



CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCIÓN QUINTA

Consejera Ponente: ROCÍO ARAÚJO OÑATE

Bogotá D.C., veintidós (22) de marzo de dos mil dieciocho (2018)

Radicación Número: 52001-23-33-000-2017-00641-01

Accionante: VILMA ZAPATA ORTIZ

Accionada: KATYA JACQUELINE CASTRO ENRÍQUEZ, Contralora Departamental de Putumayo

ASUNTO: Nulidad electoral – apelación auto que decretó la suspensión provisional. Confirma decisión de primera instancia.

OBJETO DE LA DECISIÓN

Procede la Sala a resolver los recursos de apelación interpuestos por los apoderados judiciales de la demandada y la Presidenta de la Asamblea Departamental de Putumayo, contra el auto del 22 de noviembre de 2017, por medio de la cual la Sala de Decisión del

Sistema Oral del Tribunal Administrativo de Nariño, decretó la medida cautelar de suspensión provisional solicitada.

I. ANTECEDENTES

1. La demanda

La señora Vilma Zapata Ortiz a través de apoderado judicial, presentó demanda en ejercicio del medio de control contenido en el artículo 139 de la Ley 1437 de 2011¹, en la cual solicitó la suspensión provisional y consecuente declaratoria de nulidad del acto de elección de la señora Katya Jacqueline Castro Enríquez como Contralora Departamental de Putumayo.

1.1 Hechos

1.1.1 Adujo que el 5 de octubre de 2017 la Asamblea Departamental de Putumayo, en sesión de esa misma fecha eligió a la señora Katya Jacqueline Castro Enríquez como Contralora Departamental de Putumayo.

1.1.2 Mencionó que el 16 de septiembre de 2016, el Tribunal Administrativo de Nariño declaró la nulidad del acto elección del señor Jorge Ovidio Pérez Villabona como Contralor Departamental de Putumayo. Esta decisión fue confirmada por la Sección Quinta del Consejo de Estado en sentencia del 10 de noviembre de 2016 dentro del radicado No. 52001-23-33-000-2016-00197-01.

¹ Folios 1 a 44 del cuaderno No. 1

1.1.3 Sostuvo que como consecuencia de lo anterior, la diputada Yuri Quintero presentó la proposición No. 003 del 1º de marzo de 2017, por medio de la cual se orientó el cumplimiento del fallo anulatorio y a su vez se le concedió facultades *pro tempore* a la mesa directiva de la Asamblea Departamental.

1.1.4 El 2 de marzo de 2017 se aprobