TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE SUCRE

Sincelejo, dieciocho (18) de agosto de dos mil dieciséis (2016)

SALA PRIMERA DE DECISIÓN ORAL

Magistrado Ponente: CÉSAR ENRIQUE GÓMEZ CÁRDENAS

REFERENCIA:	SENTENCIA DE ÚNICA INSTANCIA.
ACCIÓN:	NULIDAD ELECTORAL.
PROCESO:	70-001-23-33-000-2015-00503-00
DEMANDANTE:	ADELAIDA JOSEFINA HERNÁNDEZ ANAYA.
DEMANDADO:	ACTO DE ELECCIÓN DE LA SEÑORA LUCY INÉS GARCÍA MONTES ALCALDESA DEL MUNICIPIO DE SINCÉ – SUCRE, PERIODO 2016 – 2019.

OBJETO DE LA DECISIÓN

Decide el tribunal, en única instancia, el proceso que en ejercicio del medio de control de NULIDAD ELECTORAL instauró ADELAIDA JOSEFINA HERNÁNDEZ ANAYA en contra del ACTO DE ELECCIÓN DE LA SEÑORA LUCY INÉS GARCÍA MONTES como Alcaldesa del MUNICIPIO DE SINCÉ – SUCRE, periodo 2016 – 2019.

1. ANTECEDENTES

1.1. LA DEMANDA[1]

La señora ADELAIDA JOSEFINA HERNÁNDEZ ANAYA, en ejercicio del medio de control de nulidad electoral, formuló las siguientes **PRETENSIONES:**

(i) se declare la nulidad del Acta Final de Escrutinio que declaró la elección de la señora LUCY INÉS GARCÍA MONTES como Alcaldesa Municipal de Sincé – Sucre, Formulario E – 26ALC, proferida por la Comisión Escrutadora Municipal el 27 de octubre de 2015, y la cancelación de la correspondiente credencial que la acredita como Alcaldesa Municipal elegida en las

[1] Fol. 1-11 C. Ppal.

Elecciones realizadas el día 25 de octubre de 2015, en razón de encontrarse incursa en la causal de nulidad electoral establecida en el numeral 7º del artículo 275 de la Ley 1437 de 2011;

(ii) se ordene la cancelación de la correspondiente credencial que acredita a la señora LUCY INÉS GARCÍA MONTES como Alcaldesa del municipio de Sincé – Sucre;

(iii) que se ordene la realización de nuevas elecciones o lo que en derecho corresponda.

Como **FUNDAMENTOS FÁCTICOS** expuso que:

La candidatura de la señora Lucy Inés García Montes, identificada con cédula de ciudadanía No. 64.866.064, a la alcaldía de Sincé – Sucre, para las elecciones locales para el 25 de octubre de 2015, periodo constitucional 2016 – 2019, se inscribió ante la Registraduría Municipal de Sincé – Sucre el día 17 de julio de 2015.

La inscripción se realizó con el aval del Partido Liberal, otorgado y suscrito por el señor Héctor Olimpo Espinosa Oliver, en calidad de Secretario General de esta colectividad política.

Señaló que en las elecciones del 25 de octubre de 2015, en el municipio de Since - Sucre, votaron personas que no estaban habilitadas para hacerlo, de este modo:

- El Consejo Nacional Electoral, por medio de Resolución No. 2569 de 22 de septiembre de 2015, decidió revocar por trashumancia, la inscripción de 1.598 cédulas en el municipio de Sincé para votar en las elecciones del 25 de octubre de 2015, de las cuales, mediante decisión posterior rehabilitó un total de 243.

- Al revisar de manera aleatoria algunos de los formularios E-11, se constató que 223 cédulas aparecieron en estos formularios, aun cuando fueron objeto de revocatoria definitiva de inscripción, y sus titulares votaron en las ya mencionadas elecciones.

- En la misma revisión aleatoria, se encontraron 80 cédulas cuya inscripción no fue revocada por el Consejo Nacional Electoral, pero sus titulares no tienen domicilio ni residencia alguna en el municipio de Sincé, y así mismo sufragaron el día de las elecciones.

- 12 cédulas fueron dadas de bajas por muerte o trashumancia, sin embargo la Registraduría Nacional de Sincé – Sucre les permitió que votaran.

- 4 cédulas fueron dadas de bajas por fallecimiento, condena, doble nombre con el mismo número y doble inscripción en igual número de municipios. Sin embargo, aparecen en el formulario E-11 y sufragaron en las elecciones del 25 de octubre de 2015 en Sincé – Sucre.

- El joven Luis Alfredo Jiménez, informó que le permitieron votar solo con contraseña y que de esta forma le permitieron votar a varias personas, lo cual queda constatado en el formulario E-11.

El día 27 de octubre de 2015, la Comisión Escrutadora de Sincé, mediante acta final de escrutinios E-26 ALC, declaró la elección de la señora LUCY INÉS GARCÍA MONTES, como Alcaldesa Municipal, periodo constitucional 2016 – 2019.

La elección de la señora LUCY INÉS GARCÍA MONTES, está inmersa en la causal de Nulidad Electoral de que trata el numeral 7º del artículo 275 de la Ley 1437 de 2011 por trashumancia electoral.

Como **NORMAS VIOLADAS** señalaron los artículos 316 de la Constitución Política y artículos 137 y 275 de la Ley 1437 de 2011.

En el **CONCEPTO DE LA VIOLACIÓN** se argumentó, que con la elección de la señora Lucy Inés García Montes como Alcaldesa del municipio de Sincé – Sucre, se viola el régimen de Nulidad Electoral consagrado en el artículo 275 de la Ley 1437 de 2011, en la causal contenida en el numeral 7º, que consagra que son nulos los actos electorales cuando los electores no sean residentes en la respectiva circunscripción

electoral, tal como se comprueba en diferentes formularios de elección, muchos votantes no pertenecían a la circunscripción pertinente.

1.2 ACTUACIÓN PROCESAL

Durante el trámite del proceso se surtieron las siguientes etapas:

- Presentación de la demanda: 11 de diciembre de 2015 (Folio 38 C. Ppal.).
- Inadmisión de la demanda: 18 de enero de 2016 (Folio 44 a 46 C. Ppal.).
- Rechazo de la demanda: 27 de enero de 2016 (Folio 60 a 62 C. Ppal.).
- Recurso de Súplica: 29 de enero de 2016 (Folio 65 a 69 C. Ppal.).
- Decisión recurso de Súplica: 15 de febrero de 2016 (Folio 74 a 81 C. Ppal.)
- Admisión de la demanda y decisión de la suspensión provisional: 11 de marzo de 2016 (Folio 85 y 89 C. Ppal.).
- Notificación a las partes: 01 de abril de 2016 (Folio 95 a 98 C. Ppal.).
- Contestación de Lucy Inés García Montes: 10 de mayo de 2016 (Folio 149 a 152 C. Ppal.).
- Contestación Registraduría Nacional: 13 de mayo de 2016 (Folios 160 a 165 C. Ppal.).
- Audiencia inicial: 24 de mayo de 2016 (Folio 179 a 181 C. Ppal.).
- Audiencia de pruebas: 13 de julio de 2016 (Folio 198 a 199 C. Ppal.).

1.2.1 CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA.

La señora LUCY INÉS GARCÍA MONTES, por medio de escrito del 10 de mayo de 2016 contestó la demanda y se opuso a las pretensiones de la misma, argumentando que en el municipio de Sincé se adelantó investigación administrativa que concluyó quienes eran y quien no era residentes, actos administrativos que están en firme y gozan e presunción de legalidad, produciendo efectos hasta que sean revocados o declarados nulos, por ello, sin estar acreditada la revocatoria o nulidad de los actos administrativos enunciados, en relación con los residentes y no residentes, aptos para votar en las elecciones del 25 de octubre de 2015 en el municipio de Sincé, no se puede hablar de trashumancia electoral, como tampoco sin citar a los votantes que

se les imputa la aseveración de sufragar sin residir en el municipio de Sincé, pues se les estaría vulnerando el derecho de defensa, así como el derecho de elegir.

Expresó que el artículo 316 de la Constitución Política señala que la residencia electora será aquella donde se encuentre registrado el votante en el censo electoral, de tal manera que con el registro se instituye la presunción de residencia del ciudadano, por lo tanto al no encontrarse desvirtuada la referida presunción, mal puede hablarse de infringida dicha norma.

Frente a los documentos aportados para probar la supuesta trashumancia, señaló que los mismos carecían de validez probatoria, concluyendo que la solicitud de anulación electora, no está llamada a prosperar por ausencia de prueba y por la presunción de legalidad de los actos administrativos del Consejo Nacional Electoral.

