



REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO
TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DEL CAUCA

Popayán, veintisiete (27) de septiembre de dos mil dieciséis (2016)

Magistrado Ponente: DAVID FERNANDO RAMÍREZ FAJARDO

Expediente: 19001 2333004 20160006700
Actor: DORA NOEMI CHILITO RIVADENEIRA Y OTROS
Demandado: CONSEJO NACIONAL ELECTORAL Y OTROS
Medio de control: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

AUTO I No 547

Auto rechaza demanda

Pasa a Despacho el proceso de la referencia para considerar su admisión.

I.- Antecedentes

1.1 La demanda

Los señores Dora Noemí Chilito Rivadeneira, Jhon Héctor Mosquera Pipicano, Telma Narváez Ausecha, Nelcy Fabiola Ordóñez Hernández, Carmenza Quijano Guerrero, Fredy Iván Hernández Castillo, Arbey Garzón Rojas, Eusebio Alfredo Campo Piamba y Wilmer Vidal Tálaga, a través de apoderado judicial, presentan demanda de nulidad y restablecimiento del derecho de conformidad con el contenido de los artículos 275 a 296 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, en la cual pretende se declare la nulidad de los siguientes actos:

- Las Resoluciones No. 001 y No. 002 del 28 de noviembre de 2015 (sic).
- La Resolución N° 005 del 1 de noviembre de 2015, para mantener en firme para reconocer los resultados cuantitativos del proceso electoral del 25 de octubre de 2015.
- Y que en caso de no poder acceder a lo anterior, declarar la nulidad de todo el proceso electoral del año 2015, del Concejo Municipal de La Sierra, Cauca

Que como consecuencia de las anteriores declaraciones y a título de restablecimiento del derecho, se declare la nulidad del escrutinio realizado

el 27 de octubre de 2015 en esta ciudad, de las únicas tres mesas de votación que no fueron objeto de incineración en el Municipio de La Sierra y se restablezcan los derechos fundamentales al debido proceso de los demandantes.

II.- Consideraciones

2.1. Competencia

La Sala Oral de este Tribunal es competente para conocer del medio de control de nulidad electoral en única instancia de conformidad con lo previsto en el artículo 151, numeral 9 del CPACA¹ ya que según el último censo poblacional efectuado por el DANE para el año 2005, verificado en la página web de la entidad², el municipio de La Sierra (Cauca) tiene una población que asciende a 10.844 habitantes. Así mismo, esta providencia será dictada por ponente, conforme a los lineamientos del artículo 125 ibídem.

2.2. Diferencias entre el medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho y nulidad electoral.

Como primera medida, considera este sustanciador que debe realizarse una precisión a la parte actora, pues leída en su integridad la demanda, se deriva que existe una confusión entre los medios de control de nulidad y restablecimiento del derecho y nulidad electoral; pues aunque se invocan los artículos del trámite de la nulidad electoral, se reclama a renglón seguido el restablecimiento del derecho de los demandantes.

Digamos entonces que el medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, previsto en el artículo 138 de la Ley 1437 de 2011 tiene como principal finalidad, la búsqueda de la nulidad de un acto administrativo expedido por la administración, que considera ilegal y con el cual se afecta un derecho **subjetivo** de allí que la persona afectada con dicha decisión, pueda solicitar al juez que ese derecho lesionado sea restablecido y solo puede ser incoada por aquel a quien afecta dicho acto.

Por el contrario, el medio de control de nulidad electoral previsto en el artículo 139 de la misma ley, tiene otro fin diametralmente distinto, es la protección **objetiva** del ordenamiento jurídico; se trata entonces de un ejercicio claro y directo de control al poder político y es por ello, que puede

¹Artículo 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–.

²<http://www.dane.gov.co/index.php/esp/poblacion-y-registros-vitales/censos/censo-2005>

ser ejercida por cualquier persona y esta no genera restablecimiento de derechos a ninguna persona en particular, pues su objetivo es simplemente la custodia de la legalidad.

