un control abstracto del acuerdo municipal para que el mismo esté ajustado a la Constitución Política, las leyes u ordenanzas, motivo por el cual, la autoridad judicial no puede entrar a estudiar si al dejar sin efectos un acuerdo, como ocurrió en el presente caso, afectó de forma particular a alguien. Es por ello que, aquellas personas o instituciones que se consideran afectadas por la decisión adoptada, pueden acudir a los mecanismos fijados en la ley para tal fin.

Por todo lo anterior, la Sala negará la solicitud de amparo realizada por los TUTELANTES y el CONCEJO MUNICIPAL DE PALERMO, este último la deprecó cuando intervino en la presente acción constitucional, por no existir la afectación de los derechos fundamentales indicados.

(...)"

Decisión: “NEGAR el amparo solicitado por RAFAEL FERNANDO BERMÚDEZ LLANOS, JUAN DAVID BERMÚDEZ LLANOS; SOFÍA ALEJANDRA BERMÚDEZ LLANOS, ELVIA PIEDAD LLANOS NIÑO y el CONCEJO MUNICIPAL DE PALERMO - HUILA, por no existir la vulneración de los derechos fundamentales al debido proceso, al acceso a la administración de justicia y a la defensa por parte del Tribunal Administrativo del Huila, de conformidad con la parte motiva de la presente decisión.

(...)"

LUCY JEANNETTE BERMÚDEZ BERMÚDEZ
Presidenta

ROCÍO ARAÚJO OÑATE
CARLOS ENRIQUE MORENO RUBIO
ALBERTO YEPES BARREIRO

CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCIÓN QUINTA

Consejera ponente: LUCY JEANNETTE BERMÚDEZ BERMÚDEZ

Bogotá, D.C., veintiuno (21) de abril de dos mil dieciséis (2016)

Radicación número: 11001-03-15-000-2015-03250-01(AC)

Actor: CARMEN DIANA ARZUAGA RODRÍGUEZ

Demandado: TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DEL CESAR

Asunto: En reparación directa se alegó la falla del servicio por omisión de la administración territorial (Alcaldía de El Paso – Cesar) en llevar a cabo el lanzamiento decretado por el Inspector como consecuencia de querella por ocupación de hecho. El Tribunal accionado declaró la caducidad de la acción porque entendió que se trataba de una ocupación de inmueble. En primera instancia de la tutela se amparó porque se evidenció que el Tribunal aplicó mal la norma de caducidad.

Extracto:

“II. CONSIDERACIONES DE LA SALA

(...)

2. Asunto bajo estudio

Con fundamento en los antecedentes corresponde a la Sala determinar si, como lo indicó la Sección Cuarta, la autoridad judicial tutelada vulneró el derecho fundamental de la tutelante por incurrir en defecto fáctico al aplicar indebidamente la norma de caducidad de la acción de reparación directa; o si por el contrario, como lo afirmó el Tribunal impugnante, en materia de “...de ocupación permanente del inmueble...” de manera ilegal y violenta, no aplica la excepción en la aplicación del requisito de caducidad de la acción.

Valga la pena manifestar que la Sala no se pronunciará sobre los requisitos de procedibilidad de la tutela contra providencia judicial, atendiendo a que tales aspectos no fueron objeto de censura en la impugnación, por ello, se procederá a decidir de fondo el asunto.

No obstante, la Sala ha considerado que cuando se trata de presupuestos procesales de la acción, como la legitimación en la causa, el juez de tutela, sin consideración al objeto de la impugnación, puede analizar la conclusión a la que arribó el juez de tutela de primera instancia o, como ocurre en este caso, debe examinarla cuando ha guardado silencio al respecto.

3. Cuestión previa: legitimación en la causa

El artículo 10 del Decreto 2591 de 1991, se refiere a la legitimidad e interés para el ejercicio de la acción de tutela:

“Art. 10. Legitimidad e interés. La acción de tutela podrá ser ejercida, en todo momento y lugar, por cualquiera persona vulnerada o amenazada en uno de sus derechos fundamentales, quien actuará por sí misma o a través de representante. Los poderes se presumirán auténticos.

También se pueden agenciar derechos ajenos cuando el titular de los mismos no esté en condiciones de promover su propia defensa. Cuando tal circunstancia ocurra, deberá manifestarse en la solicitud.

También podrá ejercerla el Defensor del Pueblo y los personeros municipales.”

La jurisprudencia constitucional ha considerado que debe cumplirse el requisito de “identidad” entre el titular del derecho fundamental vulnerado y quien ejerce la acción de tutela. Así, conforme a la norma citada, en principio, el único legitimado para interponer la tutela para la protección de derechos fundamentales amenazados es su titular, lo cual puede hacer de forma directa o por intermedio de su representante legal, de apoderado judicial debidamente constituido, o en virtud de un agente oficioso¹.

En los casos en los que se ataque por vía de tutela una providencia judicial, el accionante debe ser parte del proceso o, de no serlo, “acreditar que se podrían ver transgredidos sus derechos fundamentales por las órdenes o determinaciones adoptadas en la providencia que se controvierte”².

En Sentencia T-697 de 2006 explicó la Corte Constitucional que “...la exigencia de la legitimidad activa en la acción de tutela, no corresponde a un simple capricho del legislador, sino que obedece al verdadero significado que la Constitución de 1991 le ha dado al reconocimiento de la dignidad humana, en el sentido de que, no obstante las buenas intenciones de terceros, quien decide si pone en marcha los mecanismos para la defensa de sus propios intereses, es sólo la persona capaz para hacerlo”.

Al referirse a la legitimación para el ejercicio de la acción de tutela, la Corte Constitucional en Sentencia T-403 de 1995, explicó:

“... Así, pues, como quien pidió la tutela evidentemente no tenía la titularidad de todos los derechos fundamentales reclamados, la jurisdicción constitucional no podría, sin perjuicio del debido proceso, proferir sentencia favorable a sus pretensiones, porque el interés subjetivo y específico en la resolución de la supuesta violación de los derechos constitucionales fundamentales reseñados en la demanda, corresponde a persona distinta que no intervino en el proceso. Por lo tanto, por este aspecto, la Sala cree que el actor incurrió en un error insubsanable cuando pretendió, mediante tutela, defender varios derechos ajenos como si fueran suyos. ...”³

Y en Sentencia T-878 de 2007⁴, señaló:

“...En efecto, aunque una de las características procesales de la acción de tutela es la informalidad,⁵ esta Corporación ha indicado que la legitimación para presentar la solicitud de amparo, así como para actuar dentro del proceso, debe encontrarse plenamente acreditada.⁶

(...)

1 En este último caso debe acreditarse que el titular de los derechos fundamentales no está en capacidad para hacer su propia defensa, lo cual debe manifestarse en el escrito de tutela o encontrarse probado en el expediente.

2 Así lo dijo la Sección Cuarta del Consejo de Estado, en sentencia de tutela de 18 de junio de 2015, expediente No. 2015-0758-00. C.P.: Jorge Octavio Ramírez Ramírez. Actor: Paola Cecilia Torres López, accionado: Tribunal Administrativo de Bolívar – Sala de Descongestión.

3 Corte Constitucional. Sentencia del 11 de Septiembre de 1995. M.P. Dr. Jorge Arango Mejía. Referencia: proceso T-67510. Actor: Pedro Antonio Turbay Salcedo.

4 Corte Constitucional. Sentencia del 23 de Octubre de 2007. M.P. Dr. Jaime Araújo Rentería. Referencia: expediente T-1641980.

5 El artículo 14 del Decreto 2591 de 1991, establece: “La acción podrá ser ejercida, sin ninguna formalidad o autenticación, por memorial, telegrama u otro medio de comunicación que se manifieste por escrito, para lo cual se gozará de franquicia. No será necesario actuar por medio de apoderado.

En caso de urgencia o cuando el solicitante no sepa escribir o sea menor de edad, la acción podrá ser ejercida verbalmente. (...)”

6 En este sentido, ver entre otras, las siguientes sentencias: T-978 de 2006, T-912 de 2006, T-542 de 2006, T-451 de 2006, T-451 de 2006, T-356 de 2006 y T-809 de 2003. En la sentencia T-899 de 2001 esta Corporación afirmó que: “La exigencia de la legitimidad activa en la acción de tutela, no corresponde a un simple capricho del legislador, sino que obedece al verdadero significado que la Constitución de 1991 le ha dado al reconocimiento de la dignidad humana, en el sentido de que, no obstante las buenas intenciones de terceros, quien decide si pone en marcha los mecanismos para la defensa de sus propios intereses, es sólo la persona capaz para hacerlo”.

Así las cosas, si en un caso no se llegare a cumplir con cualquiera de las condiciones antedichas, se configurará falta de legitimación en la causa y el juez estará obligado a declarar improcedente la respectiva acción de tutela...”.

En el asunto sometido al análisis de la Sala, se tiene que si bien es cierto la señora Carmen Diana Arzuaga Rodríguez no fue la demandante dentro de la acción de reparación directa donde fue proferida la sentencia ahora censurada, también lo es que acreditó ser la hermana del señor Jairo León Arzuaga Rodríguez⁷, quien en vida fuera la demandante dentro del proceso ordinario, a lo que se suma que invocó la calidad de heredera y manifestó “...bajo la gravedad de juramento que desconoce a otras personas ascendientes o descendientes con igual derecho...”. Así las cosas, estima este juez de tutela que cualquier decisión judicial que se adopte en relación con la sentencia censurada, puede afectar de manera directa sus derechos patrimoniales.

La jurisprudencia constitucional ha aceptado la intervención de personas distintas al titular originario de los derechos fundamentales que se invocan como vulnerados o amenazados con la expedición de una providencia judicial. En sentencia T – 550 de 1995, se explicó:

“...existe la figura de la sucesión procesal, donde, fallecido un litigante, el proceso continuará con determinadas personas o el correspondiente curador, señalando que el adquirente a cualquier título de la cosa o del derecho litigioso, podrá intervenir o sustituirlo en el proceso. Esta sucesión, ha dicho la doctrina, es a título universal en el evento de fallecimiento de la parte a quien se sucede.

*Podemos afirmar que esta interrupción y sucesión procesal, contempladas en las normas adjetivas civiles, protegen **derechos litigiosos**, donde bajo ciertos presupuestos es posible suceder al causante, verbi gratia, el cesionario de un crédito que ocupa el puesto del cedente, quien lo cobra en proceso ejecutivo y el de los herederos que representan al de cujus en sus derechos y obligaciones transmisibles.*

(...)”

La anterior tesis fue reiterada por la Corte Constitucional en la Sentencia SU–691 de 2011, en la que se sostuvo:

“...si bien la Acción de Tutela es de carácter unipersonal, esta corporación mediante sentencia T-550 de 1995 ha dicho que tratándose de derechos litigiosos ‘bajo ciertos presupuestos es posible suceder al causante, verbi gratia, el cesionario de un crédito que ocupa el puesto del cedente, quien lo cobra en proceso ejecutivo y el de los herederos que representan al de cujus en sus derechos y obligaciones transmisibles...’ [...]”⁸.

Visto lo anterior, puede concluir la Sala que la Carmen Diana Arzuaga Rodríguez, como hermana y heredera del señor Jairo León Arzuaga Rodríguez, está legitimada en la causa por activa para interponer la presente acción de tutela, pues sus derechos fundamentales están presuntamente amenazados por la acción de la autoridad judicial demandada.

4. Estudio de Fondo

4.1.- La actora manifestó que el Tribunal Administrativo del Cesar vulneró sus derechos fundamentales porque mediante sentencia del 16 de julio de 2015, dictada en el curso de la segunda instancia del proceso de reparación directa que su hermano, el señor Jairo León Arzuaga Rodríguez, siguió en contra del Municipio de El Paso, declaró probada la excepción de caducidad de la acción.

Al respecto, refirió que i) no tuvo en cuenta la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia en materia de la caducidad y prescripción de la acción en tratándose de ocupación de predios de manera ilegal y

7 Al expediente se allegó los registros civiles de nacimiento correspondientes visibles entre folios 11 y 13.

8 Corte Constitucional Sentencia SU-691 de 2011. M.P. Humberto Antonio Sierra Porto.

violenta, frente a la cual, valga referir, no identificó ninguna providencia de esa Corporación judicial; y, ii) el Tribunal no advirtió que el proceso se adelantó por la omisión del Municipio frente a la querella de lanzamiento por ocupación de hecho.

4.2.- En primera instancia de esta tutela se concluyó que en el asunto bajo examen se vulneró el derecho al debido proceso de la tutelante porque la autoridad judicial accionada aplicó de manera equivocada la norma que regula la caducidad de la acción de reparación directa, toda vez que entendió que el daño alegado se derivó de una ocupación de inmuebles la cual solo puede ser predicable del Estado, y no por la omisión de la Administración en restituir el inmueble del actor.

4.3.- Con la impugnación la autoridad judicial accionada se limitó a referir que por tratarse de una “ocupación de bien inmueble”, entonces se debe seguir la jurisprudencia del Consejo de Estado en la materia, la cual establece que la caducidad de la acción se debe contabilizar desde el momento en que la persona conoce que su predio ha sido ocupado; a lo que agregó que la decisión de la Sección Cuarta de exceptuar la aplicación de la norma de caducidad, solo aplica para “... daños continuados en el tiempo...” como ocurre para el caso de la desaparición forzada, por tratarse de un acto de lesa humanidad.

4.4.- Pues bien, sea del caso referir, de entrada, que la decisión impugnada será confirmada. Esto, porque como lo indicó el juez de tutela a quo, el Tribunal aplicó de manera equivocada la norma en materia de caducidad de la acción de reparación directa.

Al respecto, del examen de la decisión censurada (fls. 306-326 Cd. 1 de pruebas) así como de los argumentos expuestos por el Tribunal tutelado, que, sea del caso señalar, se limitan a reiterar los que fueron expuestos en el fallo, resulta diáfano para la Sala que el defecto sustantivo se configuró gracias a una confusión del operador jurídico la cual parte con el ejercicio de imputación de los daños que realizó a partir de la realidad probatoria y jurídica propuesta en el caso concreto.

Así, resulta que el señor Jairo León Arzuaga Rodríguez alegó lo que podría clasificarse como una falla en el servicio por la omisión del funcionario que, debiendo prestarlo, no lo hizo. Esto, derivado de la falta de materialización de la orden de restitución del predio producto de la querella de lanzamiento por ocupación de hecho que formuló ante la Administración territorial de El Paso – Cesar. Pero resulta que el Tribunal entendió que se trataba de un supuesto que se encajaba en el conocido desequilibrio de las cargas públicas, que da lugar a un daño especial, porque, a su juicio se dio la “ocupación del bien inmueble” del señor Arzuaga Rodríguez.

Y, destaca la Sala, llegó el Tribunal a tal conclusión sin tener en cuenta las generalidades de su competencia como juez de lo contencioso administrativo y las que se deben tener en consideración en materia de la responsabilidad patrimonial del Estado por los daños antijurídicos que le sean imputables, causados por la acción o la omisión de las autoridades públicas o por la ocupación temporal o permanente de inmuebles por causal, por ejemplo, de trabajos públicos o por cualquier otra causa imputable a una entidad pública o a un particular en desempeño de funciones públicas.

Significa lo anterior que, primero, el Tribunal tutelado aplicó de manera desacertada la norma que regula la caducidad de la acción de reparación directa, porque no advirtió que se alegaba la omisión de la autoridad administrativa territorial en el cumplimiento de un deber legalmente atribuido; y segundo, la supuesta “ocupación de bien inmueble” que considera se presentó en el caso del señor Jairo León Arzuaga Rodríguez, descartaba el desequilibrio en las cargas públicas por cuenta de acción del Estado, por la potísima razón de que la invasión del terreno se produjo por la actuación de particulares, circunstancia que, de entrada, descarta la posibilidad de reclamar al Estado la reparación del daño derivado de esa actuación.

Ahora bien, confirma lo dicho que, tal como lo indicó el mismo Tribunal en la contestación de la demanda y su impugnación, y de conformidad con las pretensiones de la demanda de reparación

*directa⁹, le correspondía establecer si el Municipio de El Paso era responsable “...de los perjuicios ocasionados al demandante, por la omisión en que incurrió, al **no restituir el predio denominado ‘La Granja’**, a su propietario, circunstancia que según la parte accionante es atribuible a la entidad accionada en razón a la falla en el servicio...”.*

Al respecto, la Sala debe señalar que no obstante la demanda proponía un problema jurídico como el que se ha descrito hasta el momento, lo cierto es que el Tribunal, inexplicablemente, entendió algo diferente, lo que trajo consigo la indebida aplicación de la norma que define la caducidad de la acción.

En este sentido, resulta inane que el Tribunal accionado alegue que aplicó la jurisprudencia del Consejo de Estado, Sección Tercera que trata la forma de contabilizar la caducidad de la acción de reparación directa en temas de ocupación de inmuebles, pues claro está que el daño a reparar no derivaba de un evento en el cual, por cuenta de Estado, resultada ocupado el bien inmueble del señor Jairo León Arzuaga Rodríguez.

De otro lado, para la Sala también es importante señalar que la Sala no comparte el análisis de caducidad que propuso la Sección Cuarta. Esto, no porque le asista razón al impugnante en cuanto se le ordenó inaplicar la norma de caducidad como ocurre para el caso del daño derivado de los delitos de lesa humanidad, pues a tal conclusión no fue a la que llegó el a quo al conceder el amparo; sino porque, la valoración de la excepción de caducidad formulada debe hacerse de cara al hecho u omisión de la Administración, evento que escapa a las competencias de este juez de tutela y deberá valorar y determinar el juez de lo contencioso administrativo en ejercicio de sus funciones, competencias, autonomía e independencia.

Entonces, como se advirtió en precedencia, la decisión de tutela impugnada será confirmada, pues como lo concluyó el a quo el Tribunal Administrativo del Cesar incurrió en defecto sustantivo al momento de dictar la sentencia de 16 de julio de 2015.

(...)

Decisión: “Confirmar la sentencia de 18 de febrero de 2016, proferida por la Sección Cuarta del Consejo de Estado.

(...)

LUCY JEANNETTE BERMÚDEZ BERMÚDEZ
Presidenta

ROCÍO ARAÚJO OÑATE
CARLOS ENRIQUE MORENO RUBIO
ALBERTO YEPES BARREIRO

9 Así se desprende del contenido de la demanda visible a folios 16 a 22 del cuaderno 1 de pruebas, correspondiente al proceso de reparación directa donde fue demandante el señor Jairo León Arzuaga Rodríguez.

**CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCIÓN QUINTA**

Consejera ponente: LUCY JEANNETTE BERMÚDEZ BERMÚDEZ

Bogotá, D.C., veintiuno (21) de abril de dos mil dieciséis (2016)

Radicación número: 11001-03-15-000-2015-02509-01(AC)

Actor: CONSORCIO LUÍS HÉCTOR SOLARTE SOLARTE Y CARLOS ALBERTO SOLARTE SOLARTE

Demandado: TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CUNDINAMARCA - SECCIÓN CUARTA - SUBSECCIÓN “A”

Asunto: Con la tutela se alegó defecto sustantivo por la falta de notificación por correo electrónico del fallo de primera instancia que negó las súplicas de la demanda de nulidad y restablecimiento del actor, en los términos del inciso primero del artículo 203 del CPACA.

Extracto:

“II. CONSIDERACIONES DE LA SALA

(...)

2. Asunto bajo análisis

De conformidad con el fallo de primera instancia y la impugnación presentada, corresponde a la Sala determinar:

i. Procedencia de la acción de tutela contra providencias judiciales; superado lo anterior;

ii. Se debe establecer si el fallo de tutela de primera instancia se debe confirmar, modificar o revocar, luego de analizar si la Subsección “A” – Sección Cuarta del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, afectó los derechos fundamentales indicados por el CONSORCIO SOLARTE, por la presunta indebida notificación de la sentencia de primera instancia, proferida dentro del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho de marras.

(...)

4. Examen de los requisitos: Procedencia adjetiva

Frente este punto la Sala ha establecido que cuando el a quo de la tutela ha estudiado el fondo del asunto, es porque realizó el debido análisis de los requisitos de procedibilidad y si los mismos no fueron objeto de impugnación esta Sección entiende que aquéllos se dieron por superados, por lo que en esta instancia no se abordará su estudio¹.

5. Fondo del asunto

Procede la Sala establecer si la Subsección “A” – Sección Cuarta del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, afectó los derechos fundamentales indicados por el CONSORCIO SOLARTE, por la presunta indebida notificación de la sentencia de primera instancia, proferida dentro del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho de marras, con lo que se configuraría el defecto sustantivo alegado.

¹ Ver sentencia de tutela No. 11001-03-15-000-2015-01156-01, accionante: Luís Alberto Mercado Díaz, con ponencia de la Consejera Rocío Araújo Oñate, proferida el 28 de enero de 2016; fallo del 11 de febrero de 2016, tutela No. 11001-03-15-000-2015-01807-01, de Nelson Javier Valero Pinilla contra el Consejo de Estado – Sección Segunda – Subsección “B” y otro; Magistrada Ponente doctora Lucy Jeannette Bermúdez Bermúdez.

5.1. Jurisprudencia del defecto alegado

La Corte Constitucional en la sentencia de unificación SU-242 del 30 de abril de 2015, sobre la caracterización del defecto sustantivo, indicó:

“8. Este defecto ha sido decantado extensamente por esta Corporación, claramente explicado en la sentencia SU-195 de 2012. En sentido amplio se está en presencia del vicio cuando la autoridad judicial emplea una norma inaplicable al caso concreto, deja de aplicar la norma adecuada, o interpreta las normas de tal manera que contraría la razonabilidad jurídica.”²

En estricto sentido, lo configuran los siguientes supuestos:

- a. *El fundamento de la decisión judicial es una norma que no es aplicable al caso concreto, por impertinente³ o porque ha sido derogada⁴, es inexistente⁵, inexecutable⁶ o se le reconocen efectos distintos a los otorgados por el Legislador⁷.*
- b. *No se hace una interpretación razonable de la norma⁸.*
- c. *Cuando se aparta del alcance de la norma definido en sentencias con efectos erga omnes⁹.*
- d. *La disposición aplicada es regresiva¹⁰ o contraria a la Constitución¹¹.*
- e. *El ordenamiento otorga un poder al juez y este lo utiliza para fines no previstos en la disposición¹².*
- f. *La Decisión se funda en una interpretación no sistemática de la norma¹³.*
- g. *Se afectan derechos fundamentales, debido a que el operador judicial sustentó o justificó de manera insuficiente su actuación.*

Procederá entonces el amparo constitucional cuando se acredite la existencia de un defecto sustantivo, en cualquiera de los supuestos que se han presentado anteriormente”¹⁴.

Se alegó el defecto sustantivo, pues en consideración de la tutelante la autoridad judicial no “hace una interpretación razonable de la norma”, toda vez que, la causa de la presente acción constitucional radicó en el hecho de la indebida notificación de la sentencia de primera instancia, por medio de la cual, la Subsección “A” – Sección Cuarta del Tribunal Administrativo de Cundinamarca negó las súplicas de la demanda de nulidad y restablecimiento del derecho promovido por el CONSORCIO SOLARTE contra el Ministerio de Comercio, Industria y Turismo; lo que, también, podría configurar lo que la jurisprudencia ha establecido como defecto procedimental, el cual se presenta, según

2 Sentencias SU-159 de 2002, T-295 de 2005 y T-743 de 2008 todas con ponencia del dr. Manuel José Cepeda Espinosa, T-043 de 2005, T-657 de 2006 ambas con ponencia del dr. Marco Gerardo Monroy Cabra, T-686 de 2007 M.P. Jaime Córdoba Triviño, T-033 de 2010, y T-792 de 2010 ambas con ponencia del Dr. Jorge Iván Palacio Palacio.

3 Sentencia T-189 de 2005 M.P. Manuel José Cepeda Espinosa.

4 Sentencia T-205 de 2004 M.P. Clara Inés Vargas Hernández

5 Sentencia T-800 de 2006 M.P. Jaime Araujo Rentería

6 Sentencia T-522 de 2001 M.P. Manuel José Cepeda Espinosa

7 Sentencia SU-159 de 2002 M.P. Manuel José Cepeda Espinosa.

8 Sentencias T-051 de 2009 M.P. Manuel José Cepeda Espinosa y T-1101 de 2005 M.P. Rodrigo Escobar Gil.

9 Sentencias T-462 de 2003 M.P. Eduardo Montealegre Lynnett, T-842 de 2001 M.P. Álvaro Tafur Galvis, y T-814 de 1999.

10 Sentencia T-018 de 2008 M.P. Jaime Córdoba Triviño.

11 Sentencia T-086 de 2007 M.P. Manuel José Cepeda Espinosa.

12 Sentencia T-231 de 1994 M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

13 Sentencia T-807 de 2004 M.P. Clara Inés Vargas.

14 Negrilla es del texto original.

la providencia citada de la Corte Constitucional, cuando “el juez actuó totalmente al margen del procedimiento previsto por la ley”¹⁵, en este caso la forma de notificación de la decisión de primera instancia en el proceso ordinario.

5.2. Caso concreto

La Sala para poder determinar si el defecto alegado en la tutela debe prosperar, procede a revisar las normas que regulan la notificación por correo electrónico en el Código de Procedimiento Administrativo y Contencioso Administrativo y se ira relacionando con el caso concreto.

Es así como el artículo 197 del CPACA establece quiénes están en la obligación legal de tener un correo electrónico con la única finalidad de recibir notificaciones judiciales, al disponer que “Las entidades públicas de todos los niveles, las privadas que cumplan funciones públicas y el Ministerio Público que actúe ante esta jurisdicción, deben tener un buzón de correo electrónico exclusivamente para recibir notificaciones”. Y el inciso segundo de esta norma fijó que las notificaciones que se realicen en ese buzón se entenderán como personales.

Para la Sala, la anterior norma es clara en el sentido de ordenar que en la jurisdicción contenciosa administrativa solo el Ministerio Público, entidades públicas y las privadas que cumplan funciones públicas deben tener un correo electrónico para los fines allí indicados.

De lo anterior se concluye que en el caso concreto el **CONSORCIO SOLARTE** no tenía la obligación legal de tener un buzón o correo electrónico para notificaciones judiciales.

Por otra parte, el artículo 205 del CPACA, regula la notificación por medios electrónicos para aquéllos que no están obligados, de conformidad con el artículo 197, a tener un buzón para tal fin, al establecer que además “de los casos contemplados en los artículos anteriores, **se podrán notificar las providencias a través de medios electrónicos, a quien haya aceptado expresamente este medio de notificación**”¹⁶; disposición que se debe estudiar en concordancia con el artículo 162 del CPACA, que al fijar los requisitos y contenido de la demanda, estableció en el numeral 7º que el demandante debe fijar en ella el “lugar y dirección donde las partes y el apoderado de quien demanda recibirán las notificaciones personales. **Para tal efecto, podrán indicar también su dirección electrónica**”¹⁷.

Para este juez constitucional, las anteriores normas son claras y no generan duda alguna, que en aquellos casos en que las personas naturales o jurídicas que no están obligadas a tener un buzón electrónico para notificaciones judiciales y deseen ser notificadas de tal forma deben indicarlo de forma expresa, para lo cual suministraran el correo electrónico donde la autoridad judicial remitirá la notificaciones del caso.

Ahora, revisado el proceso ordinario allegado en calidad de préstamo, a folio No. 8 del escrito de demanda, en el capítulo “**VIII. NOTIFICACIONES**”, el actor estableció “**Al Consorcio por mi representada, en la Autopista Norte Km. 21 Interior Olímpica, en el municipio de Cbía – Cundinamarca. Tel. 6671030. Fax. 6760189**”¹⁸.

Revisado el contenido del CD visible a folio No. 31, donde el actor aportó información digital para subsanar la demanda que fue inadmitida con auto del 10 de julio de 2013, por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca – Sección Cuarta – Subsección “A”, al indicarle que “en cuanto al “CD” aportado por el demandante para efectos de la Notificación Personal por Correo Electrónico”¹⁹,

15 SU-242 del 2015.

16 Negrilla no es del original.

17 Ídem.

18 Negrillas son del original.

19 Folios No. 28 y 29. Expediente en préstamo. Negrilla es del original.

no aportó toda la información presentada con la demanda escaneada y dejó la misma información de notificación:

“

VIII. NOTIFICACIONES.

A LA NACIÓN – MINISTERIO DE COMERCIO, INDUSTRIA y TURISMO se le podrá notificar en la Calle 28 N° 13 A - 15, teléfonos 6067606 – 6061522, de la ciudad de Bogotá.

Al Consorcio por mí representado, en la Autopista Norte Km. 21 Interior Olímpica, en el municipio de Chía – Cundinamarca. Tel. 6671030. Fax. 6760189.

De los Señores Magistrados, con todo respeto.


DANIEL BENAVIDES SANSEVIERO
C.C. 12.999.469 de Pasto
T.P. 85.288 del C.S.J.

”

Revisada toda la foliatura del proceso ordinario, el apoderado del CONSORCIO SOLARTE en ningún momento allegó memorial solicitando e indicando el correo electrónico para los fines del artículo 205 del CPACA, es decir, para la notificación por medios electrónicos.

La notificación de la sentencia en la jurisdicción contenciosa administrativa se regula por el artículo 203 del CPACA, que establece:

“Las sentencias se notificarán, dentro de los tres (3) días siguientes a su fecha, mediante envío de su texto a través de mensaje al buzón electrónico para notificaciones judiciales. En este caso, al expediente se anexará la constancia de recibo generada por el sistema de información, y se entenderá surtida la notificación en tal fecha.

A quienes no se les deba o pueda notificar por vía electrónica, se les notificará por medio de edicto en la forma prevista en el artículo 323 del Código de Procedimiento Civil.

Una vez en firme la sentencia, se comunicará al obligado, haciéndole entrega de copia íntegra de la misma, para su ejecución y cumplimiento”²⁰.

Para este juez constitucional, en el presente caso, como la tutelante no es una de las entidades que está obligada tener buzón para notificaciones judiciales y en el proceso judicial no manifestó ni indicó un correo electrónico para ser notificado por ese medio, es claro que la notificación de la sentencia del primera instancia dictada por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca – Sección Cuarta – Subsección “A”, el 22 de enero de 2015²¹, se debía regir por el inciso segundo del artículo 203 del CPACA.

En vista de lo anterior, en el caso concreto, la notificación se surtió por estado²² el 30 de enero de 2015, como se observa en el sello visible a folio No. 141 vuelto del cuaderno principal del expediente del proceso ordinario allegado en calidad de préstamo.

²⁰ Negrilla no es del original.

²¹ Folios Nos. 118 a 141. Expediente en préstamo.

²² Si bien ese inciso segundo del art. 203 CPACA remite al 323 CPC (notificación por edicto), esta clase de notificaciones desapareció con el CGP, que en su art. 295 dispone la notificación por estado para autos y sentencias que no deban hacerse de otra manera – en concordancia con art. 291 CGP (en lo pertinente). Por otro lado, hay que tener presente que de conformidad con art. 198 CPACA entre las providencias enlistadas que deben notificarse personalmente, no se encuentran las sentencias.

En ese orden de ideas, el yerro alegado no se configuró, pues le asistió razón a la autoridad judicial acusada, cuando expresó²³:

“si la parte demandante deseaba que las notificaciones judiciales se realicen vía electrónica debe indicar expresamente en la demanda un buzón para tal fin, sin que ahora pueda pretender el apoderado que dicha manifestación se infiera de la información que está contenida en un membrete inferior de una página de un documento aportado como prueba al proceso, sin que ni siquiera se haya remitido a esa información en el acápite correspondiente de la demanda”.

6. Conclusiones

*Por todo lo anterior, la Sala comparte la decisión adoptada por la Sección Cuarta del Consejo de Estado, quien negó el amparo solicitado por el **CONSORCIO LUÍS HÉCTOR SOLARTE SOLARTE Y CARLOS ALBERTO SOLARTE SOLARTE**, al no existir la vulneración del derecho fundamental al debido proceso, a la defensa y al acceso la administración de justicia, por no configurarse el defecto sustantivo alegado, toda vez que la notificación de la sentencia de primera instancia del proceso ordinario, que dio origen a la presente acción constitucional, se realizó de conformidad con lo ordenado por el artículo 203 del CPACA, en vista que la tutelante no solicitó de manera expresa ser notificada por correo electrónico, como se dejó explicado.*

*Por todo lo anterior, la Sala confirmará la sentencia de tutela impugnada por el **CONSORCIO SOLARTE**.*

(...)

Decisión: “Confirmar la sentencia proferida el 4 de febrero de 2016, por la Sección Cuarta del Consejo del Estado, por medio de la cual negó el amparo solicitado por el **CONSORCIO LUÍS HÉCTOR SOLARTE SOLARTE Y CARLOS ALBERTO SOLARTE SOLARTE**.

(...)

LUCY JEANNETTE BERMÚDEZ BERMÚDEZ
Presidenta

ROCÍO ARAÚJO OÑATE
CARLOS ENRIQUE MORENO RUBIO
ALBERTO YEPES BARREIRO

23 Folios Nos. 208 a 211. Expediente en préstamo.

CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCIÓN QUINTA

Consejera ponente: LUCY JEANNETTE BERMÚDEZ BERMÚDEZ

Bogotá, D.C., dos (02) de junio de dos mil dieciséis (2016)

Radicación número: 11001-03-15-000-2015-02667-01(AC)

Actor: EVER TRUJILLO MATTA

Demandado: CONSEJO DE ESTADO, SECCIÓN TERCERA, SUBSECCIÓN “C”

Asunto: El tutelante demanda sentencia que resolvió recurso extraordinario de revisión en el que se alegó la existencia de una prueba recobrada. En primera instancia de la tutela se negó el amparo porque el fallo no contiene irregularidad alguna.

Extracto:

“II. CONSIDERACIONES DE LA SALA

(...)

2. Asunto bajo estudio

2.1.- Con fundamento en los antecedentes correspondería a la Sala resolver la tensión que surge entre el fallo de tutela de primera instancia y la impugnación. Esto significa, establecer si el actor cumplió con la carga argumentativa propia de la acción de tutela contra providencia judicial y si, en efecto, la sentencia censurada vulneró sus derechos. No obstante, por las particularidades del caso, este juez de tutela encuentra necesario modificar el problema jurídico a analizar. Las razones que justifican tal medida son las que a continuación se ofrecen.

Se advierte desde ahora que la decisión del a quo de la tutela será confirmada en cuanto negó el amparo impetrado contra la Sección Tercera del Consejo de Estado. Esto, porque si bien la Sala no comparte la primera de las conclusiones a la que arribó, sí concuerda con la segunda. En efecto, contrario a lo afirmado por el juez de la primera instancia, se estima que el actor sí cumplió con la carga argumentativa necesaria para controvertir la providencia con la que se resolvió el recurso extraordinario de revisión. Lo que ocurre es que, como bien lo determinó la Sección Cuarta en el estudio de fondo que finalmente realizó a pesar de considerar que no había sido sustentada la solicitud de amparo, los argumentos que trajo el actor para censurar la sentencia dictada por la Sección Tercera, Subsección “C” del Consejo de Estado no resultan suficientes, ya que solo logran poner en evidencia que pretende reabrir el debate respecto del problema jurídico que resolvió la autoridad judicial accionada.

Lo anterior es así porque, en efecto, difícilmente podría configurarse el defecto que invoca el tutelante, primero, porque alegar “...la imposibilidad de aportar una prueba pericial al proceso...” o “...el valor probatorio que se le dio [a dicha prueba] en otro proceso y el que tuvo que otorgársele en...” su caso, no son razonamientos suficientes para que se considere el dictamen de balística como una prueba recobrada.

*Y segundo, porque la técnica que se requiere para constituir la causal del numeral 2º del artículo 188 del C.C.A., como lo refirió el a quo de la tutela, solo aplica en la medida en que **la prueba recobrada sea una prueba documental**, categoría en la que no entra el dictamen pericial, pues, como bien lo refirió la Sección Cuarta en la decisión impugnada, los diferentes medios de prueba “...no deja[n] de serlo por el hecho que se encuentre[n] plasmad[os] en un documento, pues de serlo, todas las pruebas que se aportan a un proceso escritural, como es el caso de los testimonios...”, cumplirían con el requisito para la prosperidad de la causal de revisión extraordinaria.*

Los razonamientos previos permiten a la Sala arribar a la siguiente conclusión: aunque este juez de tutela llegare a estimar que la providencia proferida por la Sección Tercera, Subsección “C” del Consejo de Estado efectivamente contiene un defecto, lo cierto es que un amparo con el objeto de que se dicte una nueva sentencia que resuelva el recurso extraordinario de revisión, ningún efecto útil tendría para el actor. Dicho de otra forma, el sentido de la decisión que profiera la autoridad judicial accionada por cuenta del amparo que se llegare a otorgar, en nada cambiaría, pues seguiría siendo infundado el recurso ante la restricción que impone alegar la causal de prueba recobrada respecto de medios de prueba diferentes a los documentos.

2.2.- Sin embargo, la Sala encuentra que el caso concreto se presenta dentro de un contexto que no puede ignorar, pues, a su juicio, resulta ser desconocedor de los derechos fundamentales del tutelante.

Lo anterior es así, porque, como insiste el tutelante, la situación en la que se encuentra supone una serie de acciones de parte de diferentes autoridades administrativas y judiciales del Estado que, en definitiva, y a pesar de que es claro que le asiste razón a sus reparos, lo han dejado sin respuesta efectiva en cada caso gracias a rigorisismos y tecnicismos propios de los procedimientos.

En primer lugar, el actor alegó la responsabilidad extracontractual del Estado por cuenta de la muerte de su hijo a manos de un miembro de la Fiscalía General de la Nación. Segundo, se encuentra la omisión de parte del Instituto de Medicina Legal, establecimiento público adscrito a la Fiscalía General de la Nación, que era la autoridad encargada de remitir la corrección de la prueba determinante para decidir el proceso de reparación directa. Luego, en tercer lugar, está la acción de tutela contra providencia judicial que interpuso contra el Tribunal Administrativo de Caldas por el error inducido que lo llevó a recibir un trato desigual derivado de la omisión descrita. Como la tutela contra providencia judicial resultó ser improcedente en aplicación de la tesis que imperaba en el Consejo de Estado para la fecha, se le indicó que podía presentar un recurso extraordinario de revisión. Entonces, cuarto, el actor acudió al mencionado medio de defensa judicial para subsanar una situación que, como se vio, claramente no está regulada por la normativa que rige la materia, lo que indefectiblemente llevó a la conclusión jurídica adoptada por la autoridad judicial accionada, pues la técnica del recurso impide valorar el caso de una forma diferente a como fue resuelto. Y ahora, como quinto paso, el actor nuevamente acude en tutela para controvertir la sentencia que considera afectó sus derechos, la cual, de nuevo, debe someterse al control jurisdiccional pertinente, como lo hizo el a quo de la presente acción constitucional, para concluir en que, otra vez, el actor debe soportar una decisión que mantendrá incólume su imposibilidad de acceder a la administración de justicia efectiva.

A juicio de la Sala, confirmar la decisión de primera instancia, sin realizar un estudio adicional del caso del tutelante, supondría para él seguir acudiendo ante los estrados judiciales del país, ahora, por ejemplo, para alegar la responsabilidad del Estado por la falla en el servicio porque el Instituto de Medicina Legal no cumplió con la obligación de allegar la prueba oportunamente, o porque existió un error judicial en las decisiones con las que se resolvió cada proceso que adelantó para reversar las consecuencias de la actuación de Medicina Legal. Incluso, se estima que podría acudir a instancias internacionales, como la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, alegando sencillamente la muerte de su hijo por un agente del Estado y las dificultades que ha tenido que sortear a lo largo 15 años frente a autoridades administrativas y judiciales para obtener el resarcimiento del daño que le han causado. Nótese que el actor, siempre respetuoso del ordenamiento jurídico y de las instrucciones que en cada instancia le han dado, ha acudido a cada uno de los medios de defensa judicial que existen para propender por la defensa de sus derechos.

Los hechos descritos dan cuenta de la inexistente tutela judicial efectiva en el caso del actor. Tal situación es la que justifica que el juez constitucional opte por entender que, no existiendo decisión material en sede de tutela respecto del fallo proferido el 17 de julio de 2003 por el Tribunal Administrativo de Caldas, sea procedente analizar, como lo indicó el impugnante, si dicha autoridad judicial fue inducida en error y por ello se produjo la vulneración de sus derechos fundamentales.

Valga la pena manifestar que frente a tal providencia judicial es imposible predicar el incumplimiento de los requisitos de procedibilidad de la tutela pues, por lo dicho, el tutelante de manera permanente

ha acudido ante los jueces de la República, lo que posibilita comprender que existe inmediatez en el ejercicio de esta acción y que son inexistentes otros mecanismos de defensa adicionales.

3. Estudio de Fondo

El actor manifestó en la tutela que “...han sucedido una serie de omisiones por parte del Estado que no [l]e han garantizado sus derechos fundamentales al debido proceso, a la defensa, a la contradicción, a la administración de justicia y a la igualdad y luego de casi 15 años, no se ha hecho justicia por la muerte de [su] hijo, todo por un error del organismo encargado de realizar el informe de balística...”. Y en la impugnación refirió que existe “...un error inducido por cuanto con el dictamen pericial errado allegado a[l] proceso ordinario se indujo a error al fallador de instancia, pues su corrección nunca fue enviada por Medicina Legal...”.

La decisión de la Sección Quinta en el fallo del 4 de junio de 2009, rechazó la tutela contra la sentencia del 17 de julio de 2003 dictada por el Tribunal Administrativo de Caldas. Pero amparó los derechos fundamentales de acceso a la administración de justicia y al debido proceso del actor “...por la actuación de la dependencia de la Fiscalía General de la Nación que rindió la experticia de balística de manera errónea...”. Ello conllevó a la rehabilitación del término para que interpusiera el recurso extraordinario de revisión.

En tal providencia, la Sala de Decisión entendía que el ejercicio de la acción de tutela con el propósito de controvertir providencias judiciales era rechazado por la jurisprudencia del Consejo de Estado. Se consideraba que se configura siempre la causal de improcedencia prevista en el inciso primero del artículo 6º del Decreto 2591 de 1991¹, porque el proceso dentro del cual fue proferida la providencia judicial constituía otro medio de defensa judicial idóneo y eficaz al que acudió el interesado y que fue decidido por el juez competente. Así, se reconocían los efectos de la ejecutoria y, en consecuencia, prevalecía el tránsito a cosa juzgada material, la seguridad jurídica e independencia y la autonomía de las autoridades judiciales.

No obstante, la Sección Quinta advirtió la trascendencia de la situación expuesta por el tutelante y fue por ello que optó por abordar, de oficio, lo que calificó como la “...violación de los derechos de acceso a la administración de justicia y al debido proceso por actuación de autoridad distinta a la jurisdiccional...”. Todo con el propósito de mantener la integridad de la decisión de la autoridad judicial, a pesar de que reconocía que no correspondía con la realidad.

En este punto este Juez de Tutela considera pertinente referir que el criterio del Consejo de Estado y de esta Sala ha evolucionado. En breve, actualmente se reconoce que las providencias judiciales también pueden vulnerar los derechos fundamentales de las personas, por ende, es admisible su procedencia excepcional.

Siendo así las cosas, la Sala se permite invocar las razones que fueron presentadas en el fallo de tutela del 4 de junio de 2009, pues ellas dan cuenta de cómo la irregularidad de parte del Instituto de Medicina Legal en la remisión de la prueba pericial fue la actuación que vulneró los derechos fundamentales del actor. Evento que ahora, bajo la premisa de procedencia excepcional de la acción en contra de providencia judicial por cuenta de un error inducido, es posible entender como suficiente para proferir la presente decisión.

En la sentencia de la Sección Quinta del año 2009, la Sala indicó que:

“(...)”

Sostiene el actor que en su caso el fallo absolutorio ocurrió por haber apreciado el Tribunal Administrativo de Caldas una prueba pericial de balística, que luego y para el que pudiera llamarse el

1 Dice la norma: “La acción de tutela no procederá: 1. Cuando existan otros recursos o medios de defensa judiciales...”.

segundo proceso, el mismo organismo que la expidió admitió que se había incurrido en error: Que de haberse contado oportunamente con esa información, el resultado del primer proceso habría sido el mismo en que culminó el segundo.

Pues bien, luego de que la Sala revisara el contenido de una y otra providencia, en especial sobre la referida prueba pericial, pudo constatar que el hecho señalado por el accionante es cierto.

(...)

Pues bien, lo anterior permite a la Sala constatar que la dependencia de la Fiscalía General de la Nación que practicó el estudio de balística que se anexó al primer proceso, (...), incurrió en un error al parecer involuntario y extremadamente grave en la descripción del arma con la que se disparó el proyectil hallado en el cadáver del menor Ever Edinsson Trujillo Parra al practicársele la respectiva autopsia, pues confundió un revólver con una pistola, armas que el común de la gente puede distinguir, pero que el órgano especializado en balística curiosamente confundió.

Esta circunstancia, sin duda alguna, afectó gravemente el derecho fundamental de acceso a la administración de justicia de los familiares cuya demanda de reparación directa se resolvió con la sentencia del 17 de julio de 2003 por el Tribunal Administrativo de Caldas, lo cual no puede atribuirse a esta corporación judicial, quien decidió la controversia con base en las pruebas regular y oportunamente incorporadas al proceso, acudiendo a la sana crítica, sobre la cual esta Sala no puede emitir juicio alguno en respeto de la autonomía judicial y de la improcedencia de que el juez constitucional de tutela revise las providencias judiciales de otros jueces de la República.

(...)"

Concluyó entonces que con "...la producción del dictamen pericial rendido dentro del primer proceso se afectó seriamente el derecho fundamental al debido proceso del accionante, en especial en lo atinente a la defensa y contradicción...", esto, porque "...debe asegurarse que esos derechos puedan ejercerse en lo sustancial, en forma material, pues si a las partes se les presenta una realidad que no existe o si se les oculta la verdad sobre el objeto que se practicó la prueba, resulta innegable que el término para presentar las objeciones de nada servirá ya que suponiendo la buena fe en la actuación de las autoridades públicas encargadas de rendir esos informes, los interesados tendrían poco o nada que hacer al respecto..."

Como se ve, la actuación del Instituto de Medicina Legal fue determinante en la decisión que adoptó el Tribunal Administrativo de Caldas en el caso del tutelante. En sí, ocurrió que, como lo ha entendido la Corte Constitucional, la sentencia fue dictada mediante un error inducido, defecto que ha sido definido así:

"(...)

En estos casos la providencia judicial es emitida por el funcionario judicial de manera razonada y con el fundamento normativo aplicable al caso, pero en ella hay un error, esto es, se juzga verdadero lo que es falso porque la situación fáctica o jurídica planteada dentro del proceso no corresponde a la realidad como consecuencia del engaño, la manipulación de la información o el suministro fraccionado de la misma al juez. La causal que ahora se designa como error inducido, inicialmente fue denominada como vía de hecho por consecuencia, toda vez que el hecho generador de la vulneración no es atribuible al funcionario judicial que profiere la providencia cuestionada pues no proviene de la forma, argumentación o decisión adoptada por la autoridad judicial, sino que el defecto proviene de la actuación inconstitucional de otros que provocan el error en él.

(...)"²

² T-863/13.

Pues bien, estima la Sala necesario referir cómo tal error se vio reflejado en las decisiones que dictó el Tribunal Administrativo de Caldas el 17 de julio de 2003, en el caso del tutelante, y el 18 de junio de 2008, en el caso de los demás familiares que demandaron la reparación directa con ocasión del fallecimiento del menor de edad.

Así, en el primer fallo, respecto de la prueba técnica de balística, el Tribunal indicó:

“(…)

Con lo anterior, debe concluirse que no aparece la demostración fundamental del hecho dañoso, por parte de la Fiscalía General de la Nación a través de uno de sus agentes, puesto que se desconoce ciertamente, que la bala homicida haya sido disparada por el señor Luis Alejandro Barreiro Torres. Efectivamente, ninguna de las pruebas cuya valoración es viable en el presente momento conduce a indicar que la bala homicida fue disparada por el agente del Cuerpo Técnico de Investigación de la Fiscalía General de la Nación.

Pero siendo laxos en la apreciación de la prueba, resulta contundente el resultado de la observación de los siguientes hechos. La parte actora expresó que la muerte del menor se dio por el disparo hecho por el agente ya citado, de una subametralladora MINIUZI (folio 11, cuaderno 1), cuando el resultado del examen de balística indica que la bala fue disparada por un arma:

‘... es de los comúnmente utilizados en armas de fuego de funcionamiento mecánico tipo revólver, entre las que encontramos las siguientes marcas: Smith & Wesson Ruger, Taurus, etc.’ (folio 105, cuaderno 2).

A Cambio, aparece suficientemente demostrado que el señor Luis Alejandro Barreiro Torres, tenía adjudicada para su trabajo una pistola marca Jericó 941FB S 150935, calibre 9 mm, con dos proveedores, lo cual lleva a concluir que no corresponde la bala homicida con la disparada por el señor Barreiro Torres, puesto que tienen relación con armas diferentes.

(...)”.

Y en la sentencia del 12 de junio de 2008, dictada por el mismo Tribunal, frente a la prueba de balística, la autoridad judicial adujo:

“En el citado dictamen se obtuvieron las siguientes conclusiones: ‘Posible arma que los disparó: es de los comúnmente utilizados en armas de fuego de funcionamiento mecánico tipo revólver, entre las que encontramos las siguientes marcas: Smith & Wesson, Ruger, Taurus, etc.’

Ante requerimiento efectuado por funcionario encargado de la investigación disciplinaria, en el sentido de aclarar si un proyectil 9 mm encamisado en cobre puede ser disparado por un revólver (fl. 77 C.2) el dictamen balístico fue ampliado y corregido a través del Oficio No. 149-A-01-NLB.RO del 5 de febrero de 2002, donde se dijo: ‘...Al presentarse este interrogante se hizo revisión de los archivos de Laboratorio de Balística, encontrándose que se trata de un error de transcripción, pero que en realidad lo que se intentó informar a la autoridad es en sí que se trataba de un proyectil calibre 9 mm, en su ‘CONCLUSIÓN: posible arma que lo disparó es de los comúnmente utilizados en armas de fuego de funcionamiento semiautomático, tipo pistola, del mismo calibre...’, como se observa en el borrador elaborado al momento del estudio...’ (Subrayas y negrillas de la sala).

Análisis Comparativo de Disparo. (fls 92 a 94 C.2)

Igualmente se allegó el resultado del cotejo comparativo realizado con la pistola que portaba el señor Alejandro Barreiro Torres el 16 de enero de 2001, y el proyectil recuperado en la necropsia realizada al cadáver del menor Ever Edizon Trujillo Parra, arrojando lo siguiente:

‘...Efectuados disparos de prueba con arma de fuego tipo pistola, marca Jericó, calibre 9 mm. Largo, No. Identificativo 150935 se obtuvieron proyectiles patrón para ser cotejadas, con los elementos incriminados.

El proyectil incriminado recuperado en Necropsia No. 026 fue sometido a análisis comparativo a través de microscopio de comparación para Balística, con los proyectiles obtenidos como patrón, con le (sic) fin de encontrar puntos característicos de identidad en las zonas aptas para estudio.

Después de una observación detallada y minuciosa, se conceptúa que el proyectil motivo de estudio calibre 9 mm. largo, blindado, recuperado en Necropsia No. 026 no presenta suficiente ni amplias zonas aptas para someterlo a cotejo comparativo con proyectiles patrón.

Con relación al segundo interrogante hago saber a ese despacho que de acuerdo con la forma irregular, ruptura del blindaje y adherencias de sustancia color blanco, compatible con materia orgánica (cemento), dicho proyectil recuperado en necropsia pudo haber impactado con un elemento de mayor dureza a la suya, la cual produjo su deformación, pero no se puede establecer que haya hecho impacto antes de penetrar en el cuerpo de la víctima, en una de las escalas que aparece registrándose en la fotografía, ya que para este evento se tendría que haber hecho el frotis y toma de la muestra en ese lugar para someterlo a disparo por arma de fuego....

(...).

Para la Sala, la materialización del derecho de acceso a la administración de justicia del actor se vio truncado por la falta de veracidad del informe técnico que fue sometido tanto a las partes como al propio Tribunal Administrativo de Caldas, quienes lo aceptaron como válido por la confianza que depositaron en los peritos y en su actuar legítimo por la vinculación que pudieron mantener con la entidad pública encargada de adelantar tales procedimientos técnicos.

Esta situación también obstaculizó la tutela judicial efectiva en su caso, pues la omisión determinó la denegación de las pretensiones de la demanda de reparación patrimonial contra la Fiscalía General de la Nación. Esto, porque tal prueba, como se vio, puede incidir en la decisión que adoptó el Tribunal en el caso del tutelante, ya que permite vincular la actuación del agente del Estado con el fallecimiento de su hijo.

Por ende, en el presente evento, la Sala amparará el derecho de acceso a la administración de justicia del tutelante, así como el de la tutela judicial efectiva, al haberse constatado que la sentencia de 17 de julio de 2003, dictada dentro del proceso que adelantó en contra de la Fiscalía General de la Nación por la muerte de su hijo, el accionante y la autoridad judicial no tuvieron oportunidad de conocer la corrección de la prueba de balística, como consecuencia de la conducta de la dependencia de la Fiscalía, que no suministró la información correcta sobre el proyectil que fue retirado del cuerpo del menor Ever Edinsson Trujillo Parra.

Así las cosas, bajo las consideraciones efectuadas a lo largo de esta providencia, la Sala confirmará el fallo de tutela del 28 de enero de 2016 dictado por la Sección Cuarta del Consejo de Estado, en cuanto negó el amparo respecto de la Sección Tercera, Subsección “C” de esta Corporación. Pero lo adicionará en el sentido de amparar los derechos de acceso a la administración de justicia y tutela judicial efectiva del señor Ever Trujillo Matta, para lo cual será dejada sin efectos la sentencia de 17 de julio de 2003 y se le ordenará al Tribunal Administrativo de Caldas que dicte una nueva donde se valore la corrección del dictamen pericial referido.

(...).

Decisión: “Confirmar la sentencia de 28 de enero de 2016, proferida por la Sección Cuarta del Consejo de Estado que negó el amparo respecto de la Sección Tercera, Subsección “C” de esta Corporación.

Amparar los derechos de acceso a la administración de justicia y tutela judicial efectiva del señor Ever Trujillo Matta. En consecuencia, se disponer dejar sin efectos la sentencia del 17 de julio de 2003, proferida por el Tribunal Administrativo de Caldas dentro de la acción de reparación directa que él adelantó en contra de la Fiscalía General de la Nación por la muerte de su hijo Ever Edinsson Trujillo Parra.

Ordenar al Tribunal Administrativo de Caldas que en el término de 30 días, siguientes a la notificación de esta providencia, por las razones aquí expuestas, dicte sentencia de reemplazo, tomando en consideración como prueba el Oficio 149-A-01-NLB. RO de 05 de febrero de 2002, mediante el cual medicina legal corrige el informe de balística, sobre el proyectil que fue retirado del cuerpo del menor Ever Edinsson Trujillo Parra.

(...)

LUCY JEANNETTE BERMÚDEZ BERMÚDEZ
Presidenta

ROCÍO ARAÚJO OÑATE
CARLOS ENRIQUE MORENO RUBIO
ALBERTO YEPES BARREIRO

**CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCIÓN QUINTA**

Consejera ponente: LUCY JEANNETTE BERMÚDEZ BERMÚDEZ

Bogotá, D.C., dieciséis (16) de junio de dos mil dieciséis (2016)

Radicación número: 11001-03-15-000-2015-03378-01(AC)

Actor: JUAN JOSÉ BERNAL JIMÉNEZ

Demandado: TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE BOYACÁ - SALA DE DESCONGESTIÓN

Asunto: Se acusó a la autoridad judicial accionada porque no analizó si el señor Bernal Jiménez es beneficiario del régimen de transición fijado por la Ley 10 de 1990 y su decreto reglamentario No. 1399 de 1990, por la reorganización del Sistema Nacional de Salud y, en caso de ser aplicable, las consecuencia que de ello derivan en las liquidaciones por la terminación del vínculo laboral en el año 2005.

Extracto:

“II. CONSIDERACIONES DE LA SALA

(...)

2. Asunto bajo análisis

De conformidad con el fallo de primera instancia y la impugnación presentada, corresponde a la Sala determinar:

i. La procedencia de la acción de tutela contra providencias judiciales; superado lo anterior;

ii. Se debe establecer si el fallo de tutela de primera instancia se debe confirmar, modificar o revocar, a partir de los argumentos dados en la impugnación y se analizará si el Tribunal Administrativo de Boyacá – Sala de Descongestión afectó los derechos al debido proceso y a la igualdad con la sentencia proferida en segunda instancia el 24 de junio de 2015.

(...)

4. Examen de los requisitos: Procedencia adjetiva

Frente a este punto, la Sala ha establecido que cuando el a quo de la tutela estudió el fondo del asunto es porque realizó el debido análisis de los requisitos de procedibilidad y si los mismos no fueron objeto de impugnación esta Sección entiende que aquéllos se dieron por superados, por lo que en esta instancia no se abordará su estudio¹.

5. Fondo

Revisados los antecedentes y la impugnación encuentra la Sala que se debe revocar la sentencia de tutela de primera instancia, por los argumentos que a continuación se exponen.

*En la impugnación reiteró el tutelante que se configuró un **defecto sustantivo**, por la no aplicación de la Ley 10 de 1990 y el artículo 4 del Decreto No. 1399 de 1990, “tantas veces repetido, e impetrado*

¹ Ver sentencia de tutela No. 11001-03-15-000-2015-01156-01, accionante: Luís Alberto Mercado Díaz, con ponencia de la Consejera Rocío Araújo Oñate, proferida el 28 de enero de 2016; fallo del 11 de febrero de 2016, tutela No. 11001-03-15-000-2015-01807-01, de Nelson Javier Valero Pinilla contra el Consejo de Estado – Sección Segunda – Subsección “B” y otro; Magistrada Ponente doctora Lucy Jeannette Bermúdez Bermúdez.

su aplicación, ante las diferentes instancias”, y al revisar la Sala el fallo de segunda instancia del proceso ordinario proferido por el Tribunal Administrativo de Boyacá – Sala de Descongestión, le asiste razón al tutelante, toda vez que, la autoridad judicial **no realizó un estudio sobre el régimen de transición establecido en las mencionadas normas de 1990**, si éstas eran o no aplicables al señor BERNAL, lo que se observa es que el Tribunal se enfocó a estudiar el Decreto Departamental y Resoluciones que le dieron cumplimiento a esas normas².

Así, lo primero que realizó el Tribunal fue determinar cuál era el verdadero acto administrativo demandado en nulidad y restablecimiento del derecho por el señor BERNAL JIMÉNEZ, concluyendo que el verdadero acto atacado fue el “Oficio No. 0775-2005 de septiembre de 2005 {que} no se limita a reiterar lo expuesto en las resoluciones enjuiciadas, por cuanto en el mismo se está dando respuesta de fondo frente a la solicitud impetrada respecto al pago de unos derechos extralegales de contenido económico del cual era beneficiario el demandante antes de la entregada en vigencia de la actual Constitución Política y de la Ley 10 de 1990, lo cual lo constituye en un acto administrativo autónomo”³.

En segundo lugar, entró estudiar al caso concreto, donde determinó que “la parte actora reclama el reconocimiento de emolumentos laborales que **venían siendo reconocidos hasta el año 2002**, mediante la Resolución Interna No. 1182{⁴} de 1993, suscrita por el Director del Hospital de Duitama, conforme a la autorizaciones otorgadas mediante del Decreto No. 1240{⁵} de 1993”⁶, esta última norma, la expidió el Gobernador de Boyacá para dar cumplimiento con lo establecido por la Ley 10⁷ y su decreto reglamentario No. 1399⁸, ambos de 1990.

Así, el Tribunal Administrativo indicó que la Constitución Política de 1991, en el artículo 205 numeral 7, fijó entre las atribuciones de los Gobernadores la de fijar los emolumentos de los empleados del nivel departamental “**con sujeción a la ley**”⁹ y, por su parte, el literal e) del numeral 19 del artículo 150, estableció entre las funciones del Congreso de la República la expedición de la ley marco para fijar el régimen salarial y prestacional de los empleados públicos.

En virtud de lo anterior, indicó la autoridad judicial cuestionada que el órgano legislativo expidió la Ley 4^a¹⁰ de 1992 y su artículo 12 dispuso:

“El régimen prestacional de los servidores públicos de las entidades territoriales será fijado por el Gobierno Nacional, con base en las normas, criterios y objetivos contenidos en la presente Ley.

En consecuencia, no podrán las corporaciones públicas territoriales arrogarse esta facultad”.

A partir de lo anterior, el Tribunal Administrativo de Boyacá concluyó que el “régimen salarial y prestacional de los empleados públicos y específicamente la relación de competencias para su expedición se encuentran taxativamente delimitados por la Constitución Política con base en la técnica de las

2 Fls. 13 – 47. Fallo cuestionado con la tutela.

3 Fl. 250 vuelto. Cuaderno ordinario allegado en préstamo.

4 “Por medio de la cual se mantienen unos reconocimientos laborales de contenido económico al personal incorporado del Hospital San Vicente ya liquidado al Hospital Regional de Duitama entidad cesionaria”. Fls. 94 – 106. Cuaderno proceso ordinario allegado en préstamo.

5 “Por medio del cual se faculta al Director del Hospital Regional de Duitama para mantener reconocimiento laborales de contenido económico a sus servidores y se dictan otras disposiciones”. Fls. 90 – 93. Ídem.

6 Negrilla no es del original.

7 “por la cual se reorganiza el Sistema Nacional de Salud y se dictan otras disposiciones”. Resaltado del original.

8 “por el cual se regula la nueva vinculación laboral de empleados oficiales y trabajadores del sector salud en los casos de los artículos 16 y 22 de la ley 10 de 1990”. Ídem.

9 Fls. 251 vuelto y 252. Cuaderno ordinario allegado en préstamo. Negrilla del original.

10 “Mediante la cual se señalan las normas, objetivos y criterios que debe observar el Gobierno Nacional para la fijación del régimen salarial y prestacional de los empleados públicos, de los miembros del Congreso Nacional y de la Fuerza Pública y para la fijación de las prestaciones sociales de los Trabajadores Oficiales y se dictan otras disposiciones, de conformidad con lo establecido en el artículo 150, numeral 19, literales e) y f) de la Constitución Política”.

leyes cuadro o marco (art. 150- No. 19), por lo tanto, las Entidades Territoriales no pueden disponer autónomamente sobre tales materias”¹¹.