Propuso la excepción de (i) Ineptitud formal de la demanda por ausencia de los requisitos formales de la misma al no aportar anexos obligatorios con la demanda.

1.2.2. INTERVENCIÓN DE LA REGISTRADURÍA NACIONAL DEL ESTADO CIVIL. La Registraduría Nacional del Estado Civil contestó la demanda de forma extemporánea (escrito presentado el día 13 de mayo de 2016) (Folios 160 a 165 C. Ppal.).

1.2.2. ALEGATOS DE LAS PARTES

- La **PARTE DEMANDANTE**[2].

Presentó alegatos de conclusión el día 28 de julio de 2016, reiterando los argumentos contenidos en el escrito de la demanda, señalando que la señora LUCY INÉS GARCÍA MONTÉS resultó electa en clara violación del régimen de nulidad electoral, como quiera que en su elección participaron electores que no residen en la respectiva circunscripción electoral.

Señala que en las mencionadas elecciones de 2015 votaron personas que no estaban habilitadas para hacerlo, lo que se prueba mediante la muestra aleatoria de un grupo de ciudadanos interesados en la transparencia de las elecciones en donde se advierte

[2] Folio 206 a 2011 C. Ppal.

que 50 electores más no residen ni tienen vínculo con el municipio de Since y otro grupo de electores que votaron en elecciones en otros municipios, en estas elecciones votaron en el municipio de Since, sin que hayan trasladado su residencia, vinculado profesional o laboralmente con la entidad territorial o que residieron hace mucho tiempo en Since, que no votaban en dicho municipio, pero que esta vez votaron en el.

- La DEMANDADA[3].

La parte demandada por conducto de su apoderado judicial presentó su alegato de conclusión el día 27 de julio de 2016, escrito en el cual retoma los argumentos expuestos en la contestación de la demanda, señalando que no existe prueba alguna de la trashumancia alegada como causal de nulidad electoral, como tampoco existe prueba que desvirtúe la presunción de residencia electoral, razón por la cual solicita que se nieguen las pretensiones de la demanda.

1.2.3. CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO[4]

El señor Procurador Delegado 44 judicial II ante el Tribunal Administrativo de Sucre, después de plantear el litigio presentado en este caso y de la crítica de la prueba recaudada, concluye que el total de votos cuestionados por trashumancia o interés legítimo, y en general votos irregulares en el municipio de Sincé deben ser distribuidos ponderadamente entre los tres candidatos de los partidos políticos que aspiraron a la primera magistratura del municipio; tal distribución, sin embargo, no alteraría sustancialmente los resultados electorales, toda vez que la Alcaldesa electa seguiría conservando una diferencia sustancial con respecto al demandante.

Sostiene además, que el demandante no logró probar que el número de sufragios cuestionados corresponden a la votación de LUCY INÉS GARCÍA MONTES, por lo que expresa se debe mantener incólume la elección de LUCY INÉS GARCÍA MONTES como Alcaldesa del Municipio de Sincé – Sucre.

[3] Folio 204 a 205 C. Ppal.
[4] Folio 201 a 203 C. Ppal.

2. CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL

2.1 LA COMPETENCIA.

El artículo 139 de la Ley 1437 de 2011 que regula el medio de control de nulidad electoral dispone:

> "**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"

A su vez, el numeral 9 del artículo 151 ibídem, dicta:

> "Artículo 151. Competencia de los Tribunales Administrativos en única instancia. Los Tribunales Administrativos conocerán de los siguientes procesos privativamente y en única instancia:
>
> 9. De la nulidad del acto de elección de alcaldes y de miembros de corporaciones públicas de municipios con menos de setenta mil (70.000) habitantes que no sean capital de departamento. El número de habitantes se acreditará con la información oficial del Departamento Administrativo Nacional de Estadísticas –DANE–.".

En el *sub examine* a través del medio de control de nulidad electoral se demanda el acto de elección de la señora LUCY INÉS GARCÍA MONTES, como Alcaldesa del Municipio de Sincé-Sucre, período 2016-2019, razón por lo cual, el Tribunal es competente para desatar en única instancia el asunto[5].

2.2 ACTO ADMINISTRATIVO DEMANDADO

Se persigue la nulidad del acto administrativo contenido en el formulario E-26ALC de fecha 27 de octubre de 2015, por medio del cual se declaró la elección de LUCY INÉS

[5] El Municipio de Sincé - Sucre, cuenta con 30.648 habitantes, según censo DANE 2005. Ver: www.dane.gov.co/files/investigaciones/proyepobla06_20/ProyeccionMunicipios20052020.xls

GARCÍA MONTES, como Alcaldesa del Municipio de Sincé, para el periodo constitucional 2016-2019.

2.3 LA CAUSAL DE ANULACIÓN IMPUTADA EN LA DEMANDA Y SU FUNDAMENTO

La parte demandante indicó como norma violada la establecida en el numeral 7 del artículo 275 de la Ley 1437 de 2011, que dispone:

> "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:
> (...)
> 7. Tratándose de la elección por voto popular por circunscripciones distintas a la nacional, los electores no sean residentes en la respectiva circunscripción."

La causal de nulidad invocada, la fundamenta la parte actora en el hecho de que en las elecciones de autoridades locales celebradas el día 25 de octubre de 2015 en el Municipio de Sincé, votaron personas que no tienen su residencia en dicho ente territorial.

2.4 PROBLEMA JURÍDICO.

Acorde con los antecedentes reconstruidos, la censura formulada por la parte demandante y la fijación del litigio efectuada en la audiencia inicial corresponde al Tribunal determinar si, *¿se encuentran debidamente acreditados los casos de trashumancia electoral alegados por la parte actora, presuntamente ocurridos en las elecciones para dignatarios municipales del 25 de octubre de 2015, en el municipio de Sincé – Sucre, y en consecuencia se configura la causal de nulidad contemplada en el numeral 7 del artículo 275 de la Ley 1437 de 2011?*

2.5 PRUEBAS OBRANTES EN EL PLENARIO

Al plenario se incorporaron las siguientes pruebas documentales:

- Copia del Formulario E – 6 AL, solicitud para inscripción de candidatos y constancia de aceptación de candidaturas (Folio 21).

- Copia del formulario E-26ALC, por medio del cual se declaró la elección de LUCY INÉS GARCÍA MONTES, como Alcaldesa del Municipio de Sincé, para el periodo constitucional 2016-2019 (Folio 23).

- Listado de cédulas sin efecto que votaron, no residentes que votaron y casos especiales, sin identificarse el autor (folio 24 a 35).

- Copia de documento que denomina como "testimonio", sin suscribir ni identificar el autor (Folio 36).

- Denuncias presentadas ante el Consejo Nacional Electoral (Folio 55 a 58).

- Oficio No. 073 del 21 de junio de 2016, mediante el cual la Registradora Municipal del Estado Civil de Sincé-Sucre, remite copia de los formularios E-10 y E-11 de las elecciones celebradas el 25 de octubre de 2015, de las corporaciones de Concejo Municipal, Asambleas Departamentales, Gobernación y Alcaldía Municipal, de cada una de las mesas de votación (Folio 195 C. Ppal. y cuadernos de pruebas 1 y 2).

- Oficio No. CNE-SS-ACEG/4911-201600003648-00JUR, de fecha 14 de junio de 2016, procedente del Consejo Nacional Electoral y mediante el cual se adjunta en medio magnético la Resolución No. 2569 del 22 de septiembre de 2015 (Folio 196 y 197).

2.6 ANÁLISIS DE LA SALA.

Recapitulando, la parte demandante insta la nulidad del acto electoral por considerar que el acto electoral se encuentra afectado de nulidad conforme el numeral 7 del artículo 275 de la Ley 1437, porque en las elecciones de autoridades locales celebradas el día 25 de octubre de 2015 en el Municipio de Sincé, sufragaron personas que no tienen su residencia en dicho ente territorial.

En atención a las particulares circunstancias del presente asunto, y con miras a solventar el problema jurídico planteado, considera la Sala oportuno realizar el análisis desde dos aristas, a efectos de considerar si del material probatorio arrimado al expediente se logra demostrar la nulidad alegada y si la misma tiene entidad

suficiente o eficacia para dar lugar a anular la elección de la señora LUCY INÉS GARCÍA MÓNTES como alcaldesa electa del municipio de Sincé- Sucre.

Para esta Sala y dando respuesta al problema jurídico, las pruebas aportadas al expediente no es posible concluir que se haya acreditado casos de trashumancia en las votaciones celebradas el 25 de octubre de 2015 en el Municipio de Sincé, para la elección de Alcalde Municipal de dicho ente territorial.