Así lo ha dicho el H. Consejo de Estado³, cuando también realizó esta distinción, haciendo hincapié en los fines perseguidos por cada medio de control y en la posibilidad de que pueda ejercerse el medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho respecto de los actos de elección, cuando lo que se persigue es un fin económico para quien lo alega:

"En la regulación incorporada en el C.P.A.C.A., el medio de control de nulidad electoral se concibió con la finalidad de juzgar única y exclusivamente la legalidad presunta de los actos electorales, esto es, "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.". Se incluyeron también los actos de llamamiento proferidos por las corporaciones públicas de elección popular para proveer las vacantes que allí se presentan; y, en las elecciones por votación popular de igual modo puede impugnarse la legalidad de los actos emitidos por las autoridades electorales en el contexto de las causales de reclamación del Código Electoral o de las irregularidades en la votación y los escrutinios de que trata el Acto Legislativo 01 de 2009.

*De lo anterior y de la forma como se desarrolló el medio de control de nulidad electoral en los artículos que corren a partir del 275 del C.P.A.C.A., es viable sostener, como también se hacía bajo la vigencia del C.C.A., **que es una clara emanación del derecho fundamental a participar en la conformación, ejercicio y control del poder político**, y con mayor precisión de lo dispuesto en el numeral 6º del artículo 40 Superior que habilita a los ciudadanos para "Interponer acciones públicas en defensa de la Constitución y de la ley."*

*Es decir, que **el medio de control de nulidad electoral es, a no dudar, una acción pública, que se caracteriza, entre otras cosas, porque puede ser interpuesta por cualquier persona, pero primordialmente porque su objeto va en la misma dirección del interés general**. En efecto, con la pretensión de nulidad electoral no se puede buscar nada distinto a salvaguardar el ordenamiento jurídico en sentido objetivo, y por ello, el control jurisdiccional a que se someten los actos electorales se realiza mediante la confrontación del acto con respecto a las normas jurídicas invocadas y el concepto de violación.*

***Pese a que su finalidad es la protección del ordenamiento jurídico en sentido objetivo**, el legislador decidió que no compartiera una de las características de la generalidad de las acciones públicas, como es la inexistencia de un término de caducidad para intentarla. A contrario sensu, quien pretenda impugnar la presunción de legalidad de un acto electoral debe hacerlo dentro del término fijado en el literal a) numeral 2º del artículo 164 del C.P.A.C.A., según el cual la acción debe interponerse dentro de los 30 días siguientes a la audiencia en que se declaró la elección o a su publicación, según el caso.*

Por otra parte, en el artículo 138 del C.P.A.C.A., se consagró el medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho en estos términos:

"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..."

³ Consejo de Estado, Sección Quinta, providencia del 30 de enero de 2014, Expediente 11001032800020130006100, C.P. Dr. Alberto Yepes Barreiro.

A diferencia del anterior medio de control, con la nulidad y restablecimiento del derecho se puede hacer el examen de legalidad de un acto administrativo, pero sin el carácter objetivo que sí caracteriza a las acciones públicas, ya que la prioridad estriba en la salvaguarda de un derecho subjetivo, que como bien lo indica la norma anterior, se cumple con anular el acto acusado, con restablecer el derecho conculcado mediante la expedición del acto ilegal, y con la reparación del daño que se haya provocado con su expedición.

Por el carácter subjetivo de la acción, las reglas que identifican a la nulidad y restablecimiento del derecho son distintas de la nulidad electoral. Por ejemplo, en los asuntos conciliables deberá acreditarse que se intentó la conciliación extrajudicial (C.P.A.C.A. Art. 161.1); deberán haberse ejercido y decidido los recursos que según la ley sean obligatorios contra los actos particulares (Num. 2º Ib.); y, para no ir más lejos, la demanda deberá presentarse dentro de los 4 meses siguientes a la comunicación, notificación, ejecución o publicación del acto administrativo.

La coexistencia del medio de control de nulidad electoral y el medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, puede generar la idea equivocada de que el juicio de legalidad a los actos de nombramiento únicamente puede intentarse en el primer escenario, pero nunca en el segundo. Con fundamento en el principio pro actione, en armonía con el derecho fundamental de acceso a la administración de justicia, debe entenderse que la nulidad y restablecimiento del derecho es un instrumento procedimental que bien puede servir al cometido de juzgar un acto de nombramiento, siempre y cuando con la demanda se pida, además de la nulidad del respectivo acto administrativo, el consiguiente restablecimiento del derecho.

Dicha hipótesis no solamente se explica en el hecho de que ninguna disposición jurídica lo prohíbe, sino también en que la hermenéutica debe estar a favor del derecho de acción, de suerte que la jurisdicción no restrinja indebidamente el derecho de acción del cual son titulares los asociados. Además, como se trata de un derecho de naturaleza fundamental, el comportamiento de la jurisdicción de lo contencioso administrativo debe acompasar con uno de los fines esenciales del Estado, cual es "garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución" (Art. 2º).

Así las cosas, el examen de legalidad de los actos de nombramiento puede surtirse cuando menos en dos formas. Una, a través del medio de control de nulidad electoral, cuando el demandante solamente está interesado en la defensa objetiva del ordenamiento jurídico, esto es, si tan solo pretende la nulidad del acto de nombramiento; y otra, por conducto del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, cuando el petitum de la demanda incorpora además de la nulidad del acto de nombramiento, el restablecimiento del derecho del actor, para quien el nombramiento ha debido recaer en él por tener mejor derecho que el demandado, lo que a su vez propicia una reparación económica consistente en que se le paguen los salarios y prestaciones dejados de percibir desde la fecha en que se produjo el nombramiento cuestionado.

La primera hipótesis describe una típica **acción de naturaleza electoral**, cuyo trámite corresponde adelantar bajo las reglas establecidas en los artículos 275 a 296 del C.P.A.C.A. En cambio, la segunda hipótesis alude indiscutiblemente a una típica **acción de naturaleza laboral**, que se tramita conforme a las reglas consagradas en los artículos 168 y ss ibídem.

Es decir, que en los eventos en que el demandante además de impugnar la presunción de legalidad de un acto de naturaleza electoral –vr. gr. un nombramiento–, solicite el restablecimiento del derecho, que bien puede ser económico o in natura, se desvirtúa que el medio de control

152

adecuado sea el de nulidad electoral, en atención a que no se busca la protección del ordenamiento jurídico en aras de salvaguardar el interés general, sino que por el contrario se propugna por el amparo de un interés de tipo subjetivo. Por lo mismo, el medio de control idóneo para esos fines es, como ya se dijo, el de nulidad y restablecimiento del derecho de naturaleza laboral, diseñado por el legislador para hacer valer ese tipo de derechos personales.” (Negrillas y subrayas deliberadas)

2.3. Caso concreto

En primer lugar, es preciso indicar que aunque a lo largo de la demanda se aducen las normas que regulan el trámite de la nulidad electoral, y se menciona el medio de control de nulidad y restablecimiento, no existen peticiones expresas, puntuales respecto de cada uno de los demandantes.

Conforme con la demanda, aunque expresamente no se señala un acto demandado como tal y se pide, la nulidad total del proceso electoral desarrollado en ese ente territorial en el año 2015, haciendo una lectura interpretativa de la demanda y sus pretensiones, se entiende entonces que no se pretende la designación de los señores Dora Noemí Chilito Rivadeneira, Jhon Héctor Mosquera Pipicano, Telma Narváez Ausecha, Nelcy Fabiola Ordóñez Hernández, Carmenza Quijano Guerrero, Fredy Iván Hernández Castillo, Arbey Garzón Rojas, Eusebio Alfredo Campo Piamba y Wilmer Vidal Tálaga como concejales de La Sierra, sino que se busca es la defensa de la legalidad de manera objetiva (pretensiones fls.11 y 12).

Siendo así, valga la pena indicar que cuando de demandas electorales se trata, son demandables los actos definitivos; en este caso el acto que declara la elección contenido en el Formulario E-26 del 28 de octubre de 2015, sin perjuicio de que los actos preparatorios se deban demandar con el fin de conformar la proposición jurídica completa.

Frente al objetivo del medio de control de nulidad electoral, el H. Consejo de Estado precisó:

“En el presente caso, la Sala pone de presente que si bien dentro de las pretensiones se solicitó que se declare la nulidad de la convocatoria 01 de 2015, es lo cierto que en los procesos de nulidad electoral, el estudio de legalidad recae “sobre el acto definitivo que declara la elección, y que la revisión de los actos preparatorios o de trámite se da en la eventualidad en que estos incidan en el acto final, razón por la cual se admitirá únicamente en lo que tiene que ver con la declaratoria de la elección, lo cual no obsta para que los actos preparatorios sean revisados y analizados en virtud de establecer la existencia de las irregularidades alegadas”⁴.

El inciso 2º del art. 139 del CPACA, establece la posibilidad de demandar las decisiones de las autoridades electorales que resuelvan las reclamaciones por irregularidades durante el proceso de votación o los

4 Consejo de Estado. Auto del 15 de diciembre de 2015. M.P. Lucy Jeannette Bermúdez Bermúdez. Exp. 2015-00048-00.

escrutinios, bajo la condición de que se demanden junto con el acto de elección.

En el caso objeto de estudio, en principio, se demanda el "acta general de escrutinio" y las Resoluciones No. 001 y No. 002 del 28 de octubre de 2015 (y no de noviembre como lo adujo la parte demandante), que resolvieron sobre unas reclamaciones.

Señala el artículo 164 del CPACA, frente a la oportunidad para incoar el medio de control de nulidad electoral, lo siguiente:

"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 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; (...)"

Aterrizando al *sub judice*, se encuentra que la declaratoria de elección de los concejales para el municipio de La Sierra, ocurrió el 28 de octubre de 2015 (fls.33-60), por lo que el término para demandar corría entre el 29 de octubre y el 14 de diciembre de 2015. Como la demanda se presentó el 3 de febrero de 2016, según consta en el acta de reparto que obra a folio 144 del expediente, se concluye que la demanda fue presentada por fuera del término de caducidad previsto en la norma antes citada.

Se resalta dentro del presente asunto, que pese a los posibles desmanes que se habían presentado en el municipio de La Sierra durante la contienda electoral del 25 de octubre de 2015 (vgr. irrupción violenta a la sede de la Registraduría Municipal, quema del material electoral, entre otros), la Registraduría Nacional del Estado Civil declaró la elección de Concejales en dicho municipio el 28 de octubre de 2015.

De allí que es a partir de esa fecha, donde debe contabilizarse el término de caducidad del medio de control de nulidad electoral (30 días), pues se insiste que el hecho generador de la presunta irregularidad en la elección de los miembros de la corporación edilicia, deviene del hecho mismo de su elección, la cual fue proclamada por la autoridad electoral en la fecha arriba referida y es por ello, que se concluye sin dubitación alguna, que operó la caducidad del medio de control.

Como se ha sostenido en múltiples oportunidades por esta Corporación, la caducidad corresponde al fenómeno jurídico que afecta a la parte que no presentó dentro de la oportunidad prevista en la ley, el ejercicio de su derecho. La inobservancia de dichos plazos hace que la persona titular del derecho no pueda acudir ante la justicia en procura de que sea reconocido el mismo y en este caso, la persona que ejerce el medio de control de nulidad electoral (que puede ser cualquier persona), lo hizo por fuera del término previsto en la norma, debiendo entonces acarrear con las consecuencias de ello.

A manera de conclusión, se rechazará la demanda por caducidad del medio de control de nulidad electoral, pues si el Juez evidencia que en el asunto sometido a su consideración ha vencido el término con que contaban los demandantes para incoar la demanda con la que pretendían sacar adelante sus pretensiones, deberá decretarla sin disculpa alguna, ya que la caducidad es el precio que tiene que pagar la parte por su inactividad.

III.- Decisión

Por lo expuesto, **SE DISPONE:**

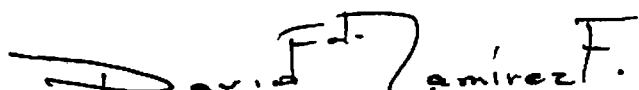
PRIMERO.- RECHAZAR la presente demanda por haber operado la caducidad del medio de control de nulidad electoral, de conformidad con lo anotado en precedencia.

SEGUNDO.- Devuélvanse los anexos sin necesidad de desglose. Por Secretaría archívese lo actuado.

Se reconoce personería al abogado **RAFAEL EVERTO CABRERA SALAS** identificado con la C.C. No 10.541.250 y portador de la T.P. No. 86.849 del C.S. de la J., en los términos de los poderes que obran a folios 134 a 142 del expediente.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

El Magistrado,


DAVID FERNANDO RAMÍREZ FAJARDO