Posteriormente, la autoridad judicial acá cuestionada, puso de presente que el Tribunal Administrativo de Casanare declaró la nulidad del Decreto Departamental No. 1240 de 1993 y todos los actos administrativos derivados de éste, mediante sentencia del 14 de junio de 2011¹², por haberse apartado de las anteriores normas, a partir de lo cual concluyó el Tribunal Administrativo de Boyacá que “al estar dilucidados que la única fuente de reconocimiento de prestaciones sociales de empleados públicos es la Ley, de modo que los beneficios otorgados de manera discrecional por las autoridades departamentales, no pueden considerarse como derechos adquiridos susceptibles de protección legal, así se hubiese cancelado por costumbre o pactos convencionales, no resulta factible avalar la continuidad de los reconocimientos laborales de tipo económico, pese a que se invoquen los principios de favorabilidad”¹³

Para esta Sala si bien el anterior argumento es cierto, no puede pasar por alto, que estamos ante una situación sui generis, toda vez que, desde la demanda¹⁴ y apelación ordinaria¹⁵, así como en la tutela y su impugnación el apoderado judicial del tutelante indicó que hay **defecto sustantivo** toda vez que la autoridad judicial erró al fijar el problema jurídico, en razón a que no era determinar “si los beneficios prestacionales que le venían siendo reconocidos al accionante a través de la convención colectiva de trabajo se constituyen en derechos adquiridos”, cuando lo que correspondía era determinar “**si al actor es beneficiario o no lo es, de las disposiciones del art. 17 de la Ley 10 de 1990 y del art. 4 del Decreto 1399 de 1990**. Los beneficios extralegales no le venían siendo reconocidos por la convención, sino porque la Ley dispuso que esos beneficios se le continuarían reconociendo, mientras permaneciera vinculado a la institución, aún en ausencia de convención, pues se entiende que los empleados públicos no tienen derecho a celebrar convenciones de trabajo, aunque de buena fe se celebraron hasta 1992”; en razón a que siempre se ha afirmado en las diferentes instancias judiciales que el señor **BERNAL JIMÉNEZ** cumple con los supuestos de hecho y derecho para ser beneficiado del régimen de transición establecido en las mencionadas normas de 1990.

La Ley 10 de 1990 reorganizó el sistema nacional de salud y su artículo 17 dispuso:

“Derechos laborales. Las personas vinculadas a las entidades que se liquiden, conforme a lo dispuesto en el artículo anterior, serán nombradas o contratadas, según el caso, por las entidades territoriales o descentralizadas, a las cuales, se bayan cedido los bienes, elementos o instalaciones para la prestación de servicios de salud, sin perder la condición específica de su forma de vinculación. A los empleados y trabajadores, se les aplicará el régimen salarial y prestacional, propio de la respectiva entidad, sin que se puedan disminuir los niveles de orden salarial y prestacional de que gozaban en la entidad liquidada. Cuando se trate de empleados de carrera administrativa, o que hayan desempeñado cargos de carrera, sin pertenecer a ella, se les reconocerá continuidad en la carrera o el derecho de ingresar a ella, respectivamente. En lo relativo a los cargos que sean suprimidos se aplicarán en materia laboral las mismas normas previstas en el Decreto 77 de 1987 y sus decretos reglamentarios, en cuanto sean compatibles, y se garantizará, igualmente, la continuidad en la carrera administrativa o su derecho a ingresar a ella”¹⁶.

Abora la anterior ley fue reglamentada mediante el Decreto No. 1399 de 1990 y su artículo 4º ordenó respecto a la garantía de los derechos lo siguiente:

11 Fl. 252 vuelto. Cuaderno proceso ordinario.

12 Expediente No. 2002-00455-00

13 Fls. 253 y 253 vuelto. Ídem.

14 Pretensión No. 8.1. se lee: “ORDENAR a la ESE HRD RESTABLECER al demandante, el reconocimiento y pago de todos los derechos de carácter económico, de que es beneficiario legítimo, según las disposiciones consagradas en el numeral 3º del Acta de Compromiso del 7 de septiembre de 1989; el artículo 17 de la Ley 10 de 1990; el artículo 4 del decreto Reglamentario de 1990; Decreto Ordenanza 1240 de 1993 y en la Resolución, {sic} 1182 de 1993”. Fl. 39. Cuaderno proceso ordinario.

15 Fls. 208 – 214. Ídem.

16 Negrilla no es del original.

“A los empleados públicos y a los trabajadores oficiales de que trata el presente Decreto, se les aplicará el régimen salarial y prestacional propio de la entidad a la cual se les hace la nueva vinculación, sin que pueda disminuirse los niveles de orden salarial y prestacional de que gozaban en la entidad liquidada o suprimida.

Por lo tanto los factores salariales y prestacionales serán los establecidos para la entidad cesionaria, conservando en todo caso las cuantías que recibía la persona en la entidad cedente, mientras permanezca vinculada laboralmente a la entidad cesionaria.

Si la entidad cesionaria no tuviere otorgado algún factor salarial o prestacional que el empleado oficial sí estuviere percibiendo en la entidad suprimida o liquidada, se le garantizará el pago de dicho concepto salarial o prestacional, mientras permanezca vinculado laboralmente a la entidad cesionaria.

Parágrafo 1º. Lo anterior no implica un cambio del sistema salarial ni prestacional en la nueva entidad, ya que se trata tan solo de garantizar unos derechos protegidos por la ley a unas personas específicas, de tal manera que cuando éstas se retiren del servicio, desaparecen automáticamente tales remuneraciones transitorias.

Parágrafo 2º. A las personas provenientes de las fundaciones o instituciones de utilidad común y que sean incorporadas a entidades oficiales, o a entidades privadas, a las cuales se les hayan confiado los bienes y rentas, se les aplicará el régimen salarial y prestacional propio de la entidad cesionaria de los bienes, sin que se les puedan disminuir los niveles de orden salarial y prestacional de que gozaban en la entidad suprimida o liquidada. Es entendido que esta prerrogativa se le mantendrá al personal anteriormente indicado mientras permanezca vinculado laboralmente a dichas entidades públicas o privadas”¹⁷.

Fue en virtud de las anteriores normas, que el Tribunal Administrativo del Casanare en la sentencia¹⁸ que declaró la nulidad del Decreto Departamental No. 1240 de 1993, que citó la autoridad judicial cuestionada en la presente tutela, dispuso en el numeral segundo de la parte resolutive, lo siguiente:

“Se dejan a salvo los derechos adquiridos conforme a la ley de los que sean titulares los servidores públicos que fueron incorporados a la nueva planta de personal del Hospital Regional de Duitama y que venían laborando en el Hospital San Vicente de Duitama”.

El Tribunal Administrativo de Casanare arribó a la anterior decisión, en virtud a lo establecido por el artículo 17 de la Ley 10 de 1990 en concordancia con lo ordenado por el artículo 31 de la Constitución de 1886 y el artículo 58 de la actual, normas de rango constitucional que fijan el deber de “garantizar los derechos adquiridos con justo título, los cuales no pueden, en ningún evento, ser desconocidos ni vulnerados por la leyes posteriores”¹⁹.

Por otro parte, la Corte Constitucional en sentencia C-241 del 9 de abril de 2014, declaró la exequibilidad de los incisos primero y tercero del artículo cuarto del Decreto No. 1399 de 1990, arriba transcrito. Indicó en la sentencia que el tránsito constitucional no implica la derogatoria de todas las normas y frente a la regulado en el artículo 4º del mencionado decreto manifestó que el “trato legal divergente se justifica respecto de grupos sometidos a una situación fáctica diferente, y el beneficio otorgado por la norma tiene por objeto maximizar la protección de un derecho fundamental. En este caso, se protegió el derecho al trabajo de los empleados públicos cuya contratante fue objeto de liquidación, supresión o cesión en los términos de la Ley 10 de 1990, y por ello, se previó la continuidad de la modalidad de contratación y la extensión de los factores salariales y prestaciones adquiridos en la extinta entidad, durante la vigencia del vínculo laboral en el establecimiento receptor”²⁰.

17 Subrayado no es del texto original.

18 Fls. 102 – 109.

19 Fl. 109.

20 Negrilla no es del original.

Por consiguiente, observa este juez constitucional que el artículo 17 de la Ley 10 y el artículo 4º Decreto No. 1399 son normas anteriores a la Constitución Política de 1991, las cuales fijaron un régimen de transición a favor de un pequeño grupo de ciudadanos, el cual hoy en día debe ser respetado.

*La Sala a partir del anterior panorama, concluye que en el presente caso el Tribunal Administrativo de Boyacá – Sala de Descongestión afectó el derecho fundamental del debido proceso de tutelante, toda vez que, revisada la sentencia del 24 de junio de 2015, **NO ANALIZÓ si el señor BERNAL JIMÉNEZ es beneficiario del régimen de transición** fijado por la Ley 10 de 1990 y su decreto reglamentario No. 1399 de 1990, por la reorganización del Sistema Nacional de Salud y, **en caso de ser aplicable**, las consecuencias que de ello derivan en las liquidaciones por la terminación del vínculo laboral en el año 2005.*

*Por lo anterior, la Sección Quinta del Consejo de Estado **revocará** la decisión de tutela de primera instancia y, en su lugar, **amparará el derecho al debido proceso** del señor **JUAN JOSÉ BERNAL JIMÉNEZ**, de conformidad con la parte motiva del presente proveído.*

*Como consecuencia de lo anterior, **dejará sin efectos** la sentencia de segunda instancia, proferida dentro del proceso de nulidad y restablecimiento del derecho No. 15693-33-31-703-2011-00236, el 24 de junio de 2015 por el Tribunal Administrativo de Boyacá – Sala de Descongestión, para que dentro de los **15 días** siguientes a la notificación de esta decisión emita una de reemplazo donde deberá determinar:*

i) Si el tutelante es o no beneficiario del régimen de transición establecido en la Ley 10 de 1990 y su decreto reglamentario No. 1399 de ese mismo año, por haber pasado, presuntamente, del Hospital San Vicente de Duitama (institución privada) al Hospital Regional de Duitama (institución pública), por la reorganización del Sistema Nacional de Salud.

ii) Establecer si existió o no continuidad del vínculo laboral desde cuando pasó a ser parte de la planta de personal del Hospital Regional de Duitama hasta la fecha de retiro.

iii) De darse los anteriores presupuestos se deberá realizar las liquidaciones y compensaciones de acuerdo con el régimen salarial y prestacional aplicable por el régimen de transición aludido, teniendo en cuenta la prescripción trienal de los derechos laborales.

(...)

Decisión: “Revocar la sentencia proferida el 14 de abril de 2016, por la Sección Cuarta del Consejo del Estado, por medio del cual negó el amparo solicitado por el señor JUAN JOSÉ BERNAL JIMÉNEZ, de conformidad con la parte motiva de la presente decisión.

Como consecuencia de lo anterior, amparar el derecho al debido proceso del tutelante.

Dejar sin efectos la sentencia de segunda instancia, proferida dentro del proceso de nulidad y restablecimiento del derecho No. 15693-33-31-703-2011-00236, el 24 de junio de 2015 por el Tribunal Administrativo de Boyacá – Sala de Descongestión, para que dentro de los 15 días siguientes a la notificación de esta decisión emita una de reemplazo, de conformidad con la parte motiva del presente proveído.

(...)

LUCY JEANNETTE BERMÚDEZ BERMÚDEZ
Presidenta

ROCÍO ARAÚJO OÑATE
CARLOS ENRIQUE MORENO RUBIO
ALBERTO YEPES BARREIRO

CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCIÓN QUINTA

Consejera ponente: LUCY JEANNETTE BERMÚDEZ BERMÚDEZ

Bogotá, D.C., treinta (30) de junio de dos mil dieciséis (2016)

Radicación número: 11001-03-15-000-2016-01547-00(AC)

Actor: M.S. CONSTRUCCIONES S.A.

Demandado: TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DEL CESAR

Asunto: La sociedad actora pagó contribuciones parafiscales adeudadas al SENA con fundamento en liquidación de 2011 realizada por funcionario comisionado por la entidad, con base en contratos de mano de obra. En 2012 solicitó el reintegro aduciendo pago de lo no debido, pero le fue negado con dos resoluciones del mismo año. Inconforme, demandó estos dos actos en nulidad y restablecimiento del derecho. El juez de primera instancia accedió a las súplicas por considerar que las contribuciones parafiscales supuestamente adeudadas debían calcularse con base en la nómina de empleados y no con los contratos celebrados con trabajadores independientes. El Tribunal revocó tal decisión por considerar que el acto que se debía demandar era la liquidación de 2011. En vía de tutela, la sociedad actora afirma que hubo defecto sustantivo porque la liquidación individual no era demandable, al ser un acto de trámite (art. 43 CPACA); y desconocimiento del precedente que establece la forma de liquidar los parafiscales.

Extracto:

“II. CONSIDERACIONES DE LA SALA

(...)

2.2. Problema jurídico

Corresponde a la Sala determinar, acorde con los fundamentos de la tutela, si el Tribunal Administrativo del Cesar, con la sentencia de 5 de mayo de 2016, incurrió en defecto sustantivo o desconocimiento del precedente que vulnerara los derechos fundamentales al debido proceso y de acceso a la administración de justicia de la sociedad M.S. CONSTRUCCIONES S.A. al no acceder a las súplicas de la demanda de nulidad y restablecimiento del derecho, por considerar que la liquidación de 21 de noviembre de 2011 era un acto definitivo y debía demandarse en su momento.

Con el propósito de resolver este problema, se analizarán los siguientes aspectos: (i) criterio de la Sección sobre la procedencia de la acción de tutela contra providencia judicial; (ii) estudio sobre los requisitos de procedibilidad; y finalmente, de encontrarse superados, se analizará (iii) el fondo del reclamo.

(...)

2.4. Estudio sobre los requisitos de procedibilidad

2.4.1. *No se trata de tutela contra sentencia de tutela. Es claro que se controvierte un fallo de nulidad y restablecimiento del derecho.*

2.4.2. *Se cumple con la inmediatez, dado que, según constancia secretarial del Tribunal (fl. 171 n.r.d) el fallo enjuiciado cobró ejecutoria el 17 de mayo de 2016, mientras que la tutela se instauró el 23 de mayo de 2016, lo que implica que entre uno y otro evento transcurrió un plazo razonable.*

2.4.3. *Hay subsidiariedad, toda vez que la sociedad actora no cuenta con otro medio de defensa judicial, distinto a la tutela, para conjurar la eventual transgresión que la aludida decisión pueda*

irrogarle a sus derechos fundamentales, pues los recursos extraordinarios de revisión y unificación no tienen cabida en el sub examine.

2.4.4. Bajo esas consideraciones, la Sala se pronunciará de fondo respecto del reclamo deprecado, no sin antes insistir en el carácter excepcional de la acción de amparo, que tiene como fin garantizar la intangibilidad de la cosa juzgada, el respeto por la autonomía judicial¹, la protección de los derechos obtenidos de buena fe por terceros, la seguridad jurídica y la confianza en los fallos judiciales².

2.5. Caso concreto

La Sala no se pronunciará respecto del desconocimiento del precedente alegado, comoquiera que el libelista lo estructura en el derecho que le asiste a su representada a obtener el reembolso por el supuesto pago de lo no debido.

Ello, por cuanto el Tribunal censurado se relevó de examinar tal aspecto, en razón de que no encontró superada una cuestión adjetiva de la demanda, en tanto estimó que no se demandó el acto que definió la situación de la empresa actora.

Por tanto, este juez constitucional solo se ocupará de definir si en el fallo enjuiciado se configuró un defecto sustantivo por atribuirle a la liquidación de 21 de noviembre de 2011 la connotación de acto administrativo definitivo, pues de prosperar dicho cargo, será el Tribunal acusado quien resuelva si los actos administrativos demandados en vía contenciosa son o no acordes a derecho.

Sea lo primero advertir que en la sentencia de 5 de mayo de 2016, objeto del reparo constitucional, se precisó:

*“Mediante la liquidación No. 132 del 11 de noviembre de 2011 [sic] el Servicio Nacional de Aprendizaje –SENA– impuso a la constructora M.S. CONSTRUCCIONES S.A. la obligación de realizar el pago de los aportes parafiscales correspondientes a la mano de obra contratada por los periodos correspondientes al año 2007, 2008, 2009, 2010 y enero a agosto de 2011, decisión que **constituye un acto administrativo definitivo, por cuanto decide fondo [sic] sobre la obligación que le corresponde al contribuyente y en esa medida pone fin al procedimiento.***

*Ahora, no es admisible la argumentación del apoderado de la sociedad demandada cuando manifiesta que liquidación [sic] es un acto de trámite, pues no solamente está debidamente motivada, dado que se hace una relación detallada de los conceptos en los que de manera definitiva establecen los ítems a cancelar por parte del obligado, estipulando de forma específica la suma liquidada, sino que fue aceptada por el gerente, quien le imprimió su rúbrica, además como lo demuestra el mismo demandante, la suma de cincuenta y tres millones quinientos noventa y cuatro mil sesenta y seis pesos (\$53.594.066) que aparece en la referida liquidación de aportes, fue cancelada por la sociedad M.S. CONSTRUCCIONES S.A., lo que implica que dicha liquidación fue aceptada por la misma, sin que en su momento se objetara. (folio 23). Es decir, que es claro que **la liquidación que reposa a folio 24, es un verdadero acto administrativo, que le puso fin a la situación administrativa relacionada con la obligación legal de pagar los aportes parafiscales al Servicio Nacional de Aprendizaje SENA.***

(...)

Conforme a lo expuesto, una vez se ha dado lugar a la liquidación por la cual se impuso la obligación de los aportes parafiscales, M.S. CONSTRUCCIONES S.A. se encontraba facultada para ejercer el derecho de contradicción directamente ante la jurisdicción, dado que dentro de la misma decisión no se indicó la procedencia de recurso alguno, para lo cual contaba con cuatro (4) meses, término previsto en la norma para controvertir la decisión a través del medio de control de nulidad y restablecimiento.

1 Corte Constitucional, Sentencia C-543 de 1992.

2 Corte Constitucional, Sentencia T-315 de 2005, M. P. Jaime Córdoba Triviño.

No obstante, la parte actora acudió a la administración ejerciendo la reclamación de los aportes, por haberse realizado la liquidación a través del acta No. 123 del 21 de noviembre de 2011, en contravención de las normas que lo regulan, nueve (9) meses después de haber adoptado la decisión, cuando ya ha fenecido el término para acudir a la jurisdicción.

La Sala considera que la parte actora a través de los actos administrativos demandados [oficios de 20 de noviembre y 18 de diciembre de 2012] generó una contestación a una petición, con la que **pretende revivir los términos para el ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho**, que en últimas tiene como trasfondo dejar sin efectos la liquidación de aportes parafiscales No. 132 del 21 de noviembre de 2011, la cual estima contraviene las normas previstas para realizar la liquidación de los aportes, al tener en cuenta los contratos de obra celebrados con los contratistas, pues al respecto se consigna en el escrito de petición lo siguiente:

(...)

La Corporación no comparte la decisión de primera instancia, por cuanto **la liquidación de parafiscales es un acto definitivo, dado que contiene la voluntad de la administración con capacidad de producir efectos jurídicos en lo que se refiere a las contribuciones que corresponden a la constructora**, quien al encontrar desfavorable la decisión debió demandarla ante esta jurisdicción dentro del término de los cuatro (4) meses previstos en la norma para el ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho.

Conforme a lo expuesto, la decisión contenida en los actos administrativos [oficios de 20 de noviembre y 18 de diciembre de 2012] no puede generar el análisis de fondo de **la decisión contenida en el acta de liquidación No. 132 del 11 de noviembre de 2011 [sic], a través de la cual se impuso la obligación al contribuyente**, por cuanto esta última se encuentra en firme” (negritas propias) (fls. 161-164 n.r.d.).

El libelista cuestiona la tesis del Tribunal, pues, en su criterio la liquidación practicada el 21 de noviembre de 2011 no podía ser demandada en vía contenciosa al ser un acto de trámite dentro del proceso administrativo de fiscalización adelantado por el SENA, que debía concluir con un acto administrativo en el que se estableciera la existencia de una obligación basada en tal liquidación.

El artículo 43 del CPACA prescribe: “Son actos definitivos los que decidan directa o indirectamente el fondo del asunto o hagan imposible continuar la actuación”. En cambio, el acto de trámite es “... de mero impulso de la actuación y no decide nada sobre el asunto debatido, pero instrumenta la decisión final o definitiva...”³.

El Consejo de Estado, en sentencia de 2 de febrero de 2012⁴, explicó:

“... únicamente las decisiones de la Administración producto de la conclusión de un procedimiento administrativo, o los actos de trámite que hacen imposible la continuación de esa actuación, son susceptibles de control de legalidad por parte de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, de modo tal que los actos de trámite o preparatorios distintos de los antes señalados se encuentran excluidos de dicho control... ”.

En relación con los actos de liquidación dentro del proceso de fiscalización por contribuciones parafiscales adeudadas al SENA la Sección Cuarta de esta Corporación –voz autorizada para ese tipo de asunto, por ser de su especialidad– ha proferido una serie de decisiones que resultan ser bastante ilustrativas de la connotación que, en este caso, tiene la liquidación individual de 21 de noviembre de 2011 para le empresa M.S. CONSTRUCCIONES S.A.

3 Consejo de Estado, Sección Cuarta, C. P. Carmen Teresa Ortiz de Rodríguez (E), exp. 11001-03-24-000-2012-00096-00(19673).

4 Sección Segunda, Subsección “B”, C. P. Bertha Lucía Ramírez de Páez, exp. 23001-23-31-000-2011-00337-02(2085-11).

Así, de la sentencia de 3 de abril de 2008 se extracta:

“Con base en las liquidaciones en mención, el Director Regional del SENA del Quindío por Resolución 234 de 1999 determinó la obligación por aportes a cargo de la actora, para lo cual estaba plenamente facultado, con base en el artículo 25[a] de la Resolución 434 de 1998.

Lo anterior, porque dentro de las funciones de los Directores Regionales del SENA se encuentra la de liquidar a nivel regional los aportes adeudados por los diferentes empleadores públicos o privados y constituir así el título ejecutivo a cargo de los obligados.

En consecuencia, tanto el acto definitivo, como las liquidaciones individuales que le sirvieron de soporte fueron expedidos por quienes estaban debidamente facultados para ello.

En cuanto a la imposibilidad de impugnar las liquidaciones individuales, se aclara que por tratarse de actos de trámite, no procedía recurso alguno (artículo 49 del Código Contencioso Administrativo), tal y como expresamente se menciona en dichos actos (fls. 118 y 119).

Sin embargo, las liquidaciones fueron conocidas por la actora, como consta en el texto de las mismas, en las que aparece sello y firma de recibido.

De otra parte, no se afectó el derecho de defensa de la actora, pues, a través del recurso de reposición contra el acto que determinó los aportes a su cargo, pudo cuestionar las liquidaciones individuales que le sirvieron de soporte” (negritas propias).

Nótese que en aquella oportunidad se demandó el acto definitivo expedido por el Director Regional del Sena –quien es el competente para determinar la obligación adeudada– y la Corporación concluyó que a través de él era que se debían cuestionar las liquidaciones individuales, dado su carácter de acto de trámite.

En similar sentido, de la misma providencia se lee:

“Por Resolución 434 de 1998 el Director General delegó algunas de sus funciones en distintos funcionarios de la entidad. En el artículo 25[a] ibídem delegó en los directores regionales y seccionales del SENA, la facultad de “ordenar las acciones que sean necesarias para obtener el pago de las sumas de capital e intereses adeudados por los empleadores públicos o privados, de acuerdo con las liquidaciones que individualmente hayan sido efectuadas por concepto de aportes a la entidad y contribuciones al Fondo Nacional de Formación Profesional de la Industria de la Construcción –FIC- administrado por el Sena, dictando las resoluciones correspondientes y resolviendo los recursos de la vía gubernativa”.

Así pues, al Director Regional le corresponde ordenar las acciones necesarias para obtener el pago de las deudas por aportes parafiscales, con base en las liquidaciones individuales. Esta facultad comprende desde la constitución del título o determinación de la obligación con base en las liquidaciones de aportes, hasta el cobro mismo de la obligación. Para cumplir dicha finalidad puede proferir los actos administrativos que sean necesarios y resolver los recursos.

Las liquidaciones individuales de los aportes que sirven de soporte a los actos de determinación de los mismos, son expedidas por la Tesorería de la entidad (fl. 119). Tales liquidaciones, entonces, no son de competencia de los Directores Regionales, como erróneamente lo entiende la actora. Además, las liquidaciones sin número de 21 de julio de 1998 no fueron dictadas por el Director Regional del SENA en el Quindío, sino por la funcionaria de Tesorería autorizada por la entidad para ello”.

En el citado pronunciamiento, resultan palmarias tres cosas, algunas de las cuales coinciden con lo dicho en líneas previas del presente proveído: (i) el Director Regional del SENA es quien determina la existencia de la obligación, (ii) para ello toma como base la liquidación individual, (iii) cuya elaboración está a cargo del departamento de Tesorería de la entidad. Ergo, es claro que tal liquidación

individual, por ser un insumo del acto del cual surge la obligación –el emitido por el referido director– impuesta por el SENA, es de trámite.

Esta última sentencia fue reiterada recientemente por la Sección Cuarta en fallo de 30 de julio de 2015, en los siguientes términos:

“En cuanto a la imposibilidad de impugnar las liquidaciones individuales, la Sala reitera que por tratarse de actos de trámite, no procedía recurso alguno (artículo 49 del Código Contencioso Administrativo), tal y como expresamente se menciona en dichos actos⁵ (fls. 105 c.p.).

Adicionalmente, se observa que no se violó el derecho al debido proceso por cuanto, la Resolución 404 del 20 de junio de 2005 incorporó dentro de su texto el contenido de la Liquidación 762004-08-105 del 14 de diciembre de 2004, y precisó que es soporte de la misma. En consecuencia, al notificarse la Resolución 0404 del 20 de junio de 2005 se entiende notificada la liquidación aludida.

De otra parte, no se afectó el derecho de defensa, toda vez que la actora interpuso el recurso de reposición contra la Resolución 404 del 20 de junio de 2005, resuelto mediante la Resolución 0981 del 16 de julio de 2008. En consecuencia, tuvo la oportunidad de cuestionar las liquidaciones individuales. No prospera el cargo (negrillas propias).

Como puede verse, en esta oportunidad también hubo un acto definitivo precedido de la liquidación individual –y aunque no hace parte de la cita, también corresponde a un informe de visita realizada al contribuyente, tal y como ocurre en el sub examine– y la Sección Cuarta le dejó en claro al correspondiente actor que la forma de cuestionar tal liquidación era a través del recurso interpuesto contra el acto definitivo, lo cual, sin atisbo de duda, la connotó como acto de trámite, pues constituyó el sustento de este último.

Pues bien, bajo este panorama, la Sala considera que, en el asunto de la referencia, el Tribunal Administrativo del Cesar vulneró el derecho fundamental al debido proceso de M.S. CONSTRUCCIONES S.A., habida cuenta que incurrió en un defecto sustantivo, al darle, en contravía de lo señalado por el artículo 43 del CPACA, el carácter de acto definitivo a la liquidación individual de 21 de noviembre de 2011, a pesar de tratarse de un acto preparatorio dentro del proceso de fiscalización adelantado en su contra por el SENA, el cual debía culminar con un acto administrativo posterior, expedido por la autoridad competente.

Observa la Sala que dicha liquidación fue suscrita por un “funcionario autorizado por el SENA”, lo cual se aviene a lo explicado en precedencia, en torno al trámite que se surte al interior del proceso de fiscalización.

A partir de ella, correspondía al Director Regional de la entidad determinar la existencia de una obligación en favor de la administración y con cargo a M.S. CONSTRUCCIONES S.A.

No obstante, el 9 de febrero de 2012, antes de que ello ocurriera, la sociedad pagó los \$ 53.594.066 (fl. 23 n.r.d.) que le habían sido liquidados por concepto de “...aportes correspondientes a la mano de obra de Don Carmelo, Altos de Ziruma, y Casa Blanca realizadas en la ciudad de Valledupar-Cesar correspondientes a los años 2007, 2008, 2009, 2010 y enero a agosto de 2011” (fl. 24 n.r.d.).

Quiere decir ello que cuando canceló la referida suma no existía acto administrativo definitivo que sobre el particular le impusiera obligación alguna; y es claro que con posterioridad a este evento, dicho acto tampoco se produjo.

5 El siguiente texto es nota al pie de la sentencia que se transcribe: “Se reitera el criterio expuesto por la Sala en sentencia del 3 de abril de 2008, exp. 15199 C.P. Héctor J. Romero Díaz”.

En ese orden de cosas, no es cierto que la empresa tutelante hubiera podido cuestionar la liquidación en vía contenciosa, como equivocadamente lo concluyó el Tribunal Administrativo del Cesar, pues contra ella ni siquiera tuvo la oportunidad de interponer los recursos en sede administrativa, por ser un acto de trámite cuestionable a través del definitivo que, se insiste, nunca se emitió.

Por tal motivo, ésta bien podía solicitar al SENA la devolución de los dineros voluntariamente cancelados antes de la culminación del procedimiento administrativo y a propósito de tal liquidación, si es que consideraba que dicho pago carecía de sustento legal, cosa distinta es que le asistiera o no razón en su reclamo, ya que esto debía resolverlo la entidad pública, como en efecto lo hizo a través de los oficios de 20 de noviembre y 18 de diciembre de 2012, que ciertamente constituyeron los únicos actos administrativos que la sociedad tutelante podía demandar, dadas las particulares circunstancias del caso.

De otro lado, aunque la Sala entiende que el hecho del pago pudo hacer inocua cualquier iniciativa de cobro por parte de la entidad pública en cuestión, brilla por su ausencia un pronunciamiento que formalmente pusiera fin al proceso de fiscalización.

Entonces, mal podría endilgarse a la empresa tutelante una consecuencia adversa por su diligencia e iniciativa en el cumplimiento de sus obligaciones parafiscales; así como tampoco podría privilegiarse a la administración por las falencias y vacíos del trámite mencionado.

Una conclusión contraria –como la que se refleja en el fallo contencioso enjuiciado–, emerge transgresora del derecho fundamental de acceso a la administración de justicia del contribuyente.

De conformidad con lo explicado en precedencia, la Sala amparará los derechos fundamentales al debido proceso y de acceso a la administración de justicia de la empresa accionante y dejará sin efectos la sentencia contenciosa de segunda instancia, para que el Tribunal enjuiciado dicte una nueva, atendiendo las razones consignadas en el presente fallo de tutela.

(...)"

Decisión: AMPARAR los derechos fundamentales al debido proceso y de acceso a la administración de justicia de la empresa M.S. CONSTRUCCIONES S.A.

DEJAR SIN EFECTOS la sentencia de 5 de mayo de 2016, proferida por el Tribunal Administrativo del Cesar dentro del trámite del proceso de nulidad y restablecimiento del derecho radicado con el No. 20001-33-33-006-2013-00211, para que, dentro de los 30 días siguientes a la notificación del presente fallo de tutela, dicte una nueva, de conformidad con las razones expuestas.

(...)

LUCY JEANNETTE BERMÚDEZ BERMÚDEZ
Presidenta

ROCÍO ARAÚJO OÑATE
CARLOS ENRIQUE MORENO RUBIO
ALBERTO YEPES BARREIRO



CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCIÓN QUINTA

Consejero ponente: CARLOS ENRIQUE MORENO RUBIO

Bogotá, D.C., once (11) de febrero de dos mil dieciséis (2016)

Radicación número: 11001-03-15-000-2015-03462-00(AC)

Actor: MUNICIPIO DE MUTATÁ - ANTIOQUIA

Demandado: TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE ANTIOQUIA SALA DE DESCONGESTIÓN

Asunto: Fallo de primera instancia - Tutela contra providencia judicial. Defecto sustantivo por desconocimiento de la norma aplicable. Vulneración del derecho fundamental al debido proceso.

Extracto: “(...) corresponde a la Sala determinar si en el presente caso con la providencia del 24 de septiembre de 2015, proferida por el Tribunal Administrativo de Antioquia – Sala Tercera Oral de Descongestión se vulneró el derecho fundamental al debido proceso del Municipio de Mutatá – Antioquia.

(...) resulta del caso reiterar que esta acción constitucional no puede ser considerada como una “tercera instancia” que se emplee, por ejemplo, para revivir términos, interpretaciones o valoraciones probatorias que son propias del juez natural.

(...) Para comenzar con el estudio de los parámetros esenciales de viabilidad de la tutela cuando se dirige contra providencias judiciales, la Sala encuentra que no se trata de una tutela contra decisión de tutela pues la providencia censurada se profirió en el curso de un proceso iniciado en ejercicio del medio de control de nulidad.

De igual manera, en el presente asunto se cumple con el requisito de inmediatez¹ (...).

(...) en lo referente a la existencia de otro mecanismo de defensa judicial para controvertir las decisiones judiciales que en concepto de la parte actora, vulneraron su derecho fundamental al debido

1 El mencionado requisito exige que la acción de tutela se interponga tan pronto se produce el hecho, acto u omisión al que se le atribuye la vulneración de los derechos fundamentales, o por lo menos dentro de un término prudencial y consecuencial a su ocurrencia, pues el paso prolongado del tiempo, indica que se ha disipado la gravedad de la lesión y la urgencia de la protección deprecada, desvirtuándose así, la inminencia de la afectación. La razón de ser del referido principio, es evitar que este mecanismo constitucional de defensa se utilice como herramienta que subsane la desidia, negligencia o indiferencia de las personas que debieron buscar una protección oportuna de sus derechos y no lo hicieron, o que la misma se convierta en factor de inseguridad jurídica.

proceso, se advierte que el accionante no cuenta con otro medio judicial ordinario ni extraordinario para el efecto, por lo que, en tales condiciones, se procederá a estudiar el fondo del asunto.

(...)

En el sub lite la parte actora consideró que su derecho fundamental al debido proceso fue trasgredido por el Tribunal Administrativo de Antioquia, con ocasión de lo decidido en la providencia del veinticuatro (24) de septiembre de dos mil quince (2015) a través de la cual se revocó la decisión adoptada por el Juzgado Primero Administrativo Oral del Circuito de Turbo – Antioquia, en su lugar declaró la caducidad de la acción y en consecuencia, negó las pretensiones de la demanda.

En concepto del actor con la decisión censurada se desconoce la aplicación del artículo 137 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, donde se advierte que el medio de control de nulidad procede para la revocatoria de actos administrativos de carácter general y de manera excepcional, contra actos de carácter de contenido particular y concreto, cuando no se busca un restablecimiento del derecho subjetivo, medio de control que no tiene término de caducidad y lo que busca es mantener la coherencia del ordenamiento jurídico y el interés general.

En este orden de ideas, se tiene que la acusación del actor se refiere a un defecto sustantivo por desconocimiento de la normativa aplicable.

(...) la determinación del medio de control aplicable al caso en estudio dependerá de si el Municipio de Mutatá perseguía o no un restablecimiento del derecho.

(...) De la lectura de los hechos de la solicitud de tutela y la revisión del expediente en préstamo se tiene que el actor en ejercicio el derecho de acción a través del medio de control de nulidad consagrado en el artículo 137 de la Ley 1437 de 2011, donde solicitó la nulidad de las Resoluciones No. 904 del 21 de diciembre de 2011, “Por medio de la cual se aprueban los estudios de factibilidad sobre las necesidades de prestación del servicio de transporte público automotor individual en vehículos tipo taxi, de acuerdo al Decreto 172 de 2001, en el Municipio de Mutatá Antioquia” y la 905 del 21 de diciembre de 2011, “Por medio de la cual se concede habilitación y se autoriza la prestación del servicio a la Empresa Rápido San Pedro y/o Rápido Mutatá, para operar en la modalidad de transporte terrestre automotor individual de pasajeros en vehículo tipo taxi con radio de acción municipal”.

Revisados los actos administrativos expedidos por el Municipio de Mutatá, se observa que la Resolución No. 904 de 2011, es un acto de contenido general y la Resolución No. 905 de 2011, es de carácter particular y concreto, y al examinar la demanda presentada, se evidencia que el Municipio de Mutatá no solicitó restablecimiento del derecho subjetivo con la declaratoria de nulidad, pues de la demanda interpuesta por el ente territorial se advierte que la intención era proteger el ordenamiento jurídico al considerar que los mismos fueron expedidos incumpliendo los mandatos del Decreto 172 de 2001.

Además de lo anterior, de la lectura de los actos administrativos no se observa que con su nulidad se pudiera producir un restablecimiento automático para el municipio de Mutatá, pues la Resolución no. 904 del 21 de 2011, aprueba los estudios de factibilidad sobre las necesidades de prestación del servicio de transporte público automotor individual en vehículos tipo taxi de acuerdo al Decreto 172 de 2001, en el municipio y la Resolución no. 905 del 21 de diciembre de 2011, concede una autorización para que dicho servicio sea prestado por la empresa Rápido San Pedro S.A. y/o Rápido Mutatá.

En virtud de lo expuesto, es claro que el municipio de Mutatá podía acudir a la Jurisdicción Contencioso Administrativa para obtener la nulidad de las Resoluciones No. 904 y 905 de 2011, a través del medio de control de simple nulidad, pues este medio de control procede contra actos de carácter general y, excepcionalmente, contra actos de carácter particular, entre otros casos, cuando con la demanda no se persiga un restablecimiento de algún derecho o este no se genere automáticamente con la sentencia que declare la nulidad.

Teniendo en cuenta lo anterior, el medio de control utilizado por el municipio de Mutatá y adelantado por el Juez Primero Administrativo de Turbo – Antioquia era el aplicable para obtener la nulidad de las Resoluciones No. 904 y 905 de 2011, medio de control que para su interposición la Ley no contempla un término de caducidad, y en consecuencia, la Sala considera que el Tribunal Administrativo de Antioquia – Sala Tercera Oral de Descongestión, aplicó indebidamente el artículo 138 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo al proferir la sentencia del 24 de septiembre de 2015 (...).

(...) Conforme a lo expuesto al encontrar acreditada la indebida aplicación del artículo 138 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo al caso en estudio, lo que lleva consigo una afectación al derecho fundamental del debido proceso del municipio de Mutatá, la Sala amparará el derecho mencionado y en consecuencia se ordenará al Tribunal Administrativo de Antioquia – Sala Tercera Oral de Descongestión proferir un nuevo fallo resolviendo de fondo los argumentos expuestos por la Sociedad Rápido San Pedro S.A., quien interpuso recurso de apelación contra la decisión adoptada por el Juzgado Primero Administrativo Oral de Turbo - Antioquia. (...).

Decisión: “Ampárase el derecho fundamental al debido proceso del Municipio de Mutatá, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de la presente providencia, y en consecuencia, ordénase al Tribunal Administrativo de Antioquia – Sala Tercera Oral de Descongestión proferir un nuevo fallo resolviendo de fondo los argumentos expuestos por la Sociedad Rápido San Pedro S.A., quien interpuso recurso de apelación contra la decisión adoptada por el Juzgado Primero Administrativo Oral de Turbo - Antioquia.

Notifíquese a las partes y a los intervinientes en la forma prevista en el artículo 30 del Decreto 2591 de 1991.

Si no fuere impugnada esta decisión dentro de los tres (3) días siguientes a su notificación, remítase el expediente a la Corte Constitucional para su eventual revisión, al día siguiente de su ejecutoria y devuélvase el expediente número 05837-33-33-001-2013-00409-01 que fue remitido en préstamo a esta Corporación al Despacho de origen”.

LUCY JEANNETTE BERMÚDEZ BERMÚDEZ
Presidenta

ROCÍO ARAÚJO OÑATE
CARLOS ENRIQUE MORENO RUBIO
ALBERTO YEPES BARREIRO

CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCIÓN QUINTA

Consejero ponente: CARLOS ENRIQUE MORENO RUBIO

Bogotá, D.C., diez (10) de marzo de dos mil dieciséis (2016)

Radicación número: 11001-03-15-000-2015-01181-01(AC)

Actor: ARMANDO ARÉVALO VARELA

Demandado: TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DEL META Y OTRO

Asunto: Fallo de segunda instancia - Pensión gracia. No se encuentra incongruencia alguna o desconocimiento al artículo 1º de la ley 91 de 1989 por parte de la sentencia del a quo.

Extracto: “(...) corresponde a la Sala determinar si hay lugar a confirmar, revocar o modificar la sentencia de primera instancia proferida por la Sección Cuarta del Consejo de Estado (...).

(...) esta norma [artículo 15 Ley 91 de 1989] establece el derecho a percibir la pensión de gracia a los docentes que se hubiesen vinculado a la docencia hasta el 31 de diciembre de 1980 **con la condición de que cumplan todos los requisitos señalados en las leyes 114 de 1913, 116 de 1928, 37 de 1933 y demás normas que las hubieran desarrollado o modificado, de manera que los docentes que se vinculen con posterioridad a la mencionada fecha, es decir, 1º de enero de 1981, no tienen derecho a que se le reconozca esta pensión.**

(...) Ahora bien frente al requisito consistente en que no haya recibido ni reciba actualmente otra pensión o recompensa de carácter nacional, la Corte Constitucional en sentencia C-479 de 1998¹ lo declaró exequible (...).

(...) debe tenerse en cuenta que la Sección Cuarta de esta Corporación al resolver la primera instancia², consideró que si bien el nombramiento que le hizo el municipio de Guamal (Meta) fue de carácter municipal, por la cofinanciación entre el Ministerio de Educación Nacional y ese municipio, los salarios que le pagaban tenían origen en el Sistema General de Participaciones, es decir eran recursos del orden nacional, razón por la cual negó la acción de tutela y dejó en firme el fallo del Tribunal del Meta.

(...) en el fallo del Tribunal Administrativo del Meta³ se consideró que si bien el demandante fue nombrado por el alcalde de Guamal (Meta) para desempeñarse como docente de primaria en la escuela rural Nicolás de Federman que funcionaba en el mismo municipio, siendo por tanto su vinculación de tipo municipal, ello no es óbice para afirmar que cumple todos los requisitos consagrados en la ley 114 de 1913 para hacerse acreedor a la pensión de gracia, ya que, según el juez de instancia, **estaría inmerso en la prohibición de no recibir ni haber recibido recompensa de carácter nacional.**

(...) En este contexto, el estudiar las razones expuestas por el Consejo de Estado en el fallo de primera instancia de esta tutela, se encuentra que se llegó a la conclusión que el tutelante no tenía derecho a la pensión de gracia por haber sido remunerado con dineros que provenían en parte de la Nación, y no por haberse desconocido que la vinculación la había realizado el municipio, tal como lo explicó el Tribunal del Meta.

(...) En este orden de ideas, no se encuentra incongruencia alguna o desconocimiento al artículo 1º de la ley 91 de 1989 por parte de la sentencia del a quo, ya que si bien esta norma hace la distinción de los docentes nacionales, nacionalizados y territoriales, lo cierto es que contrario a lo afirmado por

1 M.P. Carlos Gaviria Díaz

2 En sentencia de 16 de diciembre de 2015

3 Sentencia de 27 de enero de 2015

el apoderado del tutelante⁴, no establece que la pensión de gracia se deba reconocer a los docentes nacionalizados o territoriales.

(...) De manera concreta se alegó por el tutelante que en la sentencia SU-559 de 1997 se establece la necesidad de darle a los educadores igualdad de condiciones, sin importar si son nacionales, nacionalizados o territoriales, y sin importar si la fuente de financiación se origina con recursos propios de cada entidad territorial o proviene de la Nación.

Al respecto, esta Sección no halla acreditados los requisitos para que se pueda amparar el derecho a la igualdad, puesto que en primer lugar la Corte Constitucional en la sentencia SU-559 de 1997 resolvió el problema jurídico consistente en establecer si unos alcaldes vulneraron los derechos fundamentales de los docentes a su servicio, por haber omitido su afiliación a un fondo de prestaciones sociales, estudio que no es referente a la pensión de gracia de los docentes.

(...) Además se reitera que en este caso se negó el reconocimiento a la pensión de gracia por haber recibido salarios cofinanciados por la Nación durante el tiempo de prestación de servicios en Guamal, de manera que no se discute si su nombramiento tiene carácter territorial o nacionalizado, argumento que pareciera de los apartes transcritos de las sentencias, fue el aspecto estudiado por esas Corporaciones. (...)”

Así las cosas, la Sala confirmará la sentencia de 16 de diciembre de 2015 proferida por el Consejo de Estado, Sección Cuarta, que negó el amparo deprecado, por las razones aquí explicadas.

Decisión: “Confírmase la sentencia de 16 de diciembre de 2015 del Consejo de Estado, Sección Cuarta, por las razones aquí expuestas en esta providencia.

Notifíquese a las partes en la forma prevista en el artículo 30 del Decreto 2591 de 1991.

Dentro de los diez (10) días siguientes a la ejecutoria de esta providencia, remítase el expediente a la Corte Constitucional para su eventual revisión, y envíese copia de la misma al Despacho de origen. (...)”

LUCY JEANNETTE BERMÚDEZ BERMÚDEZ
Presidenta

ROCÍO ARAÚJO OÑATE
CARLOS ENRIQUE MORENO RUBIO
ALBERTO YEPES BARREIRO

⁴ Folio 390 del cuaderno de apelación, en donde el apoderado de la parte demandante sostuvo: “(...) al igual que en su artículo 1º mediante los cuales se precisa que la pensión de gracia debe ser reconocida a los docentes nacionalizados o territoriales más no a los nacionales, valga decir de conformidad con el Artículo 1º de la precitada ley”

CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCIÓN QUINTA

Consejero ponente: CARLOS ENRIQUE MORENO RUBIO

Bogotá, D.C., diecisiete (17) de marzo de dos mil dieciséis (2016)

Radicación número: 11001-03-15-000-2014-03668-01(AC)

Actor: CEETTV S.A

Demandado: CONSEJO DE ESTADO, SECCIÓN TERCERA, SUBSECCIÓN B

Asunto: Fallo de segunda instancia - Desconocimiento del derecho fundamental al debido proceso y de acceso a la administración de justicia.

Extracto: “(...) corresponde a la Sala determinar si revoca, confirma o modifica la decisión constitucional de primera instancia, proferida por la Sección Cuarta de esta Corporación.

(...) comoquiera que la primera instancia ya analizó los requisitos de procedibilidad adjetiva, y en consideración a que ello no fue materia de impugnación, corresponderá adentrarse en la materia objeto del amparo, a partir de los argumentos expuestos en la correspondiente impugnación.

(...)

2.4 Reglas del recurso de anulación contra laudos arbitrales.

Esta Corporación en reiterada jurisprudencia¹ en relación con el recurso de anulación de laudos arbitrales ha fijado las siguientes reglas:

- i) El recurso de anulación de laudos arbitrales, es de carácter excepcional, restrictivo y extraordinario, sin que constituya una instancia más dentro del correspondiente proceso.
- ii) El recurso tiene como finalidad controvertir la decisión contenida en el laudo arbitral por errores in procedendo (por violación de leyes procesales), que comprometen la ritualidad de las actuaciones, por quebrantar normas reguladoras de la actividad procesal, desviar el juicio o vulnerar las garantías del derecho de defensa y del debido proceso, pero a través de él, no puede pretenderse atacar el laudo por cuestiones de mérito o de fondo, errores in iudicando (violación de leyes sustantivas), es decir, para examinar si el Tribunal de Arbitramento obró o no conforme al derecho sustancial (falta de aplicación de la ley sustantiva, indebida aplicación o aplicación errónea), ni tampoco para revivir un nuevo debate probatorio o considerar si hubo o no un vicio en la valoración de las pruebas o en las conclusiones a las cuales arribó el correspondiente Tribunal, puesto que el juez de anulación no constituye superior jerárquico del Tribunal de Arbitramento (...).
- iii) Excepcionalmente, el juez de anulación podrá corregir o adicionar el laudo en aquellos eventos en que prospera la causal de incongruencia, por no haberse decidido la totalidad de los asuntos sometidos al conocimiento de los árbitros o por haberse pronunciado sobre aspectos que no estuvieron sujetos a la decisión de los mismos o por haberse concedido más de lo pedido, de conformidad con las causales previstas en los numerales 4º y 5º, del artículo 72, de la Ley 80 de 1993.

1 Entre otras, ver los siguientes fallos de la Sección Tercera del Consejo de Estado Exp.32398; de 4 de diciembre de 2006, exp. 32871; de 26 de marzo de 2008, exp. 34071; de 13 de agosto de 2008, exp. 34594.

- iv) *Los poderes del juez del recurso de anulación están restringidos por el denominado “principio dispositivo”, el cual le impone limitarse exclusivamente a lo solicitado por el recurrente en la formulación y sustentación del recurso, el objeto que con él se persigue y ello, obviamente, dentro de las precisas y taxativas causales que la ley consagra²; en consecuencia, no le es permitido al juez de anulación interpretar lo expresado por el recurrente para entender o deducir la causal invocada y menos aún pronunciarse sobre aspectos no contenidos en la formulación y sustentación del correspondiente recurso de anulación.³*
- v) *El recurso de anulación procede contra laudos arbitrales debidamente ejecutoriados, como excepción al principio de intangibilidad de las sentencias en firme; “tal excepcionalidad es pues, a la vez, fundamento y límite de los poderes del juez de la anulación, para enmarcar rigidamente el susodicho recurso extraordinario dentro del concepto de los eminentemente rogados.”⁴*
- vi) *eniendo en cuenta el carácter restrictivo que identifica el recurso de anulación, su procedencia está condicionada a que se determinen y sustenten, debidamente, las causales que de manera taxativa se encuentran consagradas por la ley para ese efecto; por lo tanto, el juez de la anulación debe rechazar de plano el recurso cuando las causales que se invoquen o propongan no correspondan a alguna de las señaladas en la ley (Artículos 128 de la ley 446 de 1998 y 164 del Decreto 1818 de 1998)⁵.*

Así mismo, el juez de la anulación tiene competencia para declarar la nulidad absoluta de la cláusula compromisoria siempre que la nulidad aparezca probada y en el recurso intervengan las partes contratantes⁶ (...).

(...) En el presente caso, la sociedad impugnante, en términos generales, insiste en las razones que dieron lugar a la interposición de la presente acción de tutela (...).

(...) Sobre la competencia para examinar la validez de la cláusula 8ª del otro sí No. 4º del contrato de concesión 167 de 1998

(...) Esta Sala no comparte este estudio hecho por la Sección Tercera puesto que debe tenerse en cuenta que el tribunal arbitral en el laudo de 3 de abril de 2013, hizo la siguiente consideración:

“1. Pretensión primera de la demanda.

En la pretensión primera principal general de su demanda la parte demandante solicitó que se declare “que el valor de la prórroga de la Concesión está regulado por la Cláusula

2 “Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia de 15 de mayo de 1992, Exp. 5326; en el mismo sentido pueden consultarse las sentencias de 4 de agosto de 1994, Exp. 6550 y de 16 de junio de 1994, Exp. 6751.”

3 “Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de 4 de diciembre de 2006, Exp. 32871.”

4 “Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia de 15 de mayo de 1992, Exp. 5326.”

5 Sentencia del 17 de marzo de 2010. Radicación número: 11001-03-26-000-2009-00045-00(36838).

6 Esta Corporación también ha sido enfática en señalar que el juez de la anulación **“bien puede abordar el estudio de la legalidad de la cláusula compromisoria** y declarar incluso, de oficio, la nulidad absoluta del pacto arbitral, siempre que la nulidad aparezca probada y en el recurso intervengan las partes contratantes o sus causahabientes”.

En concreto, se ha dicho que (...) el pacto arbitral es un contrato que, además, tendrá carácter estatal cuando se trate de un compromiso y en él se obligue una entidad pública, o cuando se trate de una cláusula compromisoria pactada al interior de un contrato del Estado. De otra parte, es claro que el **juez administrativo puede y debe declarar la nulidad absoluta del mismo**, si se reúnen las exigencias legales. En efecto, el inciso 3º del artículo 87 del C.C.A., modificado por el artículo 32 de la ley 446 de 1998, impone al Juez Administrativo la obligación de declarar de oficio la nulidad absoluta del contrato, siempre que esté plenamente probada en el proceso y que en el mismo intervengan las partes contratantes o sus causahabientes.

8 del texto integrado del Contrato de Concesión cuyo precio base y reglas fijadas para la determinación del valor de ajuste (VDA), así como el precio final, obligan y vinculan a las partes de acuerdo con el pacto contractual celebrado entre ellas y con la ejecución que ellas mismas han hecho de la prórroga. (...)

Por otro lado está acreditado en el expediente que las partes celebraron el Otrosí No. 4 del Contrato de Concesión No. 167 de 1998 en cuya cláusula octava se estipuló: (...)

Ahora bien, en ninguna de las partes ha cuestionado la validez de dicha estipulación contractual ni su obligatoriedad. Así mismo el Tribunal no encuentra ninguna razón que afecte su validez o eficacia. Por lo anterior se accederá a la pretensión primera de la demanda.” (Negrillas fuera del texto original)

(...) se tiene que el tribunal arbitral sí se pronunció sobre la legalidad de la cláusula octava. (...) si bien no hizo un estudio extenso, lo cierto es que sostuvo “El Tribunal no encuentra ninguna razón que afecte su validez o eficacia”⁷, con lo cual es claro que al mencionar que no encontró afectada su validez, es porque la cláusula en su parecer estaba acorde con el ordenamiento jurídico, razón por la cual no podía la Sección Tercera del Consejo de Estado entrar a hacer dicho estudio, puesto que, se reitera, el Tribunal arbitral sí hizo el estudio correspondiente.

2) Adujo que el juez extraordinario deberá declarar la nulidad absoluta de las disposiciones contractuales abiertamente contrarias al ordenamiento superior; cuando quiera que encuentre que las disposiciones que le corresponde interpretar y hacer prevalecer, no pueden ser tenidas como marco para la decisión en cuanto deben ser expulsadas del ordenamiento jurídico.

En este orden de ideas, fue tajante en sostener que ni siquiera el acuerdo de las partes restringe la potestad del juez de la anulación para estudiar esa clase de cuestiones. (...).

*(...) la Sección Tercera explicó en la providencia cuestionada que a pesar de actuar como juez extraordinario, al resolver el recurso de anulación, podía entrar a estudiar de oficio la nulidad absoluta de cualquier cláusula del contrato, pero dicha facultad está limitada a los casos en los que las disposiciones contractuales sean **abiertamente contrarias al ordenamiento superior**⁸, en este mismo sentido el magistrado Danilo Rojas en el salvamento de voto sostuvo:*

*“(...) Y si bien es cierto que el juez del recurso de anulación bien puede declarar de oficio la nulidad absoluta total o parcial del contrato objeto de la controversia que se decidió mediante laudo arbitral impugnado, también lo es que, de acuerdo con lo establecido en el artículo 2º de la Ley 50 de 1936, que subrogó el artículo 1742 del C.C., -norma que atribuye dicha facultad al juez en general-, la misma solo surge cuando la nulidad absoluta **“aparezca de manifiesto en el acto o contrato.***

*A su vez, el artículo 87 del CCA – Decreto 01 de 1984, modificado por el artículo 32 de la Ley 446 de 1998-, dispone que el juez administrativo queda facultado para declarar de oficio la nulidad absoluta del contrato **“cuando esté plenamente demostrada en el proceso”** requisito que, a mi parecer, en el presente caso no se configura.” (Negrillas fuera del texto original)*

Así las cosas es claro que el juez extraordinario puede de oficio declarar la nulidad del pacto arbitral; así mismo puede declarar la nulidad total o parcial del contrato o de alguna de sus cláusulas cuando haya sido alegada por las partes y no hubiera sido objeto de pronunciamiento por parte del tribunal Arbitral, y sea manifiesta o abiertamente contraria al ordenamiento superior o cuando esté plenamente demostrada en el proceso, o cuando a pesar de haber sido resuelta por el tribunal arbitral, las partes consideren que se incurrió en error in procedendo y lo aleguen vía recurso de anulación.

7 Folio 33 del cuaderno del recurso de anulación.

8 Folio 258 del cuaderno del recurso de anulación

En este asunto, para esta Sección, la estipulación contenida en la cláusula 8ª del Otrosí No. 4, no es abierta o manifiestamente contraria al ordenamiento superior y no estaba plenamente demostrada en el proceso, pues tal como se explicó en la providencia acusada, con antelación se profirieron dos laudos en los casos de RCN Televisión y Caracol Televisión⁹, en los cuales sobre la función de fijar la tarifa y la intervención de un tercero los respectivos Tribunales Arbitrales sostuvieron que: (i) sin importar los medios e indicaciones que se hubieran utilizado para fijar el precio, esa era una responsabilidad atribuida por la ley a la Comisión Nacional de Televisión, y si en el ejercicio de esa facultad dispuso unos medios, procedimientos verificaciones y su interlocución con el concesionario, a ello debía atenderse, y (ii) si bien la Comisión Nacional de Televisión tenía la facultad legal para imponer la tarifa por concesión, debía estarse a lo que ella convino sobre la delegación a un tercero de esa facultad¹⁰.

(...) al no ser abierta o manifiesta la ilegalidad de la cláusula 8ª del otrosí No. 4, puesto que la interpretación de la cláusula da lugar a una discusión sobre su legalidad, es claro que este requisito tampoco se cumplió.

Por lo expuesto, para esta Sala... la Sección Tercera no tenía la competencia para declarar la nulidad absoluta de la cláusula octava del otrosí No. 4, por carecer de competencia para ello.

Por lo anterior, se revocará el fallo de primera instancia, de 26 de noviembre de 2015 proferido por la Sección Cuarta de esta Corporación y en su lugar se dejará sin efectos la providencia de 29 de mayo de 2015 proferida por la Sección Tercera Subsección B del Consejo de Estado, para que en su lugar profiera una nueva sentencia en la que estudie cada uno de los cargos del recurso de anulación propuestos por la Comisión Nacional de Televisión (hoy Autoridad Nacional de Televisión) contra el laudo arbitral proferido el 3 de abril de 2013”.

Decisión: “Revócase la sentencia del 26 de noviembre de 2015 de la Sección Cuarta del Consejo de Estado, y en su lugar ampárase el derecho fundamental al debido proceso de la CEETTV S.A. Como consecuencia de lo anterior, déjese sin efectos la providencia de 29 de mayo de 2014 proferida por la Sección Tercera Subsección B del Consejo de Estado, expediente número 110010326000201300053000.

Ordénase a la Sección Tercera Subsección B del Consejo de Estado que profiera una nueva sentencia, en la cual estudie el recurso de anulación presentado por la Comisión Nacional de Televisión (hoy Autoridad Nacional de Televisión) contra el laudo arbitral proferido el 3 de abril de 2013, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

Notifíquese a las partes en la forma prevista en el artículo 30 del Decreto 2591 de 1991.

Dentro de los diez (10) días siguientes a la ejecutoria de esta providencia, remítase el expediente a la Corte Constitucional para su eventual revisión, y envíese copia de la misma al Despacho de origen. (...)”

LUCY JEANNETTE BERMÚDEZ BERMÚDEZ
Presidenta

ROCÍO ARAÚJO OÑATE
CARLOS ENRIQUE MORENO RUBIO
ALBERTO YEPES BARREIRO

9 Sentencias de 11 de julio de 2013, de la Subsección C y sentencia de 29 de agosto de 2013.

10 Folio 261 cuaderno de anulación

CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCIÓN QUINTA

Consejero ponente: CARLOS ENRIQUE MORENO RUBIO

Bogotá, D.C., cinco (5) de mayo de dos mil dieciséis (2016)

Radicación número: 11001-03-15-000-2015-02646-01(AC)

Actor: P & J LTDA. EN LIQUIDACIÓN

Demandado: CONSEJO DE ESTADO, SECCIÓN TERCERA, SUBSECCIÓN C

Asunto: Fallo de segunda instancia - Tutela contra providencia judicial. Improcedencia. No se configuró el defecto procedimental absoluto alegado por la sociedad actora.

Extracto:“(…) Corresponde a la Sala determinar si hay lugar a revocar, confirmar o modificar el fallo proferido por la Sección Cuarta del Consejo de Estado en febrero veinticinco (25) de dos mil dieciséis (2016).

Para el efecto, habrá de estudiarse, en primer término, la procedencia de la presente acción de tutela ante la posible existencia de otros medios de defensa judicial; y, en caso de superarse dicho presupuesto, si se lesionaron los derechos fundamentales invocados por la sociedad accionante, con ocasión de la decisión inhibitoria proferida por la Subsección C de la Sección Tercera del Consejo de Estado.

(…) resalta la Sala que en los casos en que se interpone la tutela contra providencias judiciales no es posible su ejercicio como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable, sencillamente porque la parte demandante ya no tiene a su alcance otro medio de defensa judicial.

(…) Descendiendo al caso concreto¹, se advierte que la sociedad actora consideró que la sentencia inhibitoria proferida por la parte demandada adolece de un defecto procedimental absoluto, puesto que el “...H. Consejo de Estado dejó de aplicar las disposiciones consagradas en los artículos 37 (Num. 1 y 4), 140 (Num. 9) y 145 del Código de Procedimiento Civil y ello lo condujo a proferir una improcedente sentencia inhibitoria”².

1 Al respecto resulta del caso precisar que la normatividad vigente al momento de los hechos eran los Código Contencioso Administrativo y el Código de Procedimiento Civil, en consonancia con lo estipulado en el artículo 308 de la ley 1437 de 2011.

2 Folio 10 del cuaderno 1. Para efectos del análisis del caso concreto, la Sala reseña las normas presuntamente desconocidas por la sociedad demandada, en su orden, así:

“ARTÍCULO 37. DEBERES DEL JUEZ. <Artículo derogado por el literal c) del artículo 626 de la Ley 1564 de 2012. Rige a partir del 1o. de enero de 2014, en forma gradual, en los términos del numeral 6) del artículo 627> <Artículo modificado por el artículo 1, numeral 13 del Decreto 2282 de 1989. El nuevo texto es el siguiente:> Son deberes del juez:

Dirigir el proceso, velar por su rápida solución, adoptar las medidas conducentes para impedir la paralización y procurar la mayor economía procesal, so pena de incurrir en responsabilidad por las demoras que ocurran...

4. Emplear los poderes que este Código le concede en materia de pruebas, siempre que lo considere conveniente para verificar los hechos alegados por las partes y evitar nulidades y providencias inhibitorias.”

“ARTÍCULO 140. CAUSALES DE NULIDAD. <Artículo derogado por el literal c) del artículo 626 de la Ley 1564 de 2012. Rige a partir del 1o. de enero de 2014, en forma gradual, en los términos del numeral 6) del artículo 627> <Artículo modificado por el artículo 1, numeral 80 del Decreto 2282 de 1989. El nuevo texto es el siguiente:> El proceso es nulo en todo o en parte, solamente en los siguientes casos:

9. Cuando no se practica en legal forma la notificación a personas determinadas, o el emplazamiento de las demás personas aunque sean indeterminadas, que deban ser citadas como partes, o de aquellas que deban suceder en el proceso a cualquiera de las partes, cuando la ley así lo ordena, o no se cita en debida forma al Ministerio Público en los casos de ley.”

“ARTÍCULO 145. DECLARACION OFICIOSA DE LA NULIDAD. <Artículo derogado por el literal c) del artículo 626 de la Ley 1564 de 2012. Rige a partir del 1o. de enero de 2014, en forma gradual, en los términos del numeral 6) del artículo 627> <Artículo modificado por el artículo 1, numeral 85 del Decreto 2282 de 1989. El nuevo texto es el siguiente:> En cualquier estado del proceso antes de dictar sentencia, el juez deberá declarar de oficio las nulidades insaneables que

Al respecto, se precisa que dicho defecto hace alusión al que se origina cuando el juez actúa completamente al margen del procedimiento establecido³.

La solicitud de amparo se dirige a cuestionar la conducta adoptada por la accionada, quien, en lugar de sanear el vicio de nulidad que afectaba el proceso desde su inicio y ordenarle al juez natural de primera instancia la integración del litisconsorcio necesario por activa, decidió abstenerse de analizar el fondo de la controversia contractual planteada.