2.6.1 DE LA PRUEBA DE LA TRASHUMANCIA

En lo que respecta al concepto de trashumancia, este se ha entendido como *"una falsedad en el proceso electoral, pues la elección de uno o varios candidatos, en contiendas locales, se efectúa por personas que no residen en el municipio en donde inscribieron sus cédulas para ejercer el sufragio"*[6]; lo cual implica, el desconocimiento del artículo 316 de la Constitución Política[7], según el cual solo podrán participar los ciudadanos residentes en un municipio cuando las votaciones se realicen para elegir autoridades locales o para la adopción de decisiones en asuntos del mismo carácter.

Sobre ello mismo, el Consejo de Estado manifestó que la trashumancia "se identifica como una falsedad en el proceso electoral, porque vicia los resultados finales, en la medida en que el ciudadano miente sobre su verdadera residencia electoral al momento de inscribir su cédula, es decir, suministra una información que no es cierta; falsedad que se extiende hasta el voto final que lleva a la urnas, implicando así la contabilización de estos a favor de uno o varios de los candidatos en las elecciones locales de manera jurídicamente inválida e injustificada."[8]

Sobre la evolución, así como los requisitos necesarios para su configuración, el Tribunal Supremo de lo Contencioso Administrativo ha reseñado:

> "Desde que se expidió la Constitución Política de 1991 el Consejo de Estado ha afirmado, con fundamento en el artículo 316 ídem, el cual dispone que en la elección de autoridades locales

[6] Consejo de Estado, Sección Quinta, Sentencia del 17 de agosto de 2006, expediente 4051.
[7] 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. Al respecto, la Corte Constitucional en Sentencia T 135 de 2000, señaló que, "*El derecho a participar en la conformación, ejercicio y control del poder político, se radica en cabeza de todos los ciudadanos, pero está expresamente limitado por la Carta Política a los residentes en el municipio, cuando se refiere a la elección de las autoridades locales o la decisión de asuntos del mismo carácter, pues el Constituyente colombiano encontró que de esta forma debía cumplirse con el fin esencial del Estado, de facilitar la participación de todos en las decisiones que los afectan*"
[8] Consejo de Estado, Sección Quinta, Sentencia del 31 de octubre de 2013, Rad. No. 08001-23-31-000-2011-01436-01, M.P. Dr. Alberto Yepes Barreiro (E).

solo pueden participar los ciudadanos que residan en el respectivo municipio, que lo pretendido por el Constituyente con la citada norma es evitar que en los comicios locales participen personas ajenas a éstos[9] toda vez que influyen en las decisiones que deban adoptarse a nivel político - administrativo, convirtiéndose en un obstáculo para el desarrollo de los entes territoriales.

Ahora bien, inicialmente esta Sección expresó que la trashumancia no era causal de nulidad electoral[10] y la consecuencia de vulnerar el artículo 316 Superior era la consagrada en el artículo 4º de la Ley 163 de 1994, según el cual cuando se comprobara que una persona inscrita "no reside en el respectivo municipio", el Consejo Nacional Electoral debía dejar sin efecto la inscripción mediante un procedimiento breve y sumario demostrando que el presunto trashumante no residía en el municipio en el cual votó.

Posteriormente, la Sección varió su posición y estimó que la participación de ciudadanos en una elección local, careciendo de residencia en el municipio, sí podía acarrear la nulidad de la elección si se reunían los siguientes requisitos: "a.- La demostración de que los inscritos, a pesar de la manifestación que, según el artículo 4º de la Ley 163 de 1994, se entiende que, bajo la gravedad del juramento, hacen al momento de inscribirse, en realidad, no residen en el municipio donde se inscribieron para las elecciones; b.- La demostración de que los inscritos efectivamente votaron en las elecciones; c.- La incidencia de los votos de éstos ciudadanos en el resultado electoral."[11].

Entonces, si los tres requisitos aludidos no se prueban en una demanda de nulidad electoral, la conclusión será que no se ha presentado el requisito de trashumancia electoral y, así se deberá declarar.
(...)
Estos tres requisitos deben demostrarse, so pena de que se despachen desfavorablemente las pretensiones de la demanda."[12] (Resaltado original)

De lo expuesto, extrae la Sala los tres requisitos esenciales que se deben acreditar para configurar el vicio de trashumancia electoral, a saber: **i)** La demostración de que los inscritos, en realidad, no residen en el municipio donde se inscribieron para las elecciones; **ii)** La demostración de que los inscritos efectivamente votaron en las elecciones; y **iii)** La incidencia de los votos de estos ciudadanos en el resultado electoral.

En ese orden, pasa la Sala a desarrollar el estudio probatorio, iniciando, por decantación lógica y eficiencia argumentativa, con el último de los mencionados, así:

- **Incidencia de los votos presuntamente irregulares en el resultado electoral.**

[9] Entre las diferentes decisiones de la Sección Quinta del Consejo de Estado se pueden citar las siguientes: Exp. Radicado Nº 1001, sentencia de 10 de junio de 1993, C.P. Miguel Viana Patiño; Radicado Nº 1304, sentencia de 29 de junio de 1995, M.P. Luis Eduardo Jaramillo Mejía; Radicación Nº 3392, sentencia de 1º de septiembre de 1999, M.P. Roberto Medina López; Radicado Nº 3802, sentencia de 21 de octubre de 2005, M.P. Darío Quiñones Pinilla.
[10] Entre otras se puede citar las siguientes providencias: Exp. Radicado Nº 1388, sentencia de 25 de septiembre de 1995, M.P. Amado Gutiérrez Velásquez y Radicado Nº 1492, sentencia de 2 de febrero de 1996, M.P. Mario Alario Méndez.
[11] Sobre el particular se pueden consultar las siguientes providencias: Radicado Nº 2378, sentencia de 11 de mayo de 2000, M.P. Darío Quiñones Pinilla; Radicado Nº 3051, sentencia de 16 de enero de 2003, M.P. Álvaro González Murcia; Radicación Nº 2007-00246-01, sentencia de 27 de agosto de 2009, M.P. Susana Buitrago Valencia.
[12] Consejo de Estado, Sección Quinta, Sentencia del 28 de agosto de 2013, Rad. No. 76001-23-31-000-2011-01782-01, M.P. Dra. Susana Buitrago Valencia.

Antes de aterrizar en el análisis de este requisito, y por ende, en la argumentación del principio de eficacia del voto, se hace oportuno situar el contexto, y para ello recordar que, uno de los requisitos antes enunciados exige demostrar que ciudadanos que realizaron el proceso de inscripción de cédulas para elecciones de dignatarios municipales, en realidad no tenían residencia en el respectivo municipio.

Lo anterior tiene plena relación con el concepto de residencia electoral, sobre el cual, el artículo 4º de la Ley 163 de 1994, dispone:

> "ARTÍCULO 4º. RESIDENCIA ELECTORAL. Para efectos de lo dispuesto en el artículo 316 de la Constitución Política, la residencia será aquella en donde se encuentre registrado el votante en el censo electoral.
>
> Se entiende que, con la inscripción, el votante declara, bajo la gravedad del juramento, residir en el respectivo municipio.
>
> Sin perjuicio de las sanciones penales, cuando mediante procedimiento breve y sumario se compruebe que el inscrito no reside en el respectivo municipio, el Consejo Nacional Electoral declarará sin efecto la inscripción.
>
> Se exceptúa el Departamento Archipiélago de San Andrés, Providencia y Santa Catalina en el cual se seguirán aplicando las disposiciones del Decreto número 2762 de 1991.
>
> PARÁGRAFO TRANSITORIO. Para los efectos del inciso final de este artículo, los residentes y nativos del Departamento Archipiélago de San Andrés, Providencia y Santa Catalina podrán votar en todas las elecciones de 1994 con la sola presentación de la cédula de ciudadanía."

Noción que conforme el H. Consejo de Estado, Sala Electoral, debe ser interpretada así:

> "...la interpretación lógico finalista de la definición legal de residencia electoral contenida en el artículo 4° de la Ley 163 de 1994 antes transcrito, lleva a concluir que la residencia electoral de un ciudadano es el lugar donde, por mantener con él una relación material implicada en el concepto de residencia (habitación, negocio, ejercer profesión o empleo, estar de asiento), decide inscribir allí su cédula para ejercer en el municipio de que se trate sus derechos políticos a elegir o ser elegido [13]"
>
> "...En ese orden, para poder desvirtuar la presunción aludida, es necesario demostrar que la persona inscrita no se encuentra dentro de ninguno de los supuestos establecidos en el artículo 183 de la Ley 136 de 1994, es decir, que **no habita, no ejerce su profesión u oficio, no posee negocios o no tiene vínculo laboral en dicho municipio...**".

