

CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCIÓN QUINTA

Consejero Ponente: Alberto Yepes Barreiro

Bogotá, D. C., tres (03) de septiembre de dos mil catorce (2014)

Radicación: 11001-03-28-000-2014-00078-00

Radicado Interno: 2014-00078

Actor: Cristian Andrés Godoy González

Demandado: Jorge Emilio Rey Ángel – Representante a la Cámara por el departamento de Cundinamarca

Proceso Electoral – Auto admisorio con suspensión provisional

Se pronuncia la Sala sobre: **(i)** la admisión de la demanda electoral contra el Acuerdo N° 004 del 30 de mayo de 2014, por medio del cual el Consejo Nacional Electoral, declaró la elección de Jorge Emilio Rey Ángel como Representante a la Cámara por el departamento de Cundinamarca para el período 2014-2018, por el Partido Cambio Radical, y **(ii)** la solicitud de suspensión provisional del acto acusado.

I. ANTECEDENTES

El señor Cristian Andrés Godoy González, obrando en nombre propio, ejerció la acción pública de nulidad electoral con el fin de obtener la anulación del Acuerdo N° 004 del 30 de mayo de 2014, en cuanto declaró la elección del señor Jorge Emilio Rey Ángel como Representante a la Cámara por el departamento de Cundinamarca, en consideración a los siguientes supuestos fácticos:

1. El señor Jorge Emilio Rey Ángel fue elegido como alcalde del Municipio de Funza (Cundinamarca) para el período constitucional 2008-2011.

2. En el desarrollo de esta función fue investigado disciplinariamente y sancionado, por la Procuraduría General de la Nación con suspensión en el ejercicio del cargo durante el término de treinta (30) días. La sanción disciplinaria se produjo el 31 de octubre de 2013 y quedó en firme el día 12 de noviembre de 2013.
3. La sanción disciplinaria impuesta se convirtió a salarios de conformidad con el artículo 46 de la Ley 734 de 2002.
4. La Registraduría Nacional del Estado Civil estableció como fecha límite para inscribir la candidatura de aspirantes al Congreso de la República el 9 de diciembre de 2013, fecha en la cual, afirma el demandante, Jorge Emilio Rey Ángel inscribió su candidatura como aspirante a la Cámara de Representantes por el departamento de Cundinamarca con el aval del partido Cambio Radical.
5. En elecciones realizadas el 9 de marzo de 2014 el señor Jorge Emilio Rey Ángel fue elegido como Representante a la Cámara por el Departamento de Cundinamarca.
6. Mediante Acuerdo N° 004 del 30 de mayo de 2014 el Consejo Nacional Electoral, declaró electo a Jorge Emilio Rey Ángel como Representante por el departamento de Cundinamarca para el período constitucional 2014-2018 y expidió la credencial que lo acredita como tal.

A juicio del demandante, el señor Jorge Emilio Rey Ángel se encontraba inhabilitado tanto para inscribir su candidatura como para ser elegido como Representante a la Cámara, toda vez que para la fecha de su inscripción se encontraba vigente la sanción de “*suspensión*” que la Procuraduría General de la Nación le impuso en su calidad de Alcalde de Funza (Cundinamarca).

II. CONSIDERACIONES

1. Competencia

La Sala es competente para resolver sobre la admisión de la demanda y la solicitud de suspensión provisional del acto acusado, en los términos del artículo 277 inciso final del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo – C.P.A.C.A.

2. Sobre la admisión de la demanda

Mediante auto del 21 de julio de 2014 se inadmitió la demanda por no cumplir con los requisitos consagrados en el artículo 162 del C.P.A.C.A.

En escrito fechado 23 de julio de 2014, el actor presentó corrección de la demanda oportunidad en la cual desistió de la segunda de las pretensiones formuladas ajustando su demanda a las pretensiones de un proceso electoral de naturaleza subjetiva.

En consecuencia, compete a la Sala pronunciarse sobre la admisión de la demanda.

Para efectos de admitir la demanda electoral, es preciso verificar el cumplimiento de los requisitos formales indicados en el artículo 162 del C.P.A.C.A., los anexos relacionados en el artículo 166, la debida acumulación de causales de nulidad objetivas y subjetivas en la forma señalada en el artículo 281, si es del caso, y su presentación en el plazo previsto en el literal a) del numeral 2 del artículo 164 del mismo Código.

La demanda que ocupa la atención de la Sala se ajusta formalmente a las exigencias de los referidos artículos 162 y 166, pues están debidamente designadas las partes, las pretensiones fueron formuladas de manera clara y precisa, narra los hechos que las fundamentan, identifica las normas violadas y explica el concepto de la violación, solicita y anexa pruebas, suministra las direcciones para las notificaciones personales de las partes y obra en el expediente copia del acto acusado (Fl. 12-36).

Por otra parte, se evidencia que la demanda atendió al plazo que concede el literal a) del numeral 2 del artículo 164 del C.P.A.C.A., que indica:

“Cuando se pretenda la nulidad de un acto administrativo electoral, el término será de treinta (30) días. Si la elección se declara en audiencia pública el término se contará a partir del día siguiente; en los demás casos de elección y en los de nombramientos se cuenta a partir del día siguiente al de su publicación efectuada en la forma prevista en el inciso 1º del artículo 65 de este Código.