No obstante, el juez constitucional de primera instancia consideró que la acción de tutela incoada por la sociedad accionante era improcedente, ante la existencia de otro mecanismo de defensa judicial, idóneo y eficaz, como lo es el recurso extraordinario de revisión con fundamento en la causal denominada “nulidad originada en la sentencia que puso fin al proceso y contra la que no procede el recurso de apelación”⁴.

(...) la sociedad accionante con la impugnación, adujo que la providencia impugnada no se ajustaba a los hechos y antecedentes que motivaron la presentación de la acción de tutela, pues, hace uso de un argumento contradictorio al indicar que los hechos que configuran la causal de revisión consagrada en el numeral 6° del artículo 188 del Código Contencioso Administrativo son los previstos como causales de nulidad procesal en el artículo 140 del Código Procedimiento Civil.

Sostuvo adicionalmente que la nulidad que alega por la falta de integración del litisconsorcio necesario, es una nulidad procesal distinta a las que alude el numeral 6° del artículo 188 ibídem.

A su vez, indicó que el fallador de primera instancia incurrió en error con respecto del ejercicio de la acción de tutela, ya que no tuvo en cuenta el perjuicio irremediable que le ocasionó la decisión inhibitoria, ya que luego de dieciséis (16) años de incoar la única acción para hacer efectivo su derecho de crédito, la accionada no profirió una decisión de fondo que resolviera sus pretensiones, sino que por el contrario, no hizo uso de su atribución judicial para evitar sentencias inhibitorias.

(...) en lo atinente a la procedencia del recurso extraordinario de revisión cuando la existe nulidad originada en la sentencia que puso fin al proceso y contra la que no procede recurso de apelación, el reiterado derrotero jurisprudencial⁵ ha sido claro en establecer que pueden existir otros motivos no contemplados en los estatutos procesales como causales de nulidad, como es el caso de la violación al debido proceso constitucional en la sentencia, contemplado en el artículo 29 superior.

Adicionalmente, debe recordarse que las nulidades procesales no pueden confundirse con las que se originan en la sentencia, pues mientras aquellas se configuran por las causales previstas en el artículo 140 del Código de Procedimiento Civil, éstas, deben interpretarse restrictivamente bajo unos determinados supuestos fácticos que esta Corporación ha precisado y que conducen a determinar que la nulidad originada en la sentencia puede ocurrir.

(...) no puede afirmarse de manera categórica que los hechos que configuran la causal de revisión prevista en el numeral 6° del artículo 188 del Código Contencioso Administrativo, son los que están consagrados como motivos de nulidades procesales en el artículo 140 del Código de Procedimiento Civil, pues, la sentencia que pone fin al proceso puede encontrarse viciada por hechos que no se encuentran

observe. Si la nulidad fuere saneable ordenará ponerla en conocimiento de la parte afectada por auto que se le notificará como se indica en los numerales 1. y 2. del artículo 320. Si dentro de los tres días siguientes al de notificación dicha parte no alega la nulidad, ésta quedará saneada y el proceso continuará su curso; en caso contrario, el juez la declarará.”

3 Sentencia C - 590 de 2005 de la Corte Constitucional.

4 Folio 256 del cuaderno 1.

5 Consejo de Estado. Sala Plena de lo Contencioso Administrativo. Sala Veintidós Especial de Decisión. Consejero ponente: Alberto Yepes Barreiro. Bogotá D.C., dos (2) de febrero de dos mil dieciséis (2016). Radicación número: 11001-03-15-000-2015-02342-00. Actor: Luis Ángel Torres Gómez.

configurados como causal de nulidad procesal, por ejemplo, las que surgen de la vulneración del artículo 29 constitucional.

(...) Corolario de lo anterior, los cuestionamientos planteados por la sociedad accionante giran en torno a la causal de nulidad prevista en el numeral 9° del artículo 140 ibídem, esto es, a la falta de integración del litisconsorcio necesario, la cual se configuró de forma previa a la expedición de la sentencia inhibitoria controvertida, por lo que resultan desacertados los argumentos esgrimidos por el a quo, al indicar que dicha falencia da curso al recurso extraordinario de revisión.

(...) No se trata de una nulidad que se origine en sentencia que le puso fin al proceso y contra la cual no procede el recurso de apelación, sino que en virtud de las normas en cita es un defecto procesal que se presenta en etapas antecedentes a la misma.

Por lo expuesto, la Sala advierte que los reproches formulados por el tutelante no tienen identidad con la causal precitada, razón por la cual, los argumentos planteados por el a quo frente a la improcedencia de la presente acción de tutela, se consideran desacertados.

(...) Del análisis de la solicitud de amparo, la Sala encuentra que tampoco se configura alguna otra causal que permita la procedencia del recurso extraordinario de revisión, ni el de unificación de jurisprudencia.

Asimismo, la decisión acusada en el presente caso corresponde a la sentencia de segunda instancia proferida dentro del proceso de controversias contractuales, por lo que no existe otro mecanismo de defensa judicial ordinario para controvertirlas.

Además, se cumple el requisito de que no se trate de tutela contra tutela, lo anterior porque a través de esta acción constitucional se están atacando una decisión dictada dentro de un proceso de controversias contractuales.

En lo que respecta al parámetro de la inmediatez, la Sala encuentra que se cumple (...).

(...) La sociedad accionante pretende cuestionar de forma infructuosa la sentencia inhibitoria partiendo de una interpretación sesgada de los argumentos expuestos por la parte demandada.

En efecto, sostuvo la actora que dicha providencia adolece de un defecto procedimental absoluto, por cuanto, la autoridad demandada actuó completamente al margen del procedimiento establecido, ya que en lugar de hacer uso de sus facultades oficiosas para el saneamiento de la nulidad procesal advertida y ordenarle a juez de primera instancia, que integrara el litisconsorcio necesario por activa, se abstuvo de emitir pronunciamiento de fondo.

(...) Al respecto se precisa que la accionada en la sentencia controvertida realizó el estudio del caso concreto con la finalidad de determinar “...si las pretensiones fueron debidamente encauzadas para satisfacer sus intereses”⁶.

Por lo que previo a considerar que la acción procedente para reclamar el pago derivado de una cesión de crédito es la acción de nulidad y restablecimiento del derecho y no la contractual, la accionada se refirió a la falta de legitimación en la causa por activa de la sociedad demandante dentro del proceso contractual.

(...) considera la Sala, que las motivaciones esgrimidas por la accionada en la sentencia controvertida, deben analizarse de forma integral y no de forma soslayada, tal como lo pretende la sociedad accionante.

En efecto, la decisión inhibitoria controvertida no obedeció a la falta de integración del litisconsorcio necesario por activa, sino que ésta tuvo su fundamento en la indebida escogencia de la acción, puesto que las pretensiones del proceso contractual interpuesta por la sociedad accionante – en calidad de cesionaria de un crédito - nunca se dirigieron a la nulidad absoluta del contrato 764 de 1992⁷, sino a la declaratoria de su incumplimiento y de las situaciones imprevistas que alteraron el equilibrio económico del mismo.

(...)

Por lo anterior, resulta acertada la decisión de la parte demandada, al abstenerse de emitir un pronunciamiento de fondo frente a la cuestión contractual planteada, pues, si bien consideró ajustada la decisión del juez natural de primera instancia, la causa de la inhibición obedeció a la indebida escogencia de la acción, razón por la cual, procedió a modificar la sentencia de primera instancia.

(...) Corolario de lo anterior, se confirmará la decisión impugnada en el sentido de negar el amparo solicitado, en el entendido que dicha negación implica el estudio de fondo sobre la presunta vulneración de los derechos fundamentales y no, como lo expuso el a quo, la improcedencia de la acción de tutela presentada. (...).

Decisión: “Confirmase la sentencia de febrero veinticinco (25) de dos mil dieciséis (2016), proferida por la Sección Cuarta del Consejo de Estado, pero por las razones anotadas en precedencia.

Notifíquese a las partes en la forma prevista en el artículo 30 del decreto 2591 de 1991.

Dentro de los diez (10) días siguientes a la ejecutoria de esta providencia, remítase el expediente a la Corte Constitucional para su eventual revisión, y envíese copia de la misma al despacho de origen.

Ejecutoriada esta providencia, por Secretaría, devuélvase el expediente número 250002326000200000114 que fue remitido en préstamo al despacho de origen. (...)

LUCY JEANNETTE BERMÚDEZ BERMÚDEZ
Presidenta

ROCÍO ARAÚJO OÑATE
CARLOS ENRIQUE MORENO RUBIO
ALBERTO YEPES BARREIRO

⁷ Contrato suscrito entre el Fondo de Inmuebles Nacionales y el Consorcio Luis Eduardo Calderón García – Construcciones Domus Ltda., el día 17 de noviembre de 1992.

CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCIÓN QUINTA

Consejero ponente: CARLOS ENRIQUE MORENO RUBIO

Bogotá, D.C., diecinueve (19) de mayo de dos mil dieciséis (2016)

Radicación número: 76001-23-33-000-2016-00356-01(AC)

Actor: LUZ MAR OBANDO, EN REPRESENTACIÓN DE SU HIJA MENOR

Demandado: NACIÓN, MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL Y OTRO

Asunto: Fallo de segunda instancia - Confirmó amparo del derecho fundamental a la educación de menor en situación de discapacidad.

Extracto: “(...) corresponde a la Sala determinar si hay lugar a confirmar, revocar o modificar la decisión de amparar el derecho a la educación de acá en adelante de la menor EAC¹, adoptada en primera instancia por el Tribunal Administrativo del Valle del Cauca en el asunto de la referencia, con base en los argumentos esgrimidos en la impugnación.

Para el efecto, habrá de determinarse si con la actuación de la Secretaría Educación de Santiago de Cali se desconoce el derecho a la educación de la accionante, por cuanto dicha entidad se niega a prestar el servicio alimentario que requiere para garantizar su acceso y permanencia a la institución educativa a la que asiste, o si por el contrario, la negativa de la accionada se justifica legal y contractualmente bajo el amparo de la legalidad del gasto y destinación específica de los recursos del Programa de Alimentación Escolar, como una política pública del gobierno nacional que se encuentra plenamente reglada.

(...) según se tiene, lo pretendido en este evento por la madre, es que se ordene a las entidades demandadas brindarle los desayunos escolares a su hija como se venían suministrando hasta el año pasado, e igualmente se garantice la prestación del servicio de transporte especial, de acuerdo a las necesidades que requiere para movilizarse al Instituto Educativo de Discapacitados del Valle Asodisvalle, establecimiento privado en el que recibe atención especializada debido a la situación de discapacidad en la que se encuentra, teniendo en cuenta además que su matrícula estudiantil es subsidiada por la Secretaría de Educación Municipal de Santiago de Cali.

En primera instancia, el Tribunal Administrativo de Valle del Cauca consideró que, debido a la protección especial de la que gozan los niños en situación de discapacidad y teniendo en cuenta que el derecho a la educación es una garantía fundamental que no debe verse restringida por barreras como la imposibilidad de acceder a una alimentación adecuada, era necesario ordenarle a la Secretaría de Educación Municipal de Cali, como la entidad competente para la ejecución de los recursos del Programa de Alimentación Escolar, que continuara con la prestación de los servicios alimenticios requeridos por la menor (...).

Inconforme con la decisión, la secretaria de educación de Santiago de Cali la impugnó, al considerar que, el Programa de Alimentación Escolar obedece a unos estándares técnicos administrativos definidos por el Ministerio de Educación Nacional, que los entes territoriales no pueden dejar de atender, por lo que, era preciso aclarar que los recursos asignados al municipio de Cali por dicha cartera ministerial, solo están dirigidos a las jornadas únicas implementadas para instituciones educativas oficiales y que, en todo caso, el contrato de prestación de servicios suscrito con Asodisvalle, debía cubrir el componente nutricional, de acuerdo con los recursos que la Secretaría de Educación le transfiere.

(...) Al respecto, resulta del caso precisar en primer término que, no es dable exigirle a la parte actora, que en este caso corresponde a una menor de especial protección constitucional por su estado de

1 Se omite el nombre de la menor para proteger su derecho a la intimidad.

vulnerabilidad -debido a su situación de discapacidad- que agote los mecanismos ordinarios para la protección de sus derechos fundamentales a la educación, a la igualdad y la dignidad humana que demanda, puesto que, el medio expedito para la protección de los mismos resulta ser el amparo de tutela deprecado.

La razón de lo anterior se sustrae de la obligación del Estado de garantizar los derechos de los niños por encima de cualquier formalidad aparente, de manera rápida y eficaz. Exigirle a la accionante que acuda a la justicia contenciosa administrativa para que demande un acto administrativo de carácter general y que sea por esa vía que se restablezca su derecho a la educación, es un despropósito desde esta vista constitucional y el Estado Social de Derecho que pregona la prevalencia de los derechos de los niños de manera expedita, incluso por encima de otros intereses generales, como lo puede ser la destinación específica de los recursos gubernamentales o la legalidad misma del gasto público.

(...) Es claro que los niños que se encuentran en situación de discapacidad son sujetos de especial protección, que merecen el acceso a la educación bajo las mismas circunstancias en que se promueve este derecho a cualquier otro niño.

(...) En el caso bajo estudio, se tiene que la niña EAC se encuentra en situación de discapacidad, y por esta razón asiste a la institución educativa “ASODISVALLE”.

Con todo, según lo afirma su mamá en el escrito de tutela, confirmado por la Secretaría de Educación de Cali, la matrícula estudiantil de la menor es subsidiada por la administración municipal, en tanto que no posee los medios económicos suficientes para costear su educación.

De manera que, la asistencia educativa que recibe la accionante en este caso, es subsidiada por el municipio, al no contar, aparentemente, con aulas oficiales que brinden este servicio público para los niños en condición de discapacidad, dejando de lado las políticas de inclusión en aulas regulares.

(...) Al respecto, la Sala disiente de los argumentos del ente territorial demandado, comoquiera que, si bien la actora no hace parte de un programa educativo oficial, sus estudios son costeados en su totalidad por la administración municipal, ante la carencia -aparentemente- de ofertas educativas que se dirijan a la población que se encuentra en situación de discapacidad.

No puede olvidar la entidad demandada que es su deber garantizar el acceso a la educación de los niños en situación de discapacidad, e igualmente ofrecerles un trato acorde con su especial protección constitucional.

No es de recibo entonces el argumento según el cual, no es posible continuar con el Programa de Alimentación Escolar en lo que respecta a los niños en condiciones de discapacidad que no se encuentran en una institución educativa oficial, toda vez que, si ellos están bajo el amparo una matrícula subsidiada en un establecimiento privado, es porque no tienen los recursos suficientes para costear este tipo de educación; naturalmente tampoco tendrán los recursos para acceder a la alimentación que reciben los menores que asisten a la institución privada.

(...) En lo que corresponde a los parámetros y estándares técnicos administrativos que el Ministerio de Educación Nacional estableció para la ejecución del Programa de Alimentación Escolar, es preciso indicar que, fue el propio Ministerio quien indicó en la contestación de la demanda de tutela que “de acuerdo con la normatividad vigente, la obligación de ejecutar el Programa de Alimentación Escolar y los recursos para este fin, están legamente en cabeza de las entidades territoriales”.

(...) Es evidente entonces que, el municipio no puede esquivar su responsabilidad bajo el argumento según el cual, el Ministerio de Educación Nacional impide la inversión del PAE en instituciones que no sean públicas, toda vez que la asistencia alimentaria que le corresponde garantizar al ente territorial, al subsidiar en este caso puntual el estudio de la menor EAC, es una obligación legal de imperativo cumplimiento.

(...) En consecuencia, la providencia del seis (6) de abril de dos mil dieciséis (2016) proferida por el Tribunal Administrativo del Valle del Cauca habrá de ser confirmada en su integridad”.

Decisión: “Confírmase la sentencia del seis (6) de abril de dos mil dieciséis (2016) proferida por el Tribunal Administrativo del Valle del Cauca de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

Notifíquese a las partes en la forma prevista en el artículo 30 del Decreto 2591 de 1991.

Dentro de los diez (10) días siguientes a la ejecutoria de esta providencia, remítase el expediente a la Corte Constitucional para su eventual revisión. (...)”

LUCY JEANNETTE BERMÚDEZ BERMÚDEZ
Presidenta
(Ausente con permiso)

ROCÍO ARAÚJO OÑATE
CARLOS ENRIQUE MORENO RUBIO
ALBERTO YEPES BARREIRO
Con aclaración de voto

ACLARACIÓN DE VOTO DEL CONSEJERO
ALBERTO YEPES BARREIRO

Radicación número: 76001-23-33-000-2016-00356-01(AC)

Actor: LUZ MAR OBANDO, EN REPRESENTACIÓN DE ELIANA ANDREA CASTILLO OBANDO

Demandado: NACIÓN, MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL Y OTRO

“Con el acostumbrado respeto por las decisiones de esta Sección, me permito señalar que comparto el sentido del fallo de la referencia, porque estoy convencido de que las circunstancias del caso sometido a conocimiento de la Sala así lo imponían.

No obstante, debo señalar las razones por las cuales no comparto algunas de las consideraciones que la providencia hace, como paso a explicar.

I) Falta de vinculación de la Institución Educativa Asodisvalle

El municipio de Santiago de Cali, expresó como uno de sus argumentos de defensa que “los establecimientos contratados de carácter privado deben considerar dentro de la canasta complementaria del contrato de cobertura educativa” y en ese orden alegó que es a la institución educativa de carácter privado a la que le corresponde cubrir los refrigerios solicitados en la presente acción de tutela, en virtud del contrato celebrado con la administración. Al respecto, en la impugnación, la providencia sintetizó sus argumentos así:

“Expuso que la Secretaría de Educación Municipal celebró contrato de prestación de servicios número 4143.0.26.1.246 del veintinueve (29) de enero de dos mil dieciséis (2016), en el que se incluyen las definiciones contractuales que se encuentran incluidas en el Decreto 1851 de 2015, indicando los ítems de la canasta básica y la complementaria, las cuales se consignan claramente en el contrato.

Sostuvo que en dicha convención se precisa que los valores efectivos a pagar comprenden la atención efectiva de los estudiantes que figuren reportados en el SIMAT, previa verificación por parte del interventor y/o(i) supervisor del contrato y que los pagos que hace la Secretaría de Educación por cada estudiante cubren la totalidad de los gastos

educativos tal como lo establece el Decreto 4807 de diciembre de 2011 o normas que lo adicionen o modifiquen.

Manifestó que Asodisvalle no se encuentra satisfecho con la forma en que quedó consignado el contrato y aun así lo suscribió; sin embargo, lo interpreta de manera equívoca al indicar que no tiene obligación de cumplir con el acápite de apoyo nutricional y pretende que el alumno mediante esta acción constitucional logre la modificación de sus obligaciones contractuales, bajo el pretexto de una supuesta vulneración de los derechos fundamentales a la Secretaría de Educación”.

Considero que para responder a estos argumentos, resultaba de vital importancia vincular al trámite a la Institución Educativa Asodisvalle: no obstante, ello no se hizo, y en ese orden no se escucharon los argumentos de dicho ente para establecer a quién correspondía dirigir la orden de amparo.

ii) No se resolvieron argumentos del municipio accionado

Como consecuencia de la falta de vinculación de la referida institución, los argumentos del municipio accionado se quedaron sin una respuesta por parte del juez de tutela, pues correspondía a éste analizar los fundamentos del municipio accionado, y de Asodisvalle, y dirigir la orden a quien correspondiera contractualmente. (...)”

CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCIÓN QUINTA

Consejero ponente: CARLOS ENRIQUE MORENO RUBIO

Bogotá, D.C., veintiséis (26) de mayo de dos mil dieciséis (2016)

Radicación número: 11001-03-15-000-2016-01187-00(AC)

Actor: ARÁNZAZU CASTRO CÓRDOBA

Demandado: TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DEL HUILA Y OTRO

Asunto: Fallo de primera instancia - Ampara el derecho fundamental de acceso a la administración de justicia y deja sin efectos providencia.

Extracto: “(...) corresponde a la Sala determinarse en el presente evento el Juzgado Cuarto Administrativo de Neiva y el Tribunal Administrativo del Huila, al proferir las decisiones de marzo veinticinco (25) de dos mil quince (2015) y febrero dieciséis (16) de dos mil dieciséis (2016), respectivamente, incurrieron en defecto material o sustantivo y violación directa de la Constitución Política, durante el trámite del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho radicado bajo el número 41001-33-33-004-2015-00100-01 y, en consecuencia, vulneraron los derechos fundamentales del actor.

(...)

Según se argumenta en la solicitud de amparo, las mencionadas autoridades judiciales violaron los derechos fundamentales de la actora por exigirle un acto administrativo expreso, sin tener en cuenta que debido a que el Ministerio de Educación Nacional no ha dado respuesta a su petición se configuró un acto ficto o presunto por silencio administrativo negativo, por lo que incurrieron en defecto sustantivo y violación directa de la Constitución Política.

En esas condiciones, la Sala advierte que la presente acción de tutela se fundamenta en dos circunstancias, a saber, (i) el defecto sustantivo por desconocimiento de los artículos 21 y 83 de la Ley 1437 de 2011, y (ii) violación directa de la Constitución Política por negarle el acceso a la administración de justicia.

Frente al primer aspecto, esto es, el **defecto sustantivo** por desconocimiento de los artículos 21 y 83 de la Ley 1437 de 2011, la Sala advierte que el Tribunal que decidió en segunda instancia no se apartó de los supuestos plasmados en dichas normas, por el contrario los aplicó de acuerdo con su contenido y alcance y, por lo tanto, no se advierte configurado el defecto en mención.

(...) observa la Sala que el Tribunal ad quem interpretó y aplicó de manera razonable lo previsto en los artículos 21 y 83 de la Ley 1437 de 2011, toda vez que, frente al primero, advirtió que el término para decidir se cuenta a partir del día siguiente a la recepción de la petición por la autoridad competente, razón por la que **es indispensable tener certeza del recibo de la petición remitida para realizar el conteo de los tres meses de que trata el artículo 83¹ ibídem**, y así tener por configurado el silencio administrativo negativo.

(...) En el marco del análisis anterior, la autoridad que se declara sin competencia para resolver de fondo la solicitud, debe entregar al peticionario el oficio remisorio de la petición, pues tal remisión, por ser el momento a partir del cual se cuenta el término para responder, constituye la prueba de la configuración del silencio administrativo negativo que permite demandar directamente el acto ficto o presunto.

1 “ARTÍCULO 83. SILENCIO NEGATIVO. Transcurridos tres (3) meses contados a partir de la presentación de una petición sin que se haya notificado decisión que la resuelva, se entenderá que esta es negativa.
(...)” (Destacado por la Sala)

Cabe agregar que, desde luego, en el caso de que el peticionario no haya recibido la copia del oficio remisorio, así debe manifestarlo en el escrito de la demanda para que el juez, previo a proveer sobre su admisión, y en uso de las facultades que sobre la materia le confiere el artículo 167 del Código General del Proceso², requiera a la autoridad para que acredite tal circunstancia.

(...) Como la actora no cumplió con la carga de demostrar el silencio administrativo negativo³, y, por ende, la existencia de un acto ficto o presunto, y tampoco manifestó en la demanda que no podía acreditar tal circunstancia, dicho acto ficto no podía ser demandado directamente ante esta jurisdicción por no estar debidamente configurado, puesto que no se tiene certeza de su existencia, menos aún de su vocación de producir efectos jurídicos.

*Frente al segundo aspecto, esto es, el cargo de **violación directa de la Constitución** por habersele negado a la actora el acceso a la administración de justicia, la Sala advierte que, conforme se indicó en los párrafos anteriores, el Tribunal demandado aplicó de manera correcta los parámetros legales respecto de la figura del silencio administrativo negativo, razón por la que no incurrió en violación del derecho al acceso a la administración de justicia y, por lo tanto, tampoco en violación directa de la Constitución Política.*

No sobra agregar que el acto contenido en la Resolución No. 340 de 2014, mediante la cual el gobernador del Huila se abstuvo de pronunciarse de fondo respecto de la petición de la actora y ordenó la remisión del asunto al Ministerio de Educación Nacional, es un acto de trámite por cuanto, en los términos del artículo 43 de la Ley 1437 de 2011, no decidió directa o indirectamente el fondo del asunto, razón por la que no es pasible de control jurisdiccional.

Con todo, el análisis antes efectuado por la Sala ha permitido advertir una falla protuberante por parte de los operadores judiciales demandados, toda vez que la falta de claridad acerca de la configuración del acto ficto o presunto no daba lugar al rechazo de la demanda, sino a su inadmisión para que el interesado subsanara este yerro.

(...)

Como bien puede inferirse de la disposición transcrita [artículo 169 Ley 1437 de 2011], el rechazo de la demanda sólo procede en tres eventos, a saber, (i) cuando la acción respectiva ha caducado, (ii) cuando la demanda no se subsana previa inadmisión y (iii) cuando el acto no es susceptible de control judicial.

En este caso, si bien es cierto el rechazo era procedente frente a la Resolución No. 340 de 2014 pues como se dijo, no es pasible de control jurisdiccional, no debe perderse de vista que tal rechazó no era procedente respecto del acto ficto o presunto que la actora pretendía demandar, toda vez que

2 Artículo 167. Carga de la prueba. Incumbe a las partes probar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen.

No obstante, según las particularidades del caso, el juez podrá, de oficio o a petición de parte, distribuir, la carga al decretar las pruebas, durante su práctica o en cualquier momento del proceso antes de fallar, exigiendo probar determinado hecho a la parte que se encuentre en una situación más favorable para aportar las evidencias o esclarecer los hechos controvertidos. La parte se considerará en mejor posición para probar en virtud de su cercanía con el material probatorio, por tener en su poder el objeto de prueba, por circunstancias técnicas especiales, por haber intervenido directamente en los hechos que dieron lugar al litigio, o por estado de indefensión o de incapacidad en la cual se encuentre la contraparte, entre otras circunstancias similares.” (Destacado por la Sala)

3 El numeral 1° del artículo 166 de la Ley 1437 de 2011 establece que con la demanda deberá acompañarse:

“1. Copia del acto acusado, con las constancias de su publicación, comunicación, notificación o ejecución, según el caso. Si se alega el silencio administrativo, las pruebas que lo demuestren, y si la pretensión es de repetición, la prueba del pago total de la obligación.

(...)” (Destacado por la Sala)

ante la falta de certeza sobre la configuración del silencio administrativo positivo, en este caso por el incumplimiento del requisito de aportar la prueba de la remisión de la petición, la demanda debió inadmitirse, pues así lo dispone el artículo 170 de la Ley 1437 de 2011 (...).

(...) En esas condiciones, la Sala concederá el amparo solicitado por cuanto resulta evidente que se desconoció el derecho fundamental de la demandante de acceder a la administración de justicia”.

Decisión: “Ampárase el derecho fundamental de acceso a la administración de justicia de la señora, Aránzazu Castro Córdoba, de acuerdo con los argumentos y fundamentos expuestos en esta sentencia.

Déjase sin efectos la providencia de segunda instancia proferida por el Tribunal Administrativo del Huila en febrero dieciséis (16) de dos mil dieciséis (2016), dentro del proceso de nulidad y restablecimiento del derecho radicado bajo el número 41001-33-33-004-2015-00100-01.

Ordénase al Tribunal Administrativo del Huila que dicte una nueva providencia de segunda instancia en donde tenga en cuenta los argumentos y fundamentos expuestos en esta sentencia.

Notifíquese a las partes y a los intervinientes en la forma prevista en el artículo 30 del Decreto 2591 de 1991.

Si en el término de tres (3) días siguientes a su notificación no fuere impugnada esta decisión, remítase el expediente a la Corte Constitucional para su eventual revisión, dentro de los diez (10) días siguientes al de la ejecutoria de esta providencia, de conformidad con el artículo 32 del Decreto 2591 de 1991 “por el cual se reglamenta la acción de tutela consagrada en el artículo 86 de la Constitución Política”.

Ejecutoriada esta providencia, por Secretaría, devuélvase al despacho de origen el expediente número 41001-33-33-004-2015-00100-01, correspondiente al proceso de nulidad y restablecimiento del derecho promovido por la señora Aránzazu Castro Córdoba contra la Gobernación del Huila y la Nación – Ministerio de Educación Nacional, el cual fue suministrado por el Juzgado Cuarto Administrativo Oral del Circuito de Neiva, Huila, en calidad de préstamo, con la contestación de la acción de tutela⁴. (...)”

LUCY JEANNETTE BERMÚDEZ BERMÚDEZ
Presidenta

ROCÍO ARAÚJO OÑATE
CARLOS ENRIQUE MORENO RUBIO
ALBERTO YEPES BARREIRO

⁴ Folio 104 del cuaderno principal del expediente.

CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCIÓN QUINTA

Consejero ponente: CARLOS ENRIQUE MORENO RUBIO

Bogotá, D.C., veintitrés (23) de junio de dos mil dieciséis (2016)

Radicación número: 11001-03-15-000-2015-03436-01(AC)

Actor: LA NACIÓN, MINISTERIO DE DEFENSA, EJÉRCITO NACIONAL

Demandado: TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DEL CHOCÓ

Asunto: Fallo de segunda instancia - Tutela contra providencia judicial. Configuración de defecto sustantivo. Confirma amparo del derecho fundamental al debido proceso de la Nación–Ministerio de Defensa–Ejército Nacional y la Policía Nacional.

Extracto: “(...) Corresponde a la Sala determinar si hay lugar a confirmar, revocar o modificar la decisión de amparar el derecho al debido proceso de la parte actora y ordenar que sean dictadas nuevas sentencias, en los cinco (5) procesos de reparación directa, que tengan en cuenta los parámetros fijados en la decisión impugnada.

(...) En el memorial de impugnación, el magistrado ponente de las sentencias objeto de tutela no expuso las razones por las cuales no comparte la providencia dictada por la Sección Cuarta, ya que simplemente manifestó que impugnaba la decisión (fl. 214 cdno 1).

Sin embargo, dada la trascendencia que tiene el asunto tratado por la corporación demandada en dichos fallos, la Sala limitará el estudio a los aspectos que sustentaron el amparo, como son las medidas no pecuniarias de reparación dispuestas por el Tribunal Administrativo, pues entiende que sobre ellas gira el desacuerdo con la decisión.

Precisado lo anterior, es claro que la Sección Cuarta amparó el debido proceso de la Nación–Ministerio de Defensa–Ejército Nacional y la Policía Nacional al concluir que el Tribunal Administrativo del Chocó incurrió en defecto sustantivo al dictar las cinco (5) sentencias cuestionadas a través de la acción de tutela.

En consecuencia, dejó sin efectos las medidas de reparación no pecuniarias previstas en los numerales 4.5, 4.9, 4.12 y 4.13 del punto cuarto de la parte resolutive de las respectivas providencias y ordenó dictar nuevas decisiones donde tenga en cuenta los parámetros establecidos en el fallo objeto de impugnación.

A partir de los argumentos expuestos en las providencias del Tribunal Administrativo y en la sentencia proferida por la Sección Cuarta, la Sala abordará el análisis respecto de los numerales que describen las medidas de reparación que fueron dejadas sin efectos.

3.1 La medida de reparación prevista en el numeral 4.5

En este numeral, la corporación demandada exhortó al gobierno para que acuda a la Comisión Interamericana para que este organismo se pronuncie sobre las sistemáticas violaciones de los derechos humanos perpetradas por los grupos ilegales durante el conflicto armado, concretamente en la crisis humanitaria que culminó con la masacre de Bojayá.

Según indicó, la referida recomendación tiene el propósito de cumplir los mandatos previstos en los artículos 93 de la Constitución y 1.1 y 2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

La Sala comparte la conclusión a la cual llegó la Sección Cuarta en el fallo de primera instancia, pues el Tribunal Administrativo incurrió en error al hacer una inadecuada interpretación de las normas que

sustentan los mecanismos de acceso a la instancia regional de protección de los derechos humanos y a la Corte Penal Internacional para la investigación y sanción de los delitos contra el Derecho Internacional.

En cuanto al sistema interamericano de derechos humanos, debe advertirse que la exhortación hecha al gobierno nacional no está ajustada a los requisitos exigidos para el trámite de las peticiones individuales que pueden presentarse ante la Comisión Interamericana.

Las sentencias fueron claras al señalar en el numeral 4.5, que la alternativa de acudir al sistema regional de protección tiene como objeto un pronunciamiento sobre las violaciones de los derechos humanos llevadas a cabo por las FARC y las AUC en desarrollo del conflicto armado interno, específicamente en el caso de Bojayá.

Advierte la Sala que la competencia asignada por la Convención Americana a la Comisión Interamericana, como órgano del sistema, no incluye la posibilidad de tramitar peticiones contra los grupos armados ilegales, dado que no tienen la condición de estados parte de dicho instrumento internacional.

Sin perjuicio de poder evaluar la situación en casos específicos, la violación de los derechos humanos atribuida a los llamados grupos armados organizados, como actores del conflicto interno, escapa a la órbita de las funciones de la CIDH en la investigación del incumplimiento de las obligaciones adquiridas por los estados miembros del sistema regional de protección.

Además, en los términos del artículo 44 de la Convención Americana el gobierno no tiene la legitimación para tramitar una petición individual, menos cuando dicho mecanismo realmente busca establecer la propia responsabilidad del Estado en los hechos de Bojayá.

La norma del instrumento internacional fue expresa al señalar que la petición individual, que activa la competencia del organismo, solo puede ser presentada ante la Comisión por cualquier persona, un grupo de personas o una entidad no gubernamental legalmente reconocida.

(...)

En materia contenciosa y como regulación excepcional, la alternativa que tiene un Estado de acudir ante la Comisión únicamente es procedente en aquellos casos en que la petición va dirigida contra otro Estado miembro del sistema regional, que sea parte de la Convención Americana.

Este mecanismo de comunicaciones interestatales está contemplado en el artículo 45 de la Convención Americana para los casos en que un Estado parte alegue la violación de los derechos humanos previstos en el tratado internacional por parte de otro Estado Parte¹.

Su ejercicio exige que el Estado que presenta la petición como el Estado en contra de la cual va dirigida hayan declarado previamente el reconocimiento de la competencia de la Comisión Interamericana para examinar y tramitar las comunicaciones interestatales.

Esta, sin embargo, no es la situación característica de la orden emitida por el Tribunal Administrativo del Chocó como medida de reparación, lo cual hace que no pueda servir de soporte jurídico para que el Estado acuda ante el organismo para que conozca la masacre de Bojayá.

Además, la Sala enfatiza que tampoco es viable que el gobierno pueda acudir directamente ante la Corte Interamericana, como lo exhortó el Tribunal Administrativo, ya que la Convención Americana no

1 Esto ocurrió, por ejemplo, en el caso de la demanda presentada por Ecuador contra Colombia a raíz de la muerte de un ciudadano de ese Estado durante la llamada Operación Fénix que condujo a la muerte del jefe guerrillero alias “Raúl Reyes”, como consta en el informe de admisibilidad No. 112/10 emitido por la Comisión Interamericana con motivo de la PI-02.

contempla dicha posibilidad para casos contenciosos dentro del procedimiento que regula el sistema interamericano de protección.

(...)

Concluye la Sala que la medida adoptada por el Tribunal Administrativo en el numeral 4.5 de las sentencias cuestionadas es claramente improcedente y contradice las exigencias previstas para acudir al sistema regional de protección de los derechos humanos.

3.2 La medida de reparación ordenada en el numeral 4.9

El Tribunal Administrativo dispuso la expedición de copias de las sentencias para que desde la perspectiva del Derecho Internacional Humanitario, las instituciones e instancias internacionales, como la Comisión Interamericana, la Corte Interamericana, la Oficina del Alto Comisionado para los Derechos Humanos y la Corte Penal Internacional, se pronuncien sobre la crisis humanitaria que azotó al Medio Atrato y afectó a la población civil por la masacre de Bojayá.

Además de buscar el eventual rechazo a las acciones bélicas de los grupos armados ilegales, la medida fue adoptada como forma de responder al derecho a la verdad, a la justicia y a la reparación y para acatar el artículo 2º de la Convención Americana.

*En alusión expresa al conflicto armado y a las acciones de los grupos armados ilegales, el Tribunal Administrativo del Cboó destacó en sus sentencias que “(...) No cabe duda que los delincuentes en reyería inmoral sobre el escenario civil **concurrieron a violaciones (sic) a los Convenios de Ginebra, especialmente el IV y a su Protocolo II (...)**”. (Negrillas fuera del texto).*

3.2.1 El conflicto armado interno y el Convenio IV de Ginebra

Precisa la Sala que la posibilidad de admitir la infracción de las normas del Derecho Internacional Humanitario, como expuso la corporación demandada, involucra directamente la aceptación de la existencia de un conflicto armado interno en el territorio colombiano².

Este factor resulta determinante, puesto que el ámbito material, temporal y personal de aplicación de las disposiciones convencionales y consuetudinarias de dicha regulación lo constituye precisamente ese tipo de situaciones.

(...)

A pesar de la amplia controversia generada por esta problemática en los últimos años en Colombia, la existencia del conflicto armado interno fue reconocida por la Corte Suprema de Justicia en diferentes sentencias y al resolver casos relacionados con dicha situación³.

También fue admitido por el Consejo de Estado al adoptar varias decisiones que, igualmente, resolvieron demandas contra el Estado por hechos ocurridos en desarrollo de la lucha que enfrenta contra los grupos armados ilegales desde hace varias décadas⁴.

2 Las consideraciones sobre la existencia del conflicto armado corresponden a parte del estudio hecho en sentencia de junio once (11) de 2015, Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Primera, Subsección B, exp. No. 25000-23-41-000-2014-00084-00, acción de grupo, M.P. Carlos Enrique Moreno Rubio.

3 Acerca del reconocimiento del conflicto armado interno pueden verse como principales referentes las sentencias de la Sala Penal de febrero quince (15) de 2006, expediente No. 21330, M.P. Jaime Lombana Trujillo, diciembre cinco (5) de 2007, expediente No. 25931, M.P. María del Rosario González, marzo once (11) de 2009, expediente No. 30510, M.P. Yesid Ramírez Bastidas y marzo veintitrés (23) de 2011, expediente No. 35099, M.P. Augusto Ibáñez Guzmán.

4 Sobre el particular, puede consultarse especialmente la sentencia de abril veintinueve (29) de 2015, Sección Tercera, Subsección A, expediente No. 5200-12-33-1000-1998-00580-01, M.P. (E) Hernán Andrade Rincón. Mediante esta sentencia, la corporación

(...) Al margen de la posición asumida por las altas corporaciones judiciales y el Congreso de la República, la Sala acoge el criterio jurisprudencial según la cual la aplicación de las normas del Derecho Internacional Humanitario es procedente incluso aunque el gobierno nacional no haya reconocido el conflicto, pues su existencia no requiere una declaración de este carácter por tratarse de un hecho⁵.

Concluye la Sala que el conflicto armado interno en Colombia es una especie de hecho notorio⁶ desde el punto de vista de los referentes objetivos exigidos por el Derecho Internacional Humanitario, particularmente en el Protocolo II Adicional a los Convenios de Ginebra.

Con base en este marco jurídico, advierte la Sala que el Convenio IV de Ginebra de 1949 no podía servir de sustento para la medida ordenada por el Tribunal Administrativo, ya que este instrumento no es aplicable al conflicto de carácter no internacional.

(...) Por consiguiente, resulta desacertada la orden de expedir copias para que las instituciones e instancias internacionales hagan un pronunciamiento sobre el desconocimiento de un instrumento que no es aplicable a la situación en la cual ocurrió la masacre de Bojayá.

3.2.2 El sistema regional y el Derecho Internacional Humanitario

La jurisprudencia del sistema interamericano de protección de los derechos humanos tiene reconocido que en el curso de la función contenciosa, sus órganos no tienen competencia para determinar la compatibilidad entre los actos de los estados parte y los Convenios de Ginebra.

Este criterio fue fijado por la Corte Interamericana al resolver el caso Las Palmeras contra Colombia, donde las víctimas y la Comisión Interamericana alegaron la infracción de disposiciones del Derecho Internacional Humanitario durante ese hecho ocurrido en el departamento de Putumayo.

(...) Al estar claro que el sistema regional de protección de los derechos humanos admitió que su competencia no puede extenderse al examen del cumplimiento de las normas del Derecho Internacional Humanitario, la orden del Tribunal Administrativo carece de fundamento.

3.2.3 La Corte Penal Internacional y la Oficina del Alto Comisionado para los Derechos Humanos

Revisada la actuación, subraya la Sala que la medida de reparación tampoco cumple los estándares fijados para que la situación de Bojayá pueda ser conocida en el ámbito de las instituciones e instancias a que hacen referencia las decisiones cuestionadas.

(...) En el expediente no está probado que el Estado haya hecho una declaración de aquellas exigidas en el numeral tercero del artículo doce (12) del Estatuto de Roma para que el hecho pudiera ser conocido por el tribunal internacional, sin que Colombia fuera parte en la fecha en que ocurrió la situación referida en las sentencias.

resolvió una apelación por la condena impuesta a la Nación-Ministerio de Defensa Nacional por la toma guerrillera a la base militar de Las Delicias, en el Departamento de Putumayo.

5 Este importante criterio, respaldado por la doctrina jurídica, fue adoptado por la Corte Suprema de Justicia en la sentencia de marzo veintitrés (23) de 2011, Sala Penal, expediente No. 35099, M.P. Augusto Ibáñez Guzmán, donde hizo énfasis en el amplio campo de aplicación que tiene dicha noción propia del Derecho Internacional Humanitario.

6 La calificación de hecho notorio fue atribuida por la reiterada jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia al estudiar casos relacionados con homicidios en personas que tienen la condición de protegidas por el Derecho Internacional Humanitario en el conflicto armado interno. Al respecto puede verse, entre otras, Corte Suprema de Justicia, Sala Penal, sentencia de noviembre trece (13) de 2013, radicación No. 35212, M.P. Gustavo Enrique Malo Fernández.

De hecho, ninguna de las declaraciones interpretativas hechas por Colombia al ratificar el instrumento internacional está relacionada con la competencia de la Corte Penal para conocer hechos ocurridos antes de la entrada en vigor del Estatuto de Roma⁷.

Es claro, entonces, que la medida de reparación no resulta procedente en la medida en que el crimen derivado de la masacre de Bojayá no alcanza a ser cubierto por la competencia ratio temporis establecida en el tratado que regula la Corte Penal Internacional.

Adicionalmente, advierte la Sala que la orden impartida por el Tribunal Administrativo en el numeral 4.9 también desconoce el principio de activación dispuesto para que la CPI pueda asumir el conocimiento del hecho que originó las sentencias objeto de tutela.

(...) Finalmente, la Sala no encuentra que al imponer la medida de reparación el Tribunal Administrativo haya hecho el análisis correspondiente al requisito de subsidiariedad para que la Corte Penal Internacional pueda ejercer jurisdicción respecto de la masacre de Bojayá.

(...) Aparte de las anteriores consideraciones, la Sala no puede desconocer que al ratificar el Estatuto de Roma, el Estado hizo una declaración interpretativa a través de la cual no aceptó la competencia de la CPI para el conocimiento de la categoría de crímenes de guerra por el término de siete (7) años, el cual venció a en noviembre de 2009.

(...) Así, es claro que la medida de reparación es improcedente.

(...) 3.3 La medida de reparación ordenada en el numeral 4.12

En este numeral, el Tribunal Administrativo ordenó que los ministros de Defensa y del Interior y los comandantes de la Armada, el Ejército y la Policía hicieran declaraciones oficiales a través de la prensa nacional y regional en las cuales informarán que la crisis humanitaria surgida por la masacre de Bojayá fue producto de la omisión en el cumplimiento de las funciones de la Presidencia de la República, los referidos ministerios y las Fuerzas Armadas.

Teniendo en cuenta las restantes medidas de reparación dispuestas en las sentencias, la Sala comparte la posición asumida por la Sección Cuarta según la cual tales declaraciones oficiales son innecesarias.

Al haberse ordenado la publicación de las sentencias dictadas por la corporación demandada en los medios electrónicos, redes sociales y páginas web de las citadas entidades, el conocimiento público del hecho tiene la trascendencia suficiente como medida de reparación.

El despliegue de la acción comunicativa a través de los medios institucionales de divulgación colectiva dispuestos por el Tribunal Administrativo, por el amplio lapso de seis (6) meses fijado en las sentencias, permite que la situación llegue al dominio de la comunidad nacional y regional.

(...) 3.4 La medida de reparación ordenada en el numeral 4.13

De manera similar al anterior, en este numeral el Tribunal Administrativo dispuso que los ministros de Defensa y del Interior y los comandantes de la Armada, el Ejército y la Policía pedirán disculpas públicas en nombre del Estado por la crisis humanitaria vivida en Bojayá y la omisión en el cumplimiento de sus funciones, en un acto público que debe cumplirse en la Asamblea del Chocó.

Advierte la Sala que en el expediente obra una comunicación dirigida por el director de asuntos legales del Ministerio de Defensa en la que puso en conocimiento la próxima inauguración de un parque monumento en Bojayá, en memoria de los menores víctimas de la masacre y en cuyo desarrollo el

⁷ Cfr. www.cancilleria.gov.co – sitio de tratados

Estado ofrecerá excusas públicas por los hechos ocurridos en mayo del año 2002 que motivaron las condenas en su contra.

(...)

Estima la Sala que le asiste razón al a quo de la acción de tutela, pues la ceremonia prevista para la inauguración del parque es suficiente como acto público para que la medida de reparación cumpla su finalidad y trascienda a la comunidad afectada por la masacre.

(...) Sobre el particular, la Sala acoge el criterio expuesto por la Sección Tercera del Consejo de Estado para este tipo de casos, en virtud del cual declarada la responsabilidad del Estado sobre el hecho surge el fenómeno de la cosa juzgada material respecto de los demás procesos adelantados por las restantes víctimas cuyas demandas están basadas en las mismas circunstancias fácticas⁸.

(...) Entiende la Sala que el acto público que debe hacerse en cumplimiento de las primeras sentencias proferidas por los hechos de Bojayá surte plena eficacia jurídica y simbólica como medida de reparación para la totalidad de las víctimas de dicho suceso.

En consecuencia, respecto del defecto sustantivo relacionado con las medidas de reparación no pecuniarias ordenadas en los numerales 4.5, 4.9, 4.12 y 4.13 de las sentencias cuestionadas, el fallo de la Sección Cuarta será confirmado”.

Decisión: “Confírmase la providencia impugnada, esto es la sentencia de abril veinticinco (25) de dos mil dieciséis (2016) dictada por la Sección Cuarta de esta corporación, según lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

Notifíquese a las partes en la forma prevista en el artículo 30 del decreto 2591 de 1991.

Dentro de los diez (10) días siguientes a la ejecutoria de esta providencia, remítase el expediente a la Corte Constitucional para su eventual revisión, y envíese copia de la misma al despacho de origen. (...)”

LUCY JEANNETTE BERMÚDEZ BERMÚDEZ
Presidenta

ROCÍO ARAÚJO OÑATE
CARLOS ENRIQUE MORENO RUBIO
ALBERTO YEPES BARREIRO

⁸ Cfr. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia de abril veintinueve (29) de 2015, expediente No. 5200123-31-000-1998-00580-01, CP (E) Hernán Andrade Rincón. La sentencia resolvió la apelación interpuesta contra un fallo de reparación directa por el fallecimiento de un soldado durante la toma a la base militar de Las Delicias por parte de las FARC.

CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCIÓN QUINTA

Consejero ponente: CARLOS ENRIQUE MORENO RUBIO

Bogotá, D.C., veintitrés (23) de junio de dos mil dieciséis (2016)

Radicación número: 11001-03-15-000-2016-01346-00(AC)

Actor: JUAN GABRIEL VERA GARCÍA Y OTROS

Demandado: TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE BOLÍVAR, SALA DE DECISIÓN ESCRITURAL NO. 002

Asunto: Fallo de segunda instancia - Tutela contra providencia judicial. Configuración del defecto fáctico y desconocimiento del precedente. Amparó los derechos fundamentales al debido proceso y de acceso a la administración de justicia.

Extracto: “(...) De acuerdo con el problema jurídico planteado y los argumentos de la parte actora, se analizarán conjuntamente los defectos fáctico y desconocimiento del precedente, por su estrecha relación de cara al análisis que abordará la Sala, para finalmente referirse a los defectos sustantivo y violación directa de la Constitución.

i) Defecto fáctico y desconocimiento del precedente.

Según se tiene, el apoderado de los accionantes afirmó que la autoridad judicial demandada, por un lado, valoró de manera arbitraria, irracional y caprichosa el material probatorio obrante en el expediente, en perjuicio de los derechos humanos gravemente afectados; y por el otro, dio por establecidas circunstancias sin que exista material probatorio que respalde su decisión, pues erradamente concluyó que el daño sufrido por el joven Juan Gabriel Vera García, obedeció a un accidente laboral por la manipulación de elementos explosivos.

En relación con el defecto fáctico esta Sala se ha pronunciado en diversas oportunidades, para precisar que éste se configura siempre que se advierta cualquiera de los siguientes supuestos: i) omisión de decretar o practicar pruebas indispensables para fallar el asunto; ii) desconocimiento del acervo probatorio determinante para identificar la veracidad de los hechos alegados por las partes; iii) valoración irracional o arbitraria de las pruebas aportadas; y iv) dictar sentencia con fundamento en pruebas obtenidas con violación del debido proceso¹.

El apoderado de la parte actora alega concretamente que la autoridad judicial demandada no acogió la tesis de la sana crítica, en tanto que la valoración probatoria que hizo fue caprichosa y arbitraria, en tanto que la interpretación de las pruebas determinantes para adoptar la decisión se desbordó en perjuicio de los derechos humanos gravemente afectados.

(...) el reparo que tienen los accionantes frente a la valoración de las pruebas relacionadas anteriormente se encuentra en que, pese a que el análisis en conjunto del material probatorio apuntaba a que el daño que le ocasionó las lesiones al joven Juan Gabriel Vera García, fue producto de la explosión de una mina antipersonal que él pisó por accidente, el Tribunal Administrativo de Bolívar consideró de manera arbitraria que los testigos en cita, por ser de oídas, no tienen la fuerza suficiente para demostrar que el hecho dañoso correspondió a la detonación de una mina de esta naturaleza y que en todo caso, existía una duda razonable que permitía inferir que las lesiones sufridas por el señor Vera García, tuvieron lugar como consecuencia de un accidente con pólvora en horas laborales.

Lo anterior incide radicalmente en la decisión que debía adoptar el Tribunal, toda vez que, según la parte actora, de apreciarse el material probatorio en su conjunto, podría inferirse razonablemente que

¹ Radicación No. 11001-03-15-000-2015-01471-01, Accionante: Jaime Rodríguez Forero; Accionado: Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección “A”. Consejera Ponente: Lucy Jeannette Bermúdez Bermúdez.

todo apuntaba a que el hecho dañoso que generó los perjuicios objeto de la demanda de reparación directa, correspondió a la detonación accidental de una mina antipersona sobre el joven Juan Gabriel Vera García, menor de edad para la época de los hechos.

De modo que, la Sala encuentra que los tres elementos necesarios para el análisis de la configuración del defecto fáctico por “valoración irracional o arbitraria de las pruebas aportadas”, se cumplen. Con todo, deberá estudiarse si efectivamente dicha valoración fue irracional o arbitraria.

(...)

La Sala considera que, si bien la autoridad judicial demandada, bajo su autonomía e independencia que le es propia, llegó a la conclusión de que en el caso concreto los elementos probatorios no tenían la virtualidad de demostrar el hecho dañoso, pese a que todos ellos apuntaban a demostrarlo, la tesis que sustenta finalmente, esto es, la ausencia de nexo causal que permita imputar responsabilidad a la entidad demandada, se aleja de todos los elementos de convicción que obraban en el proceso y que fueron debidamente practicados, sin justificación razonable alguna.

(...)

Sobre el punto, debe precisarse que, como bien se invocó por el apoderado de la parte actora, existe una sentencia de unificación de esta Corporación del veintisiete (27) de septiembre de dos mil trece (2013), dictada en el expediente con radicado interno número 19.939, en materia de reparación integral de perjuicios inmateriales por vulneraciones o afectaciones relevantes a bienes o derechos convencional y constitucionalmente amparados.

(...)

En el caso que nos ocupa, es evidente para la Sala que, pese a que toda la evidencia allegada al expediente apuntaba a demostrar que el hecho dañoso correspondió a la explosión de una mina antipersonal que el joven Juan Gabriel Vera pisó accidentalmente, el Tribunal Administrativo de Bolívar no le dio el valor que correspondía a las pruebas legal y oportunamente practicadas, al considerar que las mismas no daban certeza del hecho constitutivo del daño.

Con todo, ante la duda del juez contencioso de segunda instancia, frente a la ocurrencia o no del hecho dañoso, y dada la importancia constitucional del asunto, en tanto que se trataba de un perjuicio por una presunta vulneración o afectación relevante a bienes o derechos convencional y constitucionalmente amparados, debió, bajo los postulados de la sana crítica, acudir a criterios flexibles y privilegiar las pruebas indirectas que daban cuenta de la ocurrencia de la situación fáctica que dio lugar al daño, ampliamente demostrado en el expediente.

De otro lado, la autoridad judicial demandada, respecto a los testigos de oídas, consideró arbitrariamente que los mismos no tenían la virtualidad de demostrar el hecho dañoso, por no ser pruebas directas en el proceso.

(...) De lo anterior resulta claro que, ante la falta de material probatorio o de obtener otras pruebas, el testimonio de oídas constituye un medio de convicción relevante para que el juez pueda decidir el caso, con fundamento en dichas declaraciones.

(...) la autonomía de la que gozan los jueces no les permite suponer hechos o arribar a conclusiones sin sustento probatorio alguno que así lo sugiera.

(...)

Así las cosas, la Sala encuentra que, el defecto fáctico alegado por la parte actora sí se configura respecto de la sentencia del treinta (30) de marzo de dos mil dieciséis (2016), dictada por el Tribunal Administrativo de Bolívar, pues dicha Corporación de manera arbitraria le restó valor probatorio a

los medios de convicción aportados y se limitó a indicar que los mismos no daban certeza del hecho dañoso, sin hacer un análisis cuidadoso y razonable en su conjunto.

De igual forma, la autoridad judicial acusada desconoció el precedente de esta Corporación en materia de la valoración probatoria de los testigos de oídas, así como la flexibilización de los criterios de valoración de los medios probatorios indirectos, tratándose de reparación integral de perjuicios inmateriales por vulneraciones o afectaciones relevantes a bienes o derechos convencional y constitucionalmente amparados.

ii) Defecto sustantivo y violación directa a la Constitución.

En lo que respecta a este defecto, el apoderado de la parte actora sostuvo que el Tribunal demandado al desconocer el principio de flexibilización probatoria aplicable en graves violaciones a los derechos humanos, afectó los derechos fundamentales de los accionantes lo que conllevó a una decisión contraria a las normas de rango constitucional e internacional, pues dejó de observar los acuerdos y convenciones relativas a la obligación del Estado de asegurar la destrucción de todas las existencias de minas antipersonales.

Sobre el punto se refirió a los cuatro convenios de Ginebra y sus Protocolos adicionales, en lo que se refiere a las “personas protegidas” al margen del conflicto armado de índole internacional, así como el Estatuto de Roma y la Convención de Ottawa ratificada por Colombia.

De igual forma señaló la necesidad de aplicar los precedentes de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, así como la Convención Americana de Derechos Humanos, en materia de graves violaciones a los derechos humanos.

Al respecto debe precisarse que, si bien dicha normativa internacional podría resultar aplicable al caso de los actores, por hacer parte del bloque de constitucionalidad, consagrado en el artículo 93 de la Constitución Política, lo cierto es que, la ausencia de dicho estudio por parte de la autoridad judicial demandada obedeció a que esta no encontró probado el hecho dañoso y por ende tampoco el nexo causal que le permitiera hacer un juicio de imputación de responsabilidad contra el entidad demandada, de modo que, bajo ese contexto no era posible advertir el desconocimiento de estas normas por parte del Tribunal acusado.

Sin embargo, como ya se advirtió en el acápite número i) de estas consideraciones, la providencia judicial demandada adolece del defecto fáctico y desconocimiento del precedente en los términos indicados, de manera que, el estudio sobre dicha normatividad, de cara a un juicio de responsabilidad extracontractual del Estado, deberá realizarlo el juez natural de la causa, esto es, el Tribunal Administrativo de Bolívar.

Lo anterior por cuanto, realizar un estudio en esta instancia constitucional sobre la responsabilidad del Estado frente a las obligaciones internacionales que ha adquirido el país, suplantaría al juez contencioso a quien le corresponde el respectivo análisis, una vez verificado el hecho dañoso, el daño y el nexo causal.

Visto así el asunto, la Sala advierte que la decisión del treinta (30) de marzo de dos mil dieciséis (2016), proferida por el Tribunal Administrativo de Bolívar, adolece de los defectos fáctico y desconocimiento del precedente de esta Corporación, razón por la cual se dejará sin efectos y se concederá el amparo de tutela solicitado por los accionantes, en lo que respecta a los derechos al debido proceso y acceso a la administración de justicia.

En consecuencia, se ordenará al Tribunal Administrativo de Bolívar que dentro de los treinta (30) días siguientes a la notificación de esta providencia, proceda a emitir una sentencia de reemplazo, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia”.

Decisión: “Concédese el amparo de los derechos fundamentales al debido proceso y de acceso a la administración de justicia invocados por los señores Juan Gabriel Vera García, Arquímedes Vera Vengas, Berta María García Bohórquez, Agapito García Gallego, Concepción Bohórquez, Luis Carlos Vera García, Wilson Albeiro Vera García, Blanca Otilia Vera García, Francly Elena Vera García, Javier Darío Vera García y Marlon Julián Vera García.

Déjase sin efectos la providencia del treinta (30) de marzo de dos mil dieciséis (2016), proferida por el Tribunal Administrativo de Bolívar.

Ordénase a la referida Corporación que dentro de los treinta (30) días siguientes a la notificación de esta providencia, proceda a emitir una sentencia de reemplazo, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia

Notifíquese a las partes en la forma prevista en el artículo 30 del Decreto 2591 de 1991.

Si no es impugnada esta providencia, envíese el expediente número 13-001-33-31-009-2012-00135-00/01 al Despacho de origen.

Dentro de los diez (10) días siguientes a la ejecutoria de esta providencia, remítase el expediente a la Corte Constitucional para su eventual revisión. (...)”

LUCY JEANNETTE BERMÚDEZ BERMÚDEZ
Presidenta

ROCÍO ARAÚJO OÑATE
CARLOS ENRIQUE MORENO RUBIO
ALBERTO YEPES BARREIRO

CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCIÓN QUINTA

Consejero ponente: CARLOS ENRIQUE MORENO RUBIO

Bogotá, D.C., veintiuno (21) de julio de dos mil dieciséis (2016)

Radicación número: 11001-03-15-000-2016-00706-01(AC)

Actor: YASMÍN CUERVO RODRÍGUEZ Y OTROS

Demandado: TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CAQUETÁ

Asunto: Fallo de segunda instancia - Ampara el derecho fundamental al debido proceso por encontrar configurada la existencia de defecto fáctico.

Extracto: “(...) Corresponde a la Sala determinar si, como lo manifiesta el apoderado de la parte actora, el Tribunal Administrativo de Caquetá, con la sentencia que cuestionan, vulneró los derechos fundamentales que solicita proteger por haber incurrido en defecto fáctico, para lo cual el estudio se centrará en los precisos términos fijados en la impugnación, en especial, la circunstancia de no haberse estudiado en debida forma el informe de balística, el informe de prueba de absorción atómica y por último, las diversas declaraciones rendidas por los militares que participaron en los hechos que provocaron el deceso del señor Germán Valderrama Meneses.

(...) Para iniciar con el estudio de la impugnación, la Sala considera necesario referirse a los argumentos que expuso el Tribunal Administrativo de Caquetá en la sentencia del 24 de septiembre de 2015, dictada dentro del proceso de reparación directa 2009-00202, la cual se encuentra inserta a folios 137 a 154 del cuaderno principal de la solicitud de tutela; lo anterior, con el fin de contrastarla con la exposición de motivos de la parte actora tendiente a demostrar que las pruebas a las que aludió sí eran determinantes para adoptar un fallo distinto al que cuestiona.

(...)

Pues bien, esta Sala considera pertinente reiterar la sentencia del 12 de noviembre de 2015, dictada por la Sección Quinta del Consejo de Estado dentro del expediente N° 2015-01471-01, con ponencia de la doctora Lucy Jeannette Bermúdez Bermúdez, en la cual, al referirse a las diferentes situaciones que pueden provocar la prosperidad de la acción de tutela por defecto fáctico, se expuso que dentro de estas se halla la relativa a cuando la valoración de la prueba que hace el juez es irracional o arbitraria.

Bajo tal parámetro de procedibilidad de la solicitud de amparo, se señaló que existe defecto fáctico cuando a la luz de los postulados de la sana crítica, la apreciación del medio probatorio que efectúa el fallador, es manifiestamente equivocada o arbitraria y, por ello, el peso de la prueba se entiende alterado.

Así, corresponde a la parte actora cumplir tres requisitos: **(i)** precisar cuál o cuáles de las pruebas fueron objeto de indebida valoración por el juez; **(ii)** explicar la razón del por qué, en cada caso en particular, la consideración del operador judicial se aleja de las reglas de la lógica, la experiencia y la sana crítica¹ y, **(iii)** incidencia de la prueba en el fallo atacado.

(...) de acuerdo a los apartes que se transcribieron de la sentencia cuestionada del Tribunal Administrativo del Caquetá, es evidente que, en efecto, la parte accionada consideró que la prueba de absorción atómica acreditaba que el señor Germán Valderrama Meneses había disparado un arma por el simple hecho de que arrojó resultados positivos para disparo en mano, razón por la cual su muerte

¹ El segundo de los elementos señalados, resulta de vital importancia, pues es claro que un sencillo desacuerdo en relación con la conclusión a la cual arribó el juez de instancia, en ninguna manera puede ser razón para ordenar el amparo constitucional por este aspecto. Aceptar lo contrario, implicaría una sustitución arbitraria del juez natural.

fue producto de su propia culpa, conclusión a la cual llegó sin mayor análisis sobre las razones que la llevaban a ese grado de convicción.

(...)

En criterio de la Sala, el simple hecho de que en el documento se haya dado concepto positivo para residuos de disparo, no puede considerarse en grado de certeza, que el señor Valderrama Meneses sí disparó en contra de la fuerza pública y, que, en consecuencia, su actuar envió la causal eximente de responsabilidad del Estado denominada “culpa exclusiva de la víctima”, pues se reitera, el documento hace relación a un “NN” o persona desconocida.

(...)

Conforme con lo anterior, ante la Sala hace eco el argumento de la parte actora, según el cual el dictamen de balística no se analizó de acuerdo con la sana crítica por el Tribunal Administrativo de Caquetá, pues el hecho de que las armas fueran aptas para disparar no implicaba, como al parecer lo entendió la accionada, que estas se hubiesen disparado, por el contrario, la prueba de balística lo que acredita es que ninguna de las armas fue accionada y que es imposible determinar la última vez que ello sucedió, situación que llevaría a determinar que no se apiada con la realidad afirmar que el señor Valderrama Meneses atacó a los miembros del ejército.