[13] Consejo de Estado, Sección Quinta, Sentencia del 17 de agosto de 2006, expediente 4051. Nota original de la cita.

"...Para efectos de ejercer el derecho al voto en la elección de autoridades locales o decidir en asuntos de la misma naturaleza es indispensable que entre el elector y el municipio en el cual se va a depositar el voto exista un nexo o vínculo indicativo de pertenencia a dicho municipio de conformidad con lo establecido en el artículo 183 de la Ley 136 de 1994, a cuyo respecto se observa que una persona puede estar en tal situación en relación con varios municipios, pero a partir de la inscripción de su cédula para votar en un determinado lugar, se opta por una residencia electoral que debe ser única. Luego, resulta obvio que la demostración de que se tiene casa de habitación en lugar distinto de aquél en que se inscribió la cédula no constituye prueba suficiente para infirmar la residencia electoral[14]".

Sobre residencia electoral, la misma Sección ha expresado que esta no necesariamente coincide con el domicilio civil, señalando, que se ha establecido una presunción de residencia electoral que viene dada por la inscripción del ciudadano, así:

"Conviene precisar en primer término, que la residencia electoral no necesariamente corresponde al domicilio civil de la persona. Sobre el particular la Sala ha interpretado que los presupuestos fácticos contemplados en el artículo 183 de la Ley 136 de 1994, antes de su derogatoria por el artículo 4º de la Ley 163 de 1994, según la sentencia C-307 de 1995 de la Corte Constitucional, son complementarios de este, pues mientras el primero enuncia una relación de hechos constitutivos de residencia electoral, que desarrollan semánticamente el concepto de residencia, el segundo establece una presunción de residencia electoral juris tantum, al disponer que con su inscripción el ciudadano declara, bajo la gravedad del juramento, residir en el respectivo municipio. A esta misma conclusión se llega mediante una interpretación gramatical o teleológica del precepto del artículo 4º de la Ley 163 de 1994. La presunción establecida en la norma citada puede ser desvirtuada cuando se demuestre, a través de un medio idóneo, que el ciudadano no tiene ningún vínculo con el municipio en el cual se inscribió, es decir, que no habita o trabaja en el lugar indicado bajo juramento como su lugar de residencia o trabajo"[15]

En esa misma línea de pensamiento, el Tribunal del Cierre, sobre la prueba para prosperidad de la pretensión anulatoria, ha expresado que debe dirigirse a desvirtuar la presunción de residencia, carga probatoria que corresponde a quien alega el vicio de nulidad.

"Del concepto de residencia electoral debe decirse que no se reduce al solo lugar de habitación de una persona sino que además abarca aquellas circunstancias que la vinculan con una entidad territorial, tales como tener allí su lugar de trabajo, tener abierto establecimiento de comercio

[14] Sentencia del 14 de diciembre de 2001, expediente 2718. Sección Quinta del Consejo de Estado.
[15] Consejo de Estado, Sección Quinta. Radicación número: 25000-23-24-000-2000-0824-01(2850). Consejero ponente: REINALDO CHAVARRO BURITICA. Providencia del 24 de mayo de 2002.

público, o ser el lugar donde habitualmente se ejerce profesión u oficio. Además, la residencia electoral genera para quien debidamente se inscribe, la presunción iuris tantum de que respecto de ese lugar tiene una cualquiera de las circunstancias anotadas, supuesto que desde luego admite prueba en contrario y que debe ser desvirtuado por la parte demandada (sic). La jurisprudencia de la Sección ha sostenido sobre el particular:

"De conjugar los preceptos anteriores se tiene que el concepto de residencia electoral comprende no solamente el lugar donde una persona u oficio o donde se posee alguno de los negocios o empleo. Así, el concepto de residencia electoral viene a constituirse por una presunción iuris tantum, por virtud de la cual ha presumirse que la residencia de una persona está fijad en el lugar donde tiene inscrita su cédula, inscripción que por hacerse bajo la gravedad del juramento lleva a inferir, de paso, que el inscrito tiene fijada en dicho lugar su residencia o que lo menos allí ejerce su profesión u oficio o tiene algunos de sus negocios o empleo.

Ante la existencia de la presunción iuris tantum que se deriva del acto de inscripción, la carga de la prueba (onus probando), recae en la parte demandante, pues como lo informa el artículo 177 del C. de P.C., "Incumbe a las partes probar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto que ellas persiguen,..." [9]

La prosperidad de la pretensión anulatoria por trashumancia electoral debe dirigirse a desvirtuar la presunción iuris tantum que se menciona, es decir debe acreditase en debida forma que cada una de las personas mencionadas en la demanda no tenía fijada su residencia en el municipio donde votaron; de igual forma que los trashumantes en realidad votaron en esa jornada electoral; y que su voto fue determinante del resultado electoral, puesto que también opera aquí el principio de la eficacia del voto arriba expuesto. Sobre los presupuestos que deben cumplirse la Sala tiene dicho:

"Pues bien, como lo ha advertido la jurisprudencia de esta Sala[10]*, la nulidad de la elección por "trasteo de votos" sólo se configura si se reúnen los siguientes requisitos: a) la demostración de que los inscritos no residen en el municipio donde se inscribieron para las elecciones. Nótese que esta condición exige que se desvirtúe la presunción señalada en el artículo 4º de la Ley 163 de 1994, puesto que, si bien es cierto que la ley presume que al momento de la inscripción los ciudadanos residen en el municipio donde se inscriben, no es menos cierto que es una presunción iuris tantum; b) la demostración de que los inscritos ciertamente votaron en las elecciones; c) La prueba de que los votos irregulares tiene incidencia en el resultado electoral final, pues, de lo contrario, la nulidad del voto resulta inocua"*[16] (negrillas fuera del texto)

En punto a lo anterior, es menester destacar las irregularidades planteadas por la parte actora en relación con los casos de trashumancia electoral, para efectos de delimitar el análisis probatorio.

El demandante manifestó que el Consejo Nacional Electoral, mediante Resolución No. 2569 del 22 de septiembre de 2015 revocó por trashumancia la inscripción de 1598 cédulas en el municipio de Sincé – Sucre para votar en las elecciones del 25 de octubre del mismo año. Manifestó también, que de las 1598 cédulas fueron rehabilitadas posteriormente un total de 243 cédulas de ciudadanía (Hecho 3.1).

[16] Consejo de Estado, Sección Quinta. Expediente No. 23001233100020030145 2-01. Radicación interna: 3892. C. P. MARÍA NOHEMÍ HERNÁNDEZ PINZÓN. Sentencia del 3 de febrero de 2006.

Por otro lado, la parte actora también manifestó que al revisar de manera "aleatoria" el formulario E-11, encontró 223 cédulas de ciudadanía que, aun cuando fueron objeto de revocatoria definitiva de la inscripción, aparecieron en dicho formulario y sus titulares efectivamente votaron en las elecciones del municipio de Sincé – Sucre (Hecho 3.2), lo cual relaciona en el anexo denominado,TH.1.

Se adujo igualmente que existen 80 cédulas de ciudadanía, que si bien su inscripción no fue revocada por el Consejo Nacional Electoral, sus titulares no son residentes del municipio de Sincé, más aparecieron en el formulario E-11 y efectivamente sufragaron en las mencionadas elecciones (Hecho 3.3), lo cual relaciona en el anexo denominado TH.2.

Conforme a lo anterior, se advierte que el cargo de trashumancia elevado por la parte actora está limitado a un total de **303 presuntos casos**[17].

El numeral 3º del artículo 1º del Decreto 2241 de 1986 (Código Electoral), dispone sobre dicho principio en los siguientes términos:

> "ARTÍCULO 1° 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.
> (...)
> 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.
> (...)."