En las elecciones o nombramientos que requieren confirmación, el término para demandar se contará a partir del día siguiente a la confirmación”.

En este sentido, la demanda se presentó en tiempo, pues fue radicada el 14 de julio de 2014, es decir, antes de que vencieran los 30 días hábiles que concede la norma trascrita, para interponer esta acción¹, teniendo en cuenta que la caducidad corrió entre los días 3 de junio y 16 de julio de 2014.

Por lo expuesto, **la demanda se admitirá.**

3. Sobre la solicitud de suspensión provisional de los efectos del acto acusado

3.1. La suspensión provisional se gobierna actualmente por lo dispuesto en el artículo 231 del C.P.A.C.A., en estos términos:

*“**Artículo 231.-** Requisitos para decretar las medidas cautelares. Cuando se pretenda la nulidad de un acto administrativo, la suspensión provisional de sus efectos procederá por violación de las disposiciones invocadas en la demanda o en la solicitud que se realice en escrito separado, cuando tal violación surja del análisis del acto demandado y su confrontación con las normas superiores invocadas como violadas o del estudio de las pruebas allegadas con la solicitud. (...)”*

Según lo allí dispuesto, existe la posibilidad de que en forma cautelar se suspendan los efectos jurídicos de los actos administrativos de naturaleza electoral, cuando se cumplan las siguientes exigencias: (i) que así lo pida la

¹ De conformidad con el artículo 121 del Código de Procedimiento Civil, los términos de días son hábiles. La norma dispone: “En los términos de días no se tomarán en cuenta los de vacancia judicial, ni aquéllos en que por cualquier circunstancia permanezca cerrado el despacho (...)”

parte actora en la demanda o con escrito anexo a la misma; (ii) que la infracción al ordenamiento jurídico surja de la valoración que se haga al confrontar el acto con las normas invocadas por el actor; y (iii) que para ello pueden emplearse los medios de prueba aportados por el interesado.

Además, la apreciación jurídica que se hace al decidir sobre la medida cautelar, que por supuesto es provisional, no constituye prejuzgamiento ni impide que al fallar el caso, el operador judicial asuma una posición distinta, dado que con el transcurrir de la actuación procesal es factible que el arribo de nuevas pruebas o la presentación de nuevos argumentos, persuadan al juez de resolver en sentido contrario al que *ab initio* se adoptó.

3.2. Trámite de la solicitud en el caso bajo estudio

3.2.1. En el acápite en el cual el demandante **solicitó la suspensión provisional del acto acusado**, visible a folios 12 a 36, la ilegalidad de la elección del señor Jorge Emilio Rey Ángel como Representante a la Cámara por el departamento de Cundinamarca, se fundó en el cargo expuesto en la demanda consistente en estar incurso en la causal de inhabilidad señalada en el numeral 3º del artículo 38 de la Ley 734 de 2002, en razón a que Jorge Emilio Rey Ángel inscribió su candidatura cuando se encontraba vigente una sanción disciplinaria en su contra.

Adicionalmente, señaló que el acto electoral violó de manera flagrante los artículos 35, 45 y 46 de la Ley 734 de 2002, así como las disposiciones contenidas en los artículos 10 y 35 de la Ley 1475 de 2011, en el artículo 1º de la Ley 190 de 1995 y en el artículo 12 del Acto Legislativo 01 de 2009.

3.2.2. Traslado de la solicitud de suspensión provisional

Por auto de 31 de julio de 2014, el Consejero Ponente **ordenó comunicar la solicitud de suspensión provisional** de su elección como Representante a la Cámara por el departamento de Cundinamarca, al señor Jorge Emilio Rey Ángel, al CNE, a la Registraduría Nacional del Estado Civil y al Ministerio Público, y les concedió el término de tres (3) días para que expusieran sus consideraciones sobre los fundamentos de la precitada medida.

3.2.3. El **Procurador Séptimo Delegado ante el Consejo de Estado**, solicitó se desestime la medida cautelar solicitada toda vez que no se satisfacen los requisitos enunciados en el artículo 231 del C.P.A.C.A para la procedencia de la medida cautelar, esto es que la violación “*surja del análisis del acto demandado y su confrontación con las normas superiores invocadas*”, debido a que en el caso concreto, la decisión de la medida cautelar necesita más que una simple “confrontación”, porque impone la obligación de realizar un análisis profundo acerca de si la sanción disciplinaria impuesta al demandado genera o no inhabilidad, examen, que a su juicio, no puede realizarse en esta etapa inicial sino en una etapa posterior. (Fls. 135-140)

El **Consejo Nacional Electoral**, a través de apoderada, se opuso a la suspensión provisional deprecada, con fundamento en que la medida no es procedente por cuanto “*su decreto no protegerá o garantizará provisionalmente la efectividad de la sentencia*”. Adicionalmente, señaló que el juicio de legalidad del acto es el objeto del proceso y que por ello debe ser resuelto en la sentencia.

Precisó que una vez revisadas las bases de datos de dicha entidad, no se encontró petición alguna en la que se solicitara la revocatoria de la inscripción como aspirante a la Cámara de Representantes por Cundinamarca del señor Jorge Emilio Rey Ángel.

Finalmente, afirmó que ante esa entidad se elevó una consulta en la cual se indagó sobre la presunta inhabilidad que hoy se indilga a Jorge Emilio Rey Ángel. Manifestó que a dicho requerimiento se le dio respuesta, señalando que la información solicitada no podía ser objeto de consulta, toda vez que el Consejo Nacional Electoral tiene previsto un procedimiento especial para decidir sobre las peticiones de revocatoria de inscripción cuando exista inhabilidad por parte del candidato. (Fls.147-153)

El demandado **Jorge Emilio Rey Ángel**, por intermedio de apoderada, solicitó que se deniegue por improcedente la medida cautelar pedida, debido a que el actor falta a la verdad al afirmar que la sanción impuesta por la Procuraduría fue la de inhabilidad, cuando en el fallo disciplinario y en el certificado de antecedentes disciplinarios visibles a folios 68 y 69, se deduce

con claridad que la sanción finalmente impuesta fue la de *“suspensión en el ejercicio del cargo por el término de 30 días”*.

Afirmó que la medida cautelar procederá cuando exista contradicción entre el acto acusado y las normas superiores en las que debía fundarse, sin que esta exigencia este satisfecha en el caso concreto, porque el actor fundamentó la solicitud de suspensión en la supuesta contradicción del Acuerdo N° 004 de mayo de 2014 con un concepto del Departamento de la Función Pública, concepto que no tiene el carácter de norma, no hace parte del ordenamiento jurídico colombiano y no es vinculante en ningún sentido

Manifestó que el demandante omitió demostrar, porque el acto electoral acusado esta viciado de nulidad, limitándose a enunciar las normas supuestamente infringidas lo cual, a su juicio, hace improcedente el decreto de la medida cautelar.

Finalmente, afirmó que i) cumple con todos los requisitos que exige tanto la Constitución como la ley para desempeñarse como congresista, sin que la sanción impuesta menoscabe el cumplimiento de esas calidades, debido a que es claro, reiteró, que la Procuraduría General de la Nación lo sancionó con *“suspensión en el ejercicio del cargo”*, pero no con la sanción denominada *“suspensión e inhabilidad especial”*; ii) contrario a lo que sostiene el demandante para desempeñarse como congresista no se necesita tener ausencia de sanciones disciplinarias; iii) el ejercicio de un cargo de elección popular, no implica ejercer *“función pública”* en los términos del artículo 45 de la Ley 734 de 2002; iv) durante el tiempo en el que transcurrió la sanción no desempeñó ningún cargo publico, ni celebró ningún contrato estatal y v) la parte actora no demostró que exista un perjuicio irremediable que haga necesario decretar la medida cautelar.

Como petición especial solicitó la acumulación de procesos, teniendo en cuenta que la acción de la referencia y la radicada bajo el número 11001-03-28-000-2014-00082-00 tienen identidad de partes, hechos y pretensiones. (Fl. 154-172).

Por su parte, la **Registraduría Nacional del Estado Civil**, hizo un recuento de sus funciones dentro del proceso de escrutinio y de elección y concluyó que escapa de sus competencias declarar la elección o decretar la suspensión del acto de elección. Con base en estos argumentos, solicitó se declare la falta de legitimación en la causa por pasiva y se desvincule de la presente acción a dicha entidad.(Fls. 173-177)

3.3 El caso concreto

La Sala, después de valorar el acervo probatorio y los argumentos expuestos por los diferentes sujetos procesales y las pruebas aportadas, concluye que no hay lugar al decreto de la suspensión provisional solicitada.

Si bien, desde que entró a regir el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, el juez de lo contencioso administrativo cuenta con mayores facultades de las que preveía el Código Contencioso Administrativo para juzgar la viabilidad de la suspensión provisional de los actos administrativos, en esta oportunidad no se evidencia que el acto en cuestión se oponga a las disposiciones invocadas con la demanda.

El actor invoca en la demanda, la causal de nulidad contenida en el numeral 5° del artículo 275 del C.P.A.C.A., la cual señala:

“ARTÍCULO 275. CAUSALES DE ANULACIÓN ELECTORAL. *Los actos de elección o de nombramiento son nulos en los eventos previstos en el artículo 137 de este Código y, además, cuando:*

(...)

5. Se elijan candidatos o se nombren personas que no reúnan las calidades y requisitos constitucionales o legales de elegibilidad o que se hallen incursas en causales de inhabilidad.”

A su juicio, existe contradicción entre el acto electoral demandado y el numeral 3° del artículo 38 de la Ley 734 de 2002, por cuanto declaró la elección de Jorge Emilio Rey Ángel con desconocimiento del régimen de inhabilidades contenido en tal normativa. Establece la norma en cita:

“Artículo 38. Otras inhabilidades. También constituyen inhabilidades para desempeñar cargos públicos, a partir de la ejecutoria del fallo, las siguientes:

(...)

“3. Hallarse en estado de interdicción judicial o inhabilitado por una sanción disciplinaria o penal, o suspendido en el ejercicio de su profesión o excluido de esta, cuando el cargo a desempeñar se relacione con la misma.”

Del texto citado se deduce que no podrán ocupar cargos públicos, las personas que se encuentran inhabilitadas por una sanción disciplinaria. No obstante, no toda sanción disciplinaria implica necesariamente la configuración de la inhabilidad para desempeñar cargos públicos, debido a que solo aquellas decisiones disciplinarias que impongan de manera expresa la sanción de inhabilidad pueden limitar los derechos políticos. Esto se acompasa con las disposiciones contenidas en el artículo 44 de la Ley 734 de 2002, el cual señala y clasifica una variedad de sanciones que se adoptaran, en el marco del procedimiento disciplinario, de conformidad con la gravedad de la falta cometida. De acuerdo a este artículo las sanciones en el procedimiento disciplinario pueden ser:

Artículo 44. *Clases de sanciones. El servidor público está sometido a las siguientes sanciones:*

- 1. Destitución e inhabilidad general, para las faltas gravísimas dolosas o realizadas con culpa gravísima.*
- 2. Suspensión en el ejercicio del cargo e inhabilidad especial para las faltas graves dolosas o gravísimas culposas*
- 3. Suspensión, para las faltas graves culposas.*
- 4. Multa, para las faltas leves dolosas.*
- 5. Amonestación escrita, para las faltas leves culposas.*

Parágrafo. *Habrá culpa gravísima cuando se incurra en falta disciplinaria por ignorancia supina, desatención elemental o violación manifiesta de reglas de obligatorio cumplimiento. La culpa será grave cuando se incurra en falta disciplinaria por inobservancia del cuidado necesario que cualquier persona del común imprime a sus actuaciones.*

Del artículo en comento se desprende que hay varios tipos de sanciones disciplinarias y solo dos de ellas acarrearán inhabilidad para desempeñar

cargos públicos, estas son: i) la destitución e inhabilidad general y ii) la suspensión en el ejercicio del cargo e inhabilidad especial.

En efecto, la Sección, en decisión de julio de 2009, **precisó que no cualquier decisión disciplinaria genera inhabilidad para el ejercicio de cargos públicos, sino solo aquella que imponga como sanción la inhabilidad ya sea especial o general.** En esa oportunidad señaló:

“El tema relativo a la sanción disciplinaria simple y a la sanción disciplinaria generadora de inhabilidad para desempeñar cargos públicos ha sido analizado ampliamente por la Sala. La posición ha sido unánime y reiterada en el sentido de considerar que sólo la sanción disciplinaria que inhabilita en forma expresa porque así lo dispone explícitamente el sancionador, es la que puede afectar la elección o el nombramiento. Sobre el punto es preciso distinguir las calidades que la Constitución y la ley exigen a los ciudadanos para resultar válidamente elegidos, consagradas en el artículo 172 de la Constitución en lo que concierne a Senadores de la República: “...ser colombiano de nacimiento, ciudadano en ejercicio y tener más de treinta años de edad en la fecha de la elección”. Y otras, son las causales de inhabilidad previstas en el artículo 179 superior, como prohibiciones para aspirar y ser ungido de tal investidura. Dentro de estas no aparecen enlistadas como tales, haber sido sancionado disciplinariamente. Es preciso además clarificar que no toda sanción disciplinaria conlleva inhabilidad para ejercer funciones públicas.”² (Subrayas fuera de texto)

En suma, únicamente la sanción disciplinaria que imponga de manera explícita, bien sea la inhabilidad general o la inhabilidad especial tiene la capacidad de afectar el acto de elección o nombramiento.

Lo expuesto en precedencia impone a la Sección analizar si en el caso concreto se acreditó el vicio que el demandante le indilga al Acuerdo N° 004 del 30 de mayo de 2014, esto es que el acto electoral se expidió con desconocimiento de la causal de inhabilidad contenida en el numeral 3° del artículo 38 de la Ley 734 de 2002.

² Consejo de Estado, Sección Quinta, Consejero Ponente Dra. Susana Buitrago Valencia, sentencia de 6 de julio de 2009, número de radicado 11001-03-28-000-2006-00115-00(4056-4084)

La Sala observa que dentro del presente expediente obra como prueba documental: i) El fallo disciplinario de 31 de octubre de 2013, por medio del cual la Procuraduría General de la Nación sancionó a Jorge Emilio Rey Ángel con suspensión en el ejercicio del cargo por el término de 30 días y ii) Respuesta a un derecho de petición, en el cual la Procuraduría dejó constancia que la decisión adoptada contra Jorge Emilio Rey Ángel quedó en firme el 12 de noviembre de 2013.