Expresó el Tribunal Administrativo del Caquetá, en el fallo de 24 de septiembre de 2015, que el informe de patrullaje suscrito por el comandante del pelotón coincidía en todo con las declaraciones rendidas por los soldados (...), sin que existiera prueba de lo contrario, motivo por el cual dio credibilidad a los hechos que allí se narraron y, en consecuencia, tuvo por cierto que el señor Germán Valderrama Meneses disparó en contra del Ejército Nacional y, a raíz, dio por acreditada la causal eximente de responsabilidad del Estado denominada “culpa exclusiva de la víctima”.

(...) de acuerdo a lo transcrito en esta providencia, se advierte que ninguna de las declaraciones rendidas por los integrantes del Ejército que participaron en los hechos del 10 de mayo de 2008 fueron objeto de un estudio adecuado que pudiera conducir a que guardaban una correspondencia en lo que sucedió, pues no existió referencia alguna a lo que atestiguó cada uno de los soldados y, por el contrario, lo que se advierte de su lectura es que sus manifestaciones adolecen de homogeneidad.

(...) Visto lo anterior, sin necesidad de hacer referencia a las demás pruebas, en criterio de la Sala, a diferencia de lo dicho por el Tribunal Administrativo de Caquetá, no existió un estudio integral de las pruebas, situación que en este caso específico conduce a concluir que la autoridad judicial accionada incurrió en un flagrante defecto fáctico que lleva a que la Sección Quinta del Consejo de Estado revoque la sentencia de tutela del 5 de mayo de 2016, dictada por la Sección Cuarta de esta Corporación para, en su lugar, acceder al amparo del derecho fundamental al debido proceso de los accionantes. (...)

Decisión: “Revócase la sentencia del 5 de mayo de 2016, dictada por la Sección Cuarta del Consejo de Estado, por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia. En consecuencia, ampara el derecho fundamental al debido proceso de los señores Yasmín Cuervo Rodríguez en su nombre y en representación de su hijo (...) Yudy Valderrama Cuervo, Edelmira Valderrama Meneses, Pablo Emilio Valderrama Meneses, Ana Lía Valderrama Meneses, Magola Valderrama Meneses, Edilma Valderrama Meneses y Lilia Valderrama Meneses, por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

Déjase sin efectos la sentencia del 24 de septiembre de 2015, proferida por el Tribunal Administrativo del Caquetá, dentro del proceso de reparación directa 18-001-23-31-001-2009-00202-01.

Ordénase al Tribunal Administrativo del Caquetá, que dentro de los 15 días siguientes a la notificación de esta providencia, proceda a dictar fallo de reemplazo en el cual deberá tener en cuenta las consideraciones efectuadas en esta providencia.

Reconócese al abogado César Augusto Pinzón Barrera, identificado con la cédula de ciudadanía N° 4'060.002 de Boavita, Boyacá, y portador de la tarjeta profesional N° 100.765 del Consejo Superior de la Judicatura, como apoderado de la parte actora, en los términos y para los efectos de la sustitución de poder visible a folios 264 y 265 del expediente.

Notifíquese esta providencia en la forma prevista en el artículo 30 del Decreto 2591 de 1991.

Remítase el expediente a la Corte Constitucional para su eventual revisión, dentro de los diez (10) días siguientes al de la ejecutoria de esta providencia, de conformidad con el artículo 32 del Decreto 2591 de 1991. (...)”

LUCY JEANNETTE BERMÚDEZ BERMÚDEZ
Presidenta

ROCÍO ARAÚJO OÑATE
CARLOS ENRIQUE MORENO RUBIO
ALBERTO YEPES BARREIRO

CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCIÓN QUINTA

Consejero ponente: CARLOS ENRIQUE MORENO RUBIO

Bogotá, D. C., dieciséis (16) de agosto de dos mil dieciséis (2016)

Radicación número: 11001-03-15-000-2015-03406-01(AC)

Actor: JOSÉ MILLER LEDEZMA MARTÍNEZ Y OTROS

Demandado: TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DEL CAUCA Y OTROS

Asunto: Fallo de segunda instancia - Tutela contra providencia judicial. Configuración de defecto fáctico. Confirma amparo del derecho fundamental al debido proceso de los accionantes.

Extracto:“(…) Con el ejercicio de la presente acción, la parte actora buscó que se dejara sin valor y efecto el fallo 125 del dieciocho (18) de junio de dos mil quince (2015), proferido por el Tribunal Administrativo del Cauca dentro del proceso de reparación directa 19001-33-31-008-2008-00149-01, bajo el argumento de que incurrió en defecto fáctico por omisión de valoración de los testimonios de los señores Eider Arturo Babos Muñoz y Jesús Albeiro Daza, quienes afirmaron que el policía Luis Alfonso Cantillo se encontraba prestando el servicio en el momento en que cometió el delito que originó la demanda, y en defecto sustantivo por desconocimiento del artículo 357 del Código de Procedimiento Civil, en tanto se analizó un argumento que no había sido objeto de apelación.

En primera instancia, la Sección Cuarta de esta Corporación accedió a las súplicas de la demanda, con fundamento en que se configuró el defecto fáctico alegado, toda vez que el tribunal demandado no valoró la totalidad de las pruebas que demostraban que el señor Luis Alfonso Cantillo Velásquez se encontraba prestando el servicio en la Policía Nacional, al momento de cometer el delito sexual en contra de la menor AL¹, que originó los daños alegados por vía de reparación directa.

(…) la valoración de las pruebas y la ponderación de los medios probatorios que tienen más peso sobre otros, hace parte de la esfera del juez natural, quien en uso de su sana crítica y en ejercicio de su autonomía judicial, debe analizarlos de forma razonada.

Sin embargo, debe precisarse la naturaleza del defecto fáctico, con el objeto de determinar si la apreciación de las pruebas realizada por el tribunal demandado fue razonada, o si, por el contrario, incurrió en el citado yerro.

El defecto fáctico se configura cuando:

(i) Se omite el decreto o práctica de pruebas indispensables para fallar el asunto.

(ii) Se desconoce el acervo probatorio determinante para identificar la veracidad de los hechos alegados por las partes.

iii) Se valoran irracional o arbitrariamente las pruebas aportadas.

(iv) Se dicta sentencia con fundamento en pruebas obtenidas con violación del debido proceso.

En este caso se estaría ante la tercera hipótesis, esto es, valoración irracional o arbitraria de las pruebas recaudadas en el proceso de reparación directa de que se trata, que a voces de esta Sección se caracteriza por²:

1 Se omite el nombre de la menor para proteger su derecho a la intimidad.

2 Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta, consejera ponente Lucy Jeannette Bermúdez Bermúdez, providencia del siete (7) de julio de dos mil dieciséis (2016), radicación 11001-03-15-000-2016-00535-01.

“(…) Procede cuando, a la luz de los postulados de la sana crítica, la apreciación efectuada por el fallador, resulta manifiestamente equivocada o arbitraria, y por ello, el peso otorgado a la prueba se entiende alterado.

Se requiere entonces que:

a) La parte precise cuál o cuáles de las pruebas fueron objeto de indebida valoración por el juez

b) La razón del por qué, en cada caso en particular, la consideración del operador judicial se aleja de las reglas de la lógica, la experiencia y la sana crítica.

El segundo de los elementos señalados, resulta de vital importancia, pues es claro que un sencillo desacuerdo en relación con la conclusión a la cual arribó el juez de instancia, en ninguna manera puede ser razón para ordenar el amparo constitucional por este aspecto. Aceptar lo contrario, implicaría una sustitución arbitraria del juez natural (...).”.

El Tribunal Administrativo del Cauca, en el fallo de que se trata, no tuvo en cuenta los testimonios de los señores Eider Arturo Babos Muñoz y Jesús Albeiro Daza, con fundamento en que “resultan insuficientes para tener por ciertas tales afirmaciones pues no obra en el proceso prueba documental que las respalde”, y la falta de valoración de esas declaraciones conllevó al tribunal a concluir que no tenían suficiente mérito probatorio, por carecer de soporte documental, pero obvió que dicha prueba es individual y que legalmente no depende de un documento que lo ratifique, lo que implicó su apreciación equívoca.

Aunado a lo anterior, omitió valorar las afirmaciones esgrimidas por la Policía Nacional al interior del proceso de reparación directa, más exactamente en el recurso de apelación y en los alegatos de conclusión de segunda instancia, en las que reconoció que el señor Cantillo Velásquez se encontraba prestando el servicio al momento de cometer el punible, pruebas que debieron ser apreciadas en conjunto por el Tribunal Administrativo del Cauca.

(...) De lo anterior se extrae que la corporación judicial demandada incurrió en defecto fáctico por indebida valoración de los testimonios de los señores Eider Arturo Babos Muñoz y Jesús Albeiro Daza, y por falta de valoración de las manifestaciones realizadas por la Policía Nacional en el proceso ordinario de que se trata, por lo que no hay lugar a revocar el fallo impugnado.

Por ende, se requiere que el fallador de segunda instancia en el proceso de reparación directa valore tales pruebas de forma razonada, tal y como lo ordenó el a quo.

En consecuencia, como quiera que los argumentos de la parte impugnante no lograron desvirtuar el defecto fáctico que sirvió de sustento al amparo adoptado a través del fallo de tutela de primera instancia, éste será confirmado”.

Decisión: “Confirmase la sentencia del veintiocho (28) de junio de dos mil dieciséis (2016), proferida por la Sección Cuarta del Consejo de Estado, por las razones anotadas en precedencia.

Notifíquese a las partes en la forma prevista en el artículo 30 del Decreto 2591 de 1991.

Dentro de los diez (10) días siguientes a la ejecutoria de esta providencia, remítase el expediente a la Corte Constitucional para su eventual revisión, y envíese copia de la misma al Despacho de origen. (...)”

LUCY JEANNETTE BERMÚDEZ BERMÚDEZ
Presidenta

ROCÍO ARAÚJO OÑATE
CARLOS ENRIQUE MORENO RUBIO
ALBERTO YEPES BARREIRO

CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCIÓN QUINTA

Consejero ponente: CARLOS ENRIQUE MORENO RUBIO

Bogotá, D.C., veintisiete (27) de octubre de dos mil dieciséis (2016)

Radicación número: 11001-03-15-000-2016-02853-00(AC)

Actor: JOSÉ ABEL NOVA GUERRERO

Demandado: SALA DE DECISIÓN 1 DE ORALIDAD DEL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE BOYACÁ

Asunto: Fallo de primera instancia - Tutela contra providencia judicial. Configuración de defecto fáctico. Amparó los derechos fundamentales al debido proceso y a ser elegido.

Extracto: “(...) corresponde a la Sala determinar si como lo manifiesta la parte actora, la autoridad judicial accionada, mediante la sentencia del 15 de septiembre de 2016, incurrió en defecto fáctico, con lo cual vulneró sus derechos fundamentales al haber declarado la nulidad de su elección como alcalde del municipio de Sativasur - Boyacá, al haberse apartado de la realidad probatoria existente en el proceso de nulidad electoral 2015-00839-00.

(...) Manifestó el apoderado de la parte actora en el escrito de solicitud de tutela, que la Sala de Decisión 1 de Oralidad del Tribunal Administrativo de Boyacá, con la sentencia del 15 de septiembre de 2016, incurrió en defecto fáctico porque desconoció la totalidad de las declaraciones rendidas al interior del proceso de nulidad electoral que se siguió en su contra, de las cuales era fácil advertir que él no fue quien suscribió el contrato AMS-SU-047-2014 con el municipio de Sativasur.

Para resolver la situación anotada, la Sala considera pertinente reiterar la sentencia del 12 de noviembre de 2015, dictada por la Sección Quinta del Consejo de Estado dentro del expediente 2015-01471-01, con ponencia de la doctora Lucy Jeannette Bermúdez Bermúdez, en la cual, al referirse a las diferentes situaciones que pueden provocar la prosperidad de la acción de tutela por defecto fáctico, se expuso que dentro de estas se halla la relativa a cuando la valoración de la prueba que hace el juez es irracional o arbitraria.

(...) En el asunto bajo estudio, si bien el apoderado del accionante no hizo referencia de manera individualizada a cada uno de los testimonios que se rindieron dentro del proceso de nulidad electoral 2015-00839-00, lo cierto es que señaló que la vulneración a los derechos fundamentales que solicita proteger se origina en el hecho de que ninguna de las declaraciones recibidas se valoró en debida forma, debido a que ellas indicaban que él nunca suscribió el contrato AMS-SU-047-2014, afirmación que, de ser cierta, sin lugar a dudas tendría incidencia directa en la sentencia cuestionada.

Lo anterior, por cuanto en la demanda de nulidad electoral que se inició en contra del accionante se alegó, en concreto, que “el Contratista demandado señor JOSÉ ABEL NOVA GUERRERO, dentro del año inmediatamente a la elección, es decir, después del día 25 de octubre de 2014, intervino en la gestión de negocios y celebración de contratos ante la Alcaldía Municipal de Sativasur en interés propio y de terceros a ejecutarse y cumplirse en el Municipio de Sativasur”, motivo por el cual se encontraba inmerso en la causal de inhabilidad contenida en el numeral 3 del artículo 95 de la Ley 617 de 2000.

Entonces, si las personas que estuvieron implicadas en la celebración del contrato, en especial el señor Nelson Enrique Zambrano, afirmaron que José Abel Nova Guerrero no intervino o celebró el contrato AMS-SU-047-2014, no era dable a la autoridad judicial accionada, a través de inferencias, concluir lo contrario, pues no se puede perder de vista las formalidades a las que se encuentran sometidos los contratos para su validez, entre ellas, su firma por parte de quienes intervinieron en su celebración.

En el testimonio que rindió Nelson Enrique Zambrano¹, éste afirmó que solo hasta en el año 2015 ingresó a trabajar mediante vinculación en provisionalidad con Corpoboyacá, pues antes de ese año, solo era contratista de la entidad, situación que le permitía ejercer otras labores, entre ellas, la de celebrar contratos con los diferentes municipios de Boyacá, incluido Sativasur, a quien le suministró materiales de construcción a través de su empresa Comercializadora Santander Rovirence.

Indicó, ante la pregunta efectuada por el Ministerio Público, que él, en octubre de 2014, suscribió con el municipio de Sativasur un contrato para el suministro de tubería de PVC y otros elementos de construcción, afirmación que no desvirtuó ninguna de las partes, quienes nunca le preguntaron o se refirieron al contrato AMS-SU-047-2014, fundamento sobre el cual se edificó la petición de nulidad de la elección del demandado.

Es cierto que la autoridad judicial accionada se refirió a esta declaración, sin embargo, centró su estudio en el hecho de que el testigo afirmó que no tenía local abierto al público, los precios de la mercancía que ofrecía, los sitios en que consultaba tales precios, los términos de entrega de los materiales de construcción y, con fundamento en ello, concluyó que Nelson Enrique Zambrano no pudo haber adelantado el proceso de contratación, motivo por el cual fue José Abel Nova Guerrero, de acuerdo con los indicios, quien suscribió el contrato AMS-SU-047-2014.

La circunstancia anotada, sin necesidad de hacer referencia a los demás testimonios, los que de todas maneras deben ser apreciados de acuerdo con el principio de la sana crítica, se constituye en un defecto fáctico.

(...) Como lo manifestó el apoderado de la parte accionante y lo aceptó el magistrado ponente de la decisión judicial accionada, el Tribunal Administrativo de Boyacá, construyó su decisión a partir de la prueba indiciaria y, con fundamento en ello, estimó “que existen fuertes indicios que demuestran la celebración del contrato de suministro AMS-SU-047-2014 por parte del demandado durante el periodo inhabilitante, lo que genera necesariamente su incursión en la causal tercera de inhabilidad que se arroga”.

La autoridad judicial accionada, manifestó que la dirección de domicilio de la Comercializadora Santander Rovirence era la misma de Ferreléctricos Novazam, de propiedad del demandado.

Expresó, entre otras circunstancias anotadas en precedencia, que la comercializadora era un establecimiento de comercio que, de acuerdo con las reglas de la experiencia, debía estar abierto al público, por lo que era poco probable que no funcionara en un espacio en el que ofreciera sus productos a la población, pues la venta por catálogo de materiales de construcción no era propio de ese tipo de comercio.

Lo que no tuvo en cuenta el tribunal accionado, fue que el señor Zambrano en su testimonio indicó que su empresa nunca tuvo un espacio abierto al público porque con ella se dedicaba a la contratación estatal, situación que, en criterio de esta Sala, no lo obligaba a tener necesariamente un local comercial y mercancía para la venta al público, pero más dicente es el hecho de que la circunstancia anotada bajo ningún parámetro de interpretación se podía considerar como indicio de que el señor José Abel Nova Guerrero intervino o celebró el contrato AMS-SU-047-2014 con el municipio de Sativasur.

En materia de celebración de contratos existen unas formalidades y solemnidades que no pueden desvirtuarse a través de la prueba indiciaria, como lo hizo el Tribunal Administrativo de Boyacá, pues esta parte del estudio de una serie de conductas que llevan al juez a tener cierto grado de certeza en relación con la ocurrencia de un hecho.

(...) Para la Sala, ... es incongruente el hecho de que a pesar de que el tribunal accionado determinó que el “contrato AMS-SU-047-2014 fue firmado por Nelson Enrique Zambrano Monsalve así como los

1 Contendida en el cederrón grabado en la audiencia de pruebas, el cual se encuentra a folio 231 del cuaderno anexo al expediente.

demás documentos que comportan dicha contratación, entre ellos la propuesta económica, cuenta de cobro, comprobante de egreso y acta de liquidación del contrato”, haya concluido que este se celebró por “el establecimiento de comercio denominado Ferretería NOVAZAM de propiedad del señor José Abel Nova Guerrero durante el periodo inhabilitante”, situación que conlleva la vulneración de los derechos fundamentales del actor al haberse incurrido en un defecto fáctico.

Para finalizar, a diferencia de lo que señaló el Tribunal Administrativo de Boyacá en la contestación a la solicitud de tutela, en el sentido de indicar que era al señor Nova Guerrero a quien le correspondía demostrar que no suscribió el contrato AMS-SU-047-2014 con el municipio de Sativasur, esta Sala estima que tal carga procesal correspondía a la demandante, quien, sin lugar a dudas, pretendió acreditar tal circunstancia partiendo de supuestos carentes de todo sustento probatorio.

Así las cosas, al quedar acreditado que la Sala de Decisión 1 de Oralidad del Tribunal Administrativo de Boyacá, en la sentencia del 15 de septiembre de 2016 incurrió en defecto fáctico, se ampararán los derechos fundamentales al debido proceso y a ser elegido del señor José Abel Nova Guerrero y, en consecuencia, se dejará sin efecto la citada decisión judicial y se ordenará a la autoridad judicial accionada que, en el término de 15 días, contados a partir de la notificación de esta providencia, dicte un fallo de replazo, con base en las consideraciones de esta providencia.

Decisión: “Ampáranse los derechos fundamentales al debido proceso y a ser elegido del señor José Abel Nova Guerrero, por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

Déjase sin efectos la sentencia del 15 de septiembre de 2016, proferida en única instancia por la Sala de Decisión 1 de Oralidad del Tribunal Administrativo de Boyacá, dentro del proceso de nulidad electoral 150012333000201500839-00.

Ordénase a la Sala de Decisión 1 de Oralidad del Tribunal Administrativo de Boyacá, que dentro de los 15 días siguientes a la notificación de esta providencia, dicte fallo de replazo en el cual deberá atender las consideraciones efectuadas en esta providencia.

Devuélvase el expediente de nulidad electoral 150012333000201500839-00, al despacho judicial de origen.

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 2.2.3.1.1.6 del Decreto 1069 de 2015, comuníquese de manera inmediata esta decisión al gobernador de Boyacá, al Consejo Nacional Electoral y a la Procuraduría Regional de Boyacá², para que en caso de que hayan dado cumplimiento a la sentencia del 15 de septiembre del 2016, dictada por la Sala de Decisión 1 de Oralidad del Tribunal Administrativo de Boyacá, procedan a dejar sin efecto las decisiones que hayan adoptado con tal fin.

Notifíquese esta providencia en la forma prevista en el artículo 30 del Decreto 2591 de 1991.

Remítase el expediente a la Corte Constitucional para su eventual revisión, el día siguiente al de la ejecutoria de esta providencia, de conformidad con el artículo 31 del Decreto 2591 de 1991. (...)”

LUCYJEANNETTE BERMÚDEZ BERMÚDEZ
Presidenta

ROCÍO ARAÚJO OÑATE
CARLOS ENRIQUE MORENO RUBIO
ALBERTO YEPES BARREIRO

2 A estas entidades se les comunicó la decisión adoptada en el fallo del 15 de septiembre de 2016, el cual se deja sin efecto mediante esta providencia.

CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCIÓN QUINTA

Consejero ponente: CARLOS ENRIQUE MORENO RUBIO

Bogotá, D.C., diez (10) de noviembre de dos mil dieciséis (2016)

Radicación número: 11001-03-15-000-2015-03174-01(AC)

Actor: FONDO PENSIONAL DE LA UNIVERSIDAD NACIONAL

Demandado: TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE ANTIOQUIA

Asunto: Fallo de segunda instancia - No desconocimiento del precedente. Fuerza vinculante de las decisiones de la Corte Constitucional.

***Extracto:**“(…) Corresponde a la Sala determinar si hay lugar a confirmar, modificar o revocar el fallo proferido por la Sección Cuarta de esta Corporación, el veintiséis (26) de septiembre de dos mil dieciséis (2016), para lo cual se deberá analizar si el Tribunal demandado debió aplicar la sentencia SU-230 de dos mil quince (2015) proferida por la Corte Constitucional, con base en los argumentos de la impugnación.*

(…) Según se tiene, lo pretendido en este evento por la parte actora, ahora recurrente, es que se deje sin efecto la sentencia del veinte (20) de mayo de dos mil quince (2015), proferida por el Tribunal Administrativo de Antioquia, Sala Primera de Decisión en Descongestión, dentro del trámite del proceso de nulidad y restablecimiento del derecho con radicación 05001-33-31-007-2012-00042-01.

En primera instancia, la Sección Cuarta de esta Corporación negó el amparo solicitado por cuanto, en su criterio, la aplicación de la sentencia SU-230 de dos mil quince (2015), desconoce el principio de confianza legítima en el caso concreto.

Inconforme con dicha decisión, la parte actora la impugnó bajo el argumento según el cual el precedente de la Corte Constitucional es vinculante y, por lo tanto, de obligatorio e inmediato acatamiento por parte de las autoridades judiciales.

Establecido lo anterior, la Sala anticipa que confirmará el fallo impugnado con fundamento en los siguientes razonamientos:

(…) el principio bajo análisis [confianza legítima] implica la creación de una expectativa cierta, razonable y fundada, derivada de los actos o hechos de las autoridades públicas.

Tal expectativa tiene la capacidad de conducir al ciudadano a llevar a cabo algunas conductas o tomar decisiones, bajo el entendido de que se logrará el propósito perseguido, por cuanto las autoridades públicas así lo han propiciado.

(…) Como puede observarse, el principio de confianza legítima también resulta aplicable a las decisiones judiciales, y en virtud del mismo, el ciudadano conserva una expectativa legítima y razonable frente a la continuidad de las tesis interpretativas que han hecho tránsito amplio, uniforme, consistente y frecuente.

En el caso presente, la línea jurisprudencial de las altas corporaciones, en torno a la aplicación del ingreso base de liquidación en materia pensional, no ha sido pacífica, como quiera que existen diversas tesis frente al asunto, tal y como lo advirtió esta Sala en oportunidades anteriores¹:

¹ Consejo de Estado. Sección Quinta. Sentencia del veinticinco (25) de febrero de dos mil dieciséis (2016). Radicación: 11001-03-15-000-2016-00103-00. Consejero ponente: Alberto Yepes Barreiro.

“Como se puede evidenciar, la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia y la Sección Segunda del Consejo de Estado tenían posiciones contrarias, en relación con la aplicación del IBL a quienes se encontraban en el régimen de transición de la Ley 100 de 1993.

Para la Corte Suprema de Justicia “el régimen de transición solamente mantuvo, de las normas anteriores al Sistema General de Pensiones, tres aspectos concretos: edad, tiempo de servicios o semanas cotizadas y monto de la pensión; de tal modo que (...) la base salarial de liquidación de la pensión no se rige por las disposiciones legales precedentes, sino que pasó a ser regido, en principio, y para quienes les hacía falta menos de diez años para adquirir el derecho, por el inciso 3 del artículo 36 [de la Ley 100 del 93]”²

En cambio, para el Consejo de Estado, el principio de inescindibilidad de la norma permitía efectivizar los derechos y garantías constitucionales, por tanto, los factores salariales que componen la base de liquidación pensional son todos aquellos que fueron devengados por el trabajador, previa deducción de los descuentos por aportes que dejaron de efectuarse.

Por su parte, el 7 de mayo de 2013, la Corte Constitucional, mediante sentencia C-258 de 2013 fijó la regla de aplicación del IBL en el siguiente sentido:

(...)

Así pues, aunque la Corte se ocupaba, en dicha oportunidad, de un asunto relacionado con el régimen de transición en pensiones de los Congresistas, lo cierto es que en materia de aplicación del IBL para efectos de la liquidación de la pensión, fijó una regla al indicar que el IBL no quedaba cobijado por las normas de transición. Su estudio se basó en las normas del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, e hizo el análisis correspondiente y adicionalmente señaló que esa interpretación permitía llenar el vacío que se produciría por la declaración de inexecutable que en este caso se estaba haciendo.

Es así como en posteriores decisiones, la Corte Constitucional tuvo en cuenta esa regla para señalar que el ingreso base de liquidación debe ser el fijado de conformidad con el inciso 3° del artículo 36 de la Ley 100 de 1993.³

(...)

De lo transcrito, se concluye que las posiciones de la Corte Constitucional y del Consejo de Estado son contrarias en cuanto a los factores que debe cubrir el régimen de transición que establece el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, pues para la primera, este no incluye el ingreso base de liquidación – IBL, y para el segundo, aquél sí es un ítem que está cobijado por este régimen. (...).”

De acuerdo con las transcripciones anteriores, en el presente asunto no hay lugar a entender que el criterio jurisprudencial de la Corte Constitucional, respecto del ingreso base de liquidación (IBL), trajo consigo una variación abrupta que haya defraudado la confianza legítima, comoquiera que de antaño existen interpretaciones diversas respecto de la aplicación del IBL en el régimen de transición, lo que implica que no existe un criterio amplio, uniforme, consistente y frecuente que pueda dar lugar a la creación de una expectativa legítima y, por lo tanto, susceptible de ser defraudada.

2 Cita de Cita: Corte Suprema de Justicia – Sala de Casación Laboral, sentencia de 16 de diciembre de 2009 (Rad. 34863), MP. Dr. Gustavo José Gnecco Mendoza.

3 Cita de cita: Al efecto ver Sentencia T-078/14, CP. Dr. Mauricio González Cuervo.

(...) Es tesis de esta Sala lo concerniente a la fuerza vinculante de las decisiones de la Corte Constitucional, así como lo es también su carácter prevalente sobre las interpretaciones de las demás altas corporaciones, por cuanto el referido Tribunal tiene a su cargo la guarda de la supremacía de la Carta Política y, por lo tanto, resulta ser el intérprete autorizado de las disposiciones legales desde el punto de vista de su concordancia con los dictados de la Constitución⁴:

(...) Según se ha citado, aún bajo la circunstancia de que una posición jurisprudencial haya hecho tránsito en cualquiera de las altas corporaciones, si tal criterio difiere del sentado por la Corte Constitucional, ha de prevalecer el de esta última, por cuanto en el ejercicio de sus funciones está fijando doctrina constitucional que tiene un carácter vinculante y obligatorio para todos los jueces de la República.

(...) En relación con los criterios para determinar si una decisión constituye precedente, la Corte Constitucional, en sentencia T-292 de 2006, precisó lo siguiente:

“(...) (i) En la ratio decidendi de la sentencia se encuentra una regla relacionada con el caso a resolver posteriormente. (ii) La ratio debió haber servido de base para solucionar un problema jurídico semejante, o a una cuestión constitucional semejante. (iii) los hechos del caso o las normas juzgadas en la sentencia anterior deben ser semejantes o plantear un punto de derecho semejante al que debe resolverse posteriormente. (...)” (Destacado por la Sala)

Como se anotó con anterioridad, el precedente fijado por la Corte Constitucional, bien sea en sede de control abstracto de constitucionalidad o de unificación en tutela, prevalece sobre el de las demás altas Corporaciones.

(...) la Sala reitera su criterio en relación a que cuando se alega la vulneración de derechos fundamentales por desconocimiento de precedente, éste debe preexistir a la fecha en que se dictó la decisión judicial que se cuestione pues, de no ser así, la solicitud de amparo no podrá prosperar.

(...) En el asunto bajo estudio, la Sala no puede ignorar que si bien es cierto la sentencia SU-230 de dos mil quince (2015) data del veintinueve (29) de abril de ese año, esto es, fue proferida antes del fallo de segunda instancia que aquí se cuestiona, de fecha veinte (20) de mayo de dos mil quince (2015), también lo es que la decisión de la Corte Constitucional no era de conocimiento de la autoridad judicial demandada y, por lo tanto, no podía exigirse su aplicación.

En efecto, para el veinte (20) de mayo de dos mil quince (2015), fecha de la sentencia de segunda instancia censurada, tan solo habían transcurrido veinte (20) días calendario desde que se profirió la sentencia que se aduce como desconocida, y la Corte Constitucional la dio a conocer por conducto de un comunicado de prensa⁵.

Vale indicar que según lo ha dicho la misma Corte Constitucional, los comunicados de prensa de esa Corporación no tienen efectos vinculantes por ser un canal meramente informativo⁶:

(...) Dadas las precisiones que anteceden, advierte la Sala que el Tribunal demandado indicó, en la contestación de la presente acción de tutela, que “para la fecha de la elaboración del proyecto de fallo, se tenía sólo el comunicado de la Corte Constitucional, desconociéndose el contenido del mismo.”

4 Consejo de Estado. Sección Quinta. Sentencia del veinticinco (25) de febrero de dos mil dieciséis (2016). Radicación: 11001-03-15-000-2016-00103-00. Consejero ponente: Alberto Yepes Barreiro.

5 COMUNICADO No. 16 (Abril 29 y 30 de 2015): <http://www.corteconstitucional.gov.co/comunicados/No.%2016%20comunicado%2029%20y%2030%20de%20abril%20de%202015%20.pdf>

6 Corte Constitucional. Auto 201 de 2013.

Como el referido comunicado no tiene efectos vinculantes de ninguna índole, en manera alguna puede reemplazar la sentencia por cuanto la misma Corte Constitucional reconoce “la posibilidad de que se presenten variaciones entre el comunicado de prensa y la sentencia “documentada y firmada”, y tampoco tiene la “capacidad para afectar otra providencia que ya se adoptó y que está en firme.”

Sólo hasta el seis (6) de julio de dos mil quince (2015) la Relatoría de la Corte Constitucional publicó la sentencia SU-230 de dos mil quince (2015)⁷, lo que significa que con posterioridad a esa fecha el Tribunal demandado debía aplicar la ratio decidendi de dicho pronunciamiento.

Sin embargo, como la sentencia de segunda instancia que se cuestiona fue proferida antes de la publicación del precedente que se aduce como desconocido, no podía exigirse al Tribunal demandado que lo aplicara, puesto que no lo conocía.

Sobre la base de las consideraciones anteriores, la Sala concluye que el Tribunal demandado no incurrió en desconocimiento del precedente plasmado en la sentencia SU-230 de dos mil quince (2015).

Finalmente, si bien es cierto esta Sala, en asuntos similares al sub lite, se había pronunciado en el sentido de amparar los derechos fundamentales deprecados por desconocimiento de la sentencia SU-230 de dos mil quince (2015), no debe perderse de vista que las sentencias que adolecían de ese defecto fueron proferidas con posterioridad a su publicación.

(...) Es por lo anterior que la Sala, en atención a las específicas circunstancias del caso, debe puntualizar el criterio expuesto para que se entienda que el precedente sólo es vinculante cuando se tiene certeza de que la autoridad judicial que debía aplicarlo lo conocía, y ello sólo se puede colegir a partir de su publicación⁸.

En ese orden de ideas, la providencia del veintiséis (26) de septiembre de dos mil dieciséis (2016), proferida por la Sección Cuarta de esta Corporación habrá de ser confirmada.

Decisión: “Confirmase la sentencia del veintiséis (26) de septiembre de dos mil dieciséis (2016), proferida por la Sección Cuarta del Consejo de Estado, por las razones anotadas en precedencia.

Notifíquese a las partes en la forma prevista en el artículo 30 del Decreto 2591 de 1991.

Dentro de los diez (10) días siguientes a la ejecutoria de esta providencia, remítase el expediente a la Corte Constitucional para su eventual revisión, y envíese copia de la misma al Despacho de origen. (...)”

LUCY JEANNETTE BERMÚDEZ BERMÚDEZ
Presidenta

ROCÍO ARAÚJO OÑATE
Con salvamento de voto

⁷ Circunstancia que se verificó en comunicación telefónica sostenida con la Relatoría (Extensión 9430) y la Oficina de Sistemas de la Corte Constitucional (Extensión 3012).

⁸ Frente a este aspecto, es preciso destacar que la consejera Lucy Jeannette Bermúdez Bermúdez, a través del auto proferido el once (11) de diciembre de dos mil quince (2015), en el trámite de la acción de tutela con radicación 11001-03-15-000-2015-03063-00, dispuso como prueba de oficio requerir a la Corte Constitucional para que certificara “la fecha y hora exacta en que colgó o subió la sentencia de unificación SU-230 del 29 de abril de 2015 a la página web oficial de la Corte Constitucional.” Lo anterior por cuanto consideró que “se debe tener certeza de la fecha exacta de la publicación en la página web oficial de la sentencia de unificación SU-230 del 29 de abril de 2015, que es el medio de publicidad y difusión de las providencias que profiere la Corte Constitucional, para determinar si era aplicable o no al caso concreto.”

CARLOS ENRIQUE MORENO RUBIO
Impedido

ALBERTO YEPES BARREIRO

CON SALVAMENTO DE VOTO DE LA CONSEJERA
ROCÍO ARAÚJO OÑATE

Radicación número: 11001-03-15-000-2015-03174-01(AC)
Actor: FONDO PENSIONAL DE LA UNIVERSIDAD NACIONAL
Demandado: TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE ANTIOQUIA

“En mi concepto la decisión de la Sala debió ser la de revocar la providencia que negó la acción de tutela, ejercida por la entidad accionante, razón por la cual, me permito reiterar las consideraciones presentadas en otros salvamentos de voto, en donde expuse los siguientes argumentos para considerar que la asimilación referida no es procedente:

En primer lugar, para efectos de estudiar el cargo relacionado con el desconocimiento del precedente como causal específica de procedibilidad de la acción de tutela cuando se dirige contra providencia judicial, es necesario abordar la noción de precedente.

Precedente

*La Sala precisa que constituye precedente aquella **regla creada por una Alta Corte** para solucionar un determinado conflicto jurídico, sin que sea necesario un número plural de decisiones en el mismo sentido para que dicha regla sea considerada como precedente.*

Resulta necesario precisar “...que debe aceptarse que no todas las decisiones judiciales que profieren las Altas Cortes, generan una regla o subregla, pues son el resultado de la aplicación al caso concreto de la norma que viene al caso, sin una actividad creadora del juez.”⁹

En otras palabras, para que pueda hablarse de precedente es indispensable que una Alta Corte, haga uso de su actividad creadora, cuando las exigencias del caso así lo ameriten, como sucede en aquellos eventos en que una Alta Corporación se enfrenta a un caso en el cual, después de haber analizado los supuestos fácticos, los fundamentos jurídicos existentes y apreciado en su conjunto los elementos probatorios allegados, no encuentra una solución expresamente consagrada en el ordenamiento jurídico, por ello debe realizar un análisis desde los criterios hermenéuticos –semántico, sistemático y funcional–, encontrando que para la solución del caso en estudio existe una laguna jurídica, la cual es necesario resolver mediante la analogía o la integración a partir de principios, dando como resultado la creación de una regla, trascendiendo la clásica función de subsunción y elaboración de silogismos.

Se destaca que existe una tendencia en los recientes pronunciamientos de la Corte Constitucional que confunden y utilizan en forma indistinta los conceptos de jurisprudencia y precedente, como acaeció en la sentencia SU-053 del 2015¹⁰ en la que se consignó que “El precedente es conocido como la sentencia o el conjunto de ellas, anteriores a un caso determinado, que por su pertinencia y semejanza en los problemas jurídicos resueltos, debe necesariamente considerarse por las autoridades judiciales al momento de emitir un fallo”.

*Tal definición deja por fuera un elemento esencial y determinante de la noción de precedente y es precisamente aquel referido a que la sentencia que se califica como tal **debe haber creado una regla para solucionar un determinado conflicto jurídico**, aspecto que fue dejado de lado por el alto tribunal, al considerar que cualquier sentencia o conjunto de sentencias podía constituir precedente.*

9 Consejo de Estado, Sentencia del 19 de febrero de 2015, C.P. Alberto Yepes Barreiro. Rad. No. 11001-03-15-000-2013-02690-01

10 Corte Constitucional, Sentencia SU-053 del 12 de febrero de 2015, M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado

Sin embargo, tal yerro fue corregido por la alta Corporación en la sentencia SU-288 de 2015¹¹ que en forma clara diferenció el concepto de precedente de la necesidad constante de realizar ejercicios interpretativos del ordenamiento jurídico, labor que no sólo comprende la integración del derecho, sino la creación de subreglas:

“...la jurisprudencia constitucional ha reconocido que, de conformidad con los artículos 228 y 230 de la Constitución, los jueces gozan de autonomía e independencia para el ejercicio de sus funciones y “en sus providencias, sólo están sometidos al imperio de la ley.” Sin embargo, es ampliamente aceptado que los jueces, más allá de llevar a cabo una aplicación mecánica de la ley, realizan un ejercicio permanente de interpretación del ordenamiento jurídico que implica esencialmente la determinación de cuál es la disposición jurídica aplicable al caso y los efectos que de ella se derivan. Incluso, se ha entendido que mediante sus providencias los jueces desarrollan un complejo proceso de creación e integración del derecho que trasciende la clásica tarea de la subsunción y elaboración de silogismos jurídicos”.

La Corte Constitucional, en la sentencia SU-230 de 2015¹², evidenció la primera modalidad de sentencia que constituye precedente judicial que es la que se refiere a las sentencias de constitucionalidad las cuales, en virtud del artículo 243 de la Carta, tienen efectos erga omnes y de cosa juzgada constitucional:

“En lo referente a las sentencias de control abstracto de constitucionalidad, la obligatoriedad de la jurisprudencia se desprende de los efectos erga omnes y de la cosa juzgada constitucional. De un lado, cualquier norma que sea declarada inconstitucional por parte de la Corte por ser contraria a la Carta, debe salir del ordenamiento jurídico y no puede ser aplicada por ninguna autoridad. De otro lado, la ratio decidendi de todas las sentencias de control abstracto de constitucional –bien declaren o no inexecutable una disposición– debe ser también atendida por todas las autoridades para que la aplicación de la ley sea conforme a la Constitución”.

Para efectos de identificar cuáles son las modificaciones al sistema de fuentes que realizan las sentencias de constitucionalidad y que son de obligatorio cumplimiento, es necesario comprender la distinción que existe entre las diferentes modulaciones de las disposiciones creadas por el legislador previamente.

Las sentencias de constitucionalidad pueden ser de carácter simple o interpretativo, las primeras son aquellas en las cuales la Corte Constitucional declara la constitucionalidad o inconstitucionalidad de la totalidad de la disposición acusada, mientras que las interpretativas, se caracterizan por realizar un pronunciamiento acerca de la constitucionalidad o no de una o todas las normas derivadas de la disposición enjuiciada.

La dogmática internacional diferencia a su vez, las sentencias interpretativas de las sentencias condicionadas, en cuanto a que estas últimas, implican una valoración del órgano de cierre del control constitucional acerca de la constitucionalidad o no de la norma enjuiciada bajo un único supuesto (bajo cualquier otra interpretación es inconstitucional o sólo esa interpretación es conforme con la Constitución) o difiriendo sus efectos en el tiempo, es decir, se declara la norma inconstitucional pero mantiene su vigencia hasta una fecha posterior dada por el órgano de control constitucional.

(...)

No obstante lo anterior, dado que en nuestro sistema jurídico las sentencias de constitucionalidad constituyen un precedente de obligatorio cumplimiento dado su efecto erga omnes, en virtud del

11 Corte Constitucional, Sentencia SU-288 del 14 de mayo de 2015 M.P. Mauricio González Cuervo

12 Corte Constitucional, Sentencia SU-230 del 29 de abril de 2015. M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub

*artículo 241 constitucional y 45¹³ y 46¹⁴ de la Ley Estatutaria de Administración de Justicia, no se generan problemas prácticos con relación a la denominación y clasificación de dichas sentencias, pues en las mismas se “señala que sólo son válidas unas interpretaciones de la misma, estableciéndose de esta manera cuáles sentidos de la disposición acusada se mantienen dentro del ordenamiento jurídico y cuales no son legítimos constitucionalmente. Si la Corte no limita el alcance de la cosa juzgada, entonces ese pronunciamiento material de constitucionalidad condicionada **tiene efectos jurídicos definitivos y erga omnes**”¹⁵.*

(...)

*En definitiva **las sentencias de constitucionalidad en Colombia, independientemente de su tipología, tienen carácter inmutable, obligatorio y definitivo**, según el artículo 241 Superior, que encarga la guarda de la integridad y supremacía de la Constitución a la Corte Constitucional, y el artículo 243 Superior que determina que “los fallos que la Corte dicte en ejercicio del control jurisdiccional hacen tránsito a cosa juzgada constitucional”. El contenido de estos mandatos ha sido desarrollado por el legislador mediante los artículos 46 y 48 de la Ley 270 de 1996 y el artículo 22 del Decreto 2067 de 1991¹⁶.*

Con fundamento en lo anterior se advierte que la sentencia C-258 de 2013, la Corte Constitucional, fijó la regla de aplicación del IBL al indicar que éste no quedaba cobijado por las normas de transición.

*En este orden de ideas, **la regla que fijó la Corte Constitucional en la sentencia C-258 de 2013 y que hizo extensiva en la SU- 230 de 2015**, determinó que el ingreso base de liquidación no era un aspecto sujeto a transición y, por tanto, existe sujeción sobre esta materia a lo dispuesto en el artículo 36 de la ley 100 de 1993. En consecuencia, a quienes son beneficiarios del régimen de transición establecido en la mencionada ley se les calculará el IBL con base en lo dispuesto por la Ley 100 de 1993, esto es, con el promedio de los factores salariales devengados durante los **últimos 10 años de servicio**.*

Este criterio sobre IBL lo ha adoptado esta Sección¹⁷ ha señalado en repetidas ocasiones¹⁸ que en la C-258 de 2013 de la Corte Constitucional se indicó que el Ingreso Base de Liquidación no es un aspecto de la transición y, por tanto, son las reglas contenidas en la Ley 100 de 1993 las que deben observarse para determinar el monto pensional con independencia del régimen especial al que se pertenezca, regla que fue recogida por la sentencia C-230 de 2015.

13 Ley Estatutaria de Administración de Justicia, Artículo 45. REGLAS SOBRE LOS EFECTOS DE LAS SENTENCIAS PROFERIDAS EN DESARROLLO DEL CONTROL JUDICIAL DE CONSTITUCIONALIDAD. Las sentencias que profiera la Corte Constitucional sobre los actos sujetos a su control en los términos del artículo 241 de la Constitución Política, tienen efectos hacia el futuro a menos que la Corte resuelva lo contrario.

14 Ley Estatutaria de Administración de Justicia, Artículo 46. CONTROL INTEGRAL Y COSA JUZGADA CONSTITUCIONAL. En desarrollo del artículo 241 de la Constitución Política, la Corte Constitucional deberá confrontar las disposiciones sometidas a su control con la totalidad de los preceptos de la Constitución.

15 Corte Constitucional, Sentencia C-492 del 4 de mayo de 2000. M.P. Alejandro Martínez Caballero; C-211 del 11 de marzo de 2003. M.P. Clara Inés Vargas Hernández; C-656 del 5 de agosto de 2003, M.P. Clara Inés Vargas Hernández

16 Corte Constitucional, Sentencia C-164 del 15 de abril de 2015, M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub

17 Ver entre otras las sentencias: de 25 de febrero de 2016, radicación No. 11001-03-15-000-2016-00103-00; 7 de abril de 2016, C, radicación No. 11001-03-15-000-2015-03415-01; y 19 de mayo de 2016, radicación No. 11001-03-15-000-2016-00225-01; C.P. Alberto Yepes Barreiro.

18 Ver entre otras, Consejo de Estado, Sección Quinta, sentencias de 25 de febrero de 2016; Expediente: 11001-03-15-000-2016-00103-00; 7 de abril de 2016; Expediente: 11001-03-15-000-2015-03415-01 y de 19 de mayo de 2016; Expediente: 11001-03-15-000-2016-00225-01 del Consejero Ponente: Alberto Yepes Barreiro.

<i>Sentencia C-258 de 7 de mayo de 2013 de la Corte Constitucional</i>	<i>SU-230 de 29 de abril de 2015 de la Corte Constitucional</i>
Fijó la regla de aplicación del IBL en el siguiente sentido: <i>“En vista de que (i) no permitir la aplicación ultractiva de las reglas de IBL de los regímenes pensionales vigentes antes de la Ley 100 fue el propósito original del Legislador; (ii) por medio del artículo 21 y del inciso 3° del artículo 36 de la Ley 100, el Legislador buscó unificar las reglas de IBL en el régimen de prima media; (iii) ese propósito de unificación coincide con los objetivos perseguidos por el Acto Legislativo 01 de 2005, específicamente con los de crear reglas uniformes que eliminen privilegios injustificados y permitan diseñar mecanismos que aseguren la sostenibilidad del sistema -de ahí que la reforma mencione expresamente el artículo 36 de la Ley 100 - la Sala considera que en este caso el vacío que dejará la declaración de inexecutable de la expresión “durante el último año” debe ser llenado acudiendo a las reglas generales previstas en las dos disposiciones de la Ley 100 referidas.</i>	<i>Señaló que el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 que establece el régimen de transición solo aplica en lo que atañe a la edad, tiempo de servicio y número de semanas cotizadas, pero el ingreso base de liquidación, IBL, no es un aspecto de la transición y, por tanto, son las reglas contenidas en la Ley 100 de 1993 las que deben observarse para determinar el monto pensional con independencia del régimen especial al que se pertenezca.</i> <i>Así las cosas, la regla que fijó la Corte Constitucional en la sentencia C-258 de 2013, es reiterada en la SU-230 DE 2015.</i>

No obstante, en el caso particular, a pesar de que el actor argumentó un defecto por desconocimiento del precedente jurisprudencial, en concreto, la sentencia C-230 de 2015 de la Corte Constitucional, la providencia de la que me aparto resolvió confirmar la decisión que negó amparar los derechos alegados por la entidad actora, en la medida en que concluyó que la regla jurisprudencial fijada en la SU-230 de 2015, se hizo extensiva al resto de los regímenes especiales a partir de su publicación, esto es el 6 de julio de 2015, mientras que la providencia enjuiciada en sede de tutela, con la que el Tribunal Administrativo puso fin a la acción de nulidad y restablecimiento del derecho es del 20 de mayo de 2015.

*Por el contrario, acudiendo al precedente de la Corte Constitucional, fijado en la Sentencia C-258 de 2013, sí es posible concluir que desde ese momento correspondía a las autoridades administrativas y judiciales, independientemente del régimen especial, calcular el IBL de los beneficiarios del régimen de transición de conformidad con lo establecido en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, máxime que se trata de una sentencia de constitucionalidad y por ende **tiene carácter inmutable, obligatorio y definitivo**, según el artículo 241 Superior, que encarga la guarda de la integridad y supremacía de la Constitución a la Corte Constitucional.*

En los anteriores términos dejó expuestos los argumentos de mi salvamento de voto”.



CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCIÓN QUINTA

Consejero ponente: ALBERTO YEPES BARREIRO

Bogotá, D.C., once (11) febrero de dos mil dieciséis (2016)

Radicación número: 11001-03-15-000-2015-03258-00(AC)

Actor: MANUEL ANTONIO VELÁSQUEZ BASTO Y OTROS

Demandado: TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DEL VALLE DEL CAUCA

Asunto: Providencia que ampara por cuanto la sentencia de reparación directa cuestionada en tutela incurrió en defecto fáctico toda vez que se acreditó la pérdida de la oportunidad.

Extracto: “(...) En el sub lite los accionantes consideraron que el Tribunal Administrativo del Valle del Cauca, al proferir la sentencia de 15 de mayo de 2015 dentro del proceso de reparación directa por ellos iniciado en contra del INPEC incurrió en desconocimiento del precedente y en defecto fáctico. (...)”

*2.6.2.1. Frente al punto, esta Sala encuentra cardinal recordar que en pronunciamientos de febrero de 2015¹, rectificó su postura en relación con el significado de **precedente y jurisprudencia**, esto en el sentido de indicar que el primer concepto se refiere a “la regla de derecho determinante del sentido de la decisión y su contenido específico, es decir, la ratio decidendi, [la cual] (...) no está atada al número de decisiones, dado que solo basta una providencia en donde se especifique una regla o subregla de derecho” y el segundo, se asimila a la definición de doctrina probable “pero además, también se reserva para las providencias generadas solo por las Altas Corte u órganos de cierre en la jurisdicción”.*

En relación con el precedente, hace especial énfasis la Sala en que la capacidad para crear normas adscritas o subreglas, en razón de nuestra tradición y el carácter jerarquizado del sistema de administración judicial solo puede provenir de los órganos de cierre en las distintas jurisdicciones como una consecuencia de las funciones a ellos asignada por la Constitución y en razón del carácter del Estado Colombiano como una República Unitaria².

*Así pues, como ya se indicó, **el precedente**, entendido como la regla o subregla de derecho creada por el órgano cierre de la respectiva jurisdicción, es obligatorio* porque proviene de los Altos Tribunales u órganos de cierre en Alto Tribunal como para los jueces de inferior jerarquía, quienes conociendo el precedente vertical están obligados a su aplicación.

1 Sentencia de 5 de febrero del 2015, Rad. No. 11001-03-15-000-2014-01312-01, Consejera: Lucy Jeannette Bermúdez y Sentencia de 19 de febrero de 2015, Rad. No. 11001-03-15-000-2013-02690-01 Consejero Ponente: Alberto Yepes Barreiro.

2 CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-631 de 2012. En este fallo expresamente se indica que: “Esta interpretación, cuando es realizada por autoridades investidas de facultades constitucionales de unificación de jurisprudencia, como sucede con las altas cortes de justicia, adquiere carácter vinculante”

2.6.2.3. Ahora bien, en relación con el desconocimiento de las decisiones proferidas por el Consejo de Estado el 10 de agosto de 2001³; 11 de agosto de 2010⁴; 25 de agosto de 2011⁵ y 14 de marzo de 2012⁶, conforme a las cuales se tiene como regla de derecho que existe una **pérdida de la oportunidad** susceptible de ser indemnizado cuando un recluso no recibe oportunamente la prestación del servicio médico asistencial por parte el penal donde se encuentra recluido; encuentra la Sala que estas sentencias contienen las reglas de derecho que debió aplicar el juez de la reparación directa al caso que originó la acción de tutela.

Para efectos metodológicos las sentencias se analizarán así: **(i)** aquella que estableció el **régimen de responsabilidad** aplicable a los casos de prestación del servicio médico por parte del INPEC a sus reclusos; **(ii)** una en la Sala Plena de la Sección Tercera que se desarrolla el concepto de la **pérdida de oportunidad**, sus alcances, límites y forma de indemnización y; **(iii)** dos que exponen **casos similares** al que se analizó en el proceso de reparación directa cuya decisión motivó la interposición de la acción de tutela. (...)

2.6.3.3. Así las cosas, de las providencias citadas como desconocidas por la parte actora, se tienen las siguientes reglas de derecho: (i) el INPEC tiene la obligación de garantizar el derecho a la salud de sus reclusos en atención a la privación de su libertad y condiciones especiales que generan el estado de detención; (ii) cuando se alega un daño como consecuencia de la prestación inadecuada de atención médica por parte de los establecimientos carcelarios su configuración se mira a la luz del título de imputación de la falla del servicio; (iii) cuando se alega la pérdida de oportunidad se pretende la indemnización de un daño consistente en la efectiva pérdida de la probabilidad de lograr un beneficio o de evitar un detrimento; (iv) al recluso le asiste el derecho a que se le indemnice la pérdida de la oportunidad cuando no recibe oportunamente la prestación del servicio médico asistencial por parte del centro de retención donde se encuentra recluido o impide que la reciba de parte del centro médico que tenga las condiciones para atenderlo apropiadamente.

Con sustento en lo anterior, considera la Sala que en el caso concreto fue **desconocido el precedente de la Sección Tercera del Consejo de Estado**, toda vez que, en el caso que motivó la presente tutela, ni siquiera se analizaron los elementos necesario para que pudiese determinar si el INPEC privó al señor Manuel Antonio Velásques de la posibilidad de recibir atención médica adecuada y oportuna que probablemente le hubiese significado un detrimento menor a su condición de salud, como efectivamente los solicitó en la demanda.

Sobre el punto, el Tribunal Administrativo del Valle del Cauca solo se limitó a señalar que si bien la tardanza en la remisión a un centro médico le causó “angustia y desesperación” ello no constituía una pérdida de la oportunidad. Esto, sin indicar los motivos por los cuales en el caso no se cumplían los requisitos decantados por el Consejo de Estado como órgano de cierre de la jurisdicción de lo contencioso administrativo para indemnizar la pérdida de la oportunidad del recluso que no recibió oportunamente la prestación del servicio médico asistencial por parte el penal donde se encontraba recluido.

2.6.3.4. Finalmente, en relación con el desconocimiento de la sentencia de unificación de 28 de agosto de 2014, por medio de la cual, el Pleno de la Sección Tercera “...UNIFIC[O] su jurisprudencia en relación con la indemnización del daño a la salud por lesiones temporales”, encuentra la Sala que no constituye un precedente aplicable al caso teniendo en cuenta que lo que pretendió la parte actora con la interposición de la acción de reparación directa fue la indemnización de la pérdida de la

3 Consejo de Estado. Sección Tercera. Consejero Ponente: Alier Eduardo Hernández Enríquez. Rad. No. 5501-23-31-00-1994-04506-01(12947).

4 Consejo de Estado. Sección Tercera. Consejero Ponente: Mauricio Fajardo Gómez. Rad. No. 05001-23-26-000-1995-00082-01 (18593).

5 Consejo de Estado. Sección Tercera. Consejero Ponente: Mauricio Fajardo Gómez. Rad. No. 25000-23-26-00-1997-03994-01 (19718).

6 Consejo de Estado. Sección Tercera. Consejero Ponente: Enrique Gil Botero. Rad. No. 17001-23-31-00-1999-00338-01 (21848).

oportunidad del señor Manuel Antonio Velásquez en recibir una atención médica oportuna y adecuada y no que se le indemnizara por la lesión que sufrió su corazón en sí, que además, dicho sea de paso, no es de carácter temporal.

2.6.2. *En relación con el defecto fáctico, los peticionarios aseguraron que en el fallo de segunda instancia, la autoridad judicial acusada concluyó erradamente que “no existía prueba” de las demoras en las que incurrió el INPEC para trasladar al señor Manuel Antonio Velásquez al centro hospitalario, aún cuando en el expediente existían pruebas abundantes sobre el punto, que de haber sido valoradas en su integralidad hubiesen llevado a proferir un fallo condenatorio en contra del demandado. (...)*

2.6.2.3. *Los peticionarios en su escrito de tutela fueron claros y específicos al delimitar las pruebas que, a su juicio, el Tribunal Administrativo del Valle del Cauca omitió valorar aun cuando fueron debidamente aportadas al proceso y obraban en el expediente, cuáles apreció de manera contraria la sana crítica o de manera caprichosa y; las implicaciones que tal ejercicio probatorio defectuoso tuvo en el fallo de segunda instancia que terminó por negar las pretensiones de la demanda de reparación directa.*

Para la Sección Quinta del Consejo de Estado, la valoración probatoria hecha por el tribunal administrativo acusado, no corresponde a un análisis integral ni sustentado en criterios objetivos, lo que constituye una vulneración de los derechos fundamentales al debido proceso y de acceso a la administración de justicia de la parte actora por las razones que pasan a explicarse:

Primero, *corroborar la Sala que de las historias clínicas Nos. 1785904 y 17300689 correspondientes a la situación médica del señor Manuel Antonio Velásquez, diligenciadas por el Hospital de Buenaventura y el Hospital Universitario del Valle, respectivamente, resultaba claro que aquél sufrió un infarto de miocardio que, para el 7 de marzo de 2004, tenía 3 días de evolución y que para el 10 de marzo de 2004 su patología presentaba 8 días de evolución. Infarto como consecuencia del cual su corazón sufrió un necrosamiento del 75%.*

Además, valorado el Formulario de Dictamen para calificación de la pérdida de la capacidad laboral y determinación de la invalidez de 26 de agosto de 2011, la Junta Regional de Calificación de Invalidez de Bogotá, determinó una pérdida de capacidad laboral para el señor Velásquez Basto del 50,01%.

Asimismo, verificados los testimonios rendidos dentro del proceso de reparación directa, encuentra la Sala que de la declaración del señor José Hernando Sinisterra García, recluso y compañero de celda del señor Manuel Antonio Velásquez, se puede concluir con certeza que: (i) desde el 6 de marzo de 2004 el señor Manuel Antonio Velásquez presentó un dolor agudo en el pecho en conocimiento de los guardías del centro carcelario de Buenaventura; (ii) la atención médica prestada al recluso en el centro penitenciario se limitó a brindarle medicamentos para el dolor; (iii) aun cuando el reo insistió en que el dolor que sufría era desmedido los guardías sin mayores consideraciones le manifestaron que no creían en su dolor, que debía esperar el cambio de guardia para que se le prestara cualquier atención médica y que por ser un día de visita en el penal era imposible trasladarlo a un centro médico y; (iv) el traslado del actor se hizo efectivo solo cuando los demás detenidos y visitantes del penal hicieron una protesta enérgica ante la falta de atención a su condición de salud.

Para la Sección Quinta no existe ningún motivo válido para restar credibilidad al dicho del mencionado testigo, que dio cuenta de la tardanza en la remisión de su compañero a un centro hospitalario, aun cuando fue reconocido por el propio Tribunal Administrativo del Valle del Cauca “como único testigo directo de los hechos ocurridos en la fecha anotada”.

Contrario a lo concluido por el Tribunal Administrativo del Valle del Cauca, dadas las circunstancias particulares del caso, esto es la privación de la libertad a la que se encontraba sometido el señor Velásquez Basto, el señor José Hernando Sinisterra García su compañero de reclusión, era quien podía testificar acerca de las circunstancias en los que ocurrieron los hechos en el Centro Carcelario de

Buenaventura, testimonio que además no fue controvertido ni desvirtuado por el INPEC en su calidad de demandado.

*Frente al punto, debe recordarse que en el ordenamiento jurídico colombiano **no existe una tarifa legal** y que en tal medida, no existe para el caso una única forma o una más idónea que otra para demostrar la inadecuada atención médica del actor por parte del centro penitenciario y la tardanza del INPEC en su remisión al Hospital de Buenaventura.*

Adicionalmente, encuentra la Sección que contrario a lo que afirma la autoridad acusada, quien concluyó que no existía prueba en el caso que diera cuenta de la enérgica protesta de los reclusos del penal ante la falta de atención del señor Velásquez, de acuerdo con las versiones rendidas por las señoras Gloria Gregoria Quiñones Mesa y Cruz Mabel Asprilla Murillo, quienes se encontraban ese día de visita en el penal se pudo constatar que la remisión del señor Manuel Antonio Velásquez Basto se dio luego de una revuelta en la cárcel.

Segundo, de las pruebas allegadas al proceso se logró determinar con plena certeza que el señor Velásquez Basto sufrió un infarto de miocardio que le provocó una necrosis cardíaca del 75% y una pérdida de capacidad laboral del 50,01%.

*Y, contrario a lo que afirma la autoridad judicial acusada, en el caso se logró acreditar más allá de toda duda razonable, que el señor Velásquez Basto estuvo recluido en el penal por más de 5 días sin recibir cuidados médicos adecuados y oportunos para su quebranto de salud. Así pues, aunque no existe plena certeza de que una atención médica en las condiciones mencionadas hubiese evitado las secuelas que sufrió como consecuencia del infarto, **no hay duda sobre el hecho de que la demora en el traslado del reo le quitó la oportunidad de recibir ayuda médica que pudiera evitar un daño mayor a su salud u obtener un resultado más favorable respecto de su patología.***

Considera la Sección Quinta que el juez ordinario sustentó su conclusión en consideraciones subjetivas al indicar que como el señor José Hernando Sinisterra García fue el único que testificó en relación con la tardanza del INPEC en la remisión a un centro hospitalario “... la tardanza no constituía una pérdida de la oportunidad”.

Así lo concluyó el Tribunal:

“... aunque resultaba indiscutible que el agotamiento del trámite para el traslado del señor Velásquez Basto pudo ocasionarle angustia y desesperación, (...) no constituye una pérdida de oportunidad para aquel, pues no puede dejarse de lado que el traslado que ameritaba aquel debía hacerse dentro de los parámetros mínimos de seguridad, el que al parecer se complicó debido a que en aquella fecha coincidentemente, los reclusos eran visitados por sus familiares, momento en los que la seguridad debe extremarse en el centro para evitar posibles fugas (...) [Además] aún cuando en la demanda y el recurso se asevera que fue una enérgica protesta de los reclusos del penal la que permitió el traslado del preso al centro de salud, nada de ello se probó en la respectiva instancia”.

Lo anterior se debe a que una valoración del conjunto de todas las pruebas allegadas al proceso permite establecer con meridiana claridad que sí existió una demora injustificada en la prestación atención médica adecuada, derivada del traslado tardío al centro hospitalario por parte del INPEC.

*Por ello y como precisamente lo que buscó la parte demandante al interponer la demanda de reparación directa fue que se declarara la responsabilidad del INPEC por su “... la negligencia y el retardo en la prestación médica requerida por el señor Manuel Antonio Velásquez Basto, con motivo del infarto de miocardio que lo aquejó estando recluido en la cárcel de Buenaventura, con consecuencias gravísimas para su salud y detrimento de su oportunidad de vida” o, dicho en otras palabras, que se le indemnizara la **pérdida de oportunidad** de recibir un tratamiento médico adecuado, **basta con que***

la parte actora probara la tardanza en la remisión del señor Manuel Antonio Velásquez al centro médico, aunque esta no fuera la causa determinante de la necrosis del 75% de su corazón.

Como ya se indicó al desarrollar el cargo de desconocimiento del precedente, aunque no exista certeza de que aún si la administración hubiere actuado con la mencionada diligencia la víctima no hubiere sufrido un daño de tal magnitud en su salud, lo cierto es que si el INPEC hubiese obrado de esa manera, no le habría hecho perder al interno el chance de que su condición médica fuese más favorable, en la medida en que de la simple lógica se tiene que de habersele prestado una atención hospitalaria más temprana a su patología coronaria, esto es tres días antes cuando fue requerida por el detenido, lo esperable era que el daño a su salud no hubiese sido de tal magnitud o fuese menor.

En virtud de lo anterior, considera la Sección Quinta del Consejo de Estado que el cargo de defecto fáctico propuesto por la parte actora debe prosperar.

2.7. Conclusión

De conformidad con lo expuesto en precedencia, la Sala amparará los derechos fundamentales a la igualdad, al debido proceso y de acceso a la administración de justicia de los tutelantes, toda vez que se encontraron configurados las causales específicas de procedibilidad de la acción de tutela contra providencia judicial de defecto fáctico y desconocimiento del precedente. Y, en consecuencia, dejará sin efectos la sentencia de 15 de mayo de 2015 por el Tribunal Administrativo del Valle del Cauca dentro del proceso de reparación directa número 76001-33-31-001-2006-00147

Asimismo, teniendo en cuenta que el juez constitucional no puede reemplazar al ordinario, le ordenará a la autoridad acusada que profiera una decisión de reemplazo en la que se observen los lineamientos de esta providencia, esto es, determine si conforme a las normas aplicables al caso, las pruebas obrantes en el expediente y el precedente fijado frente al particular, debe indemnizarse la pérdida de oportunidad alegada por la parte actora. (...)

Decisión: “AMPARAR los derechos fundamentales a la igualdad, al debido proceso y de acceso a la administración de justicia de los señores Manuel Antonio Velásquez Basto, Gloria Segura Guerrero, Fernando Velásquez González, Manuel Antonio Velásquez Segura, Ana Lucía Velásquez Segura, Hernán Seir Velásquez González, Jhon Alexander Velásquez González, Fabian Manuel Velásquez González y Oscar Javier Velásquez González, de acuerdo con las consideraciones expuestas en la presente providencia.

En consecuencia, DEJAR SIN EFECTOS la sentencia proferida el 15 de mayo de 2015 por el Tribunal Administrativo del Valle del Cauca dentro del proceso de reparación directa número 76001-33-31-001-2006-00147 iniciado por la parte actora en contra del INPEC.

ORDENAR al Tribunal Administrativo del Valle del Cauca que dentro los treinta (30) días siguientes a la notificación de este fallo, dicte una providencia de reemplazo de acuerdo con los lineamientos expuesto en esta sentencia.

NOTIFICAR a las partes y los intervinientes en la forma prevista en el artículo 30 del Decreto 2591 de 1991.

Si no fuere impugnada esta decisión dentro de los tres (3) días siguientes a su notificación, al día siguiente a su ejecutoria, REMITIR el expediente a la Corte Constitucional para su eventual revisión”.

LUCY JEANNETTE BERMÚDEZ BERMÚDEZ
Presidenta

ROCÍO ARAÚJO OÑATE
CARLOS ENRIQUE MORENO RUBIO
ALBERTO YEPES BARREIRO

CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCIÓN QUINTA

Consejero ponente: ALBERTO YEPES BARREIRO

Bogotá, D.C., dos (2) de junio de dos mil dieciséis (2016)

Radicación número: 70001-23-33-000-2016-00057-01(AC)

Actor: DEFENSOR DEL PUEBLO DE SUCRE

Demandado: NACIÓN, MINISTERIO DE SALUD Y DE LA PROTECCIÓN SOCIAL Y OTROS

Asunto: Sentencia de tutela que ampara los derechos de la población carcelaria de Sincelejo debido a la falta de atención en salud y de medidas tendientes a superar la epidemia de varicela que atraviesa el penal.

Extracto: “3.5. El derecho a la salud de los reclusos en las cárceles de Colombia

*Como se dijo en precedencia, dentro de las obligaciones que surgen al Estado colombiano como garante del poder punitivo, está el respeto hacia la **dignidad humana** de las personas que se encuentren reclusas en un establecimiento penitenciario y carcelario. Exigencia que obedece al mandato imperativo expresado dentro de las distintas obligaciones acogidas en el ordenamiento jurídico y que constituyen el bloque de constitucionalidad.*

3.5.1. A partir de la sentencia T-153 de 1998 se puso en conocimiento de las autoridades la existencia notoria del Estado de Cosas Inconstitucional que subyacía en las distintas cárceles del país. Así, fueron ordenadas una serie de medidas y previsiones en atención a que “las condiciones de vida en los penales colombianos vulneran evidentemente la dignidad de los penados y amenazan otros de sus derechos, tales como la vida y la integridad personal”.

3.5.2. Debido a la difícil situación que atraviesan los internos la Corte Constitucional ha dicho que en materia de salud “las deficiencias en la atención médica, los numerosos trámites administrativos a los cuales debe someterse un recluso del centro penitenciario” son consideradas situaciones que denotan un abierto desconocimiento del orden constitucional.

*3.5.3. La Constitución Política de 1991, en su artículo 49, señala que **la atención de la salud** y el saneamiento ambiental son servicios públicos a cargo del Estado y que, se garantiza a todas las personas el acceso a los servicios de promoción, protección y recuperación de aquella, conforme a los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad.*

Vista así la situación, se tiene que Colombia se proclama como un Estado Social de Derecho, luego en aplicación de las disposiciones contenidas en el artículo 13 Superior, las condiciones de igualdad real y efectiva para adoptar medidas en favor de la población carcelaria, se torna en un asunto de especial cuidado para ser amparado a través de la acción de tutela, toda vez que el Estado tiene una posición de garante sobre esta población.

Ciertamente las personas que se hallan privadas de la libertad en los establecimientos penitenciarios y carcelarios deben garantizárseles el goce efectivo de sus derechos fundamentales.

En consecuencia deben ser asistidas en cuanto a las necesidades que demande la complejidad de su afección.

3.5.4. La jurisprudencia de esta Corporación ha señalado que la salud es considerada un servicio público y un derecho fundamental a la vez, (artículo 5 constitucional) y como tal debe ser suministrada de manera eficiente (artículo 365 Constitución Política).

Es así, como en desarrollo del principio de eficiencia, la jurisprudencia del Tribunal Constitucional ha establecido el principio de continuidad de la prestación del servicio público como “una necesidad de interés general” que no puede, ni debe ser discontinua ya que “toda interrupción puede ocasionar problemas graves para la vida colectiva. La prestación del servicio público no puede tolerar interrupciones”.

3.5.5. *Por otra parte, la salud como derecho fundamental, debe ser garantizado a toda la población colombiana sin distinción alguna, y en el caso de los reclusos, dicha obligación recae en manos de las autoridades carcelarias. Cuando una persona es privada de su libertad por parte del Estado, éste debe asumir la responsabilidad de garantizar al recluso su derecho a la salud, a través de las correspondientes autoridades carcelarias, ello en virtud a que, al verse privada de la libertad, la persona no puede hacer uso espontáneo del Sistema General de Seguridad Social en su régimen contributivo o subsidiado.*

Pues recuérdese que conforme con el artículo 104 de la Ley 65 de 1993 las autoridades carcelarias tienen la obligación de garantizar a los reclusos no solo una atención médica oportuna y eficiente, sino que además, deben asegurar que las prescripciones médicas como exámenes, medicamentos, intervenciones, cirugías, o cualquier otro procedimiento requerido por el interno, sean efectivamente realizados. (...)

3.5.6. *En reciente pronunciamiento, sentencia T-127 de 2016, la Corte Constitucional, en atención al fallo T-762 de 2015, reiteró la obligación a cargo del Estado de garantizar a las personas privadas de la libertad el acceso efectivo y oportuno a los servicios de salud. (...)*

Igualmente, en dicha providencia se explicó el objeto del denominado Modelo de Atención en Salud, implementado para la población privada de la libertad y previsto en el Decreto 2245 y la Resolución 5159, ambas, de 2015. (...)

3.6.1. De la protección al derecho fundamental a la salud de los internos e internas del Establecimiento Penitenciario y Carcelario de Mediana Seguridad de Sincelejo

En el presente asunto y como lo expuso el Defensor del Pueblo de Sucre, en el penal de Sincelejo 105 internos e internas que requieren la prestación de servicios de salud, de conformidad con las historias clínicas aportadas, (...)

Sin embargo, toda vez que estas personas no han recibido la atención médica y como quedó expuesto en los acápites precedentes, debe brindárseles los servicios médicos requeridos para que con ello puedan superar sus patologías, la Sala adicionará la sentencia impugnada e impartirá la orden a las demandadas de realizar (i) el “triage” o priorización de patologías que se presentan en el penal de Sincelejo (ii) las gestiones necesarias para que los internos e internas referidos y que presenten actualmente algún tipo de patología o necesiten de los servicios de salud en el Establecimiento Penitenciario y Carcelario de Mediana Seguridad de Sincelejo, de conformidad con el “triage” o priorización antes mencionado reciban la atención en salud requerida, así como también el respectivo tratamiento integral, dentro de las 48 horas siguientes a la notificación de esta sentencia.

3.6.2. Respecto a la epidemia de varicela presentada en el Establecimiento Penitenciario y Carcelario de Mediana Seguridad de Sincelejo.

Frente a este aspecto, la Sala considera necesario ordenar a las accionadas que, de conformidad con el citado y expuesto “Modelo de Atención en Salud implementado para la población privada de la libertad”, previsto en el Decreto 2245 y la Resolución 5159, ambos, de 2015, se realicen y adelanten todas las acciones individuales y colectivas para garantizar el control del virus, superar el brote y realizar una adecuada vigilancia epidemiológica del evento de varicela que se presenta en la cárcel de Sincelejo, incluidas las siguientes ordenes de manera urgente:

1. Frente a la población interna del penal:

Ordenar el aislamiento respiratorio y de contacto de todos los casos infecciosos con las demás personas privadas de la libertad.

- *Ordenar realizar brigadas de salud.*
- *Ordenar jornadas de fumigación y de desinfección de áreas de aislamiento contaminadas.*
- *Ordenar la aplicación de las vacunas y demás medicamentos contra la mentada patología.*
- *Entregar a todos los reclusos implementos que permitan aislar el virus tales como tapabocas o caretas.*
- *Procurar el mejoramiento de las instalaciones locativas en donde se ubiquen los casos infecciosos.*

2. Frente a la población externa del penal:

- *Ordenar que en la entrada, recepción o ingreso del penal, se publique un aviso de gran tamaño y se informe a los visitantes que en las instalaciones se presenta una epidemia de varicela, así como la recomendación de ingresar con tapabocas o la protección pertinente.*

Finalmente, frente a las disposiciones asociadas a cada caso concreto y en general todas las órdenes dictadas en esta sentencia, se exhortará al Defensor del Pueblo accionante para que vigile su cumplimiento.”

Decisión: “NEGAR la nulidad alegada por el Patrimonio Autónomo PAP Consorcio Fondo de Atención en Salud PPL 2015, de conformidad con lo expuesto en esta providencia.

CONFIRMAR la sentencia de 11 de marzo de 2016, proferida por el Tribunal Administrativo de Sucre, que amparó los derechos fundamentales a la vida, a la salud y a la dignidad humana de los internos del Establecimiento Penitenciario y Carcelario de Mediana Seguridad de Sincelejo

MODIFICAR la orden de estarse a lo resuelto en la sentencia T-762 de 2015, pero bajo el entendido que dichas disposiciones están dirigidas a superar el estado de cosas inconstitucional presentado en el Sistema Penitenciario y Carcelario y que las mismas son complementarias y aplicables a este caso concreto.

ADICIONAR la sentencia de 11 de marzo de 2016, proferida por el Tribunal Administrativo de Sucre con las siguientes ordenes de carácter particular y urgente, que deberán ser atendidas por todas las autoridades aquí demandadas:

1. ORDENAR a la Unidad de Servicios Penitenciarios y Carcelarios -USPEC- que, dentro de las 48 horas siguientes a la notificación de esta sentencia, inicie las actuaciones pertinentes, a través de Caprecom E.I.C.E. en Liquidación - Patrimonio Autónomo PAP Consorcio Fondo de Atención en Salud PPL 2015 – Fiduprevisora S.A, que prestan el servicio de salud en el Establecimiento Penitenciario y Carcelario de Sincelejo, para que realicen el “triage” o priorización de patologías a todos los internos del penal de Sincelejo.

2. ORDENAR a la Unidad de Servicios Penitenciarios y Carcelarios -USPEC- que, dentro de las 48 horas siguientes a la notificación de esta sentencia, inicie las actuaciones pertinentes, a través de Caprecom E.I.C.E. en Liquidación - Patrimonio Autónomo PAP Consorcio Fondo de Atención en Salud PPL 2015 – Fiduprevisora S.A, que prestan el servicio de salud en el Establecimiento Penitenciario y Carcelario de Sincelejo, para que garanticen la atención integral y necesaria en salud de los internos e internas relacionados en el cuadro 1 del presente fallo y de todos los reclusos del penal, de acuerdo con el “triage” o priorización de

patologías ordenado en el numeral anterior, y sean evaluados por los médicos especialistas, y suministren los medicamentos y los tratamientos médicos necesarios para las enfermedades que los aquejan.

3. ORDENAR al Director del Establecimiento Penitenciario y Carcelario de Sincelejo que disponga de lo necesario para que los internos e internas relacionados en el cuadro 1 del presente fallo y los demás reclusos que presenten patologías o que vean afectada su salud, les sean prestados los servicios de salud que requieran de manera oportuna, adecuada y eficaz, esto es, que se facilite su traslado y realicen los trámites administrativos y logísticos necesarios para que los accionantes accedan a los servicios de salud, ya sea dentro o fuera del centro penitenciario.

4. ORDENAR al Ministerio de Salud y de la Protección Social, la Superintendencia Nacional de Salud, el municipio de Sincelejo, el departamento de Sucre, el Director del Establecimiento Penitenciario y Carcelario de Sincelejo, a Caprecom E.I.C.E. en Liquidación, el Patrimonio Autónomo PAP Consorcio Fondo de Atención en Salud PPL 2015 – Fidupervisora S.A, a la Unidad de Servicios Penitenciarios y Carcelarios USPEC, el Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario INPEC, que de manera mancomunada y de conformidad con el “Modelo de Atención en Salud implementado para la población privada de la libertad”, previsto en el Decreto 2245 y la Resolución 5159, ambos, de 2015, se realicen las siguientes actuaciones urgentes con el fin de controlar y superar la epidemia de varicela que se presenta en el Establecimiento Penitenciario y Carcelario de Sincelejo:

- Aislar y evitar el contacto de los casos infecciosos de varicela con las demás personas privadas de la libertad del Establecimiento Penitenciario y Carcelario de Sincelejo.
- Realizar jornadas con brigadas de salud.
- Realizar jornadas de fumigación y de desinfección de áreas de aislamiento contaminadas.
- Aplicación de vacunas y demás medicamentos contra la mentada patología.
- Entregar a todos los reclusos implementos que permitan aislar el virus tales como tapabocas o caretas.
- Procurar el mejoramiento de las instalaciones en donde se ubiquen los casos infecciosos.
- Instalar en la entrada, recepción o ingreso del penal de Sincelejo, un aviso en el que se informe a los visitantes que en las instalaciones se presenta una epidemia de varicela, así como la recomendación de ingresar con tapabocas o la protección pertinente.

4. EXHORTAR al Defensor del Pueblo de Sucre para que vigile y realice el seguimiento de las disposiciones asociadas a cada caso concreto y en general todas las órdenes dictadas en esta sentencia, con el fin de obtener su cumplimiento por parte de las accionadas.

5. ADVERTIR a las autoridades accionadas que por ningún motivo de carácter administrativo puede verse afectado el goce efectivo del derecho a la salud de las personas privadas de la libertad, quienes no tienen por qué asumir las consecuencias de trámites administrativos, ni los cambios de las autoridades competentes y encargadas de asumir la prestación de ese servicio, toda vez que como se expuso están en la obligación de adoptar todas las medidas que consideren necesarias para garantizar de manera oportuna y efectiva el acceso a los tratamientos, medicamentos y servicios de salud a la población carcelaria de Sincelejo. Bajo ese entendido, en ejercicio de sus funciones, deben garantizar en todos los casos el acceso oportuno, adecuado y eficaz a los servicios de salud.

NOTIFÍQUESE a las partes y los intervinientes en la forma prevista en el artículo 30 del Decreto 2591 de 1991.

Alberto Yepes Barreiro

REMÍTASE el expediente a la Corte constitucional para su eventual revisión, dentro de los diez (10) días siguiente a la ejecutoria de esta providencia, previo envío de copia de esta proveído al tribunal de origen”.

LUCY JEANNETTE BERMÚDEZ BERMÚDEZ
Presidenta

ROCÍO ARAÚJO OÑATE
CARLOS ENRIQUE MORENO RUBIO
ALBERTO YEPES BARREIRO

CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCIÓN QUINTA

Consejero ponente: ALBERTO YEPES BARREIRO

Bogotá, D.C., dos (2) de junio de dos mil dieciséis (2016)

Radicación número: 11001-03-15-000-2015-03146-01(AC)

Actor: RICARDO VILLARRAGA FRANCO Y OTROS

Demandado: TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CUNDINAMARCA, SECCIÓN TERCERA, SUBSECCIÓN “C” EN DESCONGESTIÓN Y OTRO

Asunto: Tutela que ampara los derechos fundamentales del actor toda vez que no se le dio el valor probatorio que la jurisprudencia le ha reconocido a los reportajes y noticias difundidos por los medios de comunicación.

Extracto: “(…) **2.7.1.** En el caso sub examine, para no redundar en aspectos que la Sala narró con detalle en el acápite de antecedentes, los peticionarios consideran lesionados sus derechos fundamentales a la igualdad, al debido proceso y de acceso a la administración de justicia, así como los principios de presunción de inocencia y de tutela judicial efectiva como consecuencia de las decisiones adoptadas en sentencia de 31 de octubre de 2014 y 28 de mayo del 2015, dictadas respectivamente por el Juzgado Trece Administrativo de Descongestión de Bogotá y el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Tercera, Subsección “C” de Descongestión. (...)”

2.7.3. Pues bien, respecto del primer argumento de impugnación relativo al **desconocimiento del precedente del Consejo de Estado**, encuentra la Sala que le asiste la razón a la parte actora al señalar que las autoridades judiciales omitieron el criterio del Órgano de Cierre de la jurisdicción de lo contencioso administrativo, por las razones que pasan a explicarse:

2.7.3.1. En la providencia de segunda instancia que se acusa, esto es, la sentencia de 28 de mayo de 2015 el juez natural de la causa consideró que no existían pruebas dentro del proceso que acreditaran que la Fiscalía General de la Nación y la Policía Nacional hubiesen acusado de manera arbitraria “... al Doctor Ricardo Villarraga Franco como un narcotraficante, lavador de dinero, perteneciente a una organización delictiva y que fue desmantelada bajo la operación denominada por la propia Fiscalía y la Policía como ‘Cuenca del Pacífico’”.

Consideró que las pruebas aportadas por la parte actora para sustentar sus pretensiones carecían de valor probatorio por tratarse de CDS, DVDS y recortes de periódicos.

Así lo expuso la autoridad judicial acusada “...por tratarse de las informaciones publicadas en diarios que no p[odían] ser consideradas dentro de un proceso como una prueba testimonial, porque adolec[ían] de las ritualidades propias de este medio de prueba: no fueron rendidas ante funcionario judicial, ni bajo la solemnidad del juramento, ni se dio la razón de su dicho (art. 227 CP.C)” y porque tampoco ofrecían veracidad en tanto se “limita[ban] a dar cuenta de la existencia de la afirmación del tercero, pero las afirmaciones allí expresadas deb[ían] ser ratificadas ante el juez, con el cumplimiento de los demás requisitos para que puedan ser apreciadas como prueba testimonial. De modo que el relato de los hechos no resulta probado a través de las publicaciones periodísticas a que se alude en la demanda, habida consideración que no configura medio probatorio alguno de lo debatido en el proceso, pues tan sólo constituyen la versión de quien escribe, quien a su vez la recibió de otro desconocido para el proceso”.

No obstante lo anterior, es decir aunque inicialmente se señaló que los documentos aportados por el actor no tenían valor probatorio por corresponder a información pública o emitida en los medios de comunicación escritos y televisivos; el Tribunal acusado concluyó que si bien el General Gilberto Ramírez (Policía Nacional) y la Doctora Margarita Durán de León (Fiscalía General de la Nación), aparecieron en el contexto de la noticia, dando declaraciones sobre la operación denominada “Cuenca

del Pacífico”, no lo hicieron señalando al señor Ricardo Villarraga, como un narcotraficante o lavador de activos.

2.7.3.2. Frente al asunto materia de debate en esta tutela, de un lado, el **valor probatorio** de noticias, opiniones, reportajes, columnas en los diversos medios de comunicación y, de otra parte la **responsabilidad del Estado** por la falla en su deber de administrar la información de forma que se protejan los derechos al buen nombre, honra e intimidad, la Sección Tercera del Consejo de Estado, en la sentencia de 19 de noviembre de 2012¹ que la parte actora cita como desconocida, al estudiar de un proceso de reparación directa iniciado en contra de la Nación, Ministerio de Defensa, Policía Nacional consideró:

“[la administración, puede ser responsable] por liberar, filtrar o manejar indebidamente (bien sea por activa, o por pasiva) información, que está en cabeza de las autoridades públicas, catalogada como reservada (o propia de organismos de inteligencia), o que hace parte de procesos de investigación policial, a los medios de comunicación, y de la que se hizo desprender sospechas, sindicaciones, presunciones e, incluso, imputaciones contra los actores, y que generó en los receptores de la misma, desinformación y asociaciones lesivas a los derechos subjetivos de los demandantes, ya que las iniciales y apellidos indicados en la nota periodística y en prensa fueron relacionadas con los nombres de aquéllos, considerando que éstos se encontraban ejerciendo actividades ilícitas relativas al narcotráfico, lo que generó un daño antijurídico acreditado con los medios de prueba obrantes en el expediente y que, se confirma en todas sus partes lo dicho por los demandantes, respecto del cual cabe hacer el juicio de imputación respectivo”.

En la sentencia mencionada el Órgano de Cierre de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, centró su análisis en determinar si hubo influencia y acción determinante de las entidades demandadas en la información emitida públicamente que generó un daño antijurídico consistente en el menoscabo y la restricción indebida, anormal y antijurídica del ejercicio eficaz de los derechos al buen nombre y a la honra de los demandantes.

Como punto de partida de su estudio la Sección Tercera hizo referencia al **valor probatorio** de “la copia simple de unos recortes de prensa que indicó que correspondían a los diarios El País de Cali y El Tiempo, así como un video en VHS correspondiente a la nota periodística originada por el entonces noticiero Q.A.P el 23 de octubre de 1996 transmitido en el horario de las 9:30 de la noche”. Expresó que tales medios probatorios, de acuerdo con la posición de la Sala Plena de la jurisdicción de lo Contencioso Administrativo en sentencia de 29 de mayo de 2012², podían ser considerados como prueba documental.

La sentencia que se invocó como desconocida se señaló que “la publicación periodística que realice cualquiera de los medios de comunicación puede ser considerada prueba³ documental”⁴, pero que “cualquier género periodístico que relate un hecho (reportajes, noticias, crónicas, etc.), en el campo probatorio puede servir solo como indicador para el juez, quien a partir de ello, en concurrencia con

1 Consejero Ponente: Jaime Orlando Santofimio Gamboa, Rad. No. 76001-23-31-000-1998-01510- 01 (25506)

2 Radicación No: 11001-03-15-000-2011-01378-00 (PI).

3 Esta Corporación ha reiterado que los artículos publicados en la prensa escrita pueden apreciarse por el juez como prueba documental solo para tener “(...) certeza sobre la existencia de la información, pero no de la veracidad de su contenido”. Sobre el mérito probatorio de las publicaciones de prensa como prueba en los procesos se encuentran también las siguientes providencias: sentencia de 27 de junio de 1996, expediente: 9255; sentencia de 15 de junio de 2000, expediente: 13338; sentencia de 10 de noviembre de 2000, expediente: 18298; sentencia de 25 de enero de 2001, expediente: 3122, sentencia de 31 de enero de 2011 expediente: 17842, entre otras.

4 El artículo 251 del C.P.C. dispone que son documentos los escritos, impresos, planos, dibujos, cuadros, fotografías, cintas cinematográficas, discos, grabaciones magnetofónicas, radiografías, talones, contraseñas, cupones, etiquetas, sellos y, en general, todo objeto mueble que tenga carácter representativo o declarativo, y las inscripciones en lápidas, monumentos, edificios o similares.

otras pruebas regular y oportunamente allegadas al proceso, podría llegar a constatar la certeza de los hechos (...)”.

De esta manera, la Sección Tercera consideró que para el caso de estudio de aquella oportunidad, la grabación correspondiente a la noticia y los recortes de periódicos debían ser valoradas junto con todo el acervo probatorio, para así constatar la certeza de los hechos objeto del litigio.

Hecha esta precisión, en el mencionado caso la Sección Tercera consideró que debía analizarse la **responsabilidad de las entidades demandadas por el daño antijurídico ocasionado**, que “... comprend[ía] la vulneración de derechos reconocidos no sólo constitucionalmente, sino también consagrados en la Convención Americana de Derechos Humanos”, esto atendiendo al deber del Estado de administrar de manera adecuada la información de la que es titular a efecto de garantizar efectivamente los derechos fundamentales a la honra, buen nombre e intimidad.

Agregó que en esos casos se verifica la tensión entre el acceso a la información que reposa en cabeza del Estado (de sus autoridades judiciales o policiales), como expresión del sistema democrático, y el respeto de los derechos al buen nombre, honra e intimidad de todo administrado, los cuales deben ser garantizados por las autoridades, incluso, por aquéllas que cumplen funciones administrativas, en especial, “...por las autoridades de Policía cuando desarrollan funciones de inteligencia, teniendo en cuenta que la información que éstos poseen, debe ser administrada y manejada, debida y razonablemente, bajo ciertos parámetros y límites propios de la reserva, o que se aconsejen en función de la tutela efectiva de los derechos de los administrados que puedan ser vulnerados”

En el mismo sentido precisó que “cuando el Estado tiene información relacionada con actividades ilícitas, y ésta se encuentra enmarcada con un carácter reservado, de inteligencia, o hace parte de un proceso de investigación policial, su deber de protección de los derechos que por virtud de dicha información puedan resultar vulnerados, restringidos o lesionados se refuerza y consolida, ya no sólo por los estrictos mandatos normativos ordinarios, sino también como resultado del deber positivo de protección de bienes jurídicos constitucionales y convencionales como al buen nombre y a la honra, reconocidos en los artículos 11 de la Convención Americana de Derechos Humanos y en el artículo 17 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos”

El anterior análisis para concluir que estaba probada la falla en el servicio por el incumplimiento e indebido manejo de la información, ya que las entidades demandadas debían atender a los deberes positivos en los que se consagraban las condiciones mínimas de la recolección, evaluación, análisis y divulgación de la información, como es la identificación plena de los sujetos activos, sus datos personales, sus actividades, antecedentes, etc., dado que si se maneja indebidamente la información y se difunde, o se da a conocer al público a través de un medio de comunicación, noticias incompletas, parcializadas, inciertas, etc., se genera un menoscabo en los derechos personalísimos de quienes por un desacierto en la información, son sindicados por la opinión pública. (...)

De esta manera, en la sentencia de **19 de noviembre de 2012 el Consejo de Estado, Sección Tercera que fue citada como desconocida por los peticionarios**, encontró probada la falla del servicio por parte de la Policía Nacional “...por el indebido manejo de la información que es endilgable a las entidades demandadas, produjo, además, como consecuencia, que el medio de comunicación haya sido inducido en error para generar un impacto indebido, anormal y vulneratorio de los demandantes ante la opinión pública de su comunidad”.

2.7.3.3. En conclusión advierte la Sala que de la providencia de 19 de noviembre de 2012 pueden extraerse dos reglas de derecho:

Por un lado, que los reportajes, fotografías, entrevistas, crónicas que aparecen en los diversos medios de comunicación son representativos del hecho que se dice registrar, pero no sirven para probar, por sí solos, la existencia de lo que en ellos se plasma, dice, narra o cuenta, pues estos, para que tengan valor probatorio deben ser valorados en conjunto con los medios de prueba allegados al proceso.

Y de otra parte, que el Estado debe responder por el indebido manejo de la información relacionada con actividades ilícitas y ésta se encuentra enmarcada con un carácter reservado, de inteligencia, o hace parte de un proceso de investigación policial su deber de protección de los derechos que por virtud de dicha información puedan resultar vulnerados, restringidos o lesionados se refuerza y consolida.

2.7.3.4. *En vista de lo anterior, considera la Sección Quinta que la autoridad judicial demanda incurrió en desconocimiento del precedente judicial citado toda vez que (t) consideró que los recortes de prensa, noticias, opiniones, reportajes y columnas en los diversos medios de comunicación carecían por completo de valor probatorio, sin tener en cuenta que lo que las parte actora pretendía probar con ellos era la existencia misma de la “noticia calmuniosa” y sin valorarlos con los demás medios de prueba valorados en conjunto, como, solo para mencionar un ejemplo el Oficio radicado No. 049882 de 28 de mayo de 2014 en el que la Dirección de Investigación Criminal e INTERPOL en el que se indicó “... los cargos formulados al señor Ricardo Villarraga Franco fueron por el delito de obstrucción, influencia e impedimento a un proceso oficial...”, documento al que se adjunto una copia auténtica del organigrama elaborado por la DIJIN de la organización criminal “Cuenca del Pacífico” difundido en los medios de comunicación y en el que aparece incluido el señor Ricardo Villarraga Franco.*

Y también (tt) porque concluyó que si bien el General Gilberto Ramírez (Policía Nacional) y la Doctora Margarita Durán de León (Fiscalía General de la Nación), aparecieron en el contexto de la noticia, dando declaraciones sobre la operación denominada “Cuenca del Pacífico”, no lo hicieron para señalar a Ricardo Villarraga como narcotraficante o lavador de activos y que, el organigrama elaborado por la DIJIN correspondía a una labor de inteligencia; pero al efectuar este análisis olvidó que el Estado puede estar llamado a responder por el indebido manejo de la información relacionada con actividades ilícitas y ésta se encuentra enmarcada con un carácter reservado, de inteligencia, o hace parte de un proceso de investigación y que en el marco de esos procesos es su deber proteger los derechos que por virtud de dicha información puedan resultar vulnerados, restringidos o lesionados se refuerza y consolida.

En efecto, tal y como lo alega la parte actora los reportajes y noticias difundidos por los medios de comunicación debe corresponder con la realidad de los hechos, por ello, si aquellos son difundidos con soporte en información dada de forma descuidada e incompleta por parte de los organismos de inteligencia se genera una vulneración a bienes protegidos de los ciudadanos frente a la cual el Estado está en el deber de responder.

En tal virtud y teniendo en cuenta que la autoridad judicial acusada deberá evaluar nuevamente el material probatorio obrante en el proceso conforme al criterio de la Sección Tercera del Consejo de Estado aplicable al caso a efectos de determinar si se configuró la responsabilidad del Estado, la Sala no entrará a analizar el defecto fáctico propuesto por los accionantes.

2.7. Conclusión

De conformidad con lo expuesto en precedencia, la Sala revocará la sentencia de 10 de febrero de 2016, por medio de la cual la Sección Cuarta del Consejo de Estado negó la acción de tutela para, en su lugar, amparar los derechos fundamentales a la igualdad, al debido proceso y de acceso a la administración de justicia de los tutelantes.

Ello teniendo en cuenta que se encontró configurada la causal específica de procedibilidad de la acción de tutela contra providencia judicial desconocimiento del precedente. Y, en consecuencia, dejará sin efectos la sentencia de 28 de mayo de 2015, por medio de la cual, el Tribunal Administrativo Cundinamarca, Sección Tercera Subsección “C” dentro del proceso de reparación directa número 11001-33-31-037-2012-00077.

Asimismo, teniendo en cuenta que el juez constitucional no puede reemplazar al ordinario, le ordenará a la autoridad acusada que profiera una decisión de reemplazo en la que se observen los lineamientos de esta providencia, esto es, determine si conforme a las normas aplicables al caso, las pruebas

obrantes en el expediente y el precedente fijado frente al particular, debe indemnizarse los perjuicios alegados por la parte actora.”

Decisión: “REVOCAR la sentencia de 10 de febrero de 2016, por medio de la cual la Sección Cuarta del Consejo de Estado negó la acción de tutela para, en su lugar, AMPARAR los derechos fundamentales a la igualdad, al debido proceso y de acceso a la administración de justicia de los señores Ricardo Villarraga Franco, Ricardo Jesús y Karen Viviana Villarraga Marchena, de acuerdo con las consideraciones expuestas en la presente providencia.

En consecuencia, DEJAR SIN EFECTOS la sentencia proferida sentencia de 28 de mayo de 2015, por medio de la cual, el Tribunal Administrativo Cundinamarca, Sección Tercera Subsección “C” dentro del proceso de reparación directa número 11001-33-31-037-2012-00077.

ORDENAR al Tribunal Administrativo Cundinamarca, Sección Tercera Subsección “C” que dentro los treinta (30) días siguientes a la notificación de este fallo, dicte una providencia de reemplazo de acuerdo con los lineamientos expuesto en esta sentencia.

NOTIFICAR a las partes y los intervinientes en la forma prevista en el artículo 30 del Decreto 2591 de 1991.

Si no fuere impugnada esta decisión dentro de los tres (3) días siguientes a su notificación, al día siguiente a su ejecutoria, REMITIR el expediente a la Corte Constitucional para su eventual revisión”.

LUCY JEANNETTE BERMÚDEZ BERMÚDEZ
Presidenta

ROCÍO ARAÚJO OÑATE
CARLOS ENRIQUE MORENO RUBIO
ALBERTO YEPES BARREIRO

CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCIÓN QUINTA

Consejero ponente: ALBERTO YEPES BARREIRO

Bogotá, D.C., veintitrés (23) de junio de dos mil dieciséis (2016)

Radicación número: 11001-03-15-000-2016-01470-00(AC)

Actor: GLORIA AMAYA GONZÁLEZ

Demandado: TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DEL META Y OTRO

Asunto: Providencia que ampara los derechos fundamentales de la accionante porque en el auto cuestionado se rechazó la demanda por ella interpuesta, sin tener en cuenta que ésta acreditó pertenecer a un resguardo indígena ubicado en la selva, incomunicado, y que por ello no tuvo la oportunidad de corregir la demanda de reparación directa en tiempo.

Extracto: “(...) A juicio de la accionante, el Juzgado Cuarto Administrativo Oral de Villavicencio y el Tribunal Administrativo del Meta, vulneraron sus derechos fundamentales al debido proceso, de acceso a la administración de justicia y de defensa.

Señaló que, respecto al tribunal accionado, éste no tuvo en cuenta que la actora aportó el poder judicial con su respectiva presentación personal, ante la Dirección Seccional de Administración Judicial de Villavicencio, el 27 de junio de 2014.

Aseguró que la falta de presentación personal del poder ante el juzgado, obedeció a “(...) las condiciones hostiles de la selva, la falta de recursos económicos para viajar al pueblo toda vez que [su] esposo era quien cosechaba y vendía el pescado y carne fruto de la caza, además que [se] encontraba en estado de embarazo y con preclancia (sic)”.

De acuerdo con lo expuesto, esta Sección ceñirá su análisis a la providencia de 10 de diciembre de 2014, proferida en segunda instancia por el Tribunal Administrativo del Meta.

En el auto referenciado, la autoridad judicial precisó:

“(...) el poder otorgado debe cumplir ciertas ritualidades, con la finalidad de establecer, sin lugar a equívocos, qué persona es la que demanda, es por ello que el artículo 74 del CGP, indica que el poder especial para efectos judiciales deberá ser presentado personalmente por el poderdante ante Juez, oficina judicial o notario, situación que debe cumplirse a cabalidad.

(...)

Finalmente, en cuanto al poder otorgado por parte de la señora GLORIA AMAYA GONZÁLEZ a la abogada MARÍA HELENA RUÍZ MARIN, al cual, según lo establecido en el artículo 74 del CGP, se le tenía que realizar presentación personal, al no cumplir la parte interesada con esta ritualidad, la consecuencia obvia para esta Corporación es confirmar el rechazo de la demanda únicamente respecto de la señora GLORIA AMAYA GONZÁLEZ, toda vez que los demás interesados no pueden soportar la carga procesal de aquella que no cumplió con el derecho de postulación para acceder a la administración de justicia, es decir, el proceso debe continuar con los demás accionantes”¹.

Una vez revisado el expediente original remitido en calidad de préstamo, contentivo de la acción de reparación directa No. 2013-00537, se observa que la peticionaria efectivamente radicó el 27 de junio

1 Folio 10 del anexo.

de 2014, ante la Dirección Seccional de Administración Judicial de Villavicencio², poder judicial con su respectiva presentación personal.

Adicionalmente, es cierto que, en el mencionado documento, la accionante le puso de presente al tribunal demandado que el motivo de su demora era debido a que el resguardo indígena quedaba muy lejos del pueblo más cercano y que se encontraba sola cuidando de su familia, pues “(...) su esposo se encontraba entre la vida y la muerte”.

Respecto a la demora en la presentación personal del poder, la señora Amaya González, relató en su escrito de tutela, que tal situación obedeció a “(...) las condiciones hostiles de la selva, la falta de recursos económicos para viajar al pueblo toda vez que [su] esposo era quien cosechaba y vendía el pescado y carne fruto de la caza, además que [se] encontraba en estado de embarazo y con preclancia (sic)”.

De conformidad con lo relatado, si bien la actora simplemente hizo alusión a la vulneración de sus derechos fundamentales al debido proceso, de acceso a la administración de justicia y de defensa, de los cargos expuestos se puede inferir que está alegando la existencia de un exceso ritual manifiesto.

La Corte Constitucional, sobre el tema mencionado, ha precisado:

“(...) por disposición del artículo 228 Superior, las formas no deben convertirse en un obstáculo para la efectividad del derecho sustancial, sino que deben propender por su realización. Es decir, que las normas procesales son un medio para lograr la efectividad de los derechos subjetivos y no fines en sí mismas. Ahora bien, con fundamento en el derecho de acceso a la administración de justicia y en el principio de la prevalencia del derecho sustancial, esta Corporación ha sostenido que en una providencia judicial puede configurarse un defecto procedimental por “exceso ritual manifiesto” cuando hay una renuncia consciente de la verdad jurídica objetiva evidente en los hechos, por extremo rigor en la aplicación de las normas procesales”³. (Negritas por fuera del texto)

Así las cosas, advierte esta Corporación que el Tribunal Administrativo del Meta, en la providencia atacada de 10 de diciembre de 2014, no se pronunció respecto al poder judicial radicado el 27 de junio de 2014, ante la Dirección Seccional de Administración Judicial de Villavicencio, el cual contaba con su respectiva presentación personal.

Adicionalmente, tampoco hizo referencia a la situación planteada por la actora en el mencionado escrito, en donde resaltaba los motivos de su demora. De esta manera, al haber confirmado el tribunal accionado el rechazo de la demanda, respecto a la señora Amaya González, **sin tener en cuenta las particularidades del caso** y el hecho de que la actora efectivamente radicó el 27 de junio de 2014, ante la Dirección Seccional de Administración Judicial de Villavicencio, el poder judicial con su respectiva presentación personal, demuestra un exceso ritual manifiesto.

Lo anterior, por cuanto la actora, además de ser un sujeto de especial protección constitucional, al ser una mujer indígena, se encontraba en una situación particular, toda vez que: i) vive en el resguardo indígena Cejal La Esperanza, del municipio de Cumaribo – Vichada, el cual se encuentra dentro de la selva, lejos del pueblo más cercano; ii) estaba sola y a cargo de sus hijas menores de edad; iii) su compañero se encontraba en un estado de salud delicado; iv) su situación económica era difícil debido a que su compañero era el que ganaba el sustento de su hogar y v) de acuerdo con lo expuesto en sede

2 Documento que fue remitido a la Secretaría del Tribunal Administrativo del Meta el 1 de julio de 2014. Visible a folio 4 del anexo.

3 Sentencia T-268 de 2010, M.P. Jorge Iván Palacio Palacio.

de tutela, si bien tal situación no fue alegada en sede ordinaria, se “encontraba en estado de embarazo y con preclancia (sic)”⁴.

Respecto de la situación descrita por la tutelante, la apoderada judicial de ésta, dentro del proceso de reparación directa, le comunicó al Despacho Ponente⁵ que la actora vive en un resguardo indígena que se encuentra supremamente lejos de la notaría más cercana, adicionalmente, que el mencionado trayecto “se demora cuatro días en canoa, pues la señora, por cuenta del estado de salud de su compañero, que era el que ganaba el sustento, vendió el motor que tenía para poder comprar alimentos y suplir necesidades”.

Igualmente, puso de presente que la señora Amaya González, en el momento en que se presentó la demanda, se encontraba sola a cargo de sus tres hijas menores, en atención a que su compañero “estuvo hospitalizado por un periodo de tiempo de más de dos años, primero en la ciudad de Villavicencio y luego en el Hospital Universitario de la Samaritana de Bogotá, tiempo en el cual no se vieron debido a los problemas económicos y de desplazamiento”.

Frente a la comunicación con la accionante, indicó que era supremamente difícil, en atención a que los celulares no tienen señal en el resguardo, así, para poder enviarles un mensaje “(...) toca enviar un correo electrónico al Hotel Toninas (toninashotel@hotmail.es), en donde reproducen por megáfono los mensajes, pero está sujeto a que alguno de los indígenas vaya a Inírida para que le puedan transmitir la comunicación”. Escenario que se corrobora en sede de tutela, toda vez que no ha sido posible comunicarse con la accionante, en atención a que no tiene dirección y el número de celular suministrado, para efectos de surtir las notificaciones, se encuentra apagado.

Así las cosas, observa esta Corporación que la situación particular de la peticionaria, tanto geográfica como familiar, lleva a concluir que el término de diez días otorgado para la subsanación de la demanda resultaba insuficiente.

*Sumado a lo anterior, la accionante efectivamente radicó el 27 de junio de 2014, ante la Dirección Seccional de Administración Judicial de Villavicencio, el poder judicial con su respectiva presentación personal, lo que quiere decir que **si bien no lo hizo dentro de la oportunidad procesal, la autoridad judicial acconada, antes de proferir el auto acusado, tenía en su poder el respectivo documento, lo que significa que tuvo certeza sobre qué persona era la que estaba demandando, lo cual es en últimas la finalidad de la ritualidad exigida.***

*Frente al punto, es importante precisar que si bien el tribunal demandado actuó conforme a las ritualidades procesales previstas en la ley, toda vez que aplicó la causal de rechazo por no subsanar la demanda dentro de la oportunidad legalmente establecida, lo que quiere decir que, en principio, su actuación estuvo ajustada a derecho, en el presente caso, **en aplicación de la prevalencia del derecho de acceso a la administración de justicia sobre las formalidades procesales, el amparo es procedente en atención a las circunstancias excepcionales del asunto.***

De esta manera, resulta cardinal reiterar que la actora es un sujeto de especial protección constitucional, a quien le asiste un principio de protección reforzada, motivo por el cual se exige un mayor cuidado por parte de los jueces a quienes corresponda conocer de los procesos en los que éstos sean parte.

*De conformidad con lo expuesto, esta Sala amparará el derecho fundamental de acceso a la administración de justicia de la señora Gloria Amaya González, **no sin antes aclarar que el amparo se otorga no solo por ser la peticionaria una mujer indígena, sino también por sus circunstancias especiales que le imposibilitaron corregir o suplir la falencia de la presentación***

⁴ Observa esta Sección que el embarazo de la actora fue en la época de ocurrencia de los hechos, a saber, en el año 2011.

⁵ El Magistrado Ponente se puso en contacto con la apoderada judicial de la actora, dentro del proceso ordinario, el día 21 de junio de 2016, en atención a que no fue posible la comunicación con la accionante directamente.

personal del poder que se concretan en: i) La situación de aislamiento geográfico y de comunicaciones en la que se encuentra su residencia; ii) la condición de cabeza de familia respecto de sus 3 hijas en la que se encontraba precisamente como consecuencia del grave estado de salud en que quedó su esposo luego de recibir heridas que condujeron a la demanda de reparación directa de marras; iii) la condición de embarazo; y, iv) las complicaciones que se le presentaron a su condición de embarazo.

*Igualmente, se reitera que la protección constitucional dispuesta **no quiere decir** que siempre que el juez ordinario exija el cumplimiento de ciertos requisitos legales procedimentales, como la presentación personal en el poder judicial, incurre en un exceso ritual manifiesto, toda vez que lo que sucede en este caso, es que el juez debió valorar las particularidades de las condiciones que alegó la accionante y no simplemente limitar su actuación a la aplicación de la norma de rechazo.*

En consecuencia, esta Sala dejará sin efectos el auto de 10 de diciembre de 2014, dictado por el Tribunal Administrativo del Meta, dentro del proceso de reparación directa No. 2013-00537.

Asimismo, ordenará al tribunal accionado que profiera una decisión de reemplazo en la que se observen los lineamientos de esta providencia, y, que en aras de salvaguardar los derechos fundamentales de la actora, le ordené al Juzgado Cuarto Administrativo Oral de Villavicencio, i) admitir la demanda respecto a la señora Gloria Amaya González y ii) que se continúe el trámite de la misma, teniendo a la señora Amaya González como demandante en el proceso de reparación directa No. 2013-00537, el cual, según el sistema de consulta Siglo XXI, se encuentra en decreto de pruebas⁶.”

Decisión: “AMPARAR el derecho fundamental de acceso a la administración de justicia de la señora Gloria Amaya González.

DEJAR SIN EFECTOS el auto de 10 de diciembre de 2014, dictado por el Tribunal Administrativo del Meta, dentro del proceso de reparación directa No. 2013-00537.

ORDENAR al Tribunal Administrativo del Meta que profiera una decisión de reemplazo en la que se observen los lineamientos de esta providencia, y, que en aras de salvaguardar los derechos fundamentales de la actora, le ordené al Juzgado Cuarto Administrativo Oral de Villavicencio, i) admitir la demanda respecto a la señora Gloria Amaya González y ii) que se continúe el trámite de la misma, teniendo a la señora Amaya González como demandante en el proceso de reparación directa No. 2013-00537, el cual, según el sistema de consulta Siglo XXI, se encuentra en decreto de pruebas.

NOTIFICAR a las partes en la forma prevista en el artículo 30 del Decreto 2591 de 1991.

Si no fuere impugnada esta decisión dentro de los tres (3) días siguientes a su notificación, REMITIR el expediente a la Corte Constitucional para su eventual revisión, al día siguiente de su ejecutoria”.

LUCY JEANNETTE BERMÚDEZ BERMÚDEZ
Presidenta

ROCÍO ARAÚJO OÑATE
CARLOS ENRIQUE MORENO RUBIO
ALBERTO YEPES BARREIRO

6 En atención a que la demanda siguió en curso respecto a los demás demandantes.

CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCIÓN QUINTA

Consejero ponente: ALBERTO YEPES BARREIRO

Bogotá D.C., quince (15) de septiembre de dos mil dieciséis (2016)

Radicación número: 50001-23-33-000-2016-00507-01(AC)

Actor: RESGUARDO INDÍGENA ALTO UNUMA - META

Demandado: NACIÓN, MINISTERIO DEL INTERIOR Y OTROS

Asunto: Providencia que ampara los derechos fundamentales del Resguardo accionante por no haber realizado la consulta previa correspondiente y ordena al Ministerio del Interior adoptar medidas de reparación para proteger actualmente y, en lo sucesivo, los derechos de la comunidad.

Extracto: “(...) 2.7.5. A juicio de la Sección Quinta del Consejo de Estado, en el caso sub examine se **vulneraron los derechos fundamentales del Resguardo Indígena ALTO UNUMA**; esto de conformidad con las razones que pasan a explicarse:

2.7.5.1. Primero, considera la Sala fundamental resaltar que, contrario a lo que afirman las demandadas, se **cumple con los requisitos de inmediatez y subsidiariedad** que caracterizan a la acción de tutela.

En relación con el primer elemento –inmediatez– se considera, como lo ha hecho la Corte Constitucional en asuntos similares a este, que el paso de un tiempo prolongado entre el hecho que generó la vulneración y la presentación de la acción de tutela resulta admisible siempre que se presenten dos circunstancias: (i) cuando se demuestra que la afectación es permanente en el tiempo y (ii) cuando se pueda establecer que “la especial situación de aquella persona a quien se le han vulnerado sus derechos fundamentales, convierte en desproporcionado el hecho de adjudicarle la carga de acudir a un juez; por ejemplo el estado de indefensión, interdicción, abandono, minoría de edad, incapacidad física, entre otros”.

*De cara al presente asunto, se tiene que la afectación a los derechos fundamentales del resguardo indígena es **actual** e incluso puede agravarse con el paso del tiempo debido a la construcción paulatina y ampliación de las licencias y proyectos de explotación de Campo Rubiales.*

*Ahora bien, en relación con el requisito de **subsidiariedad**, la Sección Quinta, en sentencia de 4 de agosto de 2016¹ (Rad. No. 25000-23-41-000-2015-00873-01. Accionantes: Comunidad Muisca de Bosa) con ponencia de la doctora Rocío Araujo Oñate, precisó que, cuando se alega la vulneración del derecho fundamental a la consulta previa, el medio de defensa judicial a emplear es la acción de tutela, “incluso ante la existencia de otros medios de defensa judicial, lo cierto es que en casos como el sub judice en los que se pretende la tutela del derecho a la consulta previa, la protección debe darse de forma definitiva, y en el evento en que se requiera la suspensión de los efectos de un acto administrativo, como medida tutelar de protección de un derecho fundamental, ella deberá extenderse por el tiempo que tome restablecer el derecho vulnerado”.*

2.7.5.2. Segundo, resulta indiscutible que a la fecha en la que se profiere la sentencia de tutela dentro del caso de la referencia, NO se ha adelantado trámite de consulta previa con las comunidades de integran el Resguardo Indígena ALTO UNUMA, esto, debido a que las autoridades encargadas de conceder la Licencia Ambiental Global (Resolución No. 0233 del 16 de marzo de 2001 y sus modificaciones),

1 En esta sentencia se indicó “De esta forma, en lo sucesivo, la Sala entiende que, en los casos de acciones de tutelas que buscan la protección del derecho fundamental a la consulta previa, y en los cuales exista un acto administrativo que se presume afecta dicha prerrogativa de las minorías étnicas, la misma es procedente a pesar de la existencia de otros mecanismos de defensa judicial, siendo el amparo que se otorgue, de prosperar el mismo, definitivo, ello sin perjuicio de que se pueda acudir posteriormente a la jurisdicción de lo contencioso administrativo, con las consecuencias jurídicas que ello traería.

ban contado con las certificaciones expedidas por el Ministerio del Interior, según las cuales, no existe presencia del ente colectivo en el área de influencia del campo petrolero.

Las certificaciones expedidas por el Ministerio del Interior, por medio de las cuales, se ha indicado que NO existe presencia del resguardo indígena accionante datan de 28 de noviembre de 1996, 23 de marzo de 2004, 7 de julio de 2008 y de 30 de julio de 2014. (...)

Un estudio juicioso de las actas de verificación y certificaciones permite concluir a la Sección Quinta que: (i) no existe certeza de los parámetros adoptados por el Ministerio del Interior para la elaboración de la certificación de 28 de noviembre de 1996, tampoco de las áreas visitadas ni de los participantes en el proceso; (ii) en la visita realizada el 23 de marzo de 2004, no se recorrió la totalidad del territorio o aérea de influencia, es más se indica que se visitaron 2 puntos “la comunidad Saravia, punto con coordenadas: N 906.738, E 972.270 y el segundo en cercanías al pozo Rb-34 con coordenadas N 905.952, E 963.458; ambos ubicados en el área de ampliación del Campo Rubiales”, esto en atención a problemas de orden público, cuestión que no exoneraba a las entidades estatales de realizar una visita completa con acompañamiento de la fuerza pública o una vez cesara la situación de alteración; (iii) en la visita realizada del 7 al 12 de mayo de 2008 se indicó que el recorrido por tierra se realizó únicamente por “los vértices del polígono”; (iv) la certificación de 30 de julio de 2014 correspondió a un ejercicio cartográfico, sin revisión en campo, en la medida en la que el área de influencia del proyecto no se veían afectada.

Además de lo anterior, resulta claro para la Sala que (v) en las certificaciones expedidas por el Ministerio del Interior no se hace referencia alguna a una verificación en campo que permita señalar con grado de certeza que esta etnia NO desarrollara actividades de uso o costumbres (por ejemplo cultivos o rituales) o transitara en las mismas áreas de interés, esto atendiendo a la relación especial de las comunidades indígenas con “territorio tradicional y ancestral”.

2.7.5.3. Tercero, no puede desconocer la Sala que dentro del trámite para adelantar la consulta previa es necesario e indispensable que medie la certificación de la presencia de comunidades indígena o tribal en el área de influencia del proyecto a realizar.

En relación con este específico trámite –certificación sobre la presencia de la comunidad étnica- es menester reiterar que la jurisprudencia constitucional desde el año 2003, con la sentencia de unificación número 380, señaló que el concepto de la propiedad colectiva depende de “la estrecha relación que existe entre los indígenas y el territorio por ser el espacio donde desarrollan su identidad cultural y social, fue abordado por el Convenio 169 en la parte II, haciendo referencia a ‘Tierras’.

Por ello, la protección frente a la posible afectación por las medidas administrativas que generan impacto sobre su autonomía, diversidad e idiosincrasia y, la consecuente verificación de la incidencia de las mismas involucra los territorios tradicionales y ancestrales, en atención a la relación espiritual y ancestral que existe con la tierra, por ser el lugar donde desarrollan sus actividades culturales, religiosas y económicas de acuerdo con sus tradiciones y costumbres, de modo que el concepto va más allá del título de propiedad.

La jurisprudencia constitucional ha identificado dos niveles de afectación en el caso de las comunidades indígenas y tribales: “de un lado, el que corresponde a la definición de aquellas políticas y programas que de alguna manera les conciernen, caso en el cual existe un derecho general de participación; y, del otro, el que se refiere al establecimiento de medidas legislativas o administrativas que los afectan directamente, evento en el que surge entonces la obligación de efectuar el proceso de consulta previa”².

En la sentencia C-175 de 2009 la Corte precisó: “en lo que tiene que ver con la previsión de medidas legislativas y administrativas susceptibles de afectar directamente a los pueblos indígenas y tribales, el Convenio 169 de la OIT dispone la obligación a cargo de los gobiernos de consultar a

2 T-857 de 2014.

las comunidades interesadas, a través de sus autoridades representativas”. En igual sentido agregó que ‘es un procedimiento distinto a los escenarios generales y concretos de participación antes enunciados, reservado para aquellas medidas que tengan incidencia particular y directa en los intereses de las comunidades diferenciadas. Existe, en relación con esas medidas, un derecho fundamental de los pueblos indígenas y afro descendientes a la consulta previa y un deber estatal correlativo de llevar a cabo los trámites idóneos y eficaces para que las comunidades tradicionales participen en el diseño de las políticas que, habida cuenta su contenido material, les conciernen’.

*En tal medida, la protección y verificación no se limita a las áreas reconocidas oficialmente por el Gobierno Nacional como pertenecientes a la grupo étnico sino que se extiende a lugares sagrados, de uso y paso en los que la comunidad se desarrolla. Sobre el punto, debe recordarse que la Corte Constitucional ha considerado que el concepto amplio de territorio indígena y su protección especial cuando se trata de áreas sagradas y de importancia cultural para las comunidades, **incluso cuando se trata de zonas fuera de los resguardos titularizados.***

Con el objetivo de certificar la presencia de comunidades étnicas, la Dirección de Consulta Previa del Ministerio del Interior está facultada para (T-313 de 2016): (i) requerir al solicitante para que suministre la información que la entidad considere necesaria, con el fin establecer el área de influencia directa del proyecto; (ii) valerse, entre otras fuentes de información, de las bases de datos sobre resguardos indígenas y títulos colectivos de comunidades negras del INCODER en liquidación, o de la información sobre el carácter urbano o rural de un predio según el Esquema de Ordenamiento Territorial, el Plan Básico de Ordenamiento Territorial o el Plan de Ordenamiento Territorial que suministren las autoridades municipales o distritales; (iii) realizar verificaciones de campo, cuando la información suministrada por otras entidades o por el solicitante no sea suficiente para determinar la presencia de comunidades étnicas.

*Así pues, como se ha indicado en la sentencia T-693 de 2011, el **Ministerio del Interior**, a través de su Dirección de Consulta Previa, **al efectuar las verificaciones de campo para establecer el área de influencia de un proyecto, debe realizar una constatación empírica de la existencia de la comunidad que no se debe agotar “en la presencia física o en la residencia, sino en el desarrollo actual y regular de prácticas tradicionales de supervivencia o simbólicas, tales como la caza, la pesca, la recolección de frutos, la práctica de rituales, entre otras más.”***

Es precisamente este punto fundamental de debate propuesto por el resguardo demandante, que las actividades y proyectos económicos desplegadas en su territorio tradicional y ancestral no han sido objeto de consulta previa, esto, como consecuencia de certificaciones expedidas por el Ministerio del Interior que indican que no hay presencia de la comunidad Resguardo Indígena ALTO UNUMA en el área de influencia de Campo Rubiales, las cuales, a juicio de la parte actora, se sustentan en visitas realizadas con verificaciones incompletas.

*Sobre el particular, **debe insistir la Sala en que la verificación de la relación de grupo con su territorio tradicional y ancestral comprende no solo la comprobación de asentamientos físicos, sino además, de existencia de lugares sagrados y de paso, localizados incluso fuera del área titularizada del resguardo.** Por ello, se considera que en los casos en los que el Ministerio del Interior no lleva a cabo tal verificación en campo, de acuerdo con los criterios fijados por la Corte Constitucional y contenidos en la Directiva Presidencial No. 10 de 2013 “Certificación sobre la presencia de comunidades étnicas que hace necesaria la consulta previa”, conduce a la vulneración de los derechos fundamentales de la comunidad indígena.*

*Para la Sala, del análisis efectuado hasta aquí y, específicamente en el punto 2.7.5.2. de esta providencia, en relación con las certificaciones expedidas por el **Ministerio del Interior**, resulta palmario que esta cartera **incumplió con su deber de realizar una visita de campo con las mencionadas características, que, además, atendiera a la condición de grupo “seminómada” alegado por la parte actora y la afectación de los recursos hídricos que invoca la comunidad, esto, a fin de determinar si procede o no la realización de una consulta previa.***

2.7.5.4. Cuarto, en virtud de lo hasta aquí expuesto, para la Sala resulta imperioso **AMPARAR** los derechos fundamentales del Resguardo Indígena ALTO UNUMA, esto con el fin de que se realice por parte de la Dirección de Consulta Previa del Ministerio del Interior una **verificación en campo** que satisfaga los criterios trazados por la Corte Constitucional y fijados en la Directiva Presidencial No. 10 de 2013, que atienda a la condición de grupo “seminómada” alegado por la parte actora y la afectación de los recursos hídricos que invoca la comunidad.

Esto es, que se inicie el cumplimiento al Protocolo sobre consulta previa expedido mediante la directiva mencionada, a partir de la ETAPA 1 “Certificación sobre la presencia de comunidades étnicas que hace necesaria la consulta previa”, esto a efectos de establecer la presencia de la Comunidad Accionante, no sólo en asentamientos físicos, sino también, en lugares que para ellos representen sitios sagrados o de paso.

Para tal fin, la mencionada dependencia debe contar con el acompañamiento del Instituto Colombiano de Antropología e Historia³ –ICANH- establecimiento público encargado de fomentar la realización, la publicación y la divulgación de investigaciones antropológicas, arqueológicas, históricas y sobre el patrimonio cultural de la Nación, con el fin de que este contribuya con la verificación de la información suministrada por el Resguardo Indígena ALTO UNUMA en relación con su tradición seminómada, costumbres, prácticas sagradas y actividades de supervivencia física, cultural, social y económica.

De igual forma, las visitas de campo deben contar con la presencia del Capitán Mayor del Resguardo ALTO UNUMA y, dependiendo del territorio que se visite con la presencia de los Capitanes Menores de cada una de la 46 comunidades que integran el resguardo, de forma que se garantice la presencia de sus integrantes.

Adicionalmente, atendiendo a la denuncia que presenta la parte actora en relación con la afectación de las fuentes hídricas como consecuencia de la explotación petrolera, deberá acompañar el proceso de verificación las entidades que conforma el SINA⁴ – Sistema Nacional Ambiental –, esto es, el Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible y la CORPORINOQUÍA –Corporación Autónoma Regional de la Orinoquía.

Asimismo, se ordenará a la Defensoría del Pueblo que en ejercicio de las funciones asignadas por el artículo 282 de la Constitución Política, asesore y acompañe al Resguardo Indígena ALTO UNUMA en el proceso de “Certificación sobre la presencia de comunidades étnicas que hace necesaria la consulta previa”, para el cumplimiento efectivo de los derechos fundamentales que en esta providencia se protegen.

2.7.5.5. Finalmente, el Consejo de Estado, Sección Quinta debe señalar que si bien es cierto a este punto no es posible adelantar una consulta que puede denominarse en estricto sentido previa, porque las obras de construcción e instalación del campo petrolero ya culminaron, en este caso hay lugar a adoptar medidas de reparación para proteger actualmente y, en lo sucesivo, los derechos de la comunidad indígena ALTO UNUMA teniendo en cuenta que “la lesión de la integridad cultural de la comunidad continua vigente en la medida que el uso de su territorio ancestral [puede verse] afectado y limitado”.

3 De acuerdo con el Decreto 2667 de 1999 el Instituto Colombiano de Antropología e Historia es un establecimiento público del orden nacional, adscrito al Ministerio de Cultura dotado de personería jurídica, con patrimonio independiente, autonomía administrativa y financiera y de carácter científico. Fue creado con el objeto de fomentar la realización, la publicación y la divulgación de investigaciones antropológicas, arqueológicas, históricas y sobre el patrimonio cultural de la Nación.

4 Ley 99 de 1993 “por la cual se crea el Ministerio del Medio Ambiente, se reordena el Sector Público encargado de la gestión y conservación del medio ambiente y los recursos naturales renovables, se organiza el Sistema Nacional Ambiental, SINA, y se dictan otras disposiciones”.

Sobre la posibilidad de adelantar consultas previas con “carácter posterior” con miras a adoptar medidas de reparación, pueden consultarse entre otras, las sentencias T- 693 de 2011, T-462A de 2014 y T-005 de 2016. (...)”

Decisión: “REVOCAR la sentencia de 1° de agosto de 2016, proferida por el Tribunal Administrativo del Meta que negó el amparo solicitado, para en su lugar, TUTELAR el derecho fundamental a la consulta del Resguardo Indígena ALTO UNUMA de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia. En consecuencia,

ORDENAR al Ministro del Interior - Dirección de Consulta Previa que, en el término de las cuarenta y ocho (48) siguientes a la notificación de esta providencia, inicie el estricto cumplimiento del Protocolo sobre consulta previa contenido en la Directiva Presidencial No. 10 de 2013, ETAPA 1 “Certificación sobre la presencia de comunidades étnicas que hace necesaria la consulta previa”, en virtud del cual, deberá verificar la existencia de asentamientos físicos de la etnia indígena tutelante, la ubicación de sus lugares sagrados y de paso, incluso en terrenos que se encuentren fuera del resguardo titularizado, de conformidad con las consideraciones expuestas en esta providencia.

Para ello, en un término máximo de tres (3) meses contados a partir de la notificación de esta providencia, la dirección deberá realizar verificaciones de campo con el acompañamiento del ICANH, del Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible, de CORPORINOQUÍA y de los Capitanes Mayor y Menores de las comunidades que integran el Resguardo Indígena ALTO UNUMA, esto, a efectos de determinar si existe presencia de este grupo étnico en los terrenos de Campo Rubiales que operan con sustento en la Licencia Ambiental concedida por la Resolución No. 0233 del 16 de marzo de 2001 y todas sus modificaciones.

En caso de que se compruebe que la mencionada comunidad hace presencia en dicha área, se deberá INICIAR el proceso de consulta, siguiendo el protocolo adoptado en la Directiva Presidencial citada en párrafos anteriores, con el fin de determinar las medidas de reparación al impacto físico, cultural, social y económico de las comunidades que integran el Resguardo Indígena ALTO UNUMA, de conformidad con la parte considerativa de esta providencia.

ORDENAR a la Defensoría del Pueblo que en ejercicio de las funciones asignadas por el artículo 282 de la Constitución Política, asesore y acompañe al Resguardo Indígena ALTO UNUMA en el proceso de “Certificación sobre la presencia de comunidades étnicas que hace necesaria la consulta previa”, para el cumplimiento efectivo de los derechos fundamentales que en esta providencia se protegen.

Dentro de los diez (10) días siguientes a la ejecutoria de esta providencia, REMITIR el expediente a la Corte Constitucional para su eventual revisión”.

LUCY JEANNETTE BERMÚDEZ BERMÚDEZ
Presidenta

ROCÍO ARAÚJO OÑATE
CARLOS ENRIQUE MORENO RUBIO
ALBERTO YEPES BARREIRO

CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCIÓN QUINTA

Consejero ponente: ALBERTO YEPES BARREIRO

Bogotá, D.C., tres (3) de noviembre de dos mil dieciséis (2016)

Radicación número: 13001-23-33-000-2016-00635-01(AC)

Actor: DEFENSORÍA DEL PUEBLO, REGIONAL BOLÍVAR, EN REPRESENTACIÓN DEL ADOLESCENTE ARIS BELLO MARTÍNEZ

Demandado: NACIÓN, MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL Y OTROS

Asunto: Tutela que ampara los derechos fundamentales del joven accionante y ordena su inclusión en el programa ser pilo paga 3 en consideración a que el incumplimiento del requisito de estar inscrito en el SISBEN a la fecha de corte del programa, no le es atribuible a él sino a la administración, por lo que no puede verse afectado por una conducta omisiva de las entidades responsables de llevar el mencionado registro.

Extracto: “2.4. Del derecho a la educación y su carácter de prestacional

El derecho a la educación, en principio, hace parte del catálogo de derechos económicos, sociales y culturales. Sin embargo, la Corte Constitucional le ha otorgado el carácter de fundamental cuando quien exige el servicio educativo es un menor de edad o cuando la amenaza del derecho en comento aparea la vulneración de otros derechos.¹ Esto último ocurre cuando la educación se torna en el mecanismo idóneo para lograr la efectividad de otros derechos fundamentales y el desarrollo individual y social de cada persona.² De resto, se tiene que la educación ostenta el carácter de prestacional.

El concepto de derecho prestacional implica que el Estado, por medio de las autoridades competentes, está en el deber de dar o hacer. Dicha noción se opone a la de derechos y libertades públicas, en cuanto, en tratándose de estas, la administración tiene el deber de no hacer, es decir, de abstenerse.³

En ese orden de ideas, el derecho a la educación, en tanto prestacional, implica que el Estado debe diseñar e implementar políticas que permitan que las personas tengan cada vez más y mejor acceso (progresividad) a los programas de formación educativa.

En materia de educación superior, el Estado tiene el deber constitucional consistente en “facilitar mecanismos financieros que hagan posible el acceso a la educación superior, de manera que, por esta vía, el Estado tiende progresivamente a la provisión de mecanismos para que los asociados puedan realizarse personal y profesionalmente”.⁴

Dentro de los mecanismos existentes para garantizar el acceso a la educación superior, para efectos del sub examine, se encuentran los programas de crédito educativo condonables implementados por el Gobierno Nacional denominados i) “Ser pilo paga 2” y ii) el del “Fondo de Reparación para el Acceso Permanencia y Graduación en Educación Superior de la Población Víctima del Conflicto Armado

1 Corte Constitucional. Sentencias T-743/2013, M.P. Luis Ernesto Vargas Silva; T-306/2011, M.P. Humberto Antonio Sierra Porto, y T-779/2011, M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub

2 “De lo anterior se colige que se le ha otorgado a la educación el carácter de derecho fundamental de aplicación inmediata, que le permite a los individuos acceder a un proceso de formación personal, social y cultural de carácter permanente, que debe ser garantizado y promovido por el Estado, la sociedad y la familia, sin que resulte admisible aceptar ningún tipo de restricción o desconocimiento que impida su ejercicio”. Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Quinta. Sentencia del 28 de julio de 2016, Expediente No. 2016-2734-01, C.P. Rocío Araujo Oñate

3 Corte Constitucional. Sentencia T-571/1992, M.P. Jaime Sanín Greiffenstein

4 Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Primera. Sentencia del 8 de octubre de 2015. Expediente No. 2015-0328-01, C.P. Roberto Augusto Serrato Valdés

Convocatoria 2016 – 2”, que parten de la celebración de convenios con universidades de alta calidad, que tienen como fin que los mejores estudiantes de último grado de educación media, que sean de escasos recursos económicos y, como el último en mención, ser víctimas de la violencia, tengan la posibilidad de acceder a estudios de pregrado universitario.

De lo brevemente expuesto, se puede concluir que si bien el derecho a la educación puede catalogarse como fundamental en determinadas circunstancias, también este conserva su carácter de prestacional en lo que se refiere a programas tales como “Ser pilo paga 2” y del “Fondo de Reparación para el Acceso Permanencia y Graduación en Educación Superior de la Población Víctima del Conflicto Armado Convocatoria 2016 – 2”. En ese orden de ideas, el acceso en comento se va otorgando progresivamente, esto es, mientras las entidades a cargo de los programas de inclusión van mejorando las condiciones de estos en términos de cobertura y calidad.

2.5. Razonabilidad de la exigencia del cumplimiento de requisitos para acceder al programa “Ser pilo paga 2”

En consonancia con lo explicado, se tiene que de manera general, para beneficiarse de los programas que buscan mejorar el acceso a la educación superior, se debe cumplir con unos requisitos.

Estos se han establecido dada la escasez de los recursos que financian los cupos a otorgar y con el fin de cumplir con el propósito de otorgar los privilegios del caso a los mejores aspirantes. De ese modo, los requerimientos exigidos buscan que la distribución de las becas obedezca a parámetros de justicia y equidad. Asimismo, tiene el objetivo de que la repartición en mención se haga en igualdad de condiciones.

*Para poder acceder al beneficio otorgado por el programa “Ser Pilo Paga 2” se debía cumplir una serie de requisitos: i) Haber presentado la prueba Saber 11 el 2 de agosto de 2015 y haber obtenido un resultado global superior a treientos dieciocho (318) puntos; **ii) tener un puntaje específico individual del Sisben, según la ubicación geográfica con corte respectivo al 19 de junio de 2015 (máximo cincuenta y siete coma veintitún (57,21) puntos)**; y iii) haber sido admitido en un programa curricular en una de las instituciones de educación superior inscritas en el programa.⁵*

De acuerdo con lo anterior, la base nacional certificada del Sisben se tomó como uno de los criterios de selección.

Al respecto, se tiene que el Sisben es concebido como una herramienta compuesta por un conjunto de reglas, normas y procedimientos para obtener información socioeconómica confiable y actualizada. Por tanto, lo “que se busca con la información que arroja el Sisben es focalizar el gasto público para de esta manera garantizar que el gasto social sea asignado a los grupos poblacionales más pobres y vulnerables”.⁶ Así, uno de los objetivos centrales es el establecimiento de una serie de mecanismos equitativos de selección que permiten identificar los potenciales beneficiarios de programas sociales en las áreas de salud, bienestar social y educación. (...)

Conforme con lo anterior, la Sala observa que el requisito de figurar en las bases de datos del Sisben cumple un objetivo constitucionalmente válido, puesto que está compuesto por unos criterios objetivos de medición que permiten acceder, en calidad de beneficiario, a los subsidios establecidos en los programas sociales ofertados.

5 Disponible en <http://www.ICETEX.go.co/dnnpro5/es-co/cr%A9ditoeducativo/pregrado.aspx>

6 Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda, Subsección B. Sentencia del 24 de febrero de 2016, Expediente No. 2015-2194-01, C.P. Gerardo Arenas Monsalve

2.6. Población desplazada, sujetos de especial protección

En atención a que en el presente asunto nos encontramos frente a un adolescente víctima de desplazamiento forzado, la Sala considera pertinente indicar que la Corte Constitucional⁷ reconoció la existencia de una vulneración sistemática a los derechos fundamentales de la población desplazada, declarando el estado de cosas inconstitucional y reconociendo el correspondiente deber estatal de atender los requerimientos de estas personas y sus núcleos familiares con un elevado grado de diligencia, celeridad y efectividad, buscando evitar una mayor afectación y una desprotección absoluta a quienes, por consecuencia del conflicto, se vieron obligados a dejar atrás sus lugares de origen, migrando a ciudades, donde no lograron asentarse completamente.

Asimismo, el máximo Tribunal Constitucional ha promovido la sensibilización de la sociedad colombiana ante esa tragedia para evitar que se siga victimizando a la población civil. Así, indicó que el desplazamiento forzado marcó el sendero del país para las próximas décadas, pues la agenda política del Estado, en donde se encuentra la educación, debe estar inclinada a su solución y el deber de darle prioridad sobre muchos otros tópicos. (...)

De acuerdo con lo anterior se tiene que válidamente las personas desplazadas por la violencia pueden acudir a la acción de tutela con el fin de solicitar la protección de su derecho a la educación y el juez constitucional, según el análisis que realice de las circunstancias fácticas propias de cada caso, debe realizar un juicio de ponderación en el que determine si por excepción y en atención a la primacía del derecho sustancial frente a las formas, considera que amerita o no la protección del derecho fundamental alegado, toda vez que son sujetos de especial protección.

2.7. Caso concreto

(...) En criterio de esta Sección la Sala contrario a lo concluido por el Tribunal Administrativo de Bolívar y como acertadamente lo indicó el Ministerio impugnante, no es posible incluir al adolescente Aris Bello Martínez en el programa del “Fondo de Reparación para el Acceso, Permanencia y Graduación en Educación Superior para la Población Víctima del Conflicto Armado en Colombia”, por cuanto en el expediente si bien obra prueba de que el actor tiene la calidad de víctima de desplazamiento forzado, no puede predicarse, que por esa misma circunstancia, pertenezca a alguno de los grupos, esto es, de reparación colectiva, mesas de participación de víctimas o sentencia de justicia y paz, contenidos en el ítem de calificación denominado “reparación” y que permitan sumarle dos (2) puntos a la calificación de 69 inicialmente obtenida. Máxime si se tiene en cuenta que de confirmar la orden implicaría la vulneración del derecho fundamental a la igualdad de otras víctimas de desplazamiento forzado en consecución del mismo tipo de crédito educativo.

No obstante, la Sala considera que sí podría ordenarse la inclusión del adolescente accionante al programa “Ser Pilo Paga” en atención a lo siguiente:

Una vez revisado los antecedentes y las pruebas allegadas a este expediente, la Sala encuentra que en el sub lite, en relación con las exigencias señaladas para ser beneficiario del programa “Ser Pilo Paga 2”, ocurrió lo siguiente:

- i) El tutelante presentó el 2 de agosto de 2015 el Examen de Estado – Prueba Saber 11, por lo que cumple con dicho requisito.*
- ii) Según informe individual de resultados de las referidas pruebas, obtuvo un puntaje global de trecientos treinta y cuatro (334) puntos y ocupó el puesto cincuenta y uno (51), por lo que también cumple.*

⁷ Sentencias T-227 de 1997, T-1635 de 2000, SU-1150 de 2000, T-327 de 2001, T- 215 de 2002, T-419 de 2004, T-358 de 2008, T-1034 de 2008, T-448 de 2010 y T-1044 de 2010, entre otras.

iii) *Obtuvo un puntaje individual de 3,007 en la base de datos del Sisben. Sin embargo, al momento en el cual el ICETEX validó la base de datos, con corte del 19 de junio de 2015, no aparecía el registro correspondiente, el cual sólo figuró hasta el 23 de junio de 2016, es decir, posteriormente al plazo establecido en los requisitos para acceder al beneficio educativo, por lo que no lo cumpliría.*

iv) *Acreditó ante las accionadas haber sido aceptado a un programa de pregrado en una de las instituciones universitarias inscritas en el programa de becas y, de hecho, a la carrera de ingeniería electrónica, a la cual se inscribió en la Universidad Tecnológica de Bolívar, por lo que cumple dicho requisito.*

Conforme a lo anterior, la Sala observa que el accionante no superó uno de los requisitos para acceder al programa “Ser pilo paga 2”. En suma, porque la información del actor no estaba en la base de datos del Sisben para el corte del 19 de junio de 2015.

Sin embargo, de los requerimientos efectuados en segunda instancia, pude determinarse que las razones por las cuales el adolescente Aris Bello Martínez no figuraba en las bases de datos del Sisben, a corte del 19 de junio de 2015, no pueden atribuírsele a la parte actora por cuanto, como lo informó la señora Nancire Martínez Beltrán, madre del joven Aris Bello Martínez, antes del corte de 19 de junio de 2015, se acercó “a la oficina del Sisben ubicada en la alcaldía local No. 2 en el barrio Chiquinquirá, para solicitar la inclusión de mi familia en la base de datos del Sisben, ante tal solicitud me informaron que nosotros los desplazados no podemos estar afiliados a dos regímenes. por ese motivo no pude sacar el Sisben. No convencida por lo manifestado por los funcionarios, me acerque al punto de atención a víctimas donde me manifestaron lo mismo. (...)” (subraya la Sala)⁸.

De acuerdo con lo anterior, para la Sala la referida circunstancia no permitió que el joven Aris Bello Martínez figurara en las bases de datos del Sisben, a corte del 19 de junio de 2015 y de contera que no pudiera acceder al programa “Ser pilo paga 2”. Máxime si se tiene en cuenta que las autoridades demandadas, a pesar de los requerimientos efectuados en segunda instancia, no aportaron elementos que llevaran a una conclusión diferente del por qué el adolescente tutelante no figurara en el Sisben.

Así las cosas, al realizar un juicio de ponderación de las circunstancias fácticas que rodean el presente asunto, la Sala considera que prima y debe atenderse: 1) el hecho de que el no estar inscrito en el Sisben a corte del 19 de junio de 2015 no puede atribuírsele al tutelante, 2) la condición de desplazado por la violencia y 3) la calidad de sujeto de especial protección del accionante, frente al cumplimiento de figurar en la base de datos del Sisben para el corte del 19 de junio de 2015, lo cual, actualmente, cumple y que desvirtúa el hecho de que el Sisben y el RUV sean incompatibles.

En efecto, evidencia la Sala que en el presente asunto, existen elementos de juicio a partir de los cuales puede establecerse que si bien el adolescente Aris Bello Martínez no cumplió con el requisito de estar inscrito en la base certificada del Sisben, con corte de 19 de junio de 2015, y que por regla general eso es razón suficiente para no acceder al beneficio referido, lo cierto es que amerita una especial protección y la adopción de medidas que garanticen su ingreso a la educación superior por medio del programa “Ser Pilo Paga”. Máxime si se tiene en cuenta el hecho de que las accionadas negaron los dos programas de crédito y, por tanto, el derecho a la educación del accionante fue desprotegido, razón por la cual será confirmado el amparo decretado en primera instancia.

En conclusión, para la debe incluirse al adolescente actor en el programa “Ser Pilo Paga”. Por tanto, en atención al efecto útil de la sentencia, pues no pierde de vista la Sala que el programa “Ser Pilo Paga 2” ha avanzado en su ejecución y está ad portas de culminar, tan es así que se encuentra en trámite el Programa “Ser Pilo Paga 3” en el cual las autoridades accionadas pueden vincular eficazmente al actor, sin que el derecho a la educación sea desprotegido, modificará el numeral segundo del fallo de primera instancia en lo referente a la inclusión del accionante en la lista de beneficiarios pero del programa

8 255 y 256.

“Ser Pilo Paga 3”, y se confirmarán las demás órdenes dictadas por el Tribunal Administrativo de Bolívar, de conformidad con las consideraciones expuestas en esta providencia.”

Decisión: “MODIFICAR el numeral segundo la sentencia de 27 de julio de 2016 del Tribunal Administrativo de Bolívar el cual quedará de la siguiente manera:

Como medida de protección, ORDENAR al Ministerio de Educación Nacional y al Instituto Colombiano de Crédito Educativo y Estudios Técnicos en el Exterior - ICETEX, que dentro del plazo de cinco (5) días contados desde la notificación de la presente providencia, incluyan al tutelante en el programa “Ser Pilo Paga 3” y, sin que se interrumpa o afecte el derecho a la educación del accionante, adopten todas las medidas necesarias para hacer efectivo el crédito ofrecido por dicho programa a Aris Bello Martínez. Cumplido lo anterior, adelanten las gestiones pertinentes para la asignación de los recursos y ayudas que ese programa contempla para sus favorecidos.

CONFIRMAR en lo demás la sentencia de 27 de julio de 2016 del Tribunal Administrativo de Bolívar, pero de acuerdo con la parte motiva de este proveído.

NOTIFÍQUESE a las partes en la forma prevista en el artículo 30 del Decreto 2591 de 1991.

REMÍTASE el expediente a la Corte Constitucional para su eventual revisión, dentro de los diez (10) días siguientes a la ejecutoria de esta providencia, previo envío de copia de la misma al tribunal de origen”.

LUCY JEANNETTE BERMÚDEZ BERMÚDEZ
Presidenta

ROCÍO ARAÚJO OÑATE
CARLOS ENRIQUE MORENO RUBIO
ALBERTO YEPES BARREIRO

CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCIÓN QUINTA

Consejero ponente: ALBERTO YEPES BARREIRO

Bogotá D.C., diez (10) de noviembre de dos mil dieciséis (2016)

Radicación número: 05001-23-33-000-2016-01830-01(AC)

Actor: JOSÉ ANDRÉS CUNI MORALES Y OTROS

Demandado: NACIÓN, MINISTERIO DE RELACIONES EXTERIORES Y OTROS

Asunto: Tutela que declara la carencia de objeto respecto de las deportaciones que se realizaron a un grupo de Cubanos, toda vez que lo se buscaba con la petición de amparo era evitar las deportaciones realizadas sin el seguimiento del debido proceso establecido para tal fin, lo cual ya había acontecido al momento de fallar en segunda instancia la acción. No obstante se advierte que efectivamente no se siguió el debido proceso y por ende se remiten copias a las entidades correspondientes para que se investiguen las irregulares actuaciones administrativas que se adelantaron con los actores.

Extracto: “2.5. El derecho al debido proceso de los migrantes

La Constitución Política en el artículo 100 señala que los extranjeros en el País disfrutarán de los mismos derechos civiles que se les concede a los colombianos, sin embargo, por razones de orden público, la ley podrá subordinar a condiciones especiales o negar el ejercicio de determinados derechos civiles a los extranjeros. Igualmente prevé la norma que éstos gozarán en el territorio de la República, de las garantías concedidas a los nacionales, salvo las limitaciones que establezcan la Constitución o la ley. (...)

Por su parte, la Corte Constitucional en un sinnúmero de sentencias ha indicado que ni el legislador ni las autoridades administrativas pueden desconocer la vigencia y alcance de los derechos fundamentales inherentes a la persona humana, que son garantizados en la Carta Política y en los tratados internacionales, así el extranjero se encuentre en condiciones de permanencia irregular dentro del país (T-321 de 2005).

*En relación específicamente con el **debido proceso de los migrantes**, indicó que es un deber para las autoridades públicas, que tratándose de trámites consulares surtidos ante el Estado colombiano, los extranjeros que no hablen ni comprendan el castellano, idioma oficial de Colombia, estén asistidos por un intérprete a fin de que puedan ejercer de manera efectiva sus derechos y velar por sus intereses.*

En este sentido, en la sentencia T-338 de 2015, trajo a colación las consideraciones expuestas por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en sentencia de 25 de noviembre de 2013, al resolver el caso “Familia Pacheco Tineo vs. Estado Plurinacional de Bolivia”, (...)

2.7.5. Pues bien, para la Sección Quinta, la decisión de primera instancia debe revocarse para, en su lugar, declarar la carencia de objeto¹ de la acción de tutela por daño consumado respecto

1 La figura procesal de la cesación de la actuación está concebida para que opere únicamente cuando durante el trámite de la primera instancia, la situación, el hecho o la omisión que constituía la amenaza o la vulneración que alegó el tutelante como motivo para su reclamo de recibir amparo constitucional, dejó de presentarse, pues la autoridad pública o el particular según el caso, llevaron a cabo o detuvieron la actuación o el procedimiento causante del riesgo o la lesión al derecho fundamental. De este modo, por una especie de sustracción de materia sobre la cual llevar a cabo el examen y el pronunciamiento judicial, no tiene ya sentido ni razón de ser continuar el trámite de la tutela, cuyo motivo para instaurarla era precisamente obtener, a título de amparo, tal resultado, el que ya se produjo. Entonces, la consagración de la cesación de la actuación impugnada del artículo 26 del Decreto 2591 de 1991, adicionada jurisprudencialmente con la expresión “por hecho superado”, presenta una lógica que parte de que sí existió, sí se presentó

de algunos de los acciones y negar el amparo en relación con otros, por las razones que pasan a explicarse:

Primero, encuentra la Sección que con la interposición del recurso de amparo constitucional los accionantes pretendían principalmente “la suspensión inmediata de la deportación por asuntos migratorios de los ciudadanos cubanos que se encuentran en el municipio de Turbo”.

Pues bien, de acuerdo con los informes rendidos por Migración Colombia, respecto de “ROBERTO POPA CARMEN ATE; YUDALBIS GONZALEZ; ABRAM ALMENAREZ BAPTIST; YOLEILI QUINTERO ROJAS (sin documento de identificación) Y ALEJANDRO MARTÍNEZ MAMERO”, no existe ningún proceso o sanción administrativa de carácter migratorio vigente, ni tampoco contra “ABRERIS ALMENARES RODRIGUEZ, ADALYS MENDEZ ROSALES y ADOM MENDEZ CRUZ” por ser menores de edad.

En tal medida, en relación con las personas de ciudadanía cubana que no tienen ningún procedimiento administrativo sancionatorio de carácter migratorio vigente, no puede predicarse la vulneración de los derechos fundamentales invocados en el escrito de tutela, razón suficiente para negar el amparo constitucional deprecado por ellos.

Cuestión diferente sucede con los demás ciudadanos cubanos, frente a los cuales, se tiene plena certeza de que se agotó un procedimiento administrativo por parte de Migración Colombia que finalizó, en todos los casos, con la expedición de las resoluciones de deportación del territorio colombiano por ingreso y regular al país, respecto de los cuales se **declarará la carencia actual de objeto por daño consumado** como se explica en seguida.

Segundo, la Sección encuentra que, tal como lo afirma la UAEMC, los ciudadanos cubanos sometidos al trámite administrativo migratorio fueron deportados del territorio colombiano, como consecuencia de un trámite administrativo adelantado durante los primeros días del mes de agosto de 2016, tal y como se puede verificar de los documentos allegados por la misma unidad. Lo anterior, además, deviene como lógico, si se tiene en cuenta que una vez les fue entregado el salvoconducto, estos, contaban con 5 días abandonar el territorio colombiano, siendo estas expedidas (las resoluciones de deportación y salvoconductos) el 9 de agosto de 2016.

En tal medida, considera la Sección que en el caso resultaría innecesaria e inútil cualquier orden que pudiera proferir el juez de tutela de primera instancia para la protección de las garantías fundamentales que los peticionarios invocaban como transgredidas pues, como se expuso en párrafos anteriores en esta providencia, la acción de tutela es un mecanismo inmediato de protección de derechos fundamentales mediante el cual se busca conjurar su vulneración o evitar que se materialice su amenaza y que las órdenes impartidas por los jueces constitucionales deben estar dotadas de eficacia material.

De esta manera, resultaría inane el análisis por parte de la Sala en torno a la vulneración de los derechos fundamentales de la parte actora, pues es claro que los ciudadanos que denunciaron la transgresión de sus derechos fundamentales por parte de UAEMC y la Policía Nacional fueron deportados y no se encuentran actualmente en territorio colombiano.

No obstante lo anterior, como se indicó en el acápite sobre carencia actual de objeto de esta providencia “no es perentorio para los jueces de instancia (...) incluir en la argumentación de su fallo el análisis sobre la vulneración de los derechos fundamentales planteada en la demanda. Sin embargo pueden hacerlo, sobre todo si consideran que la decisión debe incluir observaciones acerca de los hechos del caso estudiado, incluso para llamar la atención sobre la falta de conformidad constitucional de la situación que originó la tutela, o para condenar su ocurrencia y advertir la inconveniencia de

el motivo o la razón amenazante o transgresora, pero sin embargo, no requirió de orden judicial para proteger el derecho fundamental que en efecto estuvo en riesgo o fue lesionado, pues antes de concluir el trámite tutelar con sentencia, se solucionó la situación pues dejó de tener presencia el hecho o la omisión causante de ello.

su repetición”, esta Sección considera cardinal resaltar que de las pruebas allegadas al expediente de tutela, se advierte una vulneración del derecho fundamental al debido proceso de los accionantes por las razones que pasan a explicarse:

De un lado, advierte la Sala que el procedimiento administrativo sancionatorio adelantado por la UAEMC se desarrolló, en los asuntos sustanciales, de acuerdo con lo dispuesto en el Decreto 1067 de 2015 “Por medio del cual se expide el Decreto Único Reglamentario del Sector Administrativo de Relaciones Exteriores” y, en lo que respecta a los asuntos procedimentales con aplicación a las reglas dispuestas por el CPACA – Ley 1437 de 2011, cuestión que se verifica que los autos remitidos como prueba por la misma unidad.

Así pues, el Título III Capítulo III del CPACA establece unos términos para el desarrollo de las etapas del procedimiento administrativo, esto es, a manera enunciativa: (i) 15 días siguientes a la notificación de la formulación de cargos, para que los investigados puedan presentar los descargos y solicitar o aportar las pruebas que pretendan hacer valer; (ii) máximo 30 días de periodo probatorio y, (iii) 10 día para rendir alegatos.

En el caso concreto, luego de analizar los expedientes administrativos allegados por la UAEMC, resulta palmario que en cada uno de los procedimientos administrativos migratorios adelantados contra los actores, el auto de apertura de la actuación administrativa, el auto de formulación de cargos y la resolución de deportación datan de la misma fecha y, en el marco del mismo, fueron suscritos por parte de los ciudadanos cubanos documentos de contenido idéntico en los que manifestaron renunciar a los términos del proceso, aceptaron los cargos que se les imputaron, desistieron de presentar recursos y solicitaron resolver la actuación administrativa migratoria. (...)

Por lo esbozado en precedencia, comparte esta Sección el exhorto hecho por el Tribunal Administrativo de Antioquia a la UAEMC para que, en lo sucesivo, cumplan con sus deberes constitucionales y legales, garanticen los derechos fundamentales de las personas extranjeras, especialmente el derecho fundamental al debido proceso. Pues si bien, en el caso concreto se configuró la carencia actual de objeto por daño consumado, no pueden pasar inadvertidas las irregularidades ocurridas en el procedimiento administrativo migratorio adelantado en contra de los accionantes.

Asimismo, se le advierte a Migración Colombia que en ningún caso podrá incurrir en las acciones dieron mérito al pronunciamiento a la Sección Quinta del Consejo de Estado en la presenta tutela².

En consecuencia, la Sala estima pertinente, compulsar copias del expediente a la Procuraduría General de la Nación para que investigue la conducta y posible responsabilidad disciplinaria de los funcionarios de Migración Colombia, que participaron en el procedimiento administrativo migratorio adelantado en contra de los ciudadanos cubanos deportados.

2.7. Conclusiones

De conformidad con lo expuesto en precedencia, la Sala revocará la sentencia de 18 de agosto de 2016, por medio de la cual el Tribunal Administrativo de Antioquia negó la acción de tutela para, en su lugar: declarar la carencia de objeto de la acción de tutela por daño consumado respecto

2 Sobre el particular, la Corte Constitucional ha indicado (sentencia T-358 de 2014) que en los casos en los que al momento de la interposición de la acción de tutela el daño ya está consumado “el/la juez/a de tutela deberá hacer, en la parte motiva de su sentencia, un análisis serio en el que demuestre la existencia de un verdadero daño consumado, al cabo del cual podrá, en la parte resolutive, declarar la improcedencia de la acción, sin hacer un análisis de fondo. Adicionalmente, si lo considera pertinente, procederá a compulsar copias del expediente a las autoridades que considere obligadas a investigar la conducta de los/las demandados/as cuya acción u omisión causó el daño e informar al actor/a o a sus familiares sobre las acciones jurídicas de toda índole a las que puede acudir para el resarcimiento del daño.”.

de los acciones sometidos al procedimiento administrativo migratorio y negar el amparo en relación con otros ciudadanos cubanos frente a los cuales no se agotó el mencionado trámite.

Asimismo, advertirá a Migración Colombia que ningún caso podrá incurrir en las acciones dieron mérito al pronunciamiento a la Sección Quinta del Consejo de Estado en la presente tutela.

De igual forma, compulsará copias del expediente de tutela a la Procuraduría General de la Nación, para que investigue la conducta y posible responsabilidad disciplinaria de los funcionarios de Migración Colombia, que participaron en el procedimiento administrativo migratorio adelantado en contra de los ciudadanos cubanos deportados.

*Finalmente, resta a la Sección Quinta indicar, en relación con el cargo presentado en el escrito de tutela y reiterado en la impugnación, sobre la presunta vulneración de derechos fundamentales como consecuencia de la distribución del “**planflet**o repartido por la Policía Nacional y Migración Colombia que invita a los habitantes de Turbo – Antioquia a denunciar a los migrantes”, que no existe certeza en el caso acerca de la autoría del mismo y que, de su contenido, no puede desprenderse la transgresión a la garantías constitucionales que la parte actora alega, en la medida en que se limita a informar a la ciudadanía sobre la responsabilidad penal que puede generar el delito de tráfico de migrantes consagrado en el artículo 188 de la Ley 599 de 2009 – Código Penal.”*

Decisión: “REVOCAR el numeral primero de la sentencia de 23 de agosto de 2016 proferida por Tribunal Administrativo de Antioquia que negó el amparo de los derechos fundamentales de la parte actora para, en su lugar DECLARAR la carencia de objeto de la acción de tutela por daño consumado respecto de los acciones sometidos al procedimiento administrativo migratorio y NEGAR el amparo en relación con otros ciudadanos cubanos frente a los cuales no se agotó el mencionado trámite, de conformidad con las consideraciones expuestas en esta providencia.

CONFIRMAR el numeral tercero de la sentencia que EXHORTA la NACIÓN - Ministerio de Relaciones Exteriores y a la Unidad Administrativa Especial Migración Colombia, para que en lo sucesivo respeten al debido proceso sancionatorio en materia migratoria siguiendo las pautas establecidas por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, esto es, que en todo procedimiento relacionado con asuntos migratorios, deben asegurarle a los extranjeros la posibilidad real y efectiva de participar en el trámite consular, permitiéndoles solicitar y recibir asesoría legal, incluso a través del servicio público gratuito de ser aplicable y en caso de necesitarlo podrán solicitar un traductor o intérprete; debe informárseles expresa y formalmente de los cargos en su contra y de los motivos de su expulsión o deportación; se les debe dar la posibilidad de presentar recursos contra la decisión que les resulte desfavorable y, para ser deportados o expulsados debe mediar decisión fundamentada conforme al ordenamiento jurídico, debidamente notificada.

ADVERTIR a la Unidad Administrativa Especial Migración Colombia, que en ningún caso podrá incurrir en las acciones dieron mérito al pronunciamiento a la Sección Quinta del Consejo de Estado en la presente tutela.

COMPULSAR copias del expediente de tutela a la Procuraduría General de la Nación, para que investigue la conducta y posible responsabilidad disciplinaria de los funcionarios de Migración Colombia, que participaron en el procedimiento administrativo migratorio adelantado en contra de los ciudadanos cubanos deportados.

Dentro de los diez (10) días siguientes a la ejecutoria de esta providencia, REMITIR el expediente a la Corte Constitucional para su eventual revisión”.

LUCY JEANNETTE BERMÚDEZ BERMÚDEZ
Presidenta

ROCÍO ARAÚJO OÑATE
CARLOS ENRIQUE MORENO RUBIO
ALBERTO YEPES BARREIRO

CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCIÓN QUINTA

Consejero ponente: ALBERTO YEPES BARREIRO

Bogotá, D.C., diez (10) de noviembre de dos mil dieciséis (2016)

Radicación número: 44001-23-33-000-2016-00155-01(AC)

Actor: COMUNIDAD INDÍGENA WAYUU EL DIVIDIVI

Demandado: NACIÓN, MINISTERIO DEL INTERIOR Y OTROS

Asunto: Providencia que ampara los derechos fundamentales de la Comunidad actora y ordena al Distrito de Riobacha su indemnización y compensación, además de realizar planes de mitigación y manejo ambiental (suelo, agua y aire), social, económico y cultural, atendiendo al concepto de justicia ambiental en sus dimensiones distributiva y participativa, con ocasión de la construcción de un relleno sanitario en su territorio.

Extracto: “(...) 2.10.1. En el caso sub examine, la comunidad indígena Wayuu Dividivi aseguró que sus derechos fundamentales a la vida digna, a la salud, a la consulta previa, a la participación, al libre desarrollo de la personalidad, a la diversidad e integridad étnica y cultural, a la conservación social, cultural y económica de la comunidad, al territorio colectivo ancestral, a la “conservación de las especies medicinales naturales y tradicionales, flora y fauna silvestre”, a la “integridad física”, a la “conservación del cosmos, de la espiritualidad” y a “vivir en paz social y comunitaria”.

A su juicio, la vulneración de las mencionadas garantías constitucionales proviene de la construcción del Relleno Sanitario de Riobacha en su territorio ancestral. Identificó dos asuntos de los que proviene la transgresión:

Primero, aseguró que 70 hectáreas de territorio, en las que actualmente se lleva a cabo la construcción fue objeto de una expropiación violenta y “falsa de tradición” pues fue vendido por quien no era propietario del espacio geográfico que ancestralmente pertenece al CLAN ARPUSHANA a INTERASEO S.A. E.S.P., sociedad que a su vez lo donó al distrito de Riobacha para la construcción del proyecto.

Segundo, expuso que el procedimiento de consulta previa, acuerdos y protocolización para la construcción del Relleno Sanitario Regional de Riobacha, en vez de cumplir la finalidad para la que fue concebido, esto es, la garantía de sus derechos fundamentales, ha cercenado los mismos, toda vez que en el marco de este procedimiento la autoridad ancestral manifestó su oposición total al proyecto por las graves implicaciones sobre su comunidad, no obstante lo anterior, las autoridades terminaron tomando en cuenta la voluntad de las demás comunidades que por su ubicación geográfica no se ven afectadas directamente con el proyecto.

2.10.2. Por su parte, las demandadas manifiestan, en términos generales, que no existe la vulneración de los derechos fundamentales alegada por la parte actora, toda vez que en el caso se surtió la consulta previa con el cumplimiento de todos los requisitos fijados por la ley y la jurisprudencia, máxime cuando la autoridad tradicional de la comunidad de Dividivi hizo presencia y asistió a las reuniones.

Además, expusieron que la construcción del Relleno Sanitario de Riobacha es necesaria y urgente para el distrito, toda vez que no posee un relleno sanitario para la disposición final de los residuos sólidos, pues en la actualidad cuenta con unas celdas transitorias, cuya vida útil está por extinguirse a inicios del mes de septiembre de este año, al sobrepasar su capacidad de almacenamiento. Por lo anterior, urgente la puesta en marcha de la obra a fin de evitar una emergencia sanitaria en el distrito y sus corregimientos.

En cuanto a la ilegalidad en la adquisición del predio, indicaron que ello obedece a una apreciación subjetiva del actor, pues no se ha efectuado ninguna venta, y que la participación de la comunidad

corresponde al cumplimiento de la consulta previa que resulta obligatoria en estos eventos dada la naturaleza del proyecto, de la cual se obtuvo la complacencia de la mayoría de las autoridades tradicionales asentadas en el área de influencia del proyecto, bajo el compromiso de mantener sus usos y costumbres.

2.10.3. *El Tribunal Administrativo de La Guajira, con sentencia de 18 de agosto de 2016¹, concedió el amparo solicitado por la autoridad tradicional de la comunidad del Dividivi, por lo que ordenó a las demandadas iniciar los trámites respectivos para hacer extensivas las indemnizaciones y compensaciones a la comunidad del DIVIDIVI (Ichiwourian) y a los demás grupos indígenas involucrados en el proceso de planeación y ejecución del relleno sanitario del distrito de Riobacha, en los mismos términos de los acuerdos iniciales realizados con las otras comunidades.*

Como sustento de la decisión expuso que: (i) la adquisición del predio donde se construye el relleno sanitario del distrito de Riobacha obedece a una adquisición legítima; (ii) el proceso de consulta previa se adelantó de acuerdo con los parámetros legales y jurisprudenciales, a lo que agregó que si bien un número minoritario de comunidades, dentro de las que se encuentra la Dividivi, manifestaron su oposición a la realización del proyecto, a los términos de la consulta, y se apartaron de las convenciones realizadas con la mayoría de la población, inspirados en su intención de preservar sus usos, costumbres y titularidad ancestral, no se encontró connotación suficiente para vetar la realización de la obra pública.

2.10.4. *De los escritos de impugnación se tiene que las autoridades demandadas pidieron los jueces de tutela establecer cuál es la competencia que les asiste y las obligaciones derivadas de la orden de amparo concedida por la primera instancia del proceso constitucional.*

Mientras que, la parte accionante insistió en que como consecuencia de la construcción y operación del Relleno Sanitario se afectan sus derechos fundamentales, siendo además, enfática en señalar que la comunidad no pretende una indemnización sino evitar que con la obra se afecte su territorio ancestral, cultura, sustento económico y condiciones de salud y vida.

Asimismo, aseguró que el Tribunal Administrativo de La Guajira omitió pronunciarse en relación con las irregularidades respecto de la venta de su territorio ancestral.

2.10.5. *Pues bien, expuesto lo anterior, corresponde a la Sección Quinta del Consejo de Estado, como juez de tutela de segunda instancia, analizar si, en el presente caso, las autoridades demandadas desconocieron los derechos fundamentales invocados en la solicitud de amparo. Para ello, en primera medida debe advertirse que, como se indicó en el acápite 2.5., el derecho fundamental a la consulta previa involucra la protección de otras garantías constitucionales.*

2.10.5.1. *Para ello, lo primero que resalta la Sala es que contrario a lo que asegura la comunidad actora, el Tribunal Administrativo de La Guajira si se pronunció sobre las alegadas irregularidades respecto de la venta de los terrenos en los que se está construyendo el Relleno Sanitario de Riobacha, esto en el sentido de indicar que “... la adquisición del predio donde se construye el relleno sanitario del distrito de Riobacha obedeció a una adquisición legítima, en cuanto la titularidad del terreno estaba en cabeza de INTERASEO S.A. E.S.P. quien por negocio jurídico que consta en la Escritura Pública 1536 de noviembre 8 de 2013, dispuso la donación del referido predio para que se para que se construyera el relleno sanitario, acto que fue avalado por la alcaldía municipal a través de resolución 0934 de septiembre 30 de 2013”.*

*Además de lo anterior, en criterio de la Sección Quinta, **no corresponde al juez de tutela pronunciarse sobre la presunta venta irregular** de los terrenos en los que se construirá el relleno sanitario y cuya propiedad reclama la comunidad indígena, quien además, asegura que INTERASEO S.A. E.S.P. y el distrito*

1 Folios 222 a 245 del cuaderno principal del expediente de tutela.

de Riobacha adquirieron “ de manera clandestina e inconsulta el predio () por cuanto el predio en disputa es un territorio o espacio geográfico que ancestralmente pertenece a nuestro CLAN ARPUSHANA a quienes no se les ha comprado ni concertado”, dado que la acción de tutela es el espacio judicial para discutir y propender por la garantía de derechos fundamentales, no cuestiones de otra índole.

2.10.5.2. *Abora bien, a juicio de la Sección Quinta del Consejo de Estado, la sentencia de tutela de primera instancia proferida por el Tribunal Administrativo de La Guajira, que concedió el amparo solicitado por la comunidad indígena Dividivi debe confirmarse, con sustento en las razones que pasan a explicarse:*

Primero, la Sala destaca que un relleno sanitario, de acuerdo con la Guía Ambiental elaborada por el Ministerio del Medio Ambiente, se define como “(U)n sitio donde se depositan los residuos no aprovechables que produce una ciudad, población o zona habitada, de tal manera que, mejorando el paisaje, se produzca el mínimo daño al ambiente y a la salud de la población sometida al riesgo de sus efluentes. Es el sitio donde diariamente los residuos son recibidos, dispuestos, compactados, cubiertos y donde se realiza el control ambiental (principalmente gases, olores y lixiviados), así mismo, se realiza control y monitoreo a la estabilidad con el fin de prevenir riesgos de deslizamiento”.

De conformidad con el Código Nacional de Recursos Naturales -Decreto 2811 de 1974- en la recolección, tratamiento y disposición de los residuos, basuras, desechos y desperdicios se debe propender por el desarrollo de los métodos más adecuados para la defensa del ambiente, del hombre y de los demás seres vivientes y utilizar preferiblemente aquellos medios que eviten el deterioro del ambiente y de la salud humana, permitan reutilizar sus componentes, producir nuevos bienes y restaurar o mejorar los suelos.

Y, en el caso que ocupa la atención de la Sala, no cabe duda de que la construcción del relleno sanitario es una necesidad pública inaplazable, como servicio público domiciliario esencial, para los habitantes del distrito de Riobacha, en la medida en que no posee un lugar adecuado para la disposición final de residuos sólidos, lo cual puede ocasionar una emergencia sanitaria.

Además, debe tenerse en cuenta que la obra será desarrollada en ese específico espacio geográfico, debido a que es el terreno con el que el distrito de Riobacha dispone para su construcción y además teniendo en cuenta que una vez efectuado el estudio de impacto ambiental del proyecto, por parte de Corpoguajira, no existen razones para considerar que el mismo no sea apto para la construcción del relleno, máxime cuando no corresponde al juez de tutela controvertir las consideraciones de orden técnico y ambiental

*Asimismo, la Sección Quinta considera cardinal precisar que en el caso sub examine **no resulta procedente la suspensión de la obra de construcción del relleno sanitario**, orden que ha impartido esta misma Sala en casos como el de la **Comunidad Muisca de Bosa** (Exp. 2015-00873) en el que se ordenó suspender la construcción de la “la Ejecución del Plan Parcial El Edén – El Descanso (Decreto 521 de 2006) y frente a la construcción de la Ciclo Ruta – Alameda El Porvenir”, toda vez que **los casos difieren en sus supuestos fácticos**, esto debido a que en el caso de la Comunidad Muisca de Soacha nunca se adelantó el trámite de consulta previa debido a que existía duda sobre la presencia de la comunidad actora en los terrenos en donde se desarrollará el Plan Parcial “Campo Verde”, mientras que, en el presente caso, la consulta si fue realizada pero el desarrollo de esta la **Comunidad Indígena Wayúú** el Dividivi manifestó su desacuerdo con la construcción del relleno sanitario.*

Segundo, como se expuso en los acápites 2.6, 2.7 y 2.8 de esta providencia, la consulta previa es un derecho fundamental de las comunidades indígenas y constituye el espacio, en el marco del cual, las entidades estatales y las empresas privadas, de un lado y los grupos étnicos, de otra, llegan un acuerdo o armonizan sus intereses cuando existe una tensión entre ellos.

Por ello, en el marco de la consulta es necesario que las comunidades expresen su consentimiento previo, libre e informado respecto de los proyectos que los afecten de manera directa, sin que ello,

en términos de la propia Corte Constitucional, les otorgue la facultad para vetar o impedir el desarrollo de un proyecto.

En tal sentido, en los casos en los que un proyecto supone una afectación para un pueblo, como cuando supone el desplazamiento o migración de miembros de una comunidad indígena o tribal del territorio o que genere un alto impacto social, cultural y ambiental en una comunidad étnica, que conlleve a poner en riesgo la existencia de la misma, entre otras, debe realizarse un ejercicio de ponderación que proteja los derechos de ese pueblo que consiste en una evaluación de los impactos y en la definición de las medidas de prevención, mitigación y compensación correspondientes a efectos de proteger a la comunidad indígena.

En el caso sometido al conocimiento del Consejo de Estado, Sección Quinta es indiscutible que se llevó a cabo el trámite de la consulta previa con el lleno de los requisitos fijados por la Ley y la jurisprudencia constitucional, en el marco del cual, como la esta Sala lo relató en los antecedentes de la presente sentencia (ver folios 4 y 5), se convocó a la comunidad indígena Wayúu el Dividivi que a través de su autoridad ancestral y una vez le fueron explicados los posibles impactos que podría sufrir la etnia, manifestó no estar de acuerdo con la construcción del relleno sanitario, oposición de la cual se dejó constancia en las actas de “preconsulta y apertura del proceso de consulta previa” del proyecto de fecha 22 de mayo de 2014 y de “acuerdos de protocolización del proceso de consulta previa” del 22 de octubre de 2014, en esta última en la que el Ministerio del Interior dejó constancia de que se concertaron los acuerdos ambientales y socioculturales con los asistentes y, “sin embargo no se protocolizaron acuerdos ya que la mayoría de las comunidades asistentes, excepción de la comunidad indígena los Olivos y la Sabana, no están de acuerdo con la realización de este proyecto, por lo que se convocar[ía] una nueva reunión con las dos comunidades mencionadas”.

De lo anterior se desprende que aquellas comunidades que se encuentran ubicadas más cerca al relleno sanitario, manifestaron no estar de acuerdo con su desarrollo y, en consecuencia, con estas no se llegó a ningún acuerdo de mitigación y manejo del ambiental (suelo, agua y aire), social, económico y cultural, tal como, se insiste, quedó documentado en el “Acta de acuerdos de protocolización del proceso de consulta previa” de 22 de octubre de 2014.

Cuestión que, como ya lo indicó la Sala, no puede conducir a la paralización de un proyecto sino que origina un espacio para que se adopten medidas que protejan los derechos de la comunidad en el desarrollo del mismo.

Tercero, de esta manera como lo concluyó el Tribunal Administrativo de La Guajira, no puede paralizarse ni impedirse el desarrollo de la obra por lo que el juez constitucional debe propender porque las indemnizaciones, las compensaciones y los planes de mitigación y manejo del ambiental (suelo, agua y aire), social, económico y cultural, atiendan al concepto de justicia ambiental en sus dimensiones distributiva y participativa, ampliamente desarrollado en el acápite 2.9 de esta providencia.

Por ello las consecuencias derivadas del proyecto de Relleno Sanitario Regional de Riobacha deberán ser evaluadas en el caso concreto de forma que se garantice (i) la efectiva retribución y compensación para la Comunidad Dividivi en atención a la carga o pasivo ambiental que le corresponde asumir como consecuencia de la intervención en su territorio, necesaria desde la perspectiva del interés general (justicia distributiva) y; (ii) la participación de la parte accionante en la evaluación nativa de los impactos y en la definición de las medidas de prevención, mitigación y compensación correspondientes (justicia participativa).

En este entendido, el distrito de Riobacha deberá invitar a la autoridad ancestral de la comunidad indígena Dividivi a un proceso en el que se hagan efectivos sus derechos constitucionales, con el acompañamiento de las demás autoridades que hicieron presencia en el proceso de consulta con las demás comunidades, en el marco de sus competencias.

*En el mencionado proceso, deberá permitirse la **participación activa de la Comunidad Indígena Wayuu el Dividivi** en dos escenarios (i) el de evaluación de impactos del proyecto y (ii) el de establecimiento de las medidas de mitigación y manejo ambiental (suelo, agua y aire), social, económico y cultural, **aclara la Sala que tales espacios no deben ser solamente informativos sino de verdadera intervención por parte de la comunidad actora. Asimismo, las evaluaciones y acuerdos deberán tener en cuenta además de los estudios de orden técnico social y ambiental, que esta comunidad es la que presenta un más alto grado de afectación por la construcción del relleno o, en otros términos, la que mayor carga o pasivo ambiental por su cercanía al relleno sanitario.***

2.8. Conclusiones

De conformidad con lo expuesto en precedencia, la Sala confirmará el numeral primero de la sentencia de 18 de agosto de 2016, por medio del cual el Tribunal Administrativo de La Guajira concedió la solicitud de amparo a los derechos fundamentales de la Comunidad Indígena Wayuu Dividivi.

*Sin embargo, adicionará el numeral segundo de la mencionada providencia, en el sentido de señalar que: (i) las indemnizaciones, las compensaciones y los planes de mitigación y manejo ambiental (suelo, agua y aire), social, económico y cultural, deberán atender al concepto de **justicia ambiental en sus dimensiones distributiva y participativa**, de conformidad con las consideraciones expuestas en la parte motiva de esta decisión y; (ii) **tal orden debe ser cumplida por el distrito de Riohacha con el acompañamiento de las demás autoridades que hicieron presencia en el proceso de consulta con las demás comunidades, en el término de tres (3) meses, plazo que se considera prudencial. (...)***

Decisión: “CONFIRMAR la sentencia de 18 de agosto de 2016, proferida por el Tribunal Administrativo de La Guajira que concedió la solicitud de amparo constitucional invocado por la comunidad indígena Wayuu Dividivi.

ADICIONAR el numeral segundo del referido fallo, en el sentido de señalar que, en el término de tres (3) meses: (i) las indemnizaciones, las compensaciones y los planes de mitigación y manejo ambiental (suelo, agua y aire), social, económico y cultural, deberán atender al concepto de justicia ambiental en sus dimensiones distributiva y participativa, de conformidad con las consideraciones expuestas en la parte motiva; (ii) la orden debe ser cumplida por el distrito de Riohacha con el acompañamiento de las demás autoridades que hicieron presencia en el proceso de consulta con las demás comunidades, en el marco de sus competencias.

Dentro de los diez (10) días siguientes a la ejecutoria de esta providencia, REMITIR el expediente a la Corte Constitucional para su eventual revisión”.

LUCY JEANNETTE BERMÚDEZ BERMÚDEZ
Presidenta

ROCÍO ARAÚJO OÑATE
CARLOS ENRIQUE MORENO RUBIO
ALBERTO YEPES BARREIRO



Acciones de Cumplimiento



CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCIÓN QUINTA

Consejera ponente: ROCÍO ARAÚJO OÑATE

Bogotá, D.C., dos (2) de mayo de dos mil dieciséis (2016)

Radicación número: 25000-23-41-000-2015-02437-01(ACU)

Actor: JAMES PEREA PEÑA

Demandado: SENADO DE LA REPÚBLICA

Asunto: Acción de Cumplimiento. Resuelve la solicitud de cumplimiento de una norma que contiene un mandato imperativo e inobjetable consistente en que todas las entidades pertenecientes al sector oficial se debieron remplazar, antes del 1º de julio de 1999, los equipos, sistemas e implementos de alto consumo de agua, por los de bajo consumo.

Extracto: “Improcedencia de la acción de cumplimiento frente a normas que establezcan gastos

Como se señaló en precedencia, el artículo 9º de la Ley 393 de 1997 dispone que esta acción no es procedente para perseguir el cumplimiento de normas que establecen gastos a la administración.

Sobre el particular, la jurisprudencia de esta Corporación ha definido el concepto de gasto público como aquel en el que incurre el Estado, con el objeto de lograr sus fines; y respecto de las normas que establecen gastos, ha dicho:

“Son normas que establecen gastos, aquellas mediante las cuales las Corporaciones Públicas autorizan las erogaciones que pueden hacerse con cargo al Tesoro. Según el inciso segundo del Art. 345 de la Constitución, no podrá hacerse gasto alguno si no ha sido decretado por el Congreso, por las Asambleas departamentales o por los Concejos distritales o municipales. A este tipo de normas es a las que se refiere el Art. 9o. de la ley 393 de 1997” (Subrayado fuera de texto)¹.

No obstante lo anterior, se precisa que no en todos los casos en que la norma comporta una erogación dineraria, la acción de cumplimiento es improcedente; es necesario tener presente que, la jurisprudencia de esta Corporación también ha resaltado que, una vez elaborado un presupuesto o apropiado el gasto, la vocación natural de estos, es la de ser efectivamente destinados a la satisfacción de la función para el cual están concebidos, y es en estos casos, en los cuales, la pretensión de cumplimiento es procedente.

1 Consejo de Estado, Sección Primera. Sentencia de 29 de enero de 1998. Expediente: ACU-127. Consejero Ponente: Juan Alberto Polo Figueroa.

La Sección Tercera, en un caso en el que se solicitaba el cumplimiento de una norma que implicaba un gasto que ya estaba asignado dentro del presupuesto de la entidad, señaló:

“Una vez ordenado, presupuestado y apropiado el gasto, todas las autoridades encargadas de su ejecución, han de cumplirlo y ello, desde la óptica de la norma constitucional contenida en el art. 87 de la Carta Política, impone su cumplimiento”².

3.4. Análisis del caso concreto

Para resolver el problema jurídico planteado la Sala en primer lugar deberá verificar si la normativa que se dice incumplida contiene un mandato claro expreso y exigible en cabeza de la entidad accionada, lo anterior conlleva a analizar: (i) La norma jurídica cuyo cumplimiento se pretende; y (ii) si el Senado de la República ha acatado lo previsto en esa norma.

3.4.1. Norma jurídica cuyo cumplimiento se pretende

En el asunto que ocupa la atención de la Sala, el actor pretende el cumplimiento del artículo 6º del Decreto 3102 de 1997, reglamentario del artículo 15 de la Ley 373 de 1997, relacionado con el remplazo de los equipos, sistemas e implementos de bajo consumo de agua, que dispone:

“DECRETO 3102 DE 1997

Por el cual se reglamenta el artículo 15 de la Ley 373 de 1997 en relación con la instalación de equipos, sistemas e implementos de bajo consumo de agua.

(...)

Artículo 6.- Todos los usuarios pertenecientes al sector oficial, están obligados a remplazar, antes del 1 de julio de 1999, los equipos, sistemas e implementos de alto consumo de agua, por los de bajo consumo.”

De acuerdo con lo anterior, es claro, que el precepto que se pide hacer cumplir se encuentra contenido en de un acto administrativo vigente, por lo que cumple a cabalidad lo exigido en el artículo 1º de la Ley 397 de 1997.

En lo que tiene que ver con el requisito de la subsidiariedad, el actor no cuenta con otro mecanismo de defensa judicial para lograr el cumplimiento del artículo 6º del Decreto 3102 de 1997, razón por la cual también se encuentra acreditado este elemento.

Ahora, si bien la implementación de equipos y sistemas de bajo consumo de agua en principio podría llevar a la conclusión de que la presente acción es improcedente por establecer gastos, lo cierto es que justamente la norma busca es la protección de los recursos hídricos a través de la instalación de dispositivos aborradores, es claro que este requisito de procedencia adjetiva debe superarse, en aras de lograr la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución, dentro de los cuales ocupa lugar privilegiado la protección del agua, máxime que el cabal cumplimiento de los artículos 15 de la Ley 373 de 1997 y 6º del Decreto 3102 de 1997, más allá de generar un gasto para la administración, genera la materialización de un aborro (i) del recurso hídrico en sí mismo y (ii) de los gastos de funcionamiento por cuanto los valores que se pagan por concepto de ese servicio se disminuiría notablemente en las edificaciones a cargo de la entidad accionada³.

2 Consejo de Estado. Sección Tercera. Sentencia de 25 de enero de 1999. Radicado: ACU-552. Consejero Ponente: Daniel Suárez Hernández.

3 Consejo de Estado. Sección Quinta. Sentencia del 30 de octubre de 2015. Radicado: ACU-25000-23-41-000-2015-01461-01. C.P. Alberto Yepes Barreiro.

Superados los requisitos adjetivos de la acción, la Sala se ocupará de verificar si en las normas que se dicen incumplidas se establece un mandato imperativo e inobjetable.

3.4.2. De la existencia de un mandato imperativo e inobjetable

La finalidad de la acción de cumplimiento es que toda persona pueda acudir ante la autoridad judicial competente para hacer efectivo el cumplimiento de una ley o de un acto administrativo, como lo dispone el artículo 87 constitucional. Sin embargo, a través de esta acción no es posible ordenar o ejecutar toda clase de disposiciones, sino aquellas que contienen un mandato “imperativo e inobjetable”, es decir que impongan una obligación clara, expresa y actualmente exigible.

En el sub judice, el actor pretende que se ordene al Senado de la República el cumplimiento del artículo 6º del Decreto 3102 de 1997, reglamentario del artículo 15 de la Ley 373 de 1997

*En efecto, la norma en comento, contiene un mandato imperativo e inobjetable consistente en que todas las entidades pertenecientes al sector oficial debieron remplazar, **antes del 1º de julio de 1999**, los equipos, sistemas e implementos de alto consumo de agua, por los de bajo consumo.*

En el caso concreto, el Senado de la República, manifestó que se adelantan los proyectos para la adecuación y modernización de las instalaciones físicas del Senado de la República, entre ellos: (i) BPIN No. 2012011000381; (ii) BPIN 201101100033; BPIN 201301100063; y el contrato No. 506 del 27 de octubre 2015 cuyo objeto es la contratación de la modernización de las baterías sanitarias del Senado de la República en el edificio nuevo del Congreso, con plazo de ejecución hasta el 15 de diciembre de 2015.

No obstante lo anterior, solo está acreditado el cumplimiento de la norma respecto del edificio nuevo del Congreso, pero frente a los otros tres inmuebles [Capitolio Nacional (Senado y Cámara); Biblioteca Luis Carlos Galán ubicada en la Carrera 5 No. 8-94 (Senado y Cámara); y Casa del Prócer José Nicolás de Rivas ubicada en la Calle 9 No. 8-92 (Senado y Cámara)], a pesar de que están incluidos en unos proyectos, no hay evidencia de que ya se hayan contratado y se encuentren en ejecución, por lo que se hace evidente que lo previsto en la norma, no ha sido acatado en su totalidad.

Ciertamente han transcurrido casi dos décadas desde la publicación del Decreto 3102 de 1997, reglamentario del artículo 15 de la Ley 373 de 1997, sin que el Senado de la República haya dado cumplimiento a la norma, por lo que es indudable que existe mora en reemplazar los equipos, sistemas e implementos de alto consumo de agua, por los de bajo consumo, obligación que es imperativa e inobjetable y, por tanto, de obligatorio acatamiento.

Con fundamento en lo anterior, la Sala revocará la decisión de primera instancia que negó las pretensiones de la acción constitucional, para en su lugar, ordenar al Senado de la República el cumplimiento del artículo 6º del Decreto 3102 de 1997, reglamentario del artículo 15 de la Ley 373 de 1997, para que reemplace los sistemas e implementos de alto consumo de agua, por los de bajo consumo en los inmuebles “Capitolio Nacional (Senado y Cámara); Biblioteca Luis Carlos Galán ubicada en la Carrera 5 No. 8-94 (Senado y Cámara); y Casa del Prócer José Nicolás de Rivas ubicada en la Calle 9 No. 8-92 (Senado y Cámara)”, dentro de los doce (12) meses siguientes a la ejecutoria de esta sentencia, teniendo en cuenta que ya se han adelantado algunas gestiones al respecto”.

Decisión: “REVOCAR la sentencia de primera instancia del 17 de febrero de 2016 dictada por la Subsección “A” de la Sección Primera del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, que negó las pretensiones de la acción constitucional, para en su lugar, ordenar al Senado de la República el cumplimiento del artículo 6º del Decreto 3102 de 1997, reglamentario del artículo 15 de la Ley 373 de 1997, para que reemplace los sistemas e implementos de alto consumo de agua, por los de bajo consumo en los inmuebles “Capitolio Nacional (Senado y Cámara); Biblioteca Luis Carlos Galán ubicada en la Carrera 5 No. 8-94 (Senado y Cámara); y Casa del Prócer José Nicolás de Rivas ubicada en la Calle 9 No. 8-92 (Senado y Cámara)”, dentro de los doce (12) meses siguientes a la ejecutoria de esta sentencia, teniendo en cuenta que ya se han adelantado algunas gestiones al respecto.

Rocio Araújo Oñate

NOTIFICAR a las partes en la forma prevista en el artículo 22 de la Ley 393 de 1997.

En firme esta sentencia, devuélvase el expediente al Tribunal de origen”.

LUCY JEANNETTE BERMÚDEZ BERMÚDEZ
Presidenta

ROCÍO ARAÚJO OÑATE
CARLOS ENRIQUE MORENO RUBIO
ALBERTO YEPES BARREIRO

CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCIÓN QUINTA

Consejera ponente: ROCÍO ARAÚJO OÑATE

Bogotá, D.C., catorce (14) de julio de dos mil dieciséis (2016)

Radicación número: 63001-23-33-000-2016-00099-01(ACU)

Actor: FLOR ALBA OSPINA HENAO

Demandado: INSTITUTO NACIONAL DE VÍAS - INVIAS

Asunto: Fallo de segunda instancia – reitera posición en torno a la improcedencia de la acción de cumplimiento para el reconocimiento de derechos subjetivos

Extracto: “Los hechos y pretensiones permiten concluir que lo perseguido por la accionante es el reconocimiento de un derecho subjetivo frente al cual la presente acción constitucional no es procedente, lo que hace innecesario efectuar el estudio de la norma señalada como incumplida.

En efecto, esta Sección en providencia del 7 de septiembre de 2015¹, señaló que:

“Sin embargo, desborda el propósito de la acción de cumplimiento crear derechos subjetivos a los accionantes, pues recuérdese que su fin último es la materialización y efectividad de los actos administrativos y de las normas con fuerza de ley.

En este orden de ideas, la acción de cumplimiento no es el medio judicial idóneo para que el señor Vanegas acceda al crédito con el Fondo Nacional del Aborro que está pidiendo, pues para resultar beneficiario de los programas sociales del Estado en lo que a vivienda se refiere, deberá presentar la solicitud pertinente, bien ante el Fondo Nacional del Aborro si lo que desea es adquirir un crédito de vivienda o estudios con tasas preferenciales, o bien ante el Ministerio de Vivienda si su propósito es acceder a los subsidios otorgados por esa cartera ministerial”.

Así, la tesis antes descrita fue reiterada recientemente por esta Sala en la sentencia del 2 de junio de 2016², en la que se precisó:

“En este sentido, la Sala considera necesario destacar que ha sido postura reiterada que la acción de cumplimiento resulta improcedente cuando mediante su ejercicio se pretende el reconocimiento de derechos subjetivos, como se evidencia en ese asunto, en el cual el actor persigue un nombramiento, respecto del cual su nominador aduce que no tiene derecho.

(...)

Lo anterior, resulta necesario para insistir que la pretensión del actor de obtener un nombramiento, junto con sus consecuencias salariales y prestaciones, elevada vía acción de cumplimiento, resulta improcedente por escapar al objeto de esta acción constitucional, de acuerdo con los antecedentes citados”.

En este orden de ideas, de conformidad con las pruebas que reposan en el expediente, es evidente que la accionante adquirió mediante sucesión la zona restante del predio El Cinabrio el 16 de junio de 2014, (zona que no fue objeto de contrato de compraventa celebrado entre CAMILA JARAMILLO BOTERO y el

1 Consejo de Estado, Sección Quinta, sentencia del 7 de septiembre de 2015, expediente No. 2015-00788-01, M.P. Alberto Yepes Barreiro.

2 Consejo de Estado, Sección Quinta, sentencia del 2 de junio de 2016, expediente No. 2016-00122-01, M.P. Lucy Jeannette Bermúdez Bermúdez.

INVIAS), y considera que corresponde a la entidad accionada no solo que se le restablezca el acceso vehicular a su casa de habitación, sino también que se le cancelen los perjuicios ocasionados por la falta de carreteable en su predio.

En criterio de la Sala, la situación descrita constituye un problema económico, asunto que escapa al juicio de la acción de cumplimiento, toda vez que esta no puede ejercerse con fines subjetivos, como sería la construcción del acceso vehicular a su casa de habitación y el reconocimiento de indemnizaciones por los perjuicios que se han causado, para lo cual la actora dispone de otro medio de defensa judicial.

Así las cosas, de conformidad con la postura reiterada de que la acción de cumplimiento es improcedente cuando se pretende como en este caso el reconocimiento de derechos subjetivos la Sala confirmará la decisión del Tribunal Administrativo del Quindío, pero por las razones aquí señaladas”.

Decisión: “REVOCAR la sentencia de primera instancia del 10 de agosto de 2016 proferida por el Tribunal Administrativo de Risaralda, para en su lugar, DECLARAR LA IMPROCEDENCIA de la acción de cumplimiento, por las razones señaladas en la parte motiva de este proveído.

NOTIFICAR a las partes en la forma prevista en el artículo 22 de la Ley 393 de 1997.

En firme esta sentencia, devuélvase el expediente al Tribunal de origen”.

LUCY JEANNETTE BERMÚDEZ BERMÚDEZ
Presidenta

ROCÍO ARAÚJO OÑATE
CARLOS ENRIQUE MORENO RUBIO
ALBERTO YEPES BARREIRO

CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCIÓN QUINTA

Consejera ponente: ROCÍO ARAÚJO OÑATE

Bogotá, D.C., seis (6) de octubre de dos mil dieciséis (2016)

Radicación número: 66001-23-33-000-2016-00441-01(ACU)

Actor: LUZ HELENA OLAYA PELÁEZ

Demandado: MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO

Asunto: **Acción de Cumplimiento.** Reitera posición en torno a la improcedencia de la acción de cumplimiento por falta de agotamiento del requisito de subsidiariedad.

Extracto: “Corresponde a la Sala determinar si modifica, confirma o revoca la sentencia del 10 de agosto de 2016, dictada por el Tribunal Administrativo de Risaralda, que ordenó el cumplimiento del inciso segundo del artículo 15 del Decreto 3798 de 2003, en consecuencia dispuso que la entidad accionada “...realice la reliquidación del bono pensional de la señora Luz Helena Olaya Peláez teniendo en cuenta que (sic) la fecha de la última cotización efectuada por la misma al Régimen de Aborro Individual con Solidaridad”, para lo cual deberá resolver el siguiente problema jurídico:

¿En el caso concreto la actora tiene o ha podido ejercer otro instrumento judicial para lograr la reliquidación del bono pensional de la actora emitido y redimido por el Ministerio de Hacienda y Crédito Público mediante la Resolución No. 13153 del 27 de octubre de 2014 en aplicación del artículo 15 del Decreto 3798 de 2003?

(...)

Para resolver el problema jurídico planteado la Sala en primer lugar deberá verificar que la actora no tenga o haya podido ejercer otro instrumento judicial para lograr el efectivo cumplimiento del deber jurídico o administrativo omitido, salvo el caso que, de no proceder el juez, se produzca un perjuicio grave e inminente para quien ejerció la acción, lo anterior conlleva a analizar: (i) La norma jurídica cuyo cumplimiento se pretende; y (ii) La existencia de otro mecanismo de defensa judicial para obtener el efectivo cumplimiento del deber jurídico o administrativo.

(...)

La accionante pretende el cumplimiento del artículo 15 del Decreto 3798 de 2003, “Por el cual se reglamenta parcialmente el artículo 17 de la Ley 549 de 1999, se dictan medidas en relación con la emisión de bonos pensionales, se establecen mecanismos para la compensación de obligaciones entre entidades públicas por concepto de obligaciones pensionales. “, que dispone:

“Redención anticipada de bonos pensionales. Teniendo en cuenta lo dispuesto por el parágrafo segundo del artículo 17 del Decreto 1748 de 1995, según el cual las administradoras de pensiones tienen un plazo de dos semanas para solicitar el pago del bono, contadas a partir del día siguiente a aquel en que tuvieron conocimiento del fallecimiento o de la declaratoria de invalidez del afiliado, cuando se solicite la redención anticipada de un bono pensional que haya sido o no emitido, el emisor y los contribuyentes pagarán el bono pensional actualizado y capitalizado hasta la fecha de causación de la redención anticipada, es decir la fecha del fallecimiento o estructuración de la invalidez y actualizado desde esta fecha hasta aquella en que se expida la resolución que ordena el pago.

Si la redención anticipada se origina en la devolución de saldos de que trata el artículo 66 de la Ley 100 de 1993, el bono se actualizará y capitalizará desde la fecha de corte hasta la fecha de la última cotización efectuada al Régimen de Aborro Individual con Solidaridad y actualizado desde esta fecha hasta aquella en que se expida la resolución que ordena

el pago. En los casos en que el afiliado haya solicitado la indemnización sustitutiva, la liquidación y pago de la misma se regirá por las normas vigentes.

De conformidad con los artículos 70 y 77 de la Ley 100 de 1993, la suma adicional que sea necesaria para completar el capital que financie el monto de la pensión estará a cargo de la compañía aseguradora con la cual se haya contratado el seguro de invalidez y de sobrevivientes”.

De acuerdo con lo anterior, es claro, que el precepto que se pide hacer cumplir se encuentra contenido en un acto administrativo vigente, como lo es el Decreto 3798 de 2003.

(...)

Pues bien, en el sub lite la señora Luz Helena Olaya Peláez pretende que el Ministerio de Hacienda y Crédito Público, en cumplimiento del artículo 15 del Decreto 3798 de 2003, proceda a reliquidar su bono pensional que fue emitido y redimido por la entidad accionada mediante la Resolución No. 13153 del 27 de octubre de 2014, justamente en aplicación del mencionado artículo 15.

Como fundamento de su petición la accionante asegura que el ente ministerial se ha negado a reliquidar su bono pensional, a pesar de las múltiples solicitudes en las que “...reportó la fecha correcta de liquidación al 30 de julio de 2014 de acuerdo a la historia laboral aportada, pero a pesar de esto la Oficina de Bonos Pensionales se ha negado a reliquidar y pagar mi derecho a la devolución de saldos correcta”.

Para la Sala, los argumentos anteriormente expuestos deben ser conocidos por el juez natural, esto es el juez ordinario laboral¹ quien determinará si, le asiste razón a la actora en sus afirmaciones o, a la entidad, asuntos de fondo que no deben ser resueltos a través de la acción de cumplimiento, pues no dependen solamente de la observancia de una ley o acto administrativo.

En consonancia con lo anterior, recuerda la Sala que el fin último de la acción de cumplimiento es procurar la vigencia y efectividad material de las leyes y de los actos administrativos, en aquellos casos en que las autoridades públicas no dan estricto cumplimiento al deber jurídico o administrativo que les es exigible y que, la controversia propuesta en el caso de la referencia va más allá de exigir el cumplimiento del artículo 15 del Decreto 3798 de 2003 y en tal medida, requiere que el juez natural realice un análisis de fondo a toda la actuación administrativa desplegada.

*De esta manera, para la Sala la petición de la señora Luz Helena Olaya Peláez es **improcedente**, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 9° de la Ley 393 de 1997, pues ésta dispone de **otro mecanismo de defensa judicial** para para obtener la reliquidación de su bono pensional.*

Ahora bien, debe recordarse que el juez de la acción de cumplimiento, pese a la existencia de un instrumento judicial, podría pronunciarse de fondo en relación con la solicitud, siempre y cuando se acrediten los presupuestos de necesidad, urgencia, gravedad e inminencia del perjuicio. No obstante, en el caso de la referencia, la parte interesada no probó tales extremos.

En consecuencia de lo anterior, la Sala revocará el fallo del Tribunal Administrativo de Risaralda, para en su lugar, declarar la improcedencia de la acción por no superarse el requisito de subsidiariedad.”

1 De conformidad Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, que en su artículo 2º, prevé “...COMPETENCIA GENERAL. <Artículo modificado por el artículo 2 de la Ley 712 de 2001. El nuevo texto es el siguiente:> La Jurisdicción Ordinaria, en sus especialidades laboral y de seguridad social conoce de: (...) 4. Las controversias referentes al sistema de seguridad social integral que se susciten entre los afiliados, beneficiarios o usuarios, los empleadores y las entidades administradoras o prestadoras, cualquiera que sea la naturaleza de la relación jurídica y de los actos jurídicos que se controviertan”.

Decisión: “REVOCAR la sentencia de primera instancia del 10 de agosto de 2016 proferida por el Tribunal Administrativo de Risaralda, para en su lugar, DECLARAR LA IMPROCEDENCIA de la acción de cumplimiento, por las razones señaladas en la parte motiva de este proveído.

NOTIFICAR a las partes en la forma prevista en el artículo 22 de la Ley 393 de 1997.

En firme esta sentencia, devuélvase el expediente al Tribunal de origen”.

LUCY JEANNETTE BERMÚDEZ BERMÚDEZ
Presidenta

ROCÍO ARAÚJO OÑATE
CARLOS ENRIQUE MORENO RUBIO
ALBERTO YEPES BARREIRO



CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCIÓN QUINTA

Consejera ponente: LUCY JEANNETTE BERMÚDEZ BERMÚDEZ

Bogotá, D.C., doce (12) de mayo de dos mil dieciséis (2016)

Radicación número: 25000-23-41-000-2016-00034-01(ACU)

Actor: JAMES PEREA PEÑA

Demandado: PRESIDENTE DE LA REPÚBLICA

Asunto: El demandante solicita que en la casa de Nariño se implementen sistemas para el ahorro de agua en la Casa de Nariño. En primera instancia, el Tribunal accede a pretensiones ante la falta de prueba de su cumplimiento.

Extracto:

“II. CONSIDERACIONES DE LA SALA

(...)

2.3.- Normas que se solicitan acatar

Ley 373 de 1997¹, artículo 15:

“TECNOLOGÍA DE BAJO CONSUMO DE AGUA. Los ministerios responsables de los sectores que utilizan el recurso hídrico reglamentarán en un plazo máximo de seis (6) meses la instalación de equipos, sistemas e implementos de bajo consumo de agua para ser utilizados por los usuarios del recurso y para el reemplazo gradual de equipos e implementos de alto consumo”.

Decreto 3102 de 1997², artículo 6:

“Todos los usuarios pertenecientes al sector oficial, están obligados a reemplazar, antes del 1 de julio de 1999, los equipos, sistemas e implementos de alto consumo de agua, por los de bajo consumo”.

2.4. Del agotamiento del requisito de procedibilidad

(...)

En este caso, con la demanda se allega escrito, con constancia de radicación que data del 27 de noviembre de 2015 dirigido al Presidente de la República cuyo asunto se trata de “cumplimiento

¹ “Por la cual se establece el programa para el uso eficiente y ahorro del agua”

² “Por el cual se reglamenta el artículo 15 de la Ley 373 de 1997 en relación con la instalación de equipos, sistemas e implementos de bajo consumo de agua”

de un deber legal, normas incumplidas: Ley 373 de 1997 y su Decreto Reglamentario 3102, artículo 6º” y en el cual le requirió “...ordenar a quien corresponda de manera inmediata reemplazar en las baterías sanitarias del Palacio de Nariño, los sistemas e implementos de alto consumo de agua, por los de bajo consumo, para dar cabal cumplimiento a lo que ordena la ley [artículo 6º Decreto 3102 de 1997].

Si bien no se acompañó con la demanda, no desconoce la Sala que con la impugnación se aportó el Oficio No. 15-00103445/JMSC 111140 de 22 de diciembre de 2015, que anuncia atender la anterior petición del actor, suscrito por el Jefe (E) del Área Administrativa de la Presidencia de la República en los siguientes términos:

“... en la Presidencia de la República se han desarrollado proyectos de inversión enfocados a dotar al edificio de todas las tecnologías necesarias que permitan un uso más eficiente de los recursos naturales. En particular y de acuerdo con su observación, todas las baterías sanitarias de la Casa de Nariño cuentan con tecnologías diseñadas para obtener un bajo consumo de agua. Es así como los lavamanos están dotados con sensores que permiten al usuario activar la salida de agua solamente cuando lo requiere, contando con cierres automáticos evitándose así el desperdicio y consumo innecesario, así mismo los orinales y los sanitarios están dotados con sistemas de sensor que se encuentran conectados a sistemas de bajo consumo que disminuyen la cantidad de agua que es utilizada en cada descarga y que no requieren de contacto manual con la grifería. Adicionalmente a lo anterior se cuentan con sistemas de ahorro de energía como lo son secadores de manos activados por sensor y que se apagan una vez se retira el usuario permitiendo disminuir los tiempos de funcionamiento. La iluminación de todos los baños se encuentran conectada a un sistema de sensores para el control de la misma evitando que las luces se mantengan encendidas cuando el baño se encuentra desocupado o que se queden encendidas cuando no se requieren.

Así las cosas, se puede verificar que el Departamento Administrativo de la Presidencia de la República se encuentra dando cumplimiento tanto a la normatividad legal por usted relacionada, como a la Directiva Presidencial 06 de 2014 mediante la cual se estableció un plan de austeridad, en el cual se encuentra el establecimiento de medidas que aborren y reduzcan los niveles de consumo de agua y energía”.

En consecuencia, la Sala entiende por agotado en debida forma el requisito de procedibilidad de la acción de cumplimiento ejercida por el señor JAMES PEREA PEÑA.

2.5. Solución del caso

Como ya se precisó, el demandante requiere el cumplimiento de los artículos 15 de la Ley 373 de 1997 y 6º del Decreto 3102 de 1997, en el sentido de que en la Casa de Nariño se implementen sistemas e implementos de bajo consumo de agua en baterías sanitarias.

Al respecto, de entrada se debe manifestar que la normativa que se dice incumplida tiene el carácter de ley, el demandante no tiene otro mecanismo de defensa judicial para procurar por su acatamiento, contienen un mandato claro, expreso y exigible en el sentido de imponer en cabeza de “... los usuarios pertenecientes al sector oficial, están obligados a reemplazar, antes del 1 de julio de 1999, los equipos, sistemas e implementos de alto consumo de agua, por los de bajo consumo”.

Ahora en lo relacionado con la posibilidad de que el cumplimiento de las normas que se piden acatar y ello implique un gasto, situación que podría devenir en la improcedencia de la acción de cumplimiento, conviene destacar que la Sala en un caso similar, sentencia de 30 de octubre de 2015³, ya tuvo la oportunidad de referirse al tema en los siguientes términos:

3 Rad. No. 2015-1461-01, C.P. doctor: Alberto Yepes Barreiro y reiterada en el Rad. No. 2015-2437-01

“...si bien para la implementación de equipos, sistemas e implementos de bajo consumo de agua se deben realizar las erogaciones dinerarias correspondientes, lo cual en principio podría llevar a la conclusión de que el presente medio de control es improcedente por establecer gastos, lo cierto es que en atención a la finalidad que persiguen dichas normas, como lo es la protección de los recursos hídricos a través de la implementación de dispositivos aborreadores, para la Sala es claro que este requisito de procedencia adjetiva de la acción debe superarse con el fin de satisfacer cabalmente, en los términos explicados por la jurisprudencia de esta Corporación, y por sobre todo lograr la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución, dentro de los cuales ocupa lugar privilegiado la materia ambiental y, en este particular, la protección del agua.

Por demás, no puede perderse de vista que el cabal cumplimiento de los artículos 15 de la Ley 373 de 1997 y 6º del Decreto 3102 de 1997, más allá de generar un gasto para la administración lo que conllevan es la materialización de un aborro (t) del recurso hídrico en sí mismo y (tt) de los gastos de funcionamiento por cuanto los valores que se pagan por concepto del servicio de agua se disminuirán notablemente en los institutos penitenciarios y carcelarios a cargo de las demandadas”.

Lo anteriores argumentos, se reiteran en la presente providencia y, en consecuencia, se entiende por superado el requisito objeto de análisis.

Superado lo anterior, pasa a la Sala a referirse a los argumentos expuestos en el recurso de apelación, los que, en síntesis, se resumen en que: t) en criterio de la demanda no se puede condenar al Departamento Administrativo de la Presidencia de la República a atender las pretensiones del demandante, porque el demandado es el Presidente de la República y tt) en que la “Presidencia de la República ha venido baciendo lo que la ley ordena en la materia”.

t) Con respecto al argumento según el cual el cumplimiento de las pretensiones de la demanda no deben ser exigidas al Departamento Administrativo de la Presidencia de la República, en adelante DAPRE, debe señalarse que, según la apoderada de la accionada se suele confundir al Presidente de la República con el DAPRE; sin embargo, en este caso resulta necesario advertir que ese presunto desconcierto puede obedecer al propio actuar de las instituciones.

En efecto, como se advierte de los anexos de la demanda, el escrito mediante el cual se configuró el requisito de procedibilidad de la acción de cumplimiento, está dirigido al Presidente de la República; empero, la respuesta a dicho requerimiento, contrario a explicitar que no estaba dirigido en debida forma ante la falta de competencia del Presidente de la República para atender su petición, fue suscrito por el Jefe (E) Área Administrativa de la Presidencia de la República y en el mismo se afirmó que “... la Presidencia de la República se encuentra dando cumplimiento tanto a la normatividad legal (...) como a la Directiva Presidencial 06 de 2014...”.

Así las cosas, se tiene que ni siquiera en sede administrativa se expuso el argumento según el cual el DAPRE no es el competente para resolver la problemática expuesta por el actor, por el contrario se le indicó al demandante que se estaba cumpliendo con el deber legal exigido.

Ahora si quisiéramos llegar más allá y en la hipótesis de la apoderada de la parte demandada, según la cual el proceso está viciado de nulidad por condenar al DAPRE y no al Presidente de la República como se solicitó en la demanda, para la Sala este argumento carece de vocación de prosperidad, según pasa a explicarse:

Como antes se anotó, si bien el escrito para constituir en renuencia fue dirigido al Presidente de la República el mismo fue atendido por un funcionario de la Presidencia de la República, lo que demuestra que no se puede hablar de falta de constitución en renuencia.

Si abordamos las actuaciones surtidas en el proceso adelantado, en virtud de la presente acción constitucional, se podría decir que en el auto admisorio de la demanda se omitió vincular al DAPRE, posible yerro que no tiene la entidad suficiente para anular lo actuado hasta esta instancia, pues conforme con la contestación de la demanda e incluso del poder allegado, se advierte que la apoderada

judicial que acudió al proceso como representante de la demandada actúa como representante tanto del Presidente de la República como del Departamento Administrativo de la Presidencia de la República, es decir que no es dable hablar de falta de representación judicial que pueda afectar su derecho a la defensa, pues dicha profesional, como lo hizo en la apelación, estaba facultada para ejercer los mecanismos que considerara necesarios para demostrar que sus representados no incurrieran en la desatención de la normativa aducida por la parte actora.

En virtud de lo dicho la Sala considera que el argumento de impugnación debe ser denegado.

ii) En lo concerniente a que la “Presidencia de la República ha venido haciendo lo que la ley ordena en la materia”, la Sala debe manifestar que no obra prueba en el expediente que demuestre que el DAPRE ha cumplido con las normas que aduce el demandante como desatendidas como tampoco que en atención de las mismas haya implementado los sistemas y los implementos necesarios para bajar el consumo de agua, pues lo único que reposa es la respuesta que se le dio al actor según la cual “...se han desarrollado proyectos de inversión enfocados a dotar al edificio de todas las tecnologías necesarias que permitan un uso más eficiente de los recursos naturales”; sin embargo, no se aportó ningún medio de convicción que acredite su dicho. Por tanto, no hay razones para acceder a la revocatoria de la decisión apelada.

Por las razones expuestas, la Sala confirmará la providencia impugnada.

(...)

Decisión: “CONFIRMAR la sentencia dictada el 4 de marzo de 2016 por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Primera, Subsección “A”.

(...)

LUCY JEANNETTE BERMÚDEZ BERMÚDEZ
Presidenta

ROCÍO ARAÚJO OÑATE
CARLOS ENRIQUE MORENO RUBIO
ALBERTO YEPES BARREIRO

**CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCIÓN QUINTA**

Consejera ponente: LUCY JEANNETTE BERMÚDEZ BERMÚDEZ

Bogotá, D.C., treinta (30) de junio de dos mil dieciséis (2016)

Radicación número: 25000-23-41-000-2015-02309-01(ACU)

**Actor: ASOCIACIÓN DE TRABAJADORES DEL SISTEMA JUDICIAL COLOMBIANO Y AFINES
“ASONAL JUDICIAL SI”**

Demandado: CONSEJO SUPERIOR DE LA JUDICATURA, SALA ADMINISTRATIVA

Asunto: El demandante solicita que se aparte de su cargo a la Directora Ejecutiva de Administración Judicial por alcanzar la edad de retiro forzoso. El a quo de la acción de cumplimiento accedió a las pretensiones.

Extracto:

“II. CONSIDERACIONES DE LA SALA

(...)

2.3.- Normas que se solicita acatar

a) Numeral 4º del artículo 149 de la Ley 270 de 1996¹

“RETIRO DEL SERVICIO. La cesación definitiva de las funciones se produce en los siguientes casos:

(...)

4. Retiro forzoso motivado por edad”.

b) Decreto 1660 de 1978²:

“ARTÍCULO 127. El funcionario o empleado debe retirarse cuando se encuentre en situación de retiro forzoso.

ARTÍCULO 128. La edad de retiro forzoso e de sesenta y cinco (65) años.

ARTÍCULO 130. El funcionario o empleado que llegue a encontrarse en circunstancia de retiro forzoso deberá manifestarla a la corporación o funcionario a quien compete proveer el empleo, tan pronto como ella ocurra.

El retiro forzoso se producirá a solicitud del interesado o del Ministerio Público, o se decretará de oficio por la autoridad nominadora en cuanto haya sido reconocida la pensión que le corresponda. Seis (6) meses después de ocurrida la causal de retiro, este deberá producirse necesariamente, aunque no se haya reconocido la pensión.

ARTÍCULO 131. Las personas retiradas forzosamente por incapacidad física o mental, podrán volver a ser designadas como funcionarios o empleados, siempre que acrediten plenamente su completa

1 Estatutaria de la Administración de Justicia

2 Por el cual se reglamentan parcialmente las Leyes 15 y 20 de 1972, los Decretos 250 y 762 de 1970, 546 de 1971 y 717 de 1978, y otras disposiciones sobre administración del personal de la Rama Jurisdiccional, del Ministerio Público y de las Direcciones de Instrucción Criminal

recuperación o rehabilitación, no hayan llegado a la edad de retiro forzoso y reúnan los requisitos propios del empleo”.

2.4. Del agotamiento del requisito de procedibilidad

(...)

1. En este caso, obra en el expediente copia de la petición suscrita por el demandante y dirigida al Consejo Superior de la Judicatura, Sala Administrativa³, por medio del cual solicitó “...el cumplimiento al mandato contenido en el artículo 149 de la Ley 270 de 1996 (...) en concordancia con lo mandado en los artículos 128 y 130 del Decreto 1660 de 1978 (...) y, en consecuencia con ello, se declare la insubsistencia inmediata de sus funciones de la doctora **Celínea Oróstegui de Jiménez**”.

También se allegó al plenario el Oficio No. PSA 15-3396 de 10 de agosto de 2015⁴, por medio de la cual se le informa el solicitante que:

“Su petición de este cinco (05) de agosto no ha podido ser abordada por la Sala Administrativa, por cuanto uno de los H. Magistrados se declaró impedido y los tres restantes no hacemos el quórum requerido para decidir por encontrarse la Sala limitada por el número legal de Magistrados, desde cuando el año pasado el H. Consejo de Estado declaró la nulidad de las dos (2) elecciones conferidas a los dos (2) señores Ex Presidentes de la Corte Suprema de Justicia, en la Sala Administrativa.

Con todo, honro su petición informándole que la doctora **CELINEA ORÓSTEGUI DE JIMÉNEZ** arguyó no encontrarse obligada al retiro por usted pedido, por estar ocupando una dignidad de creación posterior a la Constitución de 1991; siendo invocable su fuerza para las instituciones de origen anterior a la Constitución. En apoyo de su tesis trajo el debate a su edad hecha en el seno de la comisión interinstitucional a la hora de ternarla.

En la confección de la terna no tuvo ni tiene ninguna injerencia la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura”.

De las anteriores transcripciones advierte la Sala que, como lo concluyó el a quo, el actor no agotó el requisito de procedibilidad de la acción de cumplimiento respecto de los artículos 127 y 131 del Decreto 1660 de 1978, ya que en su petición no aludió a su contenido; por tanto, el rechazo de la acción respecto de estos preceptos deberá confirmarse.

De igual manera se tiene que la respuesta proferida por la demandada, incluso en los términos allí descritos, en los que por razones de su funcionamiento interno no pudo dar respuesta de fondo, resulta suficiente para tener como acreditado el requisito de renuencia que impone el ejercicio de la acción de cumplimiento, en los términos descritos en la parte considerativa de la presente providencia. Mismo argumento que sirve de fundamento para resolver la impugnación del Consejo Superior de la Judicatura pues para acreditar el cumplimiento de la exigencia de la procedibilidad basta con no atender las normas que se dicen desacatadas, ya que las razones que esgrime para no atender la normativa exigida, es objeto de análisis de fondo en los casos que la acción de cumplimiento superare los requisitos de procedibilidad.

2. En este mismo sentido, resulta conveniente señalar que no le asiste razón al apoderado de la doctora **Oróstegui de Jiménez** cuando expone que el actor debió constituir en renuencia a su poderdante, ya que su vinculación se ordenó por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Primera, Subsección “A”, por auto de 25 de enero de 2016, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 5º de la Ley 393 de 1997, al concluir que tenía interés en las resultas del proceso, en razón de que se trata de la funcionaria que se pide separar de su cargo.

3 Radicada el 5 de agosto de 2015 que obra a folios 35 al 38

4 Folio 34

Así las cosas, no hay lugar a exigir al demandante la constitución en renuencia que pide el recurrente porque se insiste su vinculación obedece a orden judicial y porque en este asunto las obligaciones legales exigidas, al menos desde la óptica del demandante, se imponen en cabeza del Consejo Superior de la Judicatura, Sala Administrativa, por ser autoridad nominadora, y la llamada a acatar con el deber jurídico reclamado por el demandante, por estas razones este reparo carece de vocación de prosperidad.

2.5. Solución del caso

2.5.1. Cuestión previa

2.5.2. *La Sala manifiesta que no hay lugar a tener en consideración el escrito presentado el 4 de mayo de 2016, por el apoderado judicial de la tercera interviniente, porque se allegó por fuera del término de tres días, siguientes a la notificación del fallo de primera instancia, dispuesto para su impugnación –art. 26 de la Ley 393 de 1997- y en razón de que el artículo 27 de misma ley no prevé la posibilidad de presentar nuevos elementos de juicio durante el trámite de la segunda instancia.*

2.5.2. *Respecto de la existencia de otro mecanismo de defensa judicial, expuesta por el apoderado judicial de la tercera interviniente, la Sala manifiesta que el mismo no está llamado a prosperar pues cuando la Ley 393 de 1997, artículo 9º, establece esta causal de improcedencia la prevé para el cumplimiento de las normas que en la demanda se citan como desatendidas; es decir, lo que se debe tener en consideración es si la parte actora cuenta con otra acción judicial para lograr el cumplimiento de las normas que invoca en su demanda.*

*Sin embargo, en este caso lo que pretende exponer el recurrente es que se cuestione un acto de nombramiento que data de 2013 donde se debata una presunta inhabilidad por el advenimiento de la edad de retiro forzoso de su poderdante, situación que no guarda relación con el objeto de la acción de cumplimiento, pues se insiste mediante este medio de control se pretende el cumplimiento de normas o actos administrativos que contengan una obligación clara, expresa y exigible, pero no es el escenario jurídico previsto para resolver situaciones que impongan algún grado de debate que no sea en lo referente a que el deber legal reclamado este vigente, sea exigible al demandado y no exista duda de su aplicación al caso sometido a estudio. Además, se destaca que el demandante no le atribuye ningún vicio contra el acto de nombramiento de la doctora **Oróstegui de Jímenez**, por tanto, no se advierte la subsidiariedad alegada.*

En conclusión, la Sala no advierte que para el cumplimiento de las normas que se citan como desatendidas en la demanda, la parte actora cuente con otro mecanismo de defensa judicial.

2.6. *Resuelto lo anterior resta a la Sala establecer si la normativa de la cual se pide ordenar su cumplimiento, a saber numeral 4º del artículo 149 de la Ley 270 de 1996 y artículos 128 y 130 de Decreto 1660 de 1978, contiene una obligación clara, expresa y actualmente exigible, en caso afirmativo, se abordará el fondo del debate del presente asunto, de lo contrario será necesario declarar la improcedencia de la acción ejercida por el actor.*

En este sentido, considera la Sala que la normativa señalada no contiene una obligación clara, expresa y exigible por las razones que pasan a explicarse:

*Conviene precisar que del análisis de las pretensiones de la demanda y teniendo en consideración la conclusión a la cual se arribó al analizar el agotamiento del requisito de procedibilidad, se tiene que el demandante, con el ejercicio de la presente acción pretende que, en cumplimiento del numeral 4º del artículo 149 de la Ley 270 de 1996 y los artículos 128 y 130 del Decreto 1660 de 1978⁵, **la accionada retire de su cargo a la Directora Ejecutiva de Administración Judicial, por haber alcanzado la edad de retiro forzoso.***

⁵ Normas transcritas a folios 14 y 15 de esta providencia

Por su parte, la doctora Celinea Oróstegui señala que la normativa invocada en la demanda no resulta aplicable al cargo de Director Ejecutivo de Administración Judicial, que desempeña, porque su creación fue posterior a la Constitución Política de 1991 y la edad de retiro forzoso no le aplica, como sucede en los cargos de Magistrados de Corte Constitucional, Consejo Superior de la Judicatura e incluso el de Fiscal General de la Nación.

Así las cosas, al analizar el contenido del numeral 4º del artículo 149 de la Ley 270 de 1996, se advierte que una de las causales de retiro es la de alcanzar la edad de retiro forzoso, por su parte, el Decreto 1660 de 1978 en su artículo 128 señala que a los 65 años se alcanza la edad de retiro forzoso y el 130 dispone que el funcionario o empleado que llegue a la mencionada edad deberá comunicárselo a su nominador; en caso contrario, el retiro lo puede pedir el Ministerio Público o decretarse de oficio por el empleador, pasados seis meses, después de alcanzar la edad requerida.

De entrada, podría afirmarse que no existe duda respecto de la obligación contenida en la normativa expuesta por el demandante; sin embargo, la Sala no puede desconocer que en el presente caso existe un debate jurídico sin definir, respecto de si el Decreto 1660 de 1978 aplica para el cargo de Director Ejecutivo de Administración Judicial, en razón de que cuando se profirió dicho acto administrativo, el referido cargo no existía, prueba de ello se evidencia al analizar el ámbito de aplicación del mentado decreto, contenido en los siguientes artículos:

“ARTÍCULO 1o. El presente estatuto se aplica a los funcionarios y empleados de la Rama Jurisdiccional, del Ministerio Público y de las Direcciones de Instrucción Criminal, sin perjuicio de lo que dispongan las normas especiales sobre carrera del mismo personal.

CAPÍTULO II. DE LOS FUNCIONARIOS Y EMPLEADOS.

ARTÍCULO 2o. Son funcionarios de la Rama Jurisdiccional quienes desempeñen uno cualquiera de los siguientes empleos:

Magisterio de la Corte Suprema de Justicia, del Consejo de Estado, del Tribunal Disciplinario, del Tribunal Superior de Aduanas, del Tribunal Superior del Distrito Judicial o de Tribunal Administrativo.

Juez Superior de Distrito Judicial, Juez Superior de Aduanas, Juez de Circuito, Juez de Menores, Juez Laboral, Juez de Instrucción Criminal, Juez de Instrucción Penal Aduanera, Juez de Distrito Penal Aduanero, Juez Municipal o Juez Territorial”.

De este tenor literal, y en concordancia con lo ya relatado, no resulta claro que la anterior normativa deba aplicarse al cargo de Director Ejecutivo de Administración Judicial, pues se insiste ese cargo fue creado con posterioridad al citado acto administrativo y del análisis de las normas invocadas en la demanda, tampoco es dable afirmar, sin asomo de duda, que tenga la virtualidad de afectar la situación de la doctora Celinea Oróstegui, circunstancia que también pone en tela de juicio la exigibilidad de dicha normativa pues de su contenido literal, lo que primero se advierte, es que las disposiciones del Decreto 1660 de 1978, que se citan desatendidas, en nada tienen que ver con el cargo de Director Ejecutivo.

Frente a lo dicho, la Sala no comparte el análisis realizado por el Tribunal para concluir que las normas invocadas en la demanda sí contienen un mandato imperativo e inobjetable, pues al ver la sentencia impugnada, se tiene que se vio obligado a realizar un análisis del contenido de las sentencias C-351 de 1995, que estudió la exequibilidad del numeral 4º del artículo 149 de la Ley 270 de 1996, C-037 de 1996, ambas de la Corte Constitucional, que resolvió la demanda presentada contra el artículo 204 de la Ley 270 de 1996, fallos y normas que no fueron invocadas en la demanda como desatendidas y mucho menos respecto de las mismas se constituyó en renuencia al demandado.

Lo anterior implica que no hay certeza en cuanto a la existencia del deber jurídico de retirar de su cargo al Director Ejecutivo de Administración Judicial por haber llegado a la edad de 65 años, ya que justamente está en discusión si la norma que establece dicha causal es o no aplicable al referido cargo.

En otras palabras, lo que impide a la Sala ordenar el retiro pretendido por el actor, es la ausencia de un mandato imperativo frente a la aplicación de la causal de retiro por edad ya que le está vedado al juez de cumplimiento “crear” la obligación cuyo cumplimiento se reclama, ya que al hacerlo se despojaría de tal calidad para convertirse en legislador o administrador.

Cosa distinta, es que el mandato sea claro, imperativo e inobjetable y que no quede duda sobre su aplicación al caso concreto, evento en el cual el juez de cumplimiento, naturalmente, podrá consultar, aplicar y tener en consideración otras normas, con el fin de materializar ese mandato ya existente.

En suma, al juez de cumplimiento solo le está permitido efectuar una integración normativa cuando aquella no tenga por finalidad construir el mandato, la obligación que se pretende cumplir, es decir, solo en eventos en que el mandato resulte claro y de su existencia no se tenga ninguna duda.

*Tal aserto resulta aún más palmario si se tiene en cuenta que la Corte Constitucional expuso en la sentencia C-351 de 1995⁶, que el artículo 31 del Decreto Ley 2400 de 1968, en lo concerniente a la edad de retiro forzoso “no se extiende a la rama judicial”, incluso destacó que era “...teniendo en cuenta que la Constitución de 1991 creó nuevos organismos y autoridades judiciales, y estableció para ellos periodos fijos, poniendo así término al anterior sistema vitalicio, **se hace necesaria la expedición de una nueva ley que fije la edad de retiro forzoso para los casos contemplados en ese artículo, tomando en consideración los cambios introducidos en la Constitución Política de 1991**”.*

Adicionalmente, este fallo se encargó de esclarecer que el legislador tiene potestad para establecer como causal de retiro, los 65 años de edad, en los siguientes términos:

“¿A quién corresponde determinar la edad de retiro forzoso? Obviamente si el constituyente no lo ha hecho, dicha potestad queda deferida al legislador, quien, además, dentro de las facultades asignadas en el artículo 125, puede determinarla para los demás servidores públicos. Así lo ha hecho a través del otorgamiento de facultades extraordinarias al Ejecutivo para que éste, a su vez, la determine, como lo hizo mediante el artículo 31 del Decreto Ley 2400 de 1968”.

Y, en lo referente a la aplicación de la edad de retiro forzoso, precisó que:

*“Como se ha señalado anteriormente, la **Carta Política establece la edad de retiro forzoso como una de las causales de retiro para los magistrados de las altas Cortes**. De ello no se puede colegir que aunque para este caso concreto se haya fijado tal causal en la Constitución, ello sea excluyente para que, a través de la ley, dicha causal se extienda a otros servidores públicos, o que se establezca como regla general para todos ellos. **Quedarían exceptuados aquellos de elección popular, para los cuales se establezca un período fijo, como es el caso del presidente y del vicepresidente de la República, de los miembros de cuerpos colegiados, de los gobernadores o de los alcaldes**. En estos casos la razón es la de que no cabría determinar una edad de retiro forzoso para aquellos ciudadanos que por voluntad popular, expresada en las urnas, acto por excelencia a través del cual se expresa la soberanía del pueblo, sean elegidos para un período fijo, ya que mediante ese hecho el pueblo directamente está manifestando su deseo de que esa persona -el elegido- y no otra, ocupe el cargo correspondiente y lo desempeñe durante todo el período previamente señalado en la Carta Política. Para estos cargos la Constitución no prevé edad de retiro forzoso.*

6 Que declaró exequible el artículo 31 del Decreto 2400 de 1968

El artículo 31 del decreto 2400 de 1968 no ha perdido vigencia con la expedición de la Carta Política de 1991, porque, como se ha establecido, no la contradice”. (Negrillas fuera de texto).

Quiere decir lo anterior que la Corte Constitucional determinó que el legislador debe determinar la edad de retiro forzoso de sus magistrados y de los del Consejo Superior de la Judicatura “...en consideración los cambios introducidos en la Constitución Política de 1991”, pues la normativa vigente, en lo concerniente a la Rama Judicial, solo aplica para los Magistrados de la Corte Suprema de Justicia y del Consejo de Estado.

Tesis que fue reiterada en la sentencia C-616 de 2015 en la que se decidió estarse a lo resuelto en la Sentencia C-351 de 1995, ante la existencia de cosa juzgada constitucional respecto del 1er inciso del artículo 31 del Decreto 2400 de 1968, respecto de la presunta vulneración de los artículos 13 y 25 de la Constitución Política.

Así las cosas, teniendo en consideración que el cargo de Director Ejecutivo de Administración Judicial, como también ocurre con los magistrados de la Corte Constitucional y del Consejo Superior de la Judicatura, es de creación posterior a la Constitución Política de 1991 y tiene periodo fijo de 4 años, no resulta claro, si para la fijación de la edad de retiro forzoso se debe aplicar la normativa expuesta en la presente demanda de cumplimiento o como lo dispuso la Corte Constitucional en las sentencias antes enunciadas, requiere de regulación por parte del legislador.

Así las cosas, en sede de acción de cumplimiento, la obligación normativa que reclama la accionante, y respecto de las cuales se agotó el requisito de procedibilidad de constitución en renuencia, no es clara pues se hace evidente que no es suficiente con acudir a su contenido para identificar el mandato imperativo exigido, sino que por el contrario se requiere del estudio de otra normativa, e incluso de fallos judiciales, para poder abordar su análisis de fondo.

Lo antes expuesto, deja en claro que las normas presuntamente desacatadas no contienen un mandato claro en cabeza de la entidad demandada respecto a si es o no aplicable el retiro forzoso por edad, sino que requiere de un profundo estudio normativo y jurisprudencial que permita concluir que hay lugar a la existencia de una obligación que debe ser atendida por el Consejo Superior de la Judicatura, Sala administrativa.

Lo anterior resulta plausible en razón, por cuanto en sede de medio de control de cumplimiento, el juez constitucional carece de competencia para realizar análisis normativos dirigidos a dar claridad a los preceptos que en la demanda se citan como desacatados, pues se insiste, esta acción está prevista para ordenar a la autoridad renuente cumplir una obligación que sea clara, expresa y exigible, lo que como antes se demostró no se cumple en el presente caso y lo que se evidencia con el estudio legal y jurisprudencial, que no solicitó el demandante pero que el a quo adelantó de manera oficiosa, labor propia del juez ordinario en la acción correspondiente.

Así las cosas, la presente acción constitucional no resulta procedente para definir la controversia que se presenta en torno al retiro por edad de retiro forzoso de la actual Directora Ejecutiva de Administración Judicial, ya que se insiste la única finalidad de la acción de cumplimiento es obligar el acatamiento de deberes imperativos e inobjetables que resulten omitidos.

Finalmente, debe manifestar la Sala que, si bien, el oficio por medio del cual el Consejo Superior de la Judicatura, Sala Administrativa, sirvió para tener como cumplido el requisito de procedibilidad de la presente acción de cumplimiento, es claro, como de su contenido se desprende, que omitió resolver de fondo la petición que se le elevó, por falta del respectivo quorum.

A pesar de lo anterior y toda vez que la situación de integración de la Sala Administrativa ya se encuentra superada, la Sala considera que esa Corporación le corresponde pronunciarse de fondo respecto del requerimiento presentado desde el 5 de agosto de 2015 y de la cual hasta la fecha no ha expresado su postura. En este orden de ideas se exhortará al Consejo Superior de la Judicatura, Sala

Administrativa, para que resuelva la solicitud suscrita por el señor Luis Fernando Otálvaro Calle de la cual se le remitirá copia.

Lo anterior adquiere relevancia, primero, porque al ser el Consejo Superior de la Judicatura, Sala Administrativa, el nominador del cargo de Director Administrativo de Administración Judicial, es el competente para pronunciarse respecto de la circunstancia expuesta por el peticionario relacionada con la aplicación de la causal de retiro forzoso para el mentado cargo y, segundo, en razón de que su respuesta bien podría ser pasible del control jurisdiccional, con el ánimo de que sea el juez ordinario quien resuelva la problemática jurídica planteada.

(...)

Decisión: “CONFIRMAR el numeral 1º de la sentencia dictada el 2 de marzo de 2016 por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Primera, Subsección “A” en cuanto dispuso el rechazo de la acción de cumplimiento respecto de los artículos 127 y 131 del Decreto No. 1660 de 1978, conforme la parte motiva de la presente providencia.

REVOCAR los numerales 2º y 3º de la misma sentencia y, en su lugar, DECLARAR LA IMPROCEDENCIA de la acción de cumplimiento en lo referente al numeral 4º del artículo 149 de la Ley 270 de 1996 y de los artículos 128 y 130 del Decreto 1660 de 1978, según se expuso en la parte considerativa de esta decisión.

EXHORTAR al Consejo Superior de la Judicatura, Sala Administrativa, para que resuelva la solicitud de 5 de agosto de 2015 suscrita por el señor Luis Fernando Otálvaro Calle, de la cual se le remitirá copia.

(...)

LUCY JEANNETTE BERMÚDEZ BERMÚDEZ
Presidenta

ROCÍO ARAÚJO OÑATE
Con salvamento de voto

CARLOS ENRIQUE MORENO RUBIO
ALBERTO YEPES BARREIRO

SALVAMENTO DE VOTO DE LA CONSEJERA
ROCÍO ARAÚJO OÑATE

Radicación número: 25000-23-41-000-2015-02309-01(ACU)

Actor: ASOCIACIÓN DE TRABAJADORES DEL SISTEMA JUDICIAL COLOMBIANO Y AFINES “ASONAL JUDICIAL SI”

Demandado: CONSEJO SUPERIOR DE LA JUDICATURA, SALA ADMINISTRATIVA

*“(1) La parte actora en la acción de cumplimiento integró una **proposición jurídica completa**, tanto en el escrito por medio del cual constituyó en renuncia a la entidad accionada como en la demanda de cumplimiento, la cual se encuentra constituida por preceptos que contienen el deber claro, expreso y exigible que tiene el nominador; en este caso la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura, de retirar al funcionario o empleado judicial en quien concurra la causal de desvinculación del servicio, referida al cumplimiento de la edad de retiro forzoso.*

Tales normas que contrario a lo afirmado en la providencia que suscribo con salvamento de voto no presentan vacío o laguna alguna,

(...)

Las normas transcritas contienen: (i) La primera de ellas, la causal de desvinculación de los funcionarios y empleados de la Rama Judicial, por haber llegado a la edad de retiro forzoso; (ii) La segunda, determinación de la edad de retiro en sesenta y cinco (65) años; y (iii) la tercera, la obligación del nominador de retirar del servicio activo a quienes hayan llegado a referida edad.

La proposición jurídica integrada con los preceptos anteriores no permite concluir, como se hizo en la providencia, que no existe en el sub examine un mandado imperativo e inobjetable dirigido a la autoridad accionada, en virtud del cual resulte obligatorio para ésta desvincular a la actual Directora Ejecutiva de Administración Judicial, en tanto la prueba allegada al proceso da cuenta de que se encuentra incurso en la causal de desvinculación referida en la demanda.

*(ii) No es posible afirmar que exista un debate jurídico sin definir, respecto de si el Decreto 1660 de 1978 es o no aplicable al cargo de Directora Ejecutiva de Administración Judicial, por cuanto existe norma estatutaria, contenida en el artículo 149 numeral 4º de la Ley 270 del 7 de marzo de 1996⁷ invocado por el demandante como norma objeto de cumplimiento que, en forma expresa, clara y precisa consagra como causal de retiro para **todos los funcionarios y servidores judiciales** el llegar a la edad de retiro forzoso y, además, establece en el artículo 204 que “Hasta tanto se expida la ley ordinaria que regule la carrera judicial y establezca el régimen para las situaciones laborales administrativas de los funcionarios y empleados judiciales, **continuarán vigentes**, en lo pertinente el Decreto-ley 052 de 1987 y **Decreto 1660 de 1978...**”. (Negrillas fuera de texto).*

Desconocer la claridad de las normas referidas equivale a apartarse de su tenor literal y de su contenido, cuando el cargo de Director Ejecutivo de Administración Judicial fue creado por la misma ley estatutaria de administración de justicia que consagra la causal de retiro de forzoso y la vigencia del Decreto 1660 de 1978 que la establece en sesenta y cinco (65) años.

Los presupuestos expuestos no dejan duda alguna sobre la existencia de un mandato imperativo e inobjetable que considero con todo respeto que la Sala mayoritaria desconoce, so pretexto de la existencia de un debate jurídico de imposible presencia a la luz del artículo 27 del Código Civil, en virtud del cual “Cuando el sentido de la ley sea claro, no se desatenderá su tenor literal a pretexto de consultar su espíritu”.

(...)

(iv) A la suscrita Magistrada no le asiste duda alguna de que la solución contenida en sentencia desconoce la efectividad del principio de igualdad, consagrado en el artículo 13 de la Constitución Política; el derecho al trabajo de los ciudadanos que aspiran a desempeñarse como servidores públicos, previsto en el artículo 25 ejusdem y los mandatos constitucionales que ordenan al Estado propiciar la ubicación laboral de las personas en edad de trabajar y dar pleno empleo a los recursos humanos.

Lo anterior sobre la base de considerar que los cargos públicos no pueden ser desarrollados a perpetuidad, toda vez que “la teoría de la institucionalización del poder público distingue la función del funcionario, de suerte que éste no encarna la función, sino que la ejerce temporalmente”, de tal manera que resulta razonable y proporcional al fin perseguido que legislador determine una edad máxima para el desempeño de funciones públicas.

(v) Al juez constitucional del cumplimiento no le era dable asimilar el cargo de Director Ejecutivo de Administración Judicial con el de Magistrado de la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura, sin desconocer la ratio decidendi de la sentencia C-037 del 5 de febrero de 1996⁸, dictada por la Corte Constitucional, que tiene efectos de cosa juzgada constitucional, en la que se analizó in extenso la figura jurídica de la Dirección Ejecutiva de Administración Judicial, creada por la ley

7 Esto es, posterior a la Constitución de 1991.

8 Ibid. Cita 37

estatutaria de la administración de justicia, como un mecanismo efectivo de implementación de las políticas administrativas de la rama judicial, bajo la condición de estar sujeta a las decisiones de la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura, señalando que el funcionario que ocupe el cargo se encuentra **subordinado** a los magistrados de la referida Corporación.

En esta providencia la Corte precisó que si bien el Director Ejecutivo recibe los mismos beneficios laborales que los magistrados, **“no ostenta su mismo rango”**; por lo que se cataloga como un funcionario subeditado a los integrantes de la Sala Administrativa, cuyas responsabilidades deben estar encaminadas a ejecutar las políticas que le han sido definidas por la ley y por la referida Sala del Consejo Superior de la Judicatura, bajo la supervisión y dirección de ese organismo. En esta oportunidad precisó que:

“... como se señaló a propósito del artículo 98, a pesar de disfrutar de las mismas condiciones laborales de los magistrados del Consejo Superior de la Judicatura, al director ejecutivo de Administración de Justicia no se le puede adscribir por mandato legal el mismo rango o status de aquellos, pues significaría vulnerar lo previsto en los artículos 254 y 255 de la Carta que les confiere categoría de magistrados únicamente a los miembros de la Salas Administrativa y Jurisdiccional Disciplinaria de esa Corporación”.
(Negrillas fuera de texto)

Lo anterior significa, sin lugar a dudas, que el Director Ejecutivo de Administración Judicial no tiene la categoría de magistrado ni es equiparable a éste, como erróneamente se concluyó en el fallo del cual me aparto, por cuanto está subordinado a la Sala Administrativa que es su superior jerárquico y funcional.

En consecuencia, no es dable afirmar que las demás causales de retiro previstas en la Constitución y en las normas especiales que regulan la materia no sean aplicables al Director Ejecutivo de Administración Judicial, en tanto esto generaría una desigualdad inadmisibles, llegando a tener inclusive mayores prerrogativas que las de los Magistrados de la Corte Suprema de Justicia y del Consejo de Estado, para quienes aplica la norma que consagra la edad de retiro forzoso.

De otro lado, no se puede olvidar que la figura del **Director Ejecutivo de Administración Judicial no correspondió a una creación constitucional, sino legal**, en tanto se incluyó en la ley estatutaria de administración de justicia y fue declarada exequible por considerar que depende de los Magistrados de la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura, razones suficientes para no otorgarle el mismo trato que a éstos en cuanto a la edad de retiro forzoso se refiere.

En este orden de ideas, resulta evidente que al no tener el mismo rango o status que los Magistrados del Consejo Superior de la Judicatura ni de las Altas Cortes y serle aplicables las causales de retiro previstas en la Constitución y en las normas especiales proferidas al amparo de ésta, dirigidas a funcionarios y empleados de la rama judicial, los preceptos cuyo cumplimiento se solicita son imperativos y la edad de retiro forzoso es la prevista en el artículo 128 del Decreto 1660 de 1978, deviniendo en obligatorio para el nominador la desvinculación de la funcionaria, por haber llegado a la edad de retiro forzoso.

En este orden de ideas, a juicio de la suscrita Magistrada, la decisión que correspondía tomar en el radicado de la referencia era la de confirmar la sentencia de primera instancia que había accedido a las pretensiones de la demanda, bajo la consideración de ser el cumplimiento el medio de control idóneo para que la autoridad accionada diera alcance a normas que contienen un mandato imperativo e inobjetable.”

CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCIÓN QUINTA

Consejera ponente: LUCY JEANNETTE BERMÚDEZ BERMÚDEZ

Bogotá, D.C., quince (15) de septiembre de dos mil dieciséis (2016)

Radicación número: 15001-23-33-000-2016-00249-01(ACU)

Actor: HELVER FRANCISCO CIPAGAUTA TUTA

Demandado: UNIVERSIDAD PEDAGÓGICA Y TECNOLÓGICA DE COLOMBIA “UPTC”

Asunto: El demandante aduce que en repetidas ocasiones ha solicitado que se reajuste el valor de las matrículas de conformidad con el estatuto general de 2005. Por su parte la UPTC alude que no existe tal desconocimiento porque se atiende el contenido del Acuerdo 049 de 1994. En primera instancia, el Tribunal accede porque concluye que el acuerdo de 1994 no está vigente.

Extracto:

“II. CONSIDERACIONES DE LA SALA

(...)

2.3.- Norma que se solicita acatar

El artículo 83 del Acuerdo 066 de 2005:

“La Universidad establecerá los valores de pago de matrícula de todos los programas académicos atendiendo, prioritariamente, las condiciones socioeconómicas de los estudiantes, y creará estímulos para aquellos de calidades académicas sobresalientes”.

2.4. Del agotamiento del requisito de procedibilidad

(...)

En este caso, con la demanda se allegaron los siguientes escritos:

1. Copia de la petición radicada por el actor el 31 de julio de 2014¹, entre otras presentadas con antelación en el mismo sentido, ante la Universidad Pedagógica y Tecnológica de Colombia, en la que se solicita que esa institución de educación superior, “en cabeza del rector” cumpla con lo ordenado por el artículo 83 del Estatuto General –Acuerdo 066 de 2005-.

2. Oficio No. VA-230 de 22 de agosto de 2014, suscrito por el vicerrector académico de la “UPTC”, en la que se informa al accionado “...el Consejo Superior ha estudiado la posibilidad de ajustar el costo de matrículas para las carreras que menciona en su petición, lo cual requiere e estudios técnicos financieros para establecer si es posible un equilibrio financiero, así como una equidad entre los estudiantes de las mismas”.

De acuerdo con lo expuesto no hay duda que en este caso previo a acudir al ejercicio de la presente acción de cumplimiento, el demandante agotó en debida forma el requisito de renuencia, pues solicitó a la accionada el acatamiento del precepto al que alude en el escrito de la demanda.

1 Folios 14 y 15

2.5. Solución del caso

Mediante el ejercicio de la presente acción de cumplimiento el actor pretende que se ordene “UPTC” que cumpla con el mandato impuesto por el artículo 83 del Acuerdo 066 de 2005, Estatuto General, por su parte la institución educativa sostiene que viene acatando ese precepto en virtud del Acuerdo 49 de 1994 “por el cual se establece el valor y sistema de liquidación de los derechos de la matrícula pecuniaria de los estudiantes de pregrado de la Universidad Pedagógica y Tecnológica de Colombia”.

A efectos de dar mayor claridad se transcribirá el precepto que se dice incumplido:

El artículo 83 del Acuerdo 066 de 2005:

“La Universidad establecerá los valores de pago de matrícula de todos los programas académicos atendiendo, prioritariamente, las condiciones socioeconómicas de los estudiantes, y creará estímulos para aquellos de calidades académicas sobresalientes”.

De acuerdo con lo anterior, resulta claro que existe un mandato que debe atender la “UPTC” como lo es establecer el valor de la matrícula de “... todos los programas académicos atendiendo, prioritariamente, las condiciones socioeconómicas de los estudiantes”. Tal y como, en debida forma, lo hizo el a quo por “establecer” debe entenderse instituir, ordenar y decretar² y, de acuerdo con la redacción del precepto dicha obligación esta propuesta a futuro. Respecto del cual no se advierte la existencia de otro mecanismo de defensa, para el actor, como tampoco que su acatamiento implique la erogación de gasto alguno para la demandada.

Así las cosas, se tiene que la norma contiene una obligación clara y expresa, en lo relacionado con la exigibilidad, si bien en principio no se advierte la imposición de plazo alguno en el precepto que se dice desacatado, esta Sección en providencia de 3 de diciembre de 2015³, de modificación jurisprudencial, en los casos de ejercicio de potestad reglamentaria, destacó que este requisito debe superarse, al respecto precisó que:

“...es necesario, una vez más, modificar la línea jurisprudencial expuesta, para en su lugar entender que la acción de cumplimiento procede para ordenar el ejercicio de la potestad reglamentaria, en todos los casos en los que el legislador haya impuesto al ejecutivo el deber de reglamentar determinada materia, con independencia de si se impuso término o no al efecto debido a que, como se explicará la ausencia de un lapso específico no puede entenderse como una circunstancia que impida la procedencia de la acción de cumplimiento

(...)

Bajo este panorama, es claro que aunque la acción de cumplimiento sí procede para exigir el ejercicio de la potestad reglamentaria aun cuando el legislador no haya establecido ningún tiempo específico para el efecto, lo cierto es que es físicamente imposible que la obligación contenida en la ley se satisfaga de manera inmediata o a los pocos días de haber sido expedida, y por ello, la acción de cumplimiento solo será procedente después de transcurrido un tiempo prudencial en el que el ejecutivo haya podido adelantar todos los estudios y análisis que son consustanciales al proceso de la reglamentación”. (Negrilla fuera de texto).

El anterior antecedente es plenamente aplicable al presente caso, pues lo que requiere el precepto que se dice incumplido es la regulación del artículo que se dice desacatado.

Lo anterior resulta aún más relevante, si se tiene en consideración que la omisión a la que se alude, está contenida en un artículo que se expidió en 2005, es decir, hace más de 10 años; por tanto, de

² Como lo define la Real Academia Española, link: <http://dle.rae.es/?id=GilsITP>

³ Rad. No. 2015-00227-01, actor: Darío Gil Londoño, C.P. doctora: Rocío Araújo Oñate

conformidad con la sentencia antes mencionada, el juez de la acción de cumplimiento tiene competencia para estudiar de fondo la pretensión de la demanda al encontrar superados los requisitos de procedibilidad de la acción de cumplimiento.

Luego de lo anterior, la Sala advierte que la decisión del a quo deberá ser modificada y revocada parcialmente, pues resulta evidente que en este caso la obligación impuesta por Estatuto General de la “UPTC” no ha sido acatada.

*Como fundamento de la anterior conclusión, resulta preciso manifestar que analizado, en su integridad, el texto del derogado⁴ Estatuto General –Acuerdo 120 de 1993⁵, pero haciendo especial énfasis en el capítulo II, artículos 68 al 72, se tiene que **el contenido del precepto que se pide acatar no existía**, en los términos dispuestos en el Acuerdo 066 de 2005, su más cercana aproximación era el artículo 70 que disponía “el estatuto estudiantil de la Universidad, reglamentará entre otros los siguientes aspectos: requisitos de inscripción, admisión y matrícula, derechos y deberes, distinciones e incentivos régimen disciplinario y demás aspectos académicos”.*

De acuerdo con lo anterior y partiendo del significado, ya expuesto, del término “establecer”, el cual se redactó en tiempo futuro y, tendiendo en consideración el argumento antes mencionado de que esta disposición no estaba contenida en el Estatuto General derogado, resulta evidente que se trata de una obligación impuesta desde el 2005.

Respecto del anterior mandato, de establecer el valor de la matrícula con las condiciones ya expuestas, no resulta plausible aceptar el argumento de apelación del apoderado de la accionada, según el cual el artículo 83 del Acuerdo 066 de 2005 se viene cumpliendo los términos señalados en el Acuerdo 049 de 1994.

Esto en la medida de que: i) se trata de una disposición anterior -1994-, con la cual no se puede atender una compromiso pactado a futuro, en el 2005; ii) el acuerdo de 1994⁶ no expresa que la regulación del valor de la matrícula se haga atendiendo “prioritariamente, las condiciones socioeconómicas de los estudiantes”, condición que impone el Estatuto General de 2005 y; iii) como antes se demostró en el Acuerdo 049 de 1994 este mandato, en los términos plasmados en estatuto actual, no estaba expresamente impuesto en el Estatuto General que le sirvió de fundamento.

Para reforzar la argumentación expuesta, resulta plausible mencionar que el escrito por el cual se constituyó en renuencia a la accionada, su vicerrector afirmó que “...el Consejo Superior ha estudiado la posibilidad de ajustar el costo de matrículas para las carreras que menciona en su petición, lo cual requiere de estudios técnicos financieros para establecer si es posible un equilibrio financiero, así como una equidad entre los estudiantes de las mismas”.

Estudios técnicos de los cuales obra prueba en el expediente a folios 336 al 341 en los que se allegaron copia del contrato interadministrativo No. 198 de 2008 entre la Universidad Nacional de Colombia y la Universidad Pedagógica y Tecnológica de Colombia que data del 2008 y cuyo objeto era “el estudio de la metodología para el cálculo del valor de la matrícula...”, lo que demuestra el interés de la UPTC de modificar el valor de las matrículas, pero del cual se desconoce su finalización.

Por lo expuesto, y aclarando que no es de la competencia del juez de la acción de cumplimiento pronunciarse respecto de la vigencia o no del Acuerdo 049 de 1994, norma a la que no se alude en la demanda y, si bien, es traído como argumento de defensa de la accionada, basta con señalar, como lo hace esta providencia, si dicho acto tiene la virtualidad de dar cumplimiento al mandato exigido en el artículo 83 del Acuerdo 066 de 2005, lo cual, como ya se concluyó, no se ocurre en este caso, por las razones ya anotadas. La Sala concluye que el fallo recurrido debe ser modificado y revocado

⁴ Por el Acuerdo 066 de 2005

⁵ <http://virtual.uptc.edu.co/archivador/archivos/A120-93.pdf>

⁶ Folios 244 al 247

parcialmente, pues se demostró que el artículo desatendido contiene un mandato claro, expreso y exigible que la “UPTC” hasta la fecha no ha acatado.

*A pesar de compartir la decisión de acceder a las súplicas de la demanda, la Sala **modificará** el numeral segundo de la providencia del a quo en el sentido de que la orden que se dictará a la “UPTC” será que, en un término no mayor a seis meses, contados a partir de la ejecutoria de la presente decisión, dé cumplimiento al contenido del artículo 83 del Acuerdo 066 de 2005, para lo cual deberá establecer los valores de cobro de matrícula de todos los programas académicos atendiendo, prioritariamente, las condiciones socioeconómicas de los estudiantes.*

*Lo anterior en razón de que es en esos precisos términos la norma fue redactada y, en atención al mandato claro, expreso y exigible que contiene dicha disposición, sin que sea dable al juez constitucional imponer su propia interpretación o alcance, por este mismo argumento se **revocará** el numeral tercero del fallo recurrido, pues el precepto, que se concluyó incumplido, no prevé la condición que impone en su decisión el Tribunal y, se confirmará en los demás apartes.*

(...)”

Decisión: “MODIFICAR el numeral segundo de la sentencia dictada el 30 de junio de 2016 por el Tribunal Administrativo de Boyacá, el que quedará así: ORDENAR a la Universidad Pedagógica y Tecnológica de Colombia “UPTC” que, en un término no mayor a seis meses, contados a partir de la ejecutoria de la presente decisión, dé cumplimiento al contenido del artículo 83 del Acuerdo 066 de 2005 para lo cual deberá establecer los valores de cobro de matrícula de todos los programas académicos atendiendo, prioritariamente, las condiciones socioeconómicas de los estudiantes.