Por su parte, el artículo 287 de la Ley 1437 de 2011 dispone:

> "Artículo 287. Presupuestos de la sentencia anulatoria del acto de elección popular. **Para garantizar el respeto de la voluntad legítima mayoritaria de los electores habrá lugar a declarar la nulidad de la elección por voto popular, cuando el juez establezca que las irregularidades en la votación o en los escrutinios son de tal incidencia que de practicarse nuevos escrutinios serían otros los elegidos.**" (Negrillas fuera del texto)

El contenido normativo antes citado hace referencia a lo que se conoce como

[17] Es de anotar que el actor pretende en sus alegatos extender al análisis fáctico a hechos que no fueron planteados en la demanda y sobre los cuales la parte demandada no tuvo oportunidad de controvertir, razón por la cual el Tribunal no atenderá las argumentaciones probatorias efectuadas en los alegatos, como quiera que ello, conllevaría la violación de garantías sustantivas del derecho fundamental al debido proceso, al introducir hecho nuevos que debieron ser afirmados por el actor en su demanda y confirmados en la etapa de socialización probatoria; Por tanto, al no ser controvertidos, los hechos nuevos alegados en la etapa conclusiva, no serán tenidos en cuenta.

principio de eficacia del voto, el cual es desarrollado por la jurisprudencia del H. Consejo de Estado de la siguiente manera:

> "...Las modificaciones introducidas al régimen electoral conducen necesariamente a que el análisis que se debe realizar para determinar la incidencia de votos irregulares afectados por falsedad o apocrificidad en los resultados electorales no puede ser basado en la diferencia de votos entre el último elegido y quien le siguió en votación, sino que debe amoldarse a la nueva preceptiva introducida en la Constitución Política".
>
> "La jurisprudencia que venía siendo aplicada no consulta el espíritu de la Reforma Política en atención a que confrontar el número de irregularidades probadas contra la diferencia existente entre el último de los candidatos elegidos a una Corporación Pública y el candidato no electo que le sigue en orden descendente, sólo privilegia el individualismo político, criterio ajeno a la filosofía de la reforma, donde se reconoce la primacía de los partidos o movimientos políticos, colectivos que en verdad son los que se disputan el poder político, pese a que en su interior existan igualmente aspiraciones individuales de los candidatos, que en razón de la enmienda constitucional terminan subsumidos en los intereses del colectivo".
> (...)
> "El advenimiento de esta reforma constitucional, la falta de normatividad legal que de manera expresa regule el tratamiento que debe darse a las votaciones de las mesas afectadas por votos irregulares, cuando la existencia de los mismos conduzca a la declaratoria de nulidad de la elección, aunado al principio del secreto del voto, que impide precisar qué partido o candidato se benefició de los votos falsos o apócrifos, hace imprescindible la adopción de una nueva línea jurisprudencial para determinar la incidencia de los votos irregulares en el resultado electoral y su correlación frente al principio de eficacia del voto".
> (...)
> "En otros términos, teniendo en cuenta el número de votos obtenidos por los diferentes partidos y candidatos en las mesas que resultaron afectadas, se procede a calcular la participación porcentual de cada uno respecto del total de votos válidos depositados en la mesa, luego de establecido el porcentaje de participación, en esa misma proporción se les asigna el voto o votos irregulares que se han comprobado, procedimiento que se sigue en cada una de las mesas afectadas por las irregularidades antes descritas. Agotada la anterior etapa se suman los resultados que arrojan cada una de las mesas hasta obtener cifras enteras y depuradas que corresponden al número total de votos irregulares que deberán descontarse a cada partido y candidato; concluida esta sustracción queda totalmente depurada la votación y sobre ella, de conformidad con el artículo 263 Constitucional, se aplica el sistema para la asignación de curules, comenzando por el cálculo del umbral, la cifra repartidora y la reordenación de las listas cuando a ello haya lugar(listas con voto preferente), lo que finalmente permite evidenciar si existe o no modificación en el resultado electoral".
>
> "La anterior metodología consulta el principio de eficacia del voto, en cuanto permite que se tomen los votos irregulares en su justa medida y se distribuyan a prorrata de la participación que han obtenido los diferentes partidos y candidatos en la votación válida, sin sacrificar ni afectar los votos mayoritarios que representan la auténtica voluntad del elector"[18].

De data más reciente, sobre el mismo tópico, el máximo Tribunal de lo Contencioso Administrativo consideró:

[18] Consejo de Estado. Sección Quinta. Sentencia del 28 de mayo de 2008. Procesos 11001032800020060011 9, 127, 128 y 129 Radicados internos 4060, 4068, 4069 y 4070. C.P. Dr. Filemón Jiménez Ochoa.

"7.- Señala igualmente el demandante que la elección resulta nula porque en la Resolución 1704 de 14 de julio de 2010 el CNE dejó de revisar 80 mesas de votación previamente seleccionadas para ello. Al margen de si es cierto o no que en dicho acto el CNE dejó de revisar 80 mesas de votación que fueron denunciadas como contentivas de irregularidades, lo que interesa a la discusión es establecer si esa omisión, *per se*, hace nula la elección.

La legalidad del acto administrativo mediante el cual se declara una elección por voto popular puede anularse ante la ocurrencia de alguna de las causales generales de nulidad previstas en el artículo 84 del C.C.A., modificado por el artículo 14 del Decreto 2304 de 1989, o por la configuración de cualquiera de las causales establecidas en los artículos 223, 227 y 228 de la misma obra.

Sin embargo, cuando la nulidad se fundamenta en la ocurrencia de irregularidades en la votación y en los escrutinios, esto es por la alteración o falsedad en los registros electorales, que es la causal 2ª de nulidad del artículo 223 del C.C.A., la presunción de legalidad del acto enjuiciado no puede removerse por el sólo hecho de que el CNE se abstenga de estudiar las anomalías puestas en conocimiento, ya que en tal hipótesis entra en juego el principio de la eficacia del voto consagrado en el artículo 1º del C.E., por virtud del cual **la anulabilidad de la elección pende de la magnitud o incidencia que las irregularidades probadas puedan llegar a tener frente a la misma.**

Recuérdese que la denuncia o puesta en conocimiento de irregularidades durante las votaciones y los escrutinios, se cumple en el marco del requisito de procedibilidad implementado con el artículo 8º del Acto Legislativo 01 de 2009, mediante el cual se adicionó el parágrafo al artículo 237 Constitucional, que tiene la finalidad primaria de servir de control previo a ese tipo de anomalías por parte de la respectiva autoridad electoral, pero que a su vez tiene el cometido mediato de habilitar a los interesados para llevar al conocimiento del juez electoral ese tipo de distorsiones.

Por lo mismo, la abstención u omisión que pueda llegar a presentar el CNE en torno al estudio y decisión de las irregularidades puestas en conocimiento, no hace por sí misma nula la elección y mucho menos falsos los registros electorales. Y como el propósito de hacer conocer esas anomalías es el de cumplir el requisito de procedibilidad constitucionalmente establecido, el único efecto jurídico que ello produce para el proceso electoral es el de dar acceso a la administración de justicia, para que sea el juez de lo electoral quien dictamine si las irregularidades son ciertas y determine el efecto que puedan tener en la validez de la elección."[19] (Negrillas propias)

En ese orden de ideas, la voluntad de la mayor parte del electorado debe primar frente a las irregularidades inferiores presentadas, de ahí que, aun cuando se acredite

[19] Consejo de Estado – Sala de lo Contencioso Administrativo – Sección Quinta. Sentencia de 10 de mayo de 2013. Expedientes acumulados: 11001032800020101000061-00. Demandante: Astrid Sánchez Montes de Oca y otros. Demandados: Senadores de la República. M.P. Alberto Yepes Barreiro. Sobre el particular también se pueden consultar los siguientes pronunciamientos: (i) Sentencia de 25 de agosto de 2011. Expedientes: 11001032800020101000045-00 y 11001032800020101000046-00. Demandantes: Sandra Liliana Ortiz Nova y otro. Demandados: Representantes a la Cámara por Boyacá. M.P. Susana Buitrago Valencia; y (ii) Consejo de Estado – Sala de lo Contencioso Administrativo – Sección Quinta. Sentencia de 26 de noviembre de 2012. Expedientes: 11001032800020101000049-00, 11001032800020101000093-00 y 11001032800020101000096-00. Demandantes: Pedrito Tomás Pereira Caballero y otros. Demandados: Representantes a la Cámara por Bolívar. M.P. Susana Buitrago Valencia.

alguna irregularidad, si esta no tiene la entidad suficiente para variar el resultado de la elección debe mantenerse incólume el acto demandado.

Frente a lo anterior, es menester señalar que, de acuerdo con el Formulario E-26AL mediante el cual se declaró la elección de la señora GARCÍA MONTES como Alcaldesa del municipio de Sincé – Sucre, el resultado electoral fue el siguiente:

Nombre	Partido Político	Votos
Lucy Inés García Montes	Partido Liberal Colombiano	**9981**
Adelaida Josefina Hernández Anaya	Partido Conservador Colombiano	**7806**
William Rafael Aguas Romero	Partido Alianza Verde	800

Conforme a lo observado, se tiene que entre la señora LUCY INÉS GARCÍA MONTES (Alcaldesa Electa) y quien ocupó el segundo lugar, la señora ADELAIDA JOSEFINA HERNÁNDEZ ANAYA, existió una amplia diferencia de **2175** votos.

Así pues, en aplicación del principio de eficacia del voto, y sin entrar a analizar que los 303 presuntos casos de trashumancia se encuentren acreditados, concluye la Sala que tal cantidad de votos no tendría incidencia en el resultado final de la elección.

Además, es de tenerse en cuenta que, cuando se trata de casos de trashumancia, la votación que se acredite como irregular ha de distribuirse ponderadamente entre los tres (3) candidatos que aspiraron a la primera autoridad municipal, y por ende, se reitera, el computo no alteraría el resultado final de la elección, puesto que la distribución daría lugar a los siguientes resultados[20]:

Nombre	Partido Político	Votos -	Total Votos
Lucy Inés García Montes	Partido Liberal Colombiano	163	**9818**
Adelaida Josefina Hernández Anaya	Partido Conservador Colombiano	127	**7679**
William Rafael Aguas Romero	Partido Alianza Verde	13	787

Como consecuencia de lo anterior, no prospera el cargo de trashumancia propuesto por la parte actora frente al acto de elección de la señora LUCY INÉS GARCÍA MONTES como Alcaldesa electa del municipio de Sincé, período 2016-2019, pues no se avistan circunstancias para configurar el vicio de nulidad que se endilga al acto

[20] La distribución ponderada de los presuntos votos irregulares se realiza teniendo en cuenta el porcentaje de participación de candidatos en el total de votos válidos.

electoral acusado en sede judicial, razón por la cual, se despacharan desfavorablemente las súplicas de la demanda[21].

2.6.2 EL REQUISITO DE PROCEDIBILIDAD DE RECLAMACIÓN PREVIA EN CASOS DE TRASHUMANCIA Y SU INCIDENCIA COMO ACTO DEMANDABLE.

Sin perjuicio de lo expuesto anteriormente, considera oportuno la Sala puntualizar respecto del agotamiento del requisito de procedibilidad de reclamación previa, muy a pesar que dicho punto ya fue resuelto en el trámite del proceso a través de auto del 15 de febrero de 2016, que resolvió la súplica interpuesta contra el auto del 27 de enero de 2016, mediante el cual se rechazó la demanda, con el único objetivo de fijar la posición mayoritaria de esta Sala.

Primeramente, es de recordar que el medio de control de nulidad electoral encuentra su consagración normativa en el artículo 139 de la Ley 1437 de 2011, mecanismo de carácter público que tiene por objeto "determinar a la mayor brevedad la legalidad y conformidad con la Constitución de los actos de elección por voto popular o por cuerpos electorales; de los actos de nombramiento que expidan las entidades y autoridades públicas de todo orden; y de los actos de llamamiento para proveer vacantes en las corporaciones públicas", dado que su finalidad se dirige a "determinar la certeza de los actos de elección, nombramiento o llamamiento que sustentan el acceso a la función pública de quien fue elegido en las urnas"[22].

La acción contenciosa administrativa a través del medio de control de nulidad electoral, está sujeta a la delimitación de la causal de nulidad predicable sobre el acto de elección, conforme con las causales señaladas por el artículo 275 del CPACA, que reza:

> "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.

[21] Al margen de lo anterior, no existe prueba que conduzca a la certeza de los casos de trashumancia alegados por la parte actora, como quiera que los documentos aportados en la demanda para soportar sus afirmaciones carecen de eficacia probatoria.
[22] Corte Constitucional. Sentencia C-437 de 2013. M. P. Dr. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

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."

El ejercicio de la acción electoral también está sujeta al cumplimiento previo del requisito de procedibilidad, previsto por el artículo 161 del CPACA, en concordancia con el artículo 237 de la C.P., y reglamentado por la Resolución No. 4121 de 2011 del Consejo Nacional Electoral.

El numeral 6 del artículo 161 del CAPACA dispone:

"Artículo 161. Requisitos previos para demandar. La presentación de la demanda se someterá al cumplimiento de requisitos previos en los siguientes casos:
(...)
6. Cuando se invoquen como causales de nulidad del acto de elección por voto popular aquellas contenidas en los numerales 3 y 4 del artículo 275 de este 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 parágrafo del artículo 237 de la C.P., al tratar sobre el particular reza:

"Artículo 237. Son atribuciones del Consejo de Estado:
(...)
PARÁGRAFO. Para ejercer el Contencioso Electoral ante la Jurisdicción Administrativa contra el acto de elección de carácter popular cuando la demanda se fundamente en causales de nulidad por irregularidades en el proceso de votación y en el escrutinio, es requisito de procedibilidad someterlas, antes de la declaratoria de elección, a examen de la autoridad administrativa correspondiente, que encabeza el Consejo Nacional Electoral."

Así mismo, en lo que toca al requisito de procedibilidad en comento, el Consejo Nacional Electoral se pronunció mediante Resolución 4121 del 27 de octubre de 2011, señalando:

"ARTÍCULO CUARTO: DE LA PROCEDIBILIDAD, LEGITIMACIÓN, OPORTUNIDAD, REQUISITOS Y NOTIFICACIÓN.

De conformidad con el parágrafo del numeral 6, del artículo 237 de la Constitución, para ejercer el Contencioso Electoral ante la Jurisdicción Administrativa contra el acto de elección de carácter popular cuando la demanda se fundamente en causales de nulidad por irregularidades en el proceso de votación y en el escrutinio, es requisito de procedibilidad someterlas, antes de la declaratoria de elección, a examen de la autoridad administrativa correspondiente, que encabeza el Consejo Nacional Electoral.

Las solicitudes de saneamiento de nulidades y las reclamaciones son medios idóneos para agotar la procedibilidad. **Éstas pondrán ser presentadas, tratándose de la elección de cargos de nivel municipal o distrital, solamente ante las comisiones escrutadoras auxiliares, municipales o distritales; y tratándose de cargos del nivel departamental, ante las mismas o ante los delegados del Consejo Nacional Electoral.**

La solicitud podrá ser presentada por cualquier ciudadano, por escrito, antes de la declaratoria de elección, **con indicación precisa de la zona, puesto y mesa de votación**, así como la descripción y prueba de los hechos en que se fundamenta la solicitud.

La decisión adoptada por la respectiva comisión escrutadora, se notificará en la misma audiencia pública de escrutinios, antes de la declaratoria de elección y con la misma se entenderá agotado el requisito de procedibilidad de que trata el parágrafo del artículo 237 de la Constitución Política.

Cuando la verificación de los hechos en que se basa esta solicitud requiera de pruebas técnicas que no estén disponibles de manera inmediata a los escrutadores, éstos se abstendrán de tramitarla, y así lo declararán, agotándose de esta manera el requisito de procedibilidad."

Claro lo anterior, es menester definir si en el asunto presente existía la necesidad de agotar o no el requisito de procedibilidad en comento, y si ello fue cumplido en la forma en que lo disponen las normas citadas.

En primer lugar, es de resaltar que, de lo expuesto en la demanda inicial se desprende que el actor sustentó la solicitud de nulidad en la causal contenida en el numeral 7 del artículo 275 del CPACA, no obstante, el contenido argumentativo de la exposición con que fundamentó la nulidad deprecada, dio cuenta que no solo traía argumentos relacionados con trashumancia electoral, sino también otras irregularidades electorales, tales como: i) votación irregular en tanto fue efectuada por personas que habían sido objeto de cancelación de la inscripción; ii) votación de personas que aparecen registradas como fallecidas; iii) votación de personas que aparecen condenadas; iv) doble nombre; v) doble de inscripción en igual número de municipios; y vi) votación sin documento formal de identificación.

Por lo anterior, en auto del 15 de febrero de 2016, mediante el cual se resolvió el recurso de súplica interpuesto contra el rechazo de la demanda, se consideró por el

Magistrado Ponente[23] que respecto de las irregularidades distintas a la trashumancia no se había agotado el requisito de procedibilidad, por lo que el trámite debía continuar, pero solo en lo tocante a la posible nulidad del acto demandado, con sustento en la causal contenida en el numeral 7 del artículo 245 del CPACA.

Ahora, de la lectura literal del artículo 161 numeral 6 que consagra el requisito de procedibilidad en estudio, se podría inferir que cuando se aduce la causal consagrada en el numeral 7 del artículo 275 del C.P.A.C.A., no es menester agotar el trámite administrativo en mención.

No obstante, como en líneas iniciales se expuso, la causal aducida solo afecta la elección si, a la luz del artículo 287 de la misma obra y que consagró legislativamente el principio de eficacia del voto, la irregularidad en la votación o en los escrutinios es del tal transcendencia que de practicarse nuevos escrutinios los resultados fueren otros, por los que necesariamente la causal de trashumancia está atada a la consagrada en el numeral 3 del artículo 275, que consiste en que los documentos electorales contengan datos contrarios a la verdad o hayan sido alterados para modificar los resultados de las elecciones.

En este sentido ha interpretado la causal de trashumancia y el requisito de procedibilidad estudiado el CONSEJO DE ESTADO, de forma unánime y reiterada, tal como se expone en la siguiente providencia:

> **"3.1 Obligación de agotar el requisito de procedibilidad de la acción de nulidad electoral cuando la irregularidad se funde en la existencia de trashumancia.**
>
> Expresa el Procurador Séptimo Delegado ante el Consejo de Estado que la sentencia del 24 de agosto de 2012, proferida por el Tribunal Administrativo de Boyacá, debe revocarse parcialmente para estudiarse de fondo el cargo relativo a la trashumancia.
>
> Afirma que esa irregularidad no encuadra en las causales de nulidad electoral establecidas en el artículo 223 del Código Contencioso Administrativo, respecto de las cuales es obligatorio agotar el requisito de procedibilidad por referirse a anomalías en la votación o el escrutinio, sino que ésta, por referirse a la vulneración del artículo 316[24] Superior, se estudia de acuerdo a las causales de nulidad del artículo 84[25] del mismo Código.

[23] Magistrado Rufo Arturo Carvajal Argoti, Sala Segunda de Decisión Oral.
[24] "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.".
[25]"ARTÍCULO 84. Acción de nulidad. Toda persona podrá solicitar por sí, o por medio de representante, que se declare la nulidad de los actos administrativos.
Procederá no sólo cuando los actos administrativos infrinjan las normas en que deberían fundarse, sino también cuando hayan sido expedidos por funcionarios u organismos incompetentes, o en forma irregular, o con

> Como lo señala el Ministerio Público, la trashumancia implica el desconocimiento del artículo 316 de la Constitución Política, según el cual solo podrán participar los ciudadanos residentes en un municipio cuando las votaciones se realicen para elegir autoridades locales o para la adopción de decisiones en asuntos del mismo carácter.
>
> Sin embargo, la jurisprudencia[26] de esta Sección aclaró que tal irregularidad se traduce en una falsedad de las actas de escrutinio que, a las voces del numeral 2° del artículo 223 del Código Contencioso Administrativo, causan su nulidad.
>
> Entonces, si la Constitución Política previó en el parágrafo del artículo 237 que antes de ejercer el Contencioso Electoral, cuando la demanda se fundamente en causales de nulidad por irregularidades en el proceso de votación y en el escrutinio, las cuales regula el artículo 223 del C.C.A., éstas deben someterse a examen de la autoridad administrativa correspondiente **antes de declararse la elección**. No hay duda que la inconsistencia denominada trashumancia, que como se dijo constituye una falsedad, debe cumplir con el requisito de procedibilidad a que se ha hecho referencia."[27]

Lo anterior deja claro que, si bien las normas relacionadas con la exigencia del requisito de procedibilidad para la acción electoral disponen que ello solo se predica cuando se invocan las causales 3 y 4 del artículo 275 del CPACA, lo cierto es que luego de un análisis constitucional se puede concluir que ello también se exige cuando la causal alegada es la atinente a la trashumancia electoral.

Siendo ello así, es del caso señalar que, revisada la demanda no encuentra esta Sala que se haya agotado el requisito de procedibilidad respecto de la irregularidad alegada, esto es, la trashumancia electoral.

Para llegar a tal conclusión, empecemos por manifestar que las denuncias sobre trashumancia electoral allegadas, fechadas 24 y 28 de agosto de 2015[28], así como la decisión adoptada por el CONSEJO NACIONAL ELECTORAL que el demandante

---

desconocimiento del derecho de audiencias y defensa, o mediante falsa motivación, o con desviación de las atribuciones propias del funcionario o corporación que los profirió.
También puede pedirse que se declare la nulidad de las circulares de servicio y de los actos de certificación y registro.".

[26] Ver sentencia del 11 de junio de 2009, proferida por la Sección Quinta del Consejo de Estado dentro del expediente 2007-00239-01, C.P. Mauricio Torres Cuervo.

[27] CONSEJO DE ESTADO SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO SECCION QUINTA Consejera ponente: SUSANA BUITRAGO VALENCIA. Sentencia del 12 de Agosto de 2013. Radicación número: 15001233100020110065201 Actor: REYNEIRO HERNANDO FLECHAS DIAZ Demandado: DIPUTADOS A LA ASAMBLEA DEPARTAMENTAL DE BOYACÁ.
Esta posición es reiterada y uniforme, como se puede inferir del estudio de las siguientes providencias de la misma corporación, sala, sección y ponente: Sentencia del 28 de agosto de 2013. N° del proceso: 76001233100020110178 2-01. Demandante: Eider Alexander Paz Arias. Demandado: Jhon Fredy Pimentel Murillo (Alcalde de Jamundí - Valle del Cauca). Acción Electoral - Sentencia de segunda instancia.
En igual sentido, de factoría más reciente: CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCIÓN QUINTA. Consejera ponente: LUCY JEANNETTE BERMÚDEZ BERMÚDEZ. Auto del 19 de marzo 2015. Radicación número: 1001-03-28-000-2014-00110-00. Actor: Carlos Nery López Carbono. Demandado: Representantes a la Cámara (Departamento del Magdalena). Auto que resuelve recurso de súplica.

[28] 55 a 58.

anuncia como contenida en la Resolución 2569 del 22 de septiembre de 2015, no agotan el requisito de procedibilidad en el presente asunto.

La causal alegada por el demandante, como ya se dijo, es la de trashumancia electoral, esto es, la atinente a irregularidades relacionadas con la residencia del elector, razón por lo que, para entenderse agotado el requisito de procedibilidad, el demandante o cualquier persona ha debido presentar ante la correspondiente autoridad, que para este caso era la Comisión Escrutadora Municipal por tratarse de una elección para un cargo del nivel municipal, la reclamación en la forma y precisión que lo señala la Resolución 4121 del 27 de octubre de 2011 del Consejo Nacional Electoral.

Lo anterior es así por cuanto, si bien la denuncia interpuesta y la Resolución 2569 del 22 de septiembre de 2015 hacen parte del procedimiento electoral que inicia con la inscripción de los candidatos, ello no agota el requisito de procedibilidad en estudio, pues la reclamación que se eleve para su cumplimiento, debe realizarse **durante los escrutinios y antes de la declaratoria de la elección, que para el presente caso trascurrió entre el 25 de octubre de 2015 (fecha de los comicios) y el 27 de octubre de 2015 (fecha en que se declaró la elección acá demandada)**[29], por lo que las denuncias y resolución en comento, de forma clara no decide reclamación alguna que se haya elevado en el momento oportuno ante la autoridad electoral competente, en torno a la causal invocada, y por ello no hay prueba de que efectivamente se hubiere agotado el requisito en mención por parte de la demandante o de cualquier persona[30]. Amén de lo anterior, los listados traídos con la demanda no fueron puestos en consideración de la Comisión Escrutadora Municipal.

Sobre el particular es menester citar lo dicho por el Consejo de Estado en sentencia del 11 de abril de 2016, en donde con meridiana claridad se dijo:

> "El parágrafo del artículo 237 de la Constitución Política dispone que "para ejercer el Contencioso Electoral ante la Jurisdicción Administrativa contra el acto de elección de carácter popular cuando la demanda se fundamente en causales de nulidad por irregularidades en el proceso de votación y en el escrutinio, es requisito de

[29] Fol. 23, acta de escrutinio municipal.
[30] En este punto, nos ilustra la doctrina sobre la prueba del agotamiento, a cargo del accionante: "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." Reyes, G.F. (2015). Derecho electoral, procedimiento electoral y en contencioso electoral. Bogotá: Grupo Editorial Ibáñez S.A. p. 309.

procedibilidad someterlas, antes de la declaratoria de elección, a examen de la autoridad administrativa correspondiente, que encabeza el Consejo Nacional Electoral."

La reclamación, para que se entienda agotado el requisito de procedibilidad, debe hacerse ante la autoridad electoral respectiva, dependiendo de la elección de orden popular de que se trate (municipal, distrital, departamental o nacional).

Por otra parte, este requisito se agota respecto de los vicios que impliquen nulidad, **ocurridos en la etapa electoral -votación-, o poselectoral -escrutinio-, y no se puede exigir para vicios acaecidos en la etapa preelectoral**, la cual corresponde a la inscripción de candidatos, la designación de jurados de votación y todas aquellas actuaciones necesarias para la jornada electoral propiamente dicha (Títulos IV y V del Código Electoral).

Ahora bien, de la norma constitucional que estableció este requisito, no se entiende que para acudir a la jurisdicción en nulidad electoral el cumplimiento del requisito de procedibilidad deba ser realizado por quien fungirá como accionante. Por lo anterior, y en razón de la naturaleza pública de la acción electoral, la Sección Quinta ha sostenido que dicho requisito puede ser agotado por cualquier persona, sin importar que exista identidad entre quien lo agotó y quien hace uso del medio judicial[31]. Por consiguiente, el requisito previo que indica el parágrafo del artículo 237 de la Carta Política puede ser agotado por cualquier ciudadano, independientemente que este corresponda a quien ejerce la acción electoral.

De lo expuesto, se concluye que el requisito de procedibilidad en materia electoral debe agotarse si van a exponerse cargos de nulidad de orden objetivo respecto del acto que declara la elección, **y por ello este se surte respecto de irregularidades que se pueden generar en la votación y el escrutinio.**

En el caso de la trashumancia, se ha entendido por parte de la Sección Quinta del Consejo de Estado que esta es una defraudación en el proceso electoral, pues la elección de uno o varios candidatos, en contiendas locales, se efectúa por personas que no residen en el municipio en donde inscribieron sus cédulas para ejercer el sufragio. Dicha irregularidad vicia los resultados finales, en la medida en que el ciudadano miente sobre su verdadera residencia electoral al momento de inscribir su cédula, es decir, suministra una información que no es cierta; falsedad que se extiende hasta el voto final que lleva a la urnas, implicando así la contabilización de estos a favor de uno o varios de los candidatos en las elecciones locales de manera jurídicamente inválida e injustificada. [32]

---

[31] CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCIÓN QUINTA. Magistrado ponente: MAURICIO TORRES CUERVO. Sentencia del 29 de agosto de 2012. Radicación número: 11001-03-28-000-2010-00050-0. Actor: JOSÉ ANTONIO QUINTERO JAIMES Y JORGE ALBERTO GARCÍA-HERREROS CABRERA. Demandado: REPRESENTANTES A LA CÁMARA POR LA CIRCUNSCRIPCIÓN TERRITORIAL DEL DEPARTAMENTO DE NORTE DE SANTANDER

[32] "la interpretación lógico finalista de la definición legal de residencia electoral contenida en el artículo 4° de la Ley 163 de 1994 antes transcrito, lleva a concluir que la residencia electoral de un ciudadano es el lugar donde, por mantener con él una relación material implicada en el concepto de residencia (habitación, negocio, ejercer profesión o empleo, estar de asiento), decide inscribir allí su cédula para ejercer en el municipio de que se trate

> Por lo anterior, al ser la trashumancia un vicio electoral que afecta la votación, porque ella lleva inmersa la falsedad por la información que se suministró al momento de la inscripción de cédulas, que se ve reflejada indiscutiblemente en resultados consignados en las actas de escrutinio, es necesario el agotamiento del requisito de procedibilidad. La Sección Quinta[33] definió este asunto, y señaló:
> (...)
> Como corolario de los prolegómenos expuestos, resulta claro para la Sala que no se desconoce el acceso a la administración de justicia ni algún otro derecho fundamental, al exigir al demandante el agotamiento del requisito de procedibilidad establecido en el artículo 162, numeral 6, del C.P.A.C.A. para ejercer el medio de control de nulidad electoral, cuando la causal de nulidad alegada hace referencia a la trashumancia electoral."[34]

El pronunciamiento anteriormente citado reitera lo que ya se viene diciendo, esto es, que para tenerse por agotado el requisito de procedibilidad contenido en el artículo 161 del CPACA, en concordancia con el artículo 237 de la C.P., y reglamentado por la Resolución No. 4121 de 2011 del Consejo Nacional Electoral, la reclamación ha de hacerse durante los escrutinios y antes de la elección, **pues es ahí donde deben exponerse las irregularidades que posteriormente serán el sustento de la acción electoral ante la jurisdicción Contenciosa Administrativa.**

De ahí, la lógica de imponer el requisito de procedibilidad de reclamación previa en este tipo de acción, con el objeto de otorgar a la administración, en este caso representada por la autoridad electoral correspondiente, la oportunidad de subsanar los defectos presuntamente ocurridos en el proceso de escrutinios, y en razón de ello la exigencia contenida en el artículo 4º de la Resolución No. 4121 de 2011 en cuanto al contenido de la reclamación, esto es, de indicarse con claridad la zona, puesto y mesa de votación en que tuvo lugar la irregularidad, así como la descripción y prueba de los hechos en que se fundamenta la reclamación.

---

sus derechos políticos a elegir o ser elegido." Sentencia del 17 de agosto de 2006, expediente 4051. Sección Quinta del Consejo de Estado.

[33] CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCIÓN QUINTA. Consejera ponente: SUSANA BUITRAGO VALENCIA. Sentencia del 12 de agosto de 2013. Radicación número: 15001-23-31-000-2011-00652-01. Actor: REYNEIRO HERNANDO FLECHAS DÍAZ. Demandado: DIPUTADOS A LA ASAMBLEA DEPARTAMENTAL DE BOYACÁ

[34] Consejo de Estado, sentencia del 11 de abril de 2016, Exp. No. 11001-03-15-000-2016-00442-00(AC), M.P. Dr. Gerardo Arenas Monsalve.

A lo anterior ha de sumarse también, como sucesión lógica, lo consignado en el artículo 139 del CPACA, norma que dispone:

> "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." (Negrillas para resaltar)

De acuerdo con ello, en este tipo de acciones no solo debe solicitarse la nulidad del acto de elección, sino también, de las respuestas dadas por la administración frente a las reclamaciones, cuando quiera que se exija como requisito de procedibilidad (como en el presente caso), de modo que esta junto con la primera conforma los actos demandados. En efecto, cuando para el ejercicio de la acción electoral se exija el cumplimiento del requisito de procedibilidad de reclamación previa, debe demandarse la respuesta de dicha reclamación junto con el acto que declara la elección, cuestión que solo tiene una adecuación lógica si se hace en la forma como se ha dicho, frente a irregularidades acaecidas en los escrutinios y antes de la elección, y tales argumentos constituyan así mismo el fundamento de la solicitud de nulidad electoral en sede judicial.

Con base en tales alegaciones, se reitera, en el presente asunto no se tiene por agotado el requisito de procedibilidad de reclamación previa, puesto que: i) las denuncias con que se pretende tener por agotado el requisito fueron interpuestas antes de los escrutinios[35]; ii) no fueron interpuestas ante la autoridad electoral correspondiente, que para este caso era la Comisión Escrutadora Municipal por tratarse de una elección para un cargo del nivel municipal; iii) no hacen referencia a irregularidades presentadas en los escrutinios, sino en la inscripción de cédulas de votantes; iv) el requisito de procedibilidad no se exige respecto de irregularidades presentadas en la

[35] Y en caso de ser tenidas como tales, las resultas de las mismas, debieron ser objeto de enjuiciamiento judicial, en conjunto con el acto que declaró la elección.

etapa preelectoral; v) por imposibilidad lógica, puesto que en las denuncias no se detalla la zona, puesto y mesa de votación en que tuvieron lugar las presuntas irregularidades; y vi) la Resolución 2569 del 22 de septiembre de 2015, proferida por el Consejo Nacional Electoral no resuelve reclamación ocurrida en escrutinios, sino en una etapa preelectoral; por tales razones, se reitera, los documentos señalados no agotan el requisito de procedibilidad de reclamación previa.

Si bien lo anterior implicaría una circunstancia que da lugar a declarar probada la excepción de inepta demanda por ausencia de agotamiento del requisito de procedibilidad de reclamación previa, lo cierto es que, como se dijo *ad initio*, tal circunstancia ya fue objeto de pronunciamiento en este proceso a través de auto del 15 de febrero de 2016, mediante el cual se resolvió la súplica interpuesta contra el auto del 27 de enero de 2016, que rechazó la demanda, por ende, lo anterior solo tiene el objeto de sentar la posición mayoritaria de esta Sala de decisión.

CONDENA EN COSTAS.

Habida cuenta de que en el *sub lite* se ventila un interés público, no hay lugar a la imposición de condena en costas conforme lo contempla el artículo 188 de la Ley 1437 de 2011.

3. DECISIÓN

DECISIÓN: En mérito de lo expuesto, la **SALA PRIMERA DE DECISIÓN ORAL DEL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE SINCELEJO, ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DE LA REPÚBLICA Y POR AUTORIDAD DE LA LEY,**

FALLA:

PRIMERO: DENEGAR las súplicas de la demanda.

SEGUNDO: En firme esta providencia archívese el expediente, previa anotación en el programa informático "*Justicia Siglo XXI*".

Se deja constancia que el proyecto de esta providencia fue discutido y aprobado por la Sala en sesión de la fecha, según consta en el acta Nº 133.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Los Magistrados

CÉSAR ENRIQUE GÓMEZ CÁRDENAS

RUFO ARTURO CARVAJAL ARGOTY
Ausente con permiso

SILVIA ROSA ESCUDERO BARBOZA