En documento obrante a folios 37 a 68 se muestra con claridad la clase de sanción que le fue impuesta a Jorge Emilio Rey Ángel. Se lee:

“En consecuencia, el Procurador Delegado para la Economía y la Hacienda Pública

RESUELVE

PRIMERO. Declarar probados los cargos primero y segundo por los cuales se ha llamado a responder al señor JORGE EMILIO REY ÁNGEL identificado con cédula de ciudadanía número 79.632.322 en su condición del Alcalde de Municipio de Funza en el período comprendido entre el año 2008 y 2011 dentro del expediente radicado 055-457966 conforme a lo expuesto en la parte motiva de este proveído

SEGUNDO. Sancionar al servidor público JORGE EMILIO REY ÁNGEL identificado con cédula de ciudadanía número 79.632.322 en su condición del Alcalde de Municipio de Funza en el período comprendido entre el año 2008 y 2011 con suspensión en el ejercicio del cargo por 30 días de los cuales se convertirán en salarios equivalentes a cinco millones trescientos ochenta y siete mil ciento treinta y tres pesos (\$5.387.133), de conformidad con lo señalado en la parte motiva del presente proveído

(...) ”³

Adicionalmente y con la constancia de la firmeza del acto administrativo disciplinario⁴ queda claro que dicha decisión no fue modificada, ni fue objeto de recurso de apelación **lo que significa, que la sanción finalmente**

³ Folio 68 del expediente

⁴ Folio 73 del expediente

impuesta al demandado fue la de suspensión en el ejercicio del cargo por el término de (30) treinta días, suspensión que se convirtió a una suma de dinero de conformidad con el tenor del artículo 46 de la Ley 734 de 2002⁵.

De lo expuesto, se colige que la sanción impuesta a Jorge Emilio Rey Ángel fue la consagrada en el numeral 3° del artículo 44 de la Ley 734 de 2002, esto es la de “*suspensión*” y no como, el actor sostiene, “*la de suspensión en el ejercicio del cargo con inhabilidad especial*” consagrada en el numeral 2° de ese mismo artículo. Por lo tanto, el fallo disciplinario contra el demandado solo tuvo la consecuencia consagrada en el numeral 2° del artículo 45 de la Ley 734 de 2002, esto es la “*separación del ejercicio del cargo en cuyo desempeño se originó la falta disciplinaria*” pero no le generó inhabilidad para desempeñar cargos públicos.

4. Conclusión

Lo discurrido por la Sala permite inferir que hay lugar a admitir la demanda y, que decretar la medida de suspensión provisional no es viable, debido a que no se demostró que el señor Jorge Emilio Rey Ángel estuviera incurso en causal de inhabilidad, que pudiera configurar la causal de nulidad contemplada en el numeral 5° del artículo 275 del C.P.A.C.A.

La Sala no se pronunciará, en esta etapa procesal, respecto de la solicitud de “*acumulación de procesos*” formulada por el demandando, ya que: i) al tenor literal del artículo 282 del C.P.A.C.A la etapa para decidir si aquella es procedente es “*una vez vencido el término para contestar la demanda*” y ii) está es una decisión que en su momento corresponderá adoptar al ponente.

En mérito de lo expuesto, la Sección Quinta de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado,

RESUELVE:

PRIMERO. Admitir la demanda electoral instaurada contra el Acuerdo N° 004 de mayo de 2014 expedido por el Consejo Nacional Electoral por medio del

⁵ Folio 68 del expediente

cual se declaró la elección de Jorge Emilio Rey Ángel, como Representante a la Cámara por el departamento de Cundinamarca para el período 2014-2018. Al efecto se dispone:

1. Notifíquese personalmente esta providencia al señor Jorge Emilio Rey Ángel, en la forma prevista en el numeral 1 literal a) del artículo 277 del C.P.A.C.A.
2. Notifíquese personalmente esta providencia al Presidente del Consejo Nacional Electoral y al Registrador Nacional del Estado Civil. (Art. 277.2 Ib.).
3. Notifíquese personalmente al agente del Ministerio Público (Art. 277.3 Ib.).
4. Notifíquese por estado esta providencia al actor (Art. 277.4 Ib.).
5. Infórmese a la comunidad la existencia del proceso por medio de la página web de esta Corporación (Art. 277.5 Ib.).

SEGUNDO: Denegar la solicitud de suspensión provisional del acto acusado.

TERCERO: RECONOCER personería a la doctora Nohora Milena Mallarino Mejía, como apoderada del señor Jorge Emilio Rey Ángel, en los términos del poder conferido.

CUARTO: RECONOCER personería a la doctora Yenny Paola Arciniegas Ayala, como apoderada del Consejo Nacional Electoral, en los términos del poder conferido.

Notifíquese y Cúmplase

ALBERTO YEPES BARREIRO

Presidente

LUCY JEANNETTE BERMÚDEZ BERMÚDEZ

SUSANA BUITRAGO VALENCIA

Bogotá D.C., dos (2) de diciembre de 2014.

ACLARACIÓN DE VOTO

Consejero: Alberto Yepes Barreiro

Radicado No.: 11001-03-28-000-2014-00137-00

Radicado interno No.: 2014-00137

Actor: Gustavo Adolfo Sánchez Arrieta

Demandado: Carlos Ernesto Camargo Assis – Magistrado del Consejo Nacional Electoral

Con el acostumbrado respeto por las decisiones de esta Sección, me permito exponer las razones por las cuales me aparto de algunas de las consideraciones expuestas en la providencia objeto de aclaración.

Como lo he venido sosteniendo, lo cierto es que el artículo 231 del C.P.A.C.A. establece que la medida cautelar de suspensión provisional debe ser decretada “...cuando [la] violación surja del análisis del acto demandado y su confrontación con las normas superiores invocadas como violadas o del estudio de las pruebas allegadas con la solicitud. (...)”, aquella circunstancia implica que el juez de lo contencioso debe efectuar un estudio, un análisis de los argumentos expuestos **y confrontarlos junto con la totalidad de los elementos de prueba arrimados al proceso para llegar al convencimiento sobre la procedencia o no de la medida**, a diferencia de lo que ocurría en vigencia del artículo 152 del C.C.A., en donde la infracción debía ser **manifiesta**.

En cuanto a las razones de la reforma en cita se hace necesario precisar sobre su origen así:

El análisis del tercer requisito dispuesto por el artículo 152 del Decreto 01 de 1984 (demostración aunque fuera sumaria del perjuicio que ocasionaba la ejecución del acto demandando) no se hacía, porque el operador jurídico se

quedaba en la falta de una oposición grosera del acto frente a la normativa que se decía desconocida, razón por la cual la concesión de la medida cautelar fue escasa.

Es así como, en vigencia del Decreto 01 de 1984, la norma que regía la suspensión provisional fue interpretada en la forma más restrictiva posible, lo que produjo que solo en unos casos, fortuitos, si se quiere, se decretara su procedencia, al punto que algunos la calificaron como una institución en vía de extinción⁶.

Para justificar el aserto anterior, basta con darle una mirada a las numerosas decisiones que profirió el máximo tribunal de lo contencioso administrativo, para concluir que fue tal el rigorismo bajo el cual se interpretó la voz “*manifiesta*”, que hizo carrera la exigencia según la cual la violación debía ser “...*clara y ostensible que no requiriera ningún tipo de reflexión, para establecer de inmediato, que el acto es violatorio de normas superiores*”⁷.
(Negrilla fuera de texto original)

En una de esas decisiones se lee:

“La medida resulta improcedente si para avizorar la infracción al ordenamiento jurídico es menester hacer lucubraciones o razonamientos profundos o sistemáticos, si más allá de la confrontación entre la norma, el acto acusado y las pruebas presentadas, se debe hacer una valoración mancomunada, sistemática y profunda de la prueba documental aportada y de las normas invocadas, pues tal tipo de razonamientos solamente se puedan hacer al momento de fallar, garantizando al sujeto pasivo de la acción su derecho a la defensa y a contradecir todos y cada uno de

⁶ GONZALEZ REY. Sergio. Conversación virtual con un hurón sobre el control judicial del acto administrativo en Colombia” Jornadas de Derecho Constitucional y Administrativo en Colombia. IV Jornadas de Derecho Constitucional y Administrativo. Universidad Externado de Colombia. Bogotá, 2003. Págs. 724 a 728.

⁷ CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativa. Sección Quinta, Sentencia de marzo 11 de 1993. C.P.: Dr. Luis Eduardo Jaramillo. Radicación número 0983.

los medios de prueba para sustentar la causal de nulidad...⁸. (Negrilla fuera de texto original)

Es por ello que, i) ante la falta de cumplimiento de la finalidad de la suspensión provisional, ii) la limitada interpretación del término “*manifiesta*” que empleaba el Decreto 01 de 1984 y iii) la determinación de la Corte Constitucional sobre la idoneidad de la acción de tutela frente a esta, el legislador propuso su modificación para lograr **la eficacia** de este medio de cautela.

Después de años de discusión en el Congreso de la República de proyectos de ley para lograr una modificación de la normativa que regía lo contencioso administrativo, que, entre otros objetivos, debía tender a hacer compatibles los mandatos de la Constitución de 1991 -en donde la prevalencia de los derechos fundamentales y la existencia de mecanismos judiciales para hacerlos efectivos son principios axiales-, el legislador expidió la Ley 1437 de 2011, que derogó expresamente el Decreto 01 de 1984, el cual rigió hasta el 12 de julio de 2012.

Así, se propuso una redacción sencilla del artículo referente a la suspensión provisional, que eliminó el término “*manifiestamente*” y estableció que la medida procedía cuando existiera la violación entre el acto acusado y la norma que se decía vulnerada. Por consiguiente, el legislador **modificó radicalmente la teleología y el entendimiento** de la suspensión provisional como medida cautelar.

Ahora bien, la interpretación del artículo 231 del CPACA, que consagra la medida de suspensión debe darse bajo el siguiente entendido:

Cuando el legislador eliminó de forma expresa el vocablo “*manifiesta*”, lo hizo para permitir al juez un análisis, una valoración inicial del acto acusado con las normas que se dicen desconocidas para determinar la procedencia o no de la suspensión provisional.

⁸ CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Quinta. Sentencia de septiembre 2 de 2004. C.P. María Nohemí Hernández Pinzón. Exp.3529.

Sin embargo, pese a las transformaciones que hizo el legislador en este aspecto, el máximo órgano de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo sigue apegado a una concepción formalista en la aplicación del derecho, ignorando la prevalencia y garantía de los derechos fundamentales, forzando la intervención del juez de tutela para garantizar lo que en principio podría asegurar esa jurisdicción y, en consecuencia, haciendo de este mecanismo subsidiario de protección de los derechos fundamentales el principal.

Ahora bien, debe entenderse que cuando el legislador dispuso que la violación debía surgir del examen entre la norma y el acto acusado o las pruebas aportadas, quiso significar que el juez debe **analizar** los supuestos que le han sido traídos en la demanda para verificar, en **un primer estudio**, si la ilegalidad que se alega existe o no; es decir, le corresponde hacer lo que he denominado un juicio previo o provisional de legalidad.

Otra interpretación, es aquella que se ha encaminado a señalar que la suspensión provisional implica un prejuzgamiento, resistiéndose a decretar su procedencia y, por ende, restándosele eficacia e idoneidad a la medida cautelar.

Una vez más, a diferencia de quienes marginalizan el uso de esta medida de cautela, debo advertir que esta no implica prejuzgamiento, porque el legislador, en este caso, le ha otorgado expresamente al juez la competencia para efectuar ese pronunciamiento, el cual puede variar si en el curso del proceso surgen elementos de juicio de carácter normativo y/o probatorio que lo lleven a cambiar esa primera percepción sobre la legalidad o no del acto, asunto que se determinará definitivamente en la sentencia.

Entiendo que prejuzgar implica que el fallador anticipe o manifieste fuera de la oportunidad procesal su criterio sobre el objeto de la *litis* o alguno de sus

extremos, es decir, se convierte en un pronunciamiento sobre el mérito del asunto en una etapa procesal no prevista para el efecto.

El legislador explícitamente advirtió en el artículo 229 C.P.A.C.A. que cuando el juez hace el análisis de la medida cautelar que se solicita en la demanda no incurre en un prejujuicio, porque comprendió que debía habilitar este momento procesal, previo a la sentencia, para que el funcionario hiciera un primer juicio de legalidad del acto acusado, con fundamento en los argumentos y elementos aportados en la demanda, para atender o no la suspensión del acto censurado⁹, sin que ello implique certeza sobre lo que será el resultado final.

El cambio que introdujo el legislador permite al operador jurídico a partir de los fundamentos normativo-probatorios de la demanda, formarse una primera opinión sobre si el acto acusado vulnera el ordenamiento jurídico – Constitución y ley-, para, consecuentemente, decretar la suspensión provisional con el fin de proteger la integridad de aquel. Es decir, la presunción de legalidad, es eso, una presunción que admite ser desvirtuada desde un primer momento ante la jurisdicción.

En otros términos, el juez está llamado en cualquier momento a hacer prevalecer la finalidad de la medida cautelar de asegurar el objeto del respectivo medio de control que, en los casos de simple nulidad, no es otro que el restablecimiento o mantenimiento del orden jurídico perturbado o alterado por un acto contrario a aquel; o que, en el caso de la nulidad y restablecimiento del derecho, además proteger el orden jurídico, también busca que se garanticen los derechos del ciudadano recurrente y, de ser posible, las cosas vuelvan al estado en que se encontraban al momento en que actuó la administración.

De allí la importancia que el juez, en cada caso, analice el contexto de la situación puesta a su consideración, para que determine si además de la

⁹ Es importante señalar que uno de los argumentos que en otros ordenamientos no dejó avanzar el entendimiento y real objeto de las medidas cautelares fue asimilar el juicio de legalidad que debe hacer el juez a un prejujuicio. Sobre el particular ver los autos del Tribunal Supremo Español de 9 de noviembre de 1992 y 9 de febrero de 1993.

suspensión provisional que fue solicitada se impone la adopción de otras medidas para lograr precaver el objeto del medio de control que se hubiese empleado. En estos casos, le corresponde al operador hacer juicios de ponderación que le permitan de una forma razonada justificar su decisión de negar o no una medida diversa a la suspensión.

En ese sentido, cobra importancia el artículo 230 del CPACA cuando señala que se podrá decretar una o varias de las medidas de cautela que en él se contemplan, siempre que tengan una relación con las pretensiones de la demanda.

En consecuencia, el juez no puede tener vedado tomar una decisión *ab initio* del proceso en salvaguarda del orden jurídico, pues, precisamente, debe garantizar los principios que rigen a la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo: la garantía de los derechos de las personas -sean estos de carácter fundamental o legal- y la preservación del orden jurídico, como lo estipula el artículo 103 de la Ley 1437 de 2011, principios que no pueden entenderse satisfechos únicamente al momento de dictar el fallo, porque este razonamiento sería contrario al derecho a una tutela judicial efectiva.

Lo anterior, porque en muchas ocasiones cuando ello sucede, la decisión será inane para lograr la plena satisfacción de aquellos, pues ha llegado demasiado tarde y no hay derechos que proteger, pues, aún con el fallo, el daño sobre estos ya se ha consumado y solo será posible frente a ellos hablar de una indemnización que en ningún caso permitirá la completa garantía de aquellos, es decir, se presentará el verdadero perjuicio irremediable.

De una lectura del artículo 231 del CPACA, se desprende, entonces, que el legislador no pretendió sujetar la procedencia de la suspensión provisional a más requisitos que los estrictamente necesarios para que el juez se hiciera una primera idea sobre la situación puesta a su conocimiento: normas violadas, razón de la violación y pruebas si las hay, el resto, corresponde al juez, llamado a determinar si existe o no razón en lo que se alega.

No sucede lo mismo en relación con los otros medios de cautela, pues frente a ellos se fijaron unos requisitos adicionales que son razonables, como la demostración por lo menos sumaria de la titularidad del derecho que se alega vulnerado o amenazado, o aquel que hace referencia a argumentos, documentación, entre otros, que permitan inferir en un juicio de ponderación de intereses, que puede resultar más lesivo para el interés público negar la medida que su concesión, como en efecto lo indica en uno de sus apartados el artículo 231 del CPACA. Igualmente, se requiere demostrar, en los casos de cautela diversos a la suspensión, que de no concederse la medida se causará un perjuicio irremediable o que los efectos de la sentencia serían nugatorios.

En estos eventos, si bien le corresponde al demandante cuando solicita la medida motivar de una forma razonada su solicitud, es al juez contencioso al que le compete efectuar el análisis sobre la ocurrencia o no de estas circunstancias para determinar la procedencia de la respectiva medida.

Lo anterior significa que el juez, al resolver sobre la solicitud de medida cautelar está habilitado para adelantar un juicio previo y de fondo, sobre la legalidad del acto acusado, en el que se debe evaluar, **por un lado**, las razones de la solicitud **y, por otro**, las pruebas aportadas, si las hay.

Es por ello que celebro el hecho de que la Sección hubiese, de fondo, tomado una decisión respecto de la solicitud de suspensión provisional del acto acusado, tomando en cuenta para su resolución no solo las normas aplicables, sino también, las pruebas obrantes en el expediente, analizándolas conforme las reglas de la sana crítica.

El anterior entendimiento respecto del régimen de medidas cautelares del C.P.A.C.A., sustancialmente distinto en comparación con el del anterior código, es el que me lleva a insistir en que: **en casos como en el que nos ocupa, en donde se hace necesario desde sus inicios adoptar una postura de fondo al resolver la solicitud de suspensión provisional, resulta ilustrativo, por decir lo menos, aplicar analógicamente el trámite**

previsto para el proceso ordinario con el fin de correr traslado, a los sujetos procesales, de la solicitud de la medida cautelar. Ello, huelga decirlo, contrario a desconocer el derecho fundamental al debido proceso, lo garantiza de una mejor manera.

Es por lo expuesto es que con toda vehemencia he venido sosteniendo que, **si bien la normativa que rige el procedimiento electoral no prevé que de la mencionada solicitud se deba correr traslado, lo cierto es que tampoco lo prohíbe,** razón por la cual el suscrito considera, y así ha venido haciéndolo, que en aras de garantizar el derecho de defensa y contradicción, especialmente de la parte demandada, **puede disponerse que previo a decidir sobre la suspensión provisional, se comuniquen los fundamentos de esta solicitud al ciudadano cuyo nombramiento o elección se acusa; a la entidad que expidió el acto demandado, así como también al Ministerio Público, con el fin de que expongan sus consideraciones sobre los fundamentos de la precitada petición.**

En suma, si bien no constituye un requisito indispensable dentro del trámite de los procesos electorales, el traslado de la solicitud de la medida cautelar puede surtirse, a discreción del Magistrado Ponente, aplicando analógicamente las reglas previstas al efecto en el marco de los procesos ordinarios.

De otro lado, aprovecho el escenario para poner de presente que igualmente me aparto de la afirmación que se hace en el párrafo final del auto objeto de aclaración según la cual: *“por otra parte, la aplicación de la jurisprudencia que se invoca como sustento de la demanda, respecto de la decisión sobre la medida cautelar de suspensión de los efectos acto acusado, es un aspecto que no tiene cabida. De acuerdo con el citado artículo 229 del CPACA, el estudio de la medida cautelar se debe circunscribir a que se establezca si existe la trasgresión que se alega como consecuencia del análisis del*

acto con el ordenamiento jurídico o del estudio de las pruebas allegadas con la demanda. No respecto de jurisprudencia”.

Es cierto que el artículo 231 del CPACA establece que hay lugar a decretar la suspensión provisional *“cuando tal violación surja del análisis del acto demandado y su **confrontación con las normas superiores invocadas como violadas o del estudio de las pruebas allegadas con la solicitud**”*. No obstante lo anterior, el desconocimiento de una posición jurídica adoptada en una sentencia proferida por una Alta Corte siempre que constituya precedente, ciertamente, puede evidenciar la violación del orden jurídico, dentro del sistema de fuentes y, por tanto, válidamente tal argumento puede ser utilizado como sustentación de una solicitud de suspensión provisional de los efectos del acto que se demanda.

Así, cuando un ciudadano, por ejemplo, manifiesta que se desconocieron las sentencias de unificación proferidas por esta Corporación, lo que quiere mostrar es que se desconoció un precepto interpretado **conforme a los parámetros hermenéuticos adoptados en esas providencias**, que constituyan **precedente**, y no mera jurisprudencia.

En los anteriores términos dejo plasmadas las razones que me llevan a apartarme del criterio mayoritario de la Sala en lo que refiere al traslado de las solicitudes de suspensión provisional en el marco de un proceso electoral y la imposibilidad de fundamentar una solicitud de suspensión provisional en el desconocimiento del precedente.

Atentamente,

ALBERTO YEPES BARREIRO

Consejero de Estado