REVOCAR el numeral tercero del fallo recurrido, por las razones expuestas en la parte considerativa de la presente providencia.

CONFIRMAR en lo demás la sentencia apelada.

(...)”

LUCY JEANNETTE BERMÚDEZ BERMÚDEZ
Presidenta

ROCÍO ARAÚJO OÑATE
Ausente con excusa

CARLOS ENRIQUE MORENO RUBIO
ALBERTO YEPES BARREIRO



CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCIÓN QUINTA

Consejero ponente: CARLOS ENRIQUE MORENO RUBIO

Bogotá, D.C., primero (1) de diciembre de dos mil dieciséis (2016)

Radicación número: 25000-23-41-000-2016-01746-01(ACU)

Actor: WILLIAM ALEXANDER RICO COBA

Demandado: LA NACIÓN, MINISTERIO DE TRANSPORTE

Asunto: Confirma sentencia del 15 de septiembre de 2016 proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Primera, Subsección A, a través de la cual se negaron las pretensiones de la acción de cumplimiento.

Extracto: *“En el presente evento, pretende el demandante que se ordene al Ministerio de Transporte el cumplimiento del artículo 17 de la Ley 769 de 2002 modificado por el artículo 4 de la Ley 1383 de 2010, en tanto que, según él, dichas disposiciones contienen un mandato de inobjetable cumplimiento por parte de la cartera ministerial, en el sentido de implementar un formato único nacional para la licencia de conducción así como la ficha técnica para su elaboración con los mecanismos de control correspondientes y la inclusión del dispositivo electrónico, magnético u óptico con los datos de registro que permita la lectura y actualización de éstos, para que las nuevas licencias de conducción permitan a la autoridad de tránsito confrontar la identidad del respectivo titular, sin costo alguno.*

(...) De acuerdo con lo anterior, la Sala estudiará si, en efecto, el Ministerio de Transporte ha cumplido con la disposición legal objeto de la presente demanda o si, por el contrario, como lo afirma el recurrente, dicha cartera se ha abstenido de acatar de manera integral la normativa en comento.

(...) Como se lee, la norma en cita establece, a cargo del Ministerio de Transporte, la orden de determinar un formato único nacional de la licencia de conducción así como la ficha técnica para su elaboración y los mecanismos de control correspondientes.

Igualmente, la disposición legal señala, entre otros, que las nuevas licencias de conducción deberán permitir al organismo de tránsito confrontar la identidad del respectivo titular de conformidad con las normas vigentes.

Asimismo, dentro de las características técnicas que deben contener las licencias, deberán incluirse, entre otras cosas, un código de barra bidimensional electrónico, magnético u óptico con datos del registro y un holograma de seguridad.

De manera que, la norma cuyo acatamiento se exige por la parte actora, contiene los presupuestos necesarios para acudir al juez de cumplimiento, toda vez que: i) cuenta con fuerza material de ley y ii) el mandato que contiene es imperativo o inobjetable y está en cabeza del Ministerio de Transporte.

(...) Sobre el punto, el tribunal a quo consideró que tales obligaciones habían sido acatadas por el ministerio demandado, comoquiera que, mediante Resolución 623 del 7 de marzo de 2013, se adoptó la ficha técnica del formato único nacional para la licencia de conducción. (...)

No obstante lo anterior, el recurrente insiste que en la actualidad circulan 4 formatos de licencia de conducción en el territorio nacional, de modo que no se cumple de manera real y efectiva con la precitada norma.

Pues bien, al respecto debe aclararse que, aun cuando en el país existen varios formatos de licencias de conducción, aún vigentes, esto se debe a que, el Decreto Ley Antitrámites 19 de 2012, en el artículo 197, que modificó el artículo 22 de la Ley 769 que a su vez había sido modificado por el artículo 6 de la Ley 1383 de 2010, previó lo siguiente:

“Las licencias de conducción para vehículos de servicio particular tendrán una vigencia de diez (10) años para conductores menores de sesenta (60) años de edad, de cinco (5) años para personas entre sesenta (60) años y ochenta (80) años, y de un (1) año para mayores de ochenta (80) años de edad.”

Lo anterior quiere decir que las licencias de conducción, para la fecha en que se expidió el decreto antitrámites en mención, estarán vigentes, independientemente de su fecha de vencimiento, hasta el 2022, o 10 años después de su expedición (cuando esta se obtuvo después del 2013).

(...)Es decir, si bien en la actualidad aún circulan varios formatos de licencias de conducción, lo cierto es que, el Ministerio de Transporte ya definió la ficha técnica y el formato único para la expedición de éste documento, solo que hasta el 2022, cuando terminen de vencer las últimas licencias con formato antiguo, en todo el territorio nacional circulará el formato único nacional de que trata la Resolución 623 de 2013.

En tales condiciones, no le asiste razón al demandante cuando afirma que el ministerio demandado se ha abstenido de cumplir con el mandato relativo a establecer un formato unificado a nivel nacional para efectos de la expedición de la licencia de conducción.

Ahora bien, en lo que respecta a la acusación del actor, según la cual, ninguno de los formatos de licencia que se encuentran vigentes, cuentan con las características técnicas señaladas ni permiten al organismo de tránsito confrontar la identidad del respectivo titular, debe precisarse que el formato único nacional que se definió en la Resolución 623 de 2013, sí contiene las especificaciones técnicas señaladas en la ley, según se aprecia en el anexo técnico que hace parte integral de dicho acto administrativo.

(...)Así las cosas, no encuentra la Sala que el Ministerio de Transporte en la actualidad incumpla con el artículo 17 de la Ley 769 de 2002, en tanto que, como bien lo indicó el a quo, dicha cartera ministerial profirió y adoptó la ficha técnica para la elaboración de la licencia de conducción (formato único nacional) con las condiciones y características que debe contener según el mandato legal.”

Decisión: “Confirmase la sentencia del 15 de septiembre de 2016 proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Primera, Subsección A, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

Ejecutoriada esta decisión, devuélvase el expediente al Tribunal de origen”.

LUCY JEANNETTE BERMÚDEZ BERMÚDEZ
Presidenta

ROCÍO ARAÚJO OÑATE
CARLOS ENRIQUE MORENO RUBIO
ALBERTO YEPES BARREIRO



CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCIÓN QUINTA

Consejero ponente: ALBERTO YEPES BARREIRO

Bogotá, D.C., siete (7) de abril de dos mil dieciséis (2016)
Radicación número: 27001-23-31-000-2015-00090-01(ACU)
Actor: ARMANDO VALENCIA CASAS
Demandado: UNIVERSIDAD TECNOLÓGICA DEL CHOCÓ

Asunto: Sentencia que confirma la decisión de negar cumplimiento por la existencia de otro mecanismo de defensa judicial para obtener el efectivo cumplimiento del deber jurídico o administrativo.

Extracto: “3.1. En el asunto que ocupa la atención de la Sala, el señor Armando Valencia Casas pretende el cumplimiento del artículo 64 de la Ley 30 de 1992 cuyo tenor literal es el siguiente:

Artículo 64. El consejo superior universitario es el máximo órgano de dirección y gobierno de la universidad y estará integrado por:

- a. El Ministro de Educación Nacional o su delegado, quien lo presidirá en el caso de las instituciones de orden nacional;
- b. El gobernador, quien preside en las universidades departamentales;
- c. Un miembro designado por el Presidente de la República, que haya tenido vínculos con el sector universitario;
- d. Un representante de las directivas académicas, uno de los docentes, uno de los egresados, uno de los estudiantes, uno del sector productivo y un ex rector universitario, y
- e. El rector de la institución con voz y sin voto.

Parágrafo 1º En las universidades distritales y municipales tendrán asiento en el consejo superior los respectivos alcaldes quienes ejercerán la presidencia y no el gobernador.

Parágrafo 2º Los estatutos orgánicos reglamentarán las calidades, elección y período de permanencia en el consejo superior; de los miembros contemplados en el literal d) del presente artículo.

De acuerdo con lo anterior, es claro, que el precepto que se pide hacer cumplir se encuentra contenido en una norma con carácter de ley, como lo es la Ley 30 de 1992.

De otra parte, frente a la solicitud de cumplimiento de la sentencia C-589 de 1997 la Sala reitera que este medio de control no es idóneo para deprecar el acatamiento de fallos judiciales, sin embargo ello

no es óbice para sostener que el presente asunto se trata de analizar el presunto incumplimiento del artículo 64 de la Ley 30 de 1992 bajo el entendimiento dado por la Corte en la sentencia que declaró exequible dicho precepto.

Finalmente, en cuanto a la pretensión de cumplimiento de un concepto emitido por la Sala de Consulta y Servicio Civil, se insiste en que por mandato del artículo 1º de la Ley 393 de 1997, la acción de cumplimiento solo procede para obtener el acatamiento de normas con fuerza material de ley o actos administrativos. Los conceptos que emite la referida Sala no son ni lo uno ni lo otro. Recuérdese además que según el artículo 112 de la Ley 1437 de 2011, “los conceptos de la Sala no serán vinculantes, salvo que la ley disponga lo contrario”. En consecuencia, para estos efectos la acción de cumplimiento no es procedente. (...)

3.3. De la existencia de otros mecanismos de defensa judicial para obtener el efectivo cumplimiento del deber jurídico o administrativo

De conformidad con lo dispuesto por el artículo 9º de la Ley 393 de 1997, la acción de cumplimiento no procederá cuando el afectado tenga o haya tenido otro instrumento de defensa judicial para lograr el efectivo cumplimiento de la norma o acto administrativo, salvo que de no proceder el juez, se cause un perjuicio grave e inminente para el accionante.

De igual forma, esta Sección en reiterada jurisprudencia¹ ha desarrollado “la existencia de otro mecanismo judicial”, como causal de improcedencia de la acción de cumplimiento, en aquellos casos en los que no se acredite un perjuicio irremediable.

Así, en sentencia de 24 de mayo de 2012, se reiteró que “la razón de ser de esta causal de improcedencia es garantizar que la resolución de las diferencias jurídicas sea efectuada por el juez natural, bajo el trámite que el ordenamiento jurídico ha establecido como propio para ello y evitar la alteración de las competencias que han sido radicadas en las diferentes jurisdicciones. No puede entenderse que el Constituyente haya creado la acción de cumplimiento como un instrumento paralelo a los medios judiciales ordinarios; por ello la causal señalada, le imprime a la acción de cumplimiento el carácter de mecanismo residual y subsidiario. En el evento consagrado como excepción, la norma habilita al Juez de la acción de cumplimiento para que, pese a la existencia de un instrumento judicial, se pronuncie de fondo en relación con la solicitud, pero siempre y cuando se acrediten los presupuestos de necesidad, urgencia, gravedad e inminencia del perjuicio”².

Pues bien, en el caso bajo estudio la actora pretende que se cumpla el artículo 64 de la Ley 30 de 1992 y en consecuencia, sea retirado el gobernador del Chocó del Consejo Directivo de la Universidad.

Como fundamento de su petición el accionante señaló, que la Universidad Tecnológica del Chocó es del orden nacional y que por mandato de la referida norma, en los Consejos Directivos de los centros universitarios autónomos de dicho nivel, el gobernador no tiene asiento.

La Sala considera, al igual que el Tribunal de primera instancia, que los argumentos expuestos en la demanda de cumplimiento deben ser conocidos por el juez natural. Veamos:

No es de recibo el argumento del actor según el cual, no es procedente impetrar una demanda en ejercicio del medio de control de simple nulidad por cuanto la Sección Primera de esta Corporación ya se pronunció en el sentido de indicar que el gobernador no tiene asiento en la Universidad Tecnológica del Chocó.

1 Cfr. Sentencia de 24 de mayo de 2012, radicado n° 05001-23-31-000-2010-02067-01(ACU), M.P. Alberto Yepes Barreiro, Sentencia de 23 de agosto de 2012, radicado n° 25000-23-31-000-2012-00425-01(ACU). M.P. Mauricio Torres Cuervo, Sentencia de 21 de junio de 2012, radicado n° 05001-23-31-000-2006-01095-01(ACU). M.P. Mauricio Torres.

2 Cfr. Sentencia de 24 de mayo de 2012, radicado n° 05001-23-31-000-2010-02067-01(ACU), M.P. Alberto Yepes Barreiro.

El tribunal, contrario a lo afirmado por el actor, sí analizó dicho planteamiento, y concluyó que como en dicho proceso la Sección Primera declaró la nulidad del Acuerdo No. 0015 de 2005, y el actor censura el Acuerdo No. 0020 de 2011, se trata de situaciones jurídicas distintas.

En efecto, para la Sala no cabe duda de que:

(i) La Sección Primera en sentencia de 5 de septiembre de 2013³ declaró la nulidad del Acuerdo No. 0015 de 24 de febrero de 2005, expedido por el Consejo Superior de la Universidad Tecnológica del Chocó “Por el cual se reforma el estatuto profesoral de la Universidad Tecnológica del Chocó ‘Diego Luís Córdoba’”.

En dicho proceso, el demandante que es el mismo de la presente acción de cumplimiento, pretendió que se decretara la nulidad del citado Acuerdo, debido a que la sesión del Consejo Superior Universitario de la Universidad en la que se aprobó dicho Acuerdo, fue presidida por el señor Julio Iburguen Mosquera, en calidad de gobernador del Chocó.

La Sección Primera, consideró que:

“...el argumento de la parte demandada no es de recibo porque la aplicación del principio de autonomía universitaria, no justifica que la Universidad viole las normas superiores que reglan su funcionamiento, así mismo, si bien es válida la justificación que expresó la Universidad Tecnológica del Chocó al declarar que el señor Gobernador se encontraba actuando de buena fe, no quiere decir ello, que no se tengan que reconocer y cumplir las normas de carácter vinculante que no pueden ser desconocidas al realizar un Consejo Superior Universitario y, máxime cuando lo que está en juego es el servicio público de la educación. (...)

...es claro para la Sala que se vulneró la norma antes citada, toda vez que, en ningún momento se vislumbra que se pueda designar a persona diferente al Ministro de Educación o a su delegado para fungir como presidente del Consejo Superior de la Universidad, tal y como sucedió en el sub lite, en donde, se designó como presidente, se reitera, al señor Julio Iburguen Mosquera, Gobernador del Chocó.

Cabe resaltar entonces, como por medio de la voluntad particular de los intervinientes en el Consejo Superior de la Universidad Tecnológica del Chocó “Diego Luís Córdoba”, se está modificando una norma de carácter vinculante y de obligatorio cumplimiento, lo que no resulta aceptable desde de ningún punto de vista, toda vez que, de permitirse, cualquier otra Universidad del Orden Nacional podría hacer lo mismo, generando entonces un caos en la prestación del servicio público de la educación, que al tener dicho carácter todos sus procedimientos deben ceñirse obligatoriamente a toda normativa legislativa y constitucional que le sea aplicable, en aras de garantizar la transparencia en la prestación del mismo.”.

De acuerdo con lo anterior, la Sección Primera se ocupó de analizar si la designación del gobernador como presidente del Consejo Superior de la Universidad, debía anularse en razón a que dicha entidad es del orden nacional. La respuesta fue claramente negativa. Sin embargo, es claro que, contrario a lo dicho por el señor Valencia Casas, en dicha sentencia nunca se afirmó que el gobernador no hiciera parte del órgano de dirección universitario.

(ii) En el presente asunto, el actor censura la composición del Consejo Directivo de la Universidad contenida en el Acuerdo No. 0020 de 2011 “Por el cual se expide el Estatuto General de Universidad (sic) Universidad Tecnológica del Chocó “Diego Luís Córdoba”, el cual incluye al gobernador como miembro, pero no presidiéndolo, pues tal atribución corresponde al Ministro de Educación o su delegado.

(iii) Conforme lo expuesto, se advierte que la Sección Primera, en el proceso referido, no se ocupó de analizar la legalidad del Acuerdo No. 0020 de 2011, por lo tanto, y teniendo en cuenta que no

3 Radicación No. 2009-00470-00, Consejero Ponente: Marco Antonio Velilla Moreno.

está probado que haya sido suspendido provisionalmente o anulado por el juez de lo contencioso administrativo, se presume legal.

(iv) Los fundamentos de la presente acción en realidad constituyen censuras frente a la legalidad del numeral 3º del artículo 24 del Acuerdo No. 0020 de 2011 que señala que el gobernador del Chocó integra el Consejo Superior de la Universidad.

En consecuencia, bien puede el actor formular demanda de simple nulidad si considera que el artículo 24 de los estatutos viola el artículo 64 de la Ley 30 de 1992 en los términos en que fue declarado exequible por la Corte Constitucional en la sentencia C-589 de 1997, pues no ha operado el fenómeno de la cosa juzgada.

Así las cosas, será el juez ordinario de lo contencioso administrativo quien determinará si el hecho de que el gobernador del Chocó integre el Consejo Superior Universitario –sin presidirlo-, de la Universidad, trasgrede el artículo 64 de la Ley 30 de 1992.

En efecto, nótese que la finalidad del actor es demostrar la ilegalidad de la norma estatutaria de integración del máximo órgano de dirección y gobierno del ente universitario.

En otras palabras, nos encontramos ante una verdadera demanda de nulidad y “disfrazada” del medio de control de cumplimiento.

La Sala insiste en que no es posible enervar las causales propias del medio de control de nulidad simple, previstas en el artículo 137 del CPACA, como por ejemplo la relativa a la expedición con infracción de las normas en que debería fundarse o en forma irregular, a través del ejercicio del medio de control de cumplimiento.

En este contexto, la Sala le recuerda a la parte actora, que tal y como lo concluyó la Corte Constitucional en Sentencia C-193 de 1998 “tan importante es que el constituyente reconozca formalmente los derechos como que arbitre el correlativo instrumento para su protección. De este modo el derecho y la garantía se integran en un todo. Los instrumentos de protección son variados, de acuerdo con la específica finalidad que ellos persiguen, cada uno de ellos tiene una función tutelar. Por lo tanto, el orden y la seguridad jurídicos imponen que la utilización de dichos medios se haga en forma racional, de manera que no se interfieran o anulen entre sí y no se les reste su eficacia. En tal virtud, no es admisible que el legislador cree instrumentos sucesivos o paralelos para la protección de los derechos” (Negrillas propias de la Sala).

En consonancia con lo anterior, insiste la Sala en que el fin último de la acción de cumplimiento es procurar la vigencia y efectividad material de las leyes y de los actos administrativos, en aquellos casos en que las autoridades públicas no den estricto cumplimiento al deber jurídico o administrativo que les es exigible por lo que la controversia propuesta en el sub lite va más allá de exigir el cumplimiento de la Ley y en tal medida, requiere que el juez natural realice un análisis de fondo al artículo estatutario que regula la integración del Consejo Superior Universitario.

En ese sentido, considera la Sección que el accionante cuenta con la posibilidad de presentar demanda en ejercicio del medio de control de nulidad simple con el fin de controvertir el acto administrativo - Acuerdo No. 0020 de 2011.

*Así las cosas, para la Sala la petición del señor Valencia Casas es **improcedente**, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 9º de la Ley 393 de 1997, pues este cuenta con otro mecanismo de defensa judicial para controvertir la legalidad del acto administrativo censurado.*

Ahora bien, el juez de la acción de cumplimiento, pese a la existencia de un instrumento judicial, podría pronunciarse de fondo en relación con la solicitud, siempre y cuando se acrediten los presupuestos de necesidad, urgencia, gravedad e inminencia del perjuicio. No obstante, en el caso de la referencia, la parte interesada no solo no probó tales extremos, sino que además el juez tampoco los advierte.

*Finalmente, es importante precisar que el a quo incurrió en una imprecisión al “negar” la presente acción de cumplimiento por no superar el requisito de subsidiariedad, pues en dicho evento debe **declararse** la improcedencia. Empero, la Sala confirmará la sentencia impugnada en razón a que se mantiene la decisión de no ordenar el cumplimiento, pero por diferentes razones, que conllevan a que se nieguen las pretensiones de la demanda.”*

Decisión: “CONFIRMAR la sentencia de 22 de febrero de 2016 dictada por el Tribunal Administrativo del Chocó.

NOTIFÍQUESE a las partes en la forma prevista en el artículo 22 de la Ley 393 de 1997.

En firme esta sentencia, DEVUÉLVASE el expediente al Tribunal de origen”.

LUCY JEANNETTE BERMÚDEZ BERMÚDEZ
Presidenta

ROCÍO ARAÚJO OÑATE
CARLOS ENRIQUE MORENO RUBIO
ALBERTO YEPES BARREIRO

CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCIÓN QUINTA

Consejero ponente: ALBERTO YEPES BARREIRO

Bogotá, D.C., catorce (14) de julio de dos mil dieciséis (2016)
Radicación número: 25000-23-41-000-2016-00159-01(ACU)
Actor: ANA MILENA CABALLERO MORERA
Demandado: NACIÓN, MINISTERIO DE TRANSPORTE

Asunto: Sentencia que confirma la decisión de ordenar al Ministerio de Transporte regular las condiciones, características de seguridad y el rango de precios al usuario dentro del cual se deben ofrecer los servicios que prestan los Centros de Enseñanza Automovilística, los de Reconocimiento y Evaluación de Conductores, los de Diagnóstico Automotor, y los que realicen la prueba teórico-práctica para la obtención de licencias de conducción expresado en salarios mínimos diarios vigentes, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 30 de la Ley 1753 de 2015, y modifica el término otorgado por el a quo para cumplir dicho mandato.

Extracto: “3. Análisis del caso concreto

La Sala entrará a decidir si en el presente caso se cumplen todos los presupuestos necesarios para que prospere la acción de cumplimiento.

3.1. En el asunto que ocupa la atención de la Sala y de acuerdo con la pretensión formulada en la demanda, la parte actora pretende el cumplimiento del artículo 30 de la Ley 1753 de 2015 “Por la cual se expide el Plan Nacional de Desarrollo 2014-2018 “Todos por un nuevo país”, cuyo tenor literal es el siguiente:

ARTÍCULO 30. DETERMINACIÓN DE TARIFAS Y TASA POR SERVICIOS QUE PRESTEN LOS ORGANISMOS DE APOYO. *Modifíquese el artículo 20 de la Ley 1702 de 2013, el cual quedará así:*

“Artículo 20. Determinación de tarifas por servicios que presten los organismos de apoyo. *El Ministerio de Transporte definirá mediante resolución, en un plazo no mayor a noventa (90) días contados a partir de la entrada en vigencia de la presente ley, las condiciones, características de seguridad y el rango de precios al usuario dentro del cual se deben ofrecer los servicios que prestan los Centros de Enseñanza Automovilística, los de Reconocimiento y Evaluación de Conductores, los de Diagnóstico Automotor, y los que realicen la prueba teórico-práctica para la obtención de licencias de conducción expresado en salarios mínimos diarios vigentes. Se efectuará un estudio de costos directos e indirectos considerando las particularidades, infraestructura y requerimientos de cada servicio para la fijación de la tarifa. Para la determinación de los valores que por cada servicio deben transferirse al Fondo Nacional de Seguridad Vial, se aplicará el siguiente procedimiento:*

1. Se tomará el valor del presupuesto de la Agencia Nacional de Seguridad Vial ejecutado en el año inmediatamente anterior, certificado por el responsable del presupuesto.

2. Se definirá el número de servicios acumulados en el mismo período por los cuatro (4) grupos de organismos de apoyo (Centros de Enseñanza Automovilística, los de Reconocimiento de Conductores, los de Diagnóstico Automotor y los que realicen la prueba teórico-práctica para la obtención de licencias de conducción), dividiendo el valor del numeral precedente en el número de servicios.

3. El producto de dividir la operación se tendrá como base del cálculo individual de cada tasa.

4. La tasa final de cada servicio corresponderá al cálculo individual multiplicado por factores numéricos inferiores a uno (1) en función de la pertenencia de cada usuario o de su vehículo (en el caso de los Centros de Diagnóstico Automotor) a grupos de riesgo con base en criterios como edad, tipo

de licencia, clase de vehículo, servicio u otros que permitan estimar el riesgo de accidente, tomados con base en las estadísticas oficiales sobre fallecidos y lesionados. Los factores serán crecientes o decrecientes en función de la mayor o menor participación en accidentes, respectivamente.

5. Una vez definido el valor de la tasa individual, esta se acumulará al valor de la tarifa para cada servicio.

En ningún caso la tasa final al usuario podrá superar medio (0,5) salario mínimo diario en las tarifas que cobren los Centros de Reconocimiento de Conductores, de Diagnóstico Automotor y los que realicen la prueba teórico-práctica para la obtención de licencias de conducción y un (1) salario mínimo diario en los Centros de Enseñanza Automovilística.

Se determinará el porcentaje correspondiente que se girará con destino al Fondo Nacional de Seguridad Vial y la parte que se destinará como remuneración de los organismos de apoyo de que trata este artículo.

PARÁGRAFO 1o. *La Agencia Nacional de Seguridad Vial, con cargo a los recursos mencionados en el presente artículo y los demás ingresos del Fondo Nacional de Seguridad Vial, podrá apoyar a las autoridades de tránsito que requieran intervención con base en sus indicadores de seguridad vial, así como a la Policía Nacional a través de convenios que tendrán por objeto, tanto las acciones de fortalecimiento institucional, como las preventivas y de control, incluyendo, cuando proceda, el uso de dispositivos de detección de aquellas infracciones de tránsito que generen mayor riesgo de accidente.*

PARÁGRAFO 2o. *La Agencia Nacional de Seguridad Vial transferirá al Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses, uno coma cinco (1,5) salarios mínimos mensuales legales vigentes (smmlv) por cada necropsia médico legal registrada en el mes anterior por causa o con ocasión de accidentes de tránsito, una vez remita la información de fallecimientos y lesiones bajo las condiciones de reporte fijadas por el Ministerio de Transporte. Los valores estarán destinados al financiamiento de las actividades médico legales y de información relacionadas con accidentes y hechos de tránsito”.*

3.2. De la renuencia

*La Sala estudiará en primer lugar si la accionante cumplió con el deber de probar que se constituyó en **renuencia** al Ministerio de Transporte antes de instaurar la acción de la referencia, para lo cual, se debe analizar el contenido del escrito que antecede la presente acción, a la luz de la jurisprudencia de esta Corporación que ha sido uniforme en señalar:*

El segundo inciso del artículo 8º de la Ley 393 de 1997 dispone que la acción de cumplimiento procede cuando se ha demostrado la renuencia del demandado a cumplir con el deber legal o administrativo omitido, lo cual sólo puede excusarse cuando se sustenta en la demanda la inminencia de un perjuicio irremediable que exige la intervención inmediata de la orden judicial.

Para entender a cabalidad este requisito de procedencia de la acción es importante tener en cuenta dos supuestos: De un lado, la reclamación del cumplimiento y, de otro, la renuencia.

El primero, se refiere a la solicitud dirigida a la autoridad o al particular que incumple la norma, la cual constituye la base de la renuencia, que si bien no está sometida a formalidades especiales, se ha considerado que debe al menos contener: La petición de cumplimiento de una norma con fuerza material de ley o de un acto administrativo; el señalamiento preciso de la disposición que consagra una obligación y la explicación del sustento en el que se funda el incumplimiento.

Por su parte, la renuencia al cumplimiento puede configurarse en forma tácita o expresa, puesto que se presenta cuando el destinatario del deber omitido expresamente ratifica el incumplimiento o si transcurridos 10 días desde la presentación de la solicitud, la entidad o el particular guardan silencio con relación a la aplicación de la norma. Esto muestra que el requisito de procedencia de la acción prueba la resistencia del destinatario de la norma a cumplir con ella.

Así las cosas, para probar la constitución de la renuencia expresa es necesario analizar tanto la reclamación del cumplimiento como la respuesta del destinatario del deber omitido, puesto que la primera delimita el marco del incumplimiento reclamado. Y, para demostrar la renuencia tácita es necesario estudiar el contenido de la petición de cumplimiento que previamente debió formular el demandante, pues, como se dijo, aquella define el objeto jurídico sobre el cual versará el procedimiento judicial para exigir el cumplimiento de normas con fuerza material de ley o actos administrativos.¹

Al amparo de esa decisión, se examinará el contenido de la solicitud presentada en ejercicio del derecho de petición radicado en el Ministerio de Transporte el 27 de noviembre de 2015 en los siguientes términos: “Atentamente solicito a su despacho se dé cumplimiento al Artículo 30 de la Ley 1753 de 2015 frente a la Determinación (sic) de tarifas y tasa (sic) por servicios que presten los organismos de apoyo y se defina mediante resolución las condiciones, características de seguridad y el rango de precios al usuario dentro del cual se deben ofrecer los servicios que prestan los Centros de Enseñanza Automovilística, los de Reconocimiento y Evaluación de Conductores, los de Diagnóstico Automotor, y los que realicen la prueba teórico-práctica para la obtención de licencias de conducción expresado en salarios mínimos diarios vigentes”.

El Subdirector de Tránsito del Ministerio de Transporte, dio respuesta mediante oficio de 9 de diciembre de 2015 en los siguientes términos: “...le informamos que mediante Resolución No. 0003318 del 14 de septiembre de 2015, el Ministerio de Transporte estableció las condiciones, características de seguridad y rangos de precios al usuario para servicios prestados por Centros de Diagnóstico Automotor. En lo relacionado con los Centros de Reconocimiento de Conductores se está trabajando para que la respectiva resolución sea expedida antes de finalizar el año en curso. Con respecto a las pruebas teórica y práctica, se encuentra en ejecución un convenio entre el Ministerio de Transporte y la Universidad Nacional de Colombia para la elaboración del banco de preguntas de la prueba teórica, para la prueba práctica se espera que esté reglamentada para el año 2016. De lo anterior se concluye que el Ministerio de Transporte está dándole cumplimiento a lo establecido en el artículo 30 de la Ley 1753 del 09 de junio de 2015 (Plan Nacional de Desarrollo) quedando por reglamentar otros aspectos a la luz de la norma.”

*Con base en lo anterior, encuentra la Sala que **sí se acreditó el requisito de procedibilidad** frente al artículo 30 de la Ley 1753 de 2015, porque de manera clara y expresa se pidió su cumplimiento y coincide con la pretensión de la demanda. La entidad si bien dio respuesta dentro de los diez (10) días siguientes a la presentación del escrito, puso de presente que no ha cumplido a cabalidad la norma en comento, lo que es suficiente para tener por demostrado el requisito de procedibilidad en estudio.*

3.3. Para la Sala es claro que la presente acción no se encuadra en ninguno de los supuestos que la harían improcedente: la señora Caballero Morera no cuenta con otro mecanismo de defensa judicial para que el Ministerio efectúe la determinación de tarifas por servicios que presten los organismos de apoyo. Tampoco se advierte que la actora pretenda el reconocimiento de un derecho subjetivo, ni la protección de derechos fundamentales. Finalmente, la norma no establece gastos.

*3.4. Analizado el contenido del artículo 30 de la Ley 1753 de 2015 es evidente que contiene **un mandato imperativo, inobjetable y actualmente exigible** así:*

- *Autoridad que tiene a cargo el deber: Ministerio de Transporte*
- *Plazo: no mayor a 90 días contados a partir de la entrada en vigencia de la ley. Según el artículo 267 la Ley 1753 de 2015 entró a regir a partir de su publicación, la cual se efectuó el 9 de junio de 2015 en el Diario Oficial No. 49.538. En ese orden, el plazo de 90 días venció el 21 de octubre de 2015².*

1 Sección Quinta, providencia de 24 de junio de 2004, Exp. 2003-0724, C.P. Dr. Darío Quiñones Pinilla.

2 Debe tenerse en cuenta que la norma estableció el término en días por lo que se deben contar solo los hábiles de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 62 de la Ley 4 de 1913 “Sobre régimen político y municipal” que dispone: “En los plazos de

- *Obligación: “El Ministerio de Transporte definirá las condiciones, características de seguridad y el rango de precios al usuario dentro del cual se deben ofrecer los servicios que prestan los Centros de Enseñanza Automovilística, los de Reconocimiento y Evaluación de Conductores, los de Diagnóstico Automotor, y los que realicen la prueba teórico-práctica para la obtención de licencias de conducción expresado en salarios mínimos diarios vigentes...”*

3.5. Frente al cumplimiento de la norma, el Ministerio aceptó tanto en la respuesta que dio a la solicitud presentada por la actora, como en la contestación de la demanda e incluso en la impugnación, que aquél ha sido parcial pues se trata de regular aspectos técnicos que por tanto requieren de expertos con conocimientos especializados, elaboración de estudios previos y la socialización de los proyectos de actos con la ciudadanía en los términos del numeral 8º del artículo 8º del CPACA³.

Justamente, la impugnación se circunscribe a solicitar ampliación del plazo concedido por el tribunal -3 meses-, pues a su juicio es insuficiente para concluir el proceso de regulación en los términos que impone el artículo 30 de la Ley 1753 de 2015.

3.6. En atención a lo dispuesto en el numeral 5º del artículo 21 de la Ley 393 de 1997, la Sala ampliará el término concedido por el a quo teniendo en cuenta que la entidad accionada demostró que ha adelantado gestiones para cumplir con la obligación que tiene a su cargo pues expidió la Resolución No. 0003318 de 2015; publicó el proyecto de resolución por medio de la cual se establecen las condiciones, características de seguridad y rangos de precios al usuario para servicios prestados por centros de reconocimiento de conductores y se modifica la Resolución 217 de 2014; suscribió el contrato de servicios de consultoría con la Universidad Nacional de Colombia cuyo objeto es “realizar la revisión técnica y psicométrica de un banco de 400 preguntas sobre los conocimientos requeridos para que las personas puedan obtener una licencia de conducción”; y diseñó varios módulos de encuestas referidos a los centros de enseñanza automovilística.

Lo anterior significa que la entidad accionada en la medida de sus posibilidades, pues nadie está obligado a lo imposible, ha venido cumpliendo el deber que la ley le impone y que requiere no solo estudios técnicos que demandan tiempo sino también la socialización con la ciudadanía que implica conceder un plazo para que los interesados presenten opiniones, observaciones y sugerencias y un término para darles respuesta y posteriormente tomar la decisión definitiva.

Así las cosas, resulta razonable ampliar el plazo otorgado por el a quo, para que en el término de 6 meses contados a partir de la ejecutoria de la sentencia el Ministerio de Transporte culmine la regulación que tiene a su cargo y expida las correspondientes resoluciones en los términos del artículo 30 de la Ley 1753 de 2015, razón por la cual modificará la sentencia impugnada en lo que pertinente.”

Decisión: “MODIFICAR el numeral segundo de la sentencia de 23 de febrero de 2016 proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Primera, Subsección B dentro de la acción de cumplimiento promovida por la señora Ana Milena Caballero Morera en contra del Ministerio de Transporte, el cual quedará así:

días que se señalen en las leyes y actos oficiales, se entienden suprimidos los feriados y de vacantes, a menos de expresarse lo contrario...”

3 ARTÍCULO 8o. DEBER DE INFORMACIÓN AL PÚBLICO. Las autoridades deberán mantener a disposición de toda persona información completa y actualizada, en el sitio de atención y en la página electrónica, y suministrarla a través de los medios impresos y electrónicos de que disponga, y por medio telefónico o por correo, sobre los siguientes aspectos: (...)

8. Los proyectos específicos de regulación y la información en que se fundamenten, con el objeto de recibir opiniones, sugerencias o propuestas alternativas. Para el efecto, deberán señalar el plazo dentro del cual se podrán presentar observaciones, de las cuales se dejará registro público. En todo caso la autoridad adoptará autónomamente la decisión que a su juicio sirva mejor el interés general.

“En consecuencia, ORDENAR al Ministerio de Transporte que, dentro de los seis (06) meses siguientes a la ejecutoria de esta providencia culmine la regulación que tiene a su cargo y expida las correspondientes resoluciones en los términos del artículo 30 de la Ley 1753 de 2015.”

CONFIRMAR en lo demás, la sentencia impugnada.

ORDENAR al Ministerio de Transporte que vencido el término concedido en el numeral primero de esta providencia, remita un informe al juez de primera instancia de este proceso, en el que dé cuenta del cumplimiento de la orden que le fue impartida.

NOTIFÍQUESE a las partes en la forma prevista en el artículo 22 de la Ley 393 de 1997.

En firme esta sentencia, DEVUÉLVASE el expediente al Tribunal de origen”.

LUCY JEANNETTE BERMÚDEZ BERMÚDEZ
Presidenta

ROCÍO ARAÚJO OÑATE
CARLOS ENRIQUE MORENO RUBIO
ALBERTO YEPES BARREIRO

CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCION QUINTA

Consejero ponente: ALBERTO YEPES BARREIRO

Bogotá, D.C., diez (10) de noviembre de dos mil dieciséis (2016)

Radicación número: 20001-23-33-000-2016-00371-01(ACU)

Actor: CARLOS ANDRÉS GALESO MORALES

Demandado: UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL PARA LA ATENCIÓN Y REPARACIÓN INTEGRAL A LAS VÍCTIMAS - UARIV

Asunto: Sentencia que revoca decisión de primera instancia, para en su lugar ordenar al Director (a) Técnico (a) de Reparación de la UARIV, el cumplimiento del deber consagrado en el oficio con número de radicado 201572011421471 de 29 de julio de 2015 y, en consecuencia, pague de manera real y efectiva al señor Carlos Andrés Galeso Morales, la suma de dinero equivalente a 27 salarios mínimos legales mensuales vigentes por indemnización administrativa, por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

Extracto: “3. *Análisis del caso concreto*

3.1. Lo que se pide cumplir

El actor pretende el cumplimiento del oficio con número de radicado 201572011421471 de 29 de julio de 2015, suscrito por María Eugenia Morales Castro en su calidad de Directora Técnica de Reparación de la UARIV (fl. 11-14).

En dicho oficio se da respuesta a una petición elevada por el accionante acerca de cuánto y cuándo se le reconocerá y ordenará el pago de la indemnización por vía administrativa en el marco de la reparación integral. (...)

De acuerdo con lo anterior, se tiene que se pide el cumplimiento de un acto administrativo, por tanto, el primer requisito se encuentra satisfecho.

3.2. De la renuencia

El inciso segundo del artículo 8º de la Ley 393 de 1997 en concordancia con el numeral 5º del artículo 10 ibídem, estableció como requisito de procedibilidad de la acción de cumplimiento, que con la demanda el actor aporte la prueba de haber requerido a la entidad demandada en forma directa y con anterioridad al ejercicio de la acción, el cumplimiento del deber legal o administrativo presuntamente desatendido por aquella y, que la entidad requerida se ratifique en el incumplimiento o guarde silencio frente a la solicitud. De esta manera quedará acreditada la renuencia de la respectiva autoridad administrativa y el actor podrá ejercer la acción de cumplimiento.

Para la satisfacción de este requisito de procedibilidad es importante tener en cuenta, como lo ha señalado la Sala, que “el reclamo en tal sentido no es un simple derecho de petición sino una solicitud expresamente hecha con el propósito de cumplir el requisito de la renuencia para los fines de la acción de cumplimiento”¹.

Por lo tanto, la Sección debe estudiar si el solicitante acreditó que constituyó en renuencia a la autoridad demandada antes de presentar la acción. Para ello se analizará el contenido del escrito remitido a la señora Paula Gaviria, entonces Directora de la UARIV, radicado el 13 de mayo de 2016 en la Dirección Territorial Cesar y La Guajira de la entidad, en el que solicitó:

1 Consejo de Estado, Consejero Ponente Mauricio Torres Cuervo, providencia de 20 de octubre de 2011, Exp. 2011-01063.

*“... atender y respetar la fecha de pago dispuesta por la entidad referenciada para el día **30 de junio de 2016 bajo el código GAC-160630.237**. Para ello demando que se me notifique por escrito y por la vía más expedita (correo electrónico: cgaleso@gmail.com) el procedimiento para recibir tal pago...” (Fl. 17-19).*

Por su parte, la Directora Técnica de Reparación de la UARIV emitió respuesta mediante oficio radicado 201672030850021 de 1º de agosto de 2016, el cual claramente fue expedido excediendo el término de 10 días a que hace mención el artículo 8º de la Ley 393 de 1997. En ese orden, transcurridos 10 días sin haber obtenido respuesta el actor pudo haber promovido la acción de cumplimiento habiendo agotado el requisito de procedibilidad.

*Por tal razón, esta Sala considera que, una vez analizados el escrito referido y la respuesta dada por la autoridad accionada, el **requisito de procedibilidad sí se acreditó**.*

Por último resulta relevante para la Sala precisar que la renuencia debe entenderse como la negativa del ente accionado frente a la solicitud de cumplimiento de la disposición, bien porque no dé respuesta oportunamente, o porque aunque sea emitida en tiempo, resulte contraria al querer del ciudadano.

3.3. De la existencia de otros mecanismos de defensa judicial para obtener el efectivo cumplimiento del deber jurídico o administrativo

De conformidad con lo dispuesto por el artículo 9º de la Ley 393 de 1997, la acción de cumplimiento no procederá cuando el afectado tenga o haya tenido otro instrumento de defensa judicial para lograr el efectivo cumplimiento de la norma o acto administrativo, salvo que de no proceder el juez, se cause un perjuicio grave e inminente para el accionante.

De igual forma, esta Sección en reiterada jurisprudencia² ha desarrollado “la existencia de otro mecanismo judicial”, como causal de improcedencia de la acción de cumplimiento, en aquellos casos en los que no se acredite un perjuicio irremediable.

Así, en sentencia de 24 de mayo de 2012, se reiteró que “la razón de ser de esta causal de improcedencia es garantizar que la resolución de las diferencias jurídicas sea efectuada por el juez natural, bajo el trámite que el ordenamiento jurídico ha establecido como propio para ello y evitar la alteración de las competencias que han sido radicadas en las diferentes jurisdicciones. No puede entenderse que el Constituyente haya creado la acción de cumplimiento como un instrumento paralelo a los medios judiciales ordinarios; por ello la causal señalada, le imprime a la acción de cumplimiento el carácter de mecanismo residual y subsidiario. En el evento consagrado como excepción, la norma habilita al Juez de la acción de cumplimiento para que, pese a la existencia de un instrumento judicial, se pronuncie de fondo en relación con la solicitud, pero siempre y cuando se acrediten los presupuestos de necesidad, urgencia, gravedad e inminencia del perjuicio”³.

El a quo consideró que el documento cuyo cumplimiento se solicitó es un título ejecutivo y por tanto, el actor debió acudir a la acción ejecutiva, lo que sumado a la inexistencia de un perjuicio irremediable, lo llevó a concluir que la presente acción de cumplimiento es improcedente.

Al respecto, la Sala pone de presente que no existe certeza acerca de que el acto administrativo cuyo cumplimiento se deprecia, reúna los requisitos para ser considerado como título ejecutivo, en los términos del artículo 297 del CPACA:

2 Cfr. Sentencia de 24 de mayo de 2012, radicado n° 05001-23-31-000-2010-02067-01(ACU), M.P. Alberto Yepes Barreiro, Sentencia de 23 de agosto de 2012, radicado n° 25000-23-31-000-2012-00425-01(ACU). M.P. Mauricio Torres Cuervo, Sentencia de 21 de junio de 2012, radicado n° 05001-23-31-000-2006-01095-01(ACU). M.P. Mauricio Torres.

3 Cfr. Sentencia de 24 de mayo de 2012, radicado n° 05001-23-31-000-2010-02067-01(ACU), M.P. Alberto Yepes Barreiro.

“ARTÍCULO 297. TÍTULO EJECUTIVO. Para los efectos de este Código, constituyen título ejecutivo:

1. Las sentencias debidamente ejecutoriadas proferidas por la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, mediante las cuales se condene a una entidad pública al pago de sumas dinerarias.
2. Las decisiones en firme proferidas en desarrollo de los mecanismos alternativos de solución de conflictos, en las que las entidades públicas queden obligadas al pago de sumas de dinero en forma clara, expresa y exigible.
3. Sin perjuicio de la prerrogativa del cobro coactivo que corresponde a los organismos y entidades públicas, prestarán mérito ejecutivo los contratos, los documentos en que consten sus garantías, junto con el acto administrativo a través del cual se declare su incumplimiento, el acta de liquidación del contrato, o cualquier acto proferido con ocasión de la actividad contractual, en los que consten obligaciones claras, expresas y exigibles, a cargo de las partes intervinientes en tales actuaciones.
4. Las copias auténticas de los actos administrativos con constancia de ejecutoria, en los cuales conste el reconocimiento de un derecho o la existencia de una obligación clara, expresa, y exigible a cargo de la respectiva autoridad administrativa. La autoridad que expida el acto administrativo tendrá el deber de hacer constar que la copia auténtica corresponde al primer ejemplar.”

Para que el acto administrativo contenido en el oficio de 29 de julio de 2015 de la UARIV, pudiera considerarse como un título ejecutivo susceptible de ser objeto de una acción ejecutiva, tendría que corresponder a una copia auténtica con constancia de ejecutoria de la cual no se tiene evidencia, máxime cuando se trata de un oficio emitido en cumplimiento de una orden judicial de tutela y no en el marco de un procedimiento administrativo propiamente dicho.

En ese sentido, considera la Sección que no es posible sostener categóricamente, como lo hizo el a quo, que el accionante cuenta con la posibilidad de presentar demanda ejecutiva, con el fin obtener el cumplimiento del acto administrativo mencionado.

En ese orden, y aun si se considera que el actor sí tiene otro medio de defensa judicial, lo cierto es que de ello se derivaría un perjuicio grave e inminente para el actor, quien se encuentra en situación de desplazamiento forzado, lo cual lo hace sujeto en condiciones de vulnerabilidad, lo que se agravaría si se le somete a los trámites y erogaciones propias de adelantar un nuevo proceso judicial, como por ejemplo, los honorarios de un abogado.

Además, debe tenerse en cuenta, como lo dice la UARIV, que la indemnización tiene un espíritu de acción transformadora de manera que es vital para que el actor y su familia superen su situación de desplazamiento, que puedan recibirla.

3.4. La norma cuyo cumplimiento se solicitó implica un gasto ya apropiado

En cuanto a este presupuesto de procedibilidad de la acción de cumplimiento, la Sala coincide con lo dicho por el a quo puesto que en este caso, la erogación que implica el pago de la indemnización administrativa por desplazamiento forzado al accionante y su núcleo familiar, implica la obligación de ejecutar un gasto.

Ello es así, porque el 29 de julio de 2015 la entidad expidió el oficio que contiene la obligación de pagar 27 smlmv el 30 de junio de 2016, es decir, con un año de anticipación al plazo establecido e indicó que fijó esa fecha en atención a su capacidad presupuestal anual que le asigna el Ministerio de Hacienda y Crédito Público.

Lo anterior significa que la UARIV tiene presupuestado el pago de la indemnización al actor y su núcleo familiar, lo cual se corrobora con la respuesta dada a la demanda de cumplimiento, en la cual afirmó que solo hace falta la actualización de la información para proceder al pago.

3.5. De la existencia de un mandato imperativo e inobjetable

La finalidad de la acción de cumplimiento es que toda persona pueda acudir ante la autoridad judicial competente para hacer efectivo el cumplimiento de una ley o de un acto administrativo, tal como lo dispone el artículo 87 constitucional. Sin embargo, a través de esta acción no es posible ordenar ejecutar toda clase de disposiciones, sino aquellas que contienen prescripciones que se caracterizan como “deberes”⁴. Los deberes legales o administrativos que pueden ser cumplidos a través de las órdenes del juez constitucional son los que albergan un mandato perentorio, claro y directo a cargo de determinada autoridad, un mandato “imperativo e inobjetable” en los términos de los artículos 5, 7, 15, 21 y 25 de la Ley 393 de 1997.

Ahora bien, el artículo 5º de la Ley 393 de 1997 señala que la presente acción se dirigirá contra la autoridad a la que corresponda el cumplimiento de la norma con fuerza material de ley o acto administrativo, es decir, impone al demandante la carga de establecer, tanto para la constitución en renuencia y la interposición de la demanda, la autoridad pública o el particular en ejercicio de funciones públicas que debe cumplir la norma.

No obstante, el inciso final impone al juez el deber, en todo caso, de notificar a la autoridad que conforme al ordenamiento jurídico, tenga competencia para cumplir con el deber omitido.

Es decir, si el demandante yerra al determinar la parte obligada a cumplir el precepto, o si la norma cuyo cumplimiento se pretende no indica de manera expresa la autoridad que tiene a su cargo hacerlo efectivo, el juez deberá estudiar el conjunto de normas que integran el sistema jurídico vigente, identificarla y vincularla al proceso.

Igual deber tendrá el juez si la autoridad que señala la norma cuyo cumplimiento se pretende, fue suprimida, fusionada o escindida, caso en el cual tendrá que efectuar el estudio respectivo para identificar, en la actualidad, qué autoridad debe cumplir la norma correspondiente.

No puede afirmarse, entonces, la inexistencia de un mandato imperativo e inobjetable cuando la norma cuyo cumplimiento se pretende requiera del análisis de otros preceptos o no precisa la autoridad obligada, pues lo que realmente aquella debe prescribir es un “deber”.

Los deberes legales o administrativos que pueden ser cumplidos a través de las órdenes del juez constitucional son los que albergan un mandato perentorio, claro y directo. Así, por ejemplo, si la norma consagra una facultad o su ejercicio es discrecional, no se cumplirá el requisito bajo estudio.

En el presente caso, la norma que se pide cumplir está contenida en un acto administrativo emanado de la entidad demandada en la que ella misma señaló el plazo para efectuar el pago de la indemnización administrativa a que tiene derecho el actor junto con su familia, en cuantía de 27 smmlvu.

Así, no cabe duda que la misma UARIV se impuso una obligación expresa, clara y exigible, pues así lo señaló en el oficio con número de radicado 201572011421471 de 29 de julio de 2015, suscrito por María Eugenia Morales Castro en su calidad de Directora Técnica de Reparación de la UARIV, en el que:

(i) Se indicó con claridad el monto a pagar, cuando señaló que “Verificada la información suya que reposa en el Registro Único de Víctimas – RUV... hemos determinado que los integrantes del bogar víctima, que aparecen registrados tienen derecho a recibir 27 salarios mínimos legales mensuales vigentes....

(ii) Estableció la fecha en que debía efectuarse el pago:

⁴ Deber: Aquello a que está obligado el hombre por los preceptos religiosos o por las leyes naturales o positivas. (Diccionario de la Real Academia Española).

*... como quiera que la orden judicial nos indica fijar una fecha cierta de pago, sin hacer una revisión previa de los criterios de priorización que el Gobierno Nacional ha definido en la Resolución 090 de 2015 para hechos distintos a desplazamiento forzado y en el Decreto 1377 de 2014 hoy Decreto 1084 de 2015 para desplazamiento forzado, y teniendo en cuenta la capacidad presupuestal anual con la que cuenta la Unidad para la Atención y Reparación Integral a las Víctimas que ha sido asignada por el Ministerio de Hacienda en cumplimiento del Plan de Financiación de la Ley 1448 de 2011, sólo le es posible a la Unidad para las Víctimas, asignar un turno para otorgar la indemnización para el día 30 de Junio de 2016 **bajo el** código GAC-160630.237, toda vez que el pago de la indemnización administrativa prioritario está supeditado a la verificación de los criterios de priorización”. (Negrilla y subraya del texto original).*

De otra parte, se observa que la obligación es actualmente exigible puesto que el plazo fijado por la UARIV se encuentra vencido y el pago no se ha efectuado, tal como lo manifestó en la contestación de la demanda, en la cual señaló que el pago se puede efectuar una vez el actor allegue los soportes de las fechas de nacimiento de los miembros del grupo familiar (destinatarios): María Angélica Arias Picon y Carmen Raquel Morales de Galezo.

Por las anteriores consideraciones, la Sala revocará el fallo de primera instancia para, en su lugar, ordenar el cumplimiento del acto administrativo referido y, en consecuencia, la UARIV una vez el actor allegue dichos soportes, deberá efectuar el pago de la indemnización administrativa (27 smmv) al actor, dentro de los diez días hábiles siguientes a la fecha en que el señor Carlos Andrés Galeso Morales allegue los soportes respectivos.”

Decisión: “REVOCAR la sentencia de 8 de septiembre de 2016 proferida por el Tribunal Administrativo del Cesar, para en su lugar ORDENAR al Director (a) Técnico (a) de Reparación de la UARIV, el cumplimiento del deber consagrado en el oficio con número de radicado 201572011421471 de 29 de julio de 2015 y, en consecuencia, pague de manera real y efectiva al señor Carlos Andrés Galeso Morales, la suma de dinero equivalente a 27 salarios mínimos legales mensuales vigentes por indemnización administrativa, por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

Para efectos del cumplimiento efectivo de la orden contenida en el numeral anterior, CONCEDER el término de diez (10) días hábiles siguientes a la fecha en que el señor Carlos Andrés Galeso Morales allegue los soportes mencionados en la parte considerativa de esta providencia.

NOTIFÍQUESE a las partes en la forma prevista en el artículo 22 de la Ley 393 de 1997.

En firme esta sentencia, DEVUÉLVASE el expediente al Tribunal de origen”.

LUCY JEANNETTE BERMÚDEZ BERMÚDEZ
Presidenta

ROCÍO ARAÚJO OÑATE
CARLOS ENRIQUE MORENO RUBIO
ALBERTO YEPES BARREIRO

Índice Analítico

Acciones de tutela

A

Acción de tutela

Efectos definitivos 73

Acción de tutela contra providencia judicial 38

43, 48, 55, 60, 87, 97, 109, 114, 121, 130, 141, 147, 154, 156, 169, 179, 184

Legitimación en la causa por activa 92

Herederos del demandante del proceso ordinario 92

Providencia cuestionada resuelve recurso extraordinario de revisión 102

Acto de trámite o preparatorio

Definición 114

Acto definitivo

Concepto 114

Acuerdo municipal

Observaciones del Gobernador 87

Adecuada aplicación normativa 97, 124

Anulación de cláusula compromisoria 126

Ausencia de configuración del defecto por desconocimiento del precedente 163

Ausencia de defecto procedimental absoluto 130

Ausencia de defecto sustantivo 97, 124

Ausencia de vulneración del derecho a la defensa 87, 97

Ausencia de vulneración del derecho al debido proceso 87, 97

Ausencia de vulneración del derecho de acceso a la administración de justicia 87, 97

B

Bonificación por servicios

<i>Marco normativo</i>	60
<i>Ingreso base de liquidación en el Régimen especial de la Rama Judicial</i>	60

C

Caducidad de la acción ejecutiva	55
Carencia actual de objeto de la acción de tutela por daño consumado	201
Comisión Interamericana de Derechos Humanos	
<i>Trámites internos</i>	141
<i>Comunicación interestatal</i>	141
Comunicados de prensa de la Corte Constitucional	
<i>Ausencia de efectos vinculantes</i>	162
Comunidad indígena	
<i>Lugares sagrados</i>	190
Consentimiento previo, libre e informado de la comunidad indígena respecto	
de los proyectos que la afecten	204
Consulta previa con carácter posterior	191
Crisis humanitaria por masacre	
<i>Víctimas</i>	141
Culpa exclusiva de la víctima	
<i>Inexistencia</i>	48, 152

D

Decisión inhibitoria

<i>Por indebida escogencia de la acción</i>	130

Defecto fáctico

Eventos de configuración 48, 158

Defecto fáctico por indebida valoración probatoria 148,
155, 158, 171

Defecto fáctico por omisión en la valoración probatoria 154

Defecto procedimental absoluto

Noción 130

Defecto sustantivo 19,
38, 55, 60, 109

Defecto sustantivo por indebida aplicación normativa 114, 121

Caducidad de la acción de reparación directa 92

Defecto sustantivo por indebida interpretación normativa 141

Defecto sustantivo

Ausencia de configuración 138

Demanda

Rechazo 138

Derecho a la consulta previa de comunidad indígena 204

Derecho a la educación 134

Carácter prestacional 193

Menor en condición de discapacidad 134

Derecho a la educación superior

Requisitos para acceder al programa “Ser pilo Paga 2” 194

Derecho a la salud

Establecimiento Penitenciario y Carcelario de Mediana Seguridad 175

Epidemia de varicela 175

Demora injustificada en la prestación de atención médica 170

Derecho a la salud de recluso 170, 174

Derecho de petición

Noción 34

Presupuestos esenciales 34

Derecho internacional humanitario 141

Derechos del nasciturus 25

Derechos humanos

Violación 141

Sistema regional de protección 141

Desconocimiento del precedente 19,

55, 60, 149, 170, 179

Dictamen de balística

Valoración errónea 152

Dictamen pericial

Valoración de la corrección de la prueba de balística 102

E

Efectos de los fallos emitidos por la Corte Constitucional 19

Estabilidad laboral reforzada

Fuero de maternidad 25

Estado de cosas inconstitucional

Sistema penitenciario y carcelario 174

Exceso ritual manifiesto 185

Eximente de responsabilidad

Hecho de la víctima 48

F

Falla en el servicio

Indebido manejo de información 181

I

Ingreso Base de liquidación	19, 160

J

Jurisprudencia

<i>Concepto</i>	169

Justicia ambiental

<i>Concepto</i>	206

<i>Dimensiones: distributiva y participativa.</i>	206

M

Medida de protección extraordinaria	73

N

Nexo de causalidad

<i>Prueba</i>	148

Notificación electrónica	97

O

Observaciones del Gobernador

<i>Fijación en lista: oportunidad procesal de interesados para intervenir</i>	87

P

Pago de prestaciones laborales	68

Pensión gracia

Requisitos 124

Tipos de nombramiento de docentes 124

Pérdida de oportunidad

Concepto 170

Plazas para la prestación del servicio social obligatorio

Profesión médica 34

Precedente

Concepto 169

Fuerza vinculante 161

Prevalencia del derecho de acceso a la administración de justicia sobre las formalidades

procesales 186

Principio de confianza legítima 159

Principio del efecto útil

*Orden de dejar sin efectos providencia judicial objeto de revisión en el recurso
extraordinario de revisión* 102

Problema jurídico

*Modificación por parte del ad quem para garantizar la protección de los derechos
fundamentales* 102

Procedencia de la acción de tutela para obtener el cumplimiento de sentencia judicial 73

Procedimiento administrativo sancionatorio de carácter migratorio 199

Procedimiento de consulta previa 29

Programa de alimentación escolar

*Parámetros y estándares técnicos administrativos establecidos por el Ministerio
de Educación Nacional* 134

Programas de crédito educativo condonable

Ser Pilo Paga 2 193

*Fondo de reparación para el acceso, permanencia y graduación en educación superior
de la población víctima del conflicto armado. Convocatoria 2016* 193

Prueba indiciaria

Insuficiencia para desvirtuar formalidades y solemnidades contractuales 157

Prueba recobrada

Requisito de la causal: prueba documental 102

R

Recurso extraordinario de revisión

*Causal: Nulidad originada en la sentencia que puso fin al proceso y contra la que no
procede recurso de apelación - Requisitos* 43

Causales de procedencia. 130

Reglas del recurso de anulación contra laudos arbitrales. 126

Reliquidación de la pensión 60

*Vulneración de derechos fundamentales durante el trámite administrativo
por incumplimiento de sentencias declarativas.* 73

Relleno sanitario

Concepto 204

Requisito de subsidiariedad en acción de tutela cuando se procura defensa del derecho

a la consulta previa. 29

Requisito de inmediatez 102, 188

Flexibilización de los requisitos. 60

Requisito de subsidiariedad

Flexibilización de los requisitos. 60

Requisito de subsidiariedad en acción de tutela contra acto administrativo cuando se vulnera

el derecho a la consulta previa. 188

Requisitos para acceder al título de idoneidad en la carrera de medicina 34

Responsabilidad del Estado por el hecho del legislador

Evolución. 38

<i>Eventos en que se ha deducido la responsabilidad del Estado</i>	38
<i>Elementos: Daño antijurídico e imputación</i>	38

S

Silencio Administrativo negativo

<i>Carga de la prueba</i>	138
<i>Acto Administrativo ficto o presunto</i>	138

Sujeto de especial protección constitucional

<i>Menor en situación de discapacidad</i>	134
<i>Población desplazada</i>	195
<i>Mujer indígena</i>	188
<i>Adulto mayor en precario estado de salud y difícil situación económica</i>	73
<i>Estado de vulnerabilidad</i>	134
<i>Principio de protección reforzada</i>	186

T

Territorio indígena

<i>Concepto</i>	29

Territorio tradicional y ancestral de comunidad indígena

<i>Concepto</i>	190

Título valor

<i>Sentencia judicial</i>	55

Tránsito constitucional	109

V

Valor probatorio de noticias, opiniones, reportajes, columnas en diversos medios

de comunicación	180

Valoración probatoria

Yerro de carácter grave y ostensible 48

Omisión de valorar las pruebas en conjunto 48

Testigo de oídas 147

Vía de hecho 48

Violación directa de la Constitución

Ausencia de configuración 138

Vulneración al derecho de acceso a la administración de justicia 126

Vulneración del derecho a elegir y ser elegido 156

Vulneración del derecho a la consulta previa de comunidad indígena 29, 188

Vulneración del derecho a la dignidad humana 73

Vulneración del derecho a la educación superior 193

Vulneración del derecho a la igualdad 173, 182

Vulneración del derecho a la seguridad social 25, 73

Vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva 68, 109

Vulneración del derecho al debido proceso 19,

38, 48, 55, 60, 109, 114, 121, 126, 141, 147, 152, 156, 158, 171, 183

Vulneración del derecho al debido proceso de migrantes 200

Vulneración del derecho al mínimo vital 73

Vulneración del derecho de petición 34

Índice Analítico

Acciones de cumplimiento

A

Acto administrativo	252
<i>Requisitos para que sea considerado título ejecutivo.</i>	252
Agotamiento del requisito de procedibilidad	224
Ampliación del plazo para el cumplimiento de la norma	248

C

Cargo de director ejecutivo de administración judicial	228
<i>Periodo.</i>	228
Constitución en renuencia de la autoridad	224, 228

E

Edad de retiro forzoso	226
Educación Superior	233
<i>Cobro de la matrícula de los programas académicos atendiendo las condiciones socioeconómicas de los estudiantes</i>	233
Exhorto	228

F

Finalidad de la acción de cumplimiento. 211, 243

Formato único nacional para la licencia de conducción. 237

I

Implementación de equipos y sistemas de bajo consumo de agua. 211

Improcedencia de la acción de cumplimiento. 225

Inexistencia de obligación, clara, expresa y exigible 225

Ausencia de mandato imperativo 225

Improcedencia de la acción de cumplimiento por falta de agotamiento del requisito de subsidiariedad 216, 241

Improcedencia de la acción de cumplimiento para el reconocimiento de derechos subjetivos 216

Integración normativa 227

L

Legitimación en la causa por pasiva 221

P

Petición de cumplimiento 246

Contenido 246

Procedencia de la acción de cumplimiento 254

Norma que se pide acatar implica gasto ya apropiado 252

Protección de los recursos hídricos. 210

R

Reliquidación de bono pensional 216

Renuencia 224, 246

Definición 246

Formas de configuración: tácita o expresa 246

Requisitos de procedibilidad de la acción de cumplimiento 246

Reclamación del cumplimiento 246

S

Solicitud de retiro del Gobernador del Chocó del Consejo Directivo de la Universidad
Tecnológica del Chocó. 240

T

Cambio de baterías sanitarias en la Casa de Nariño 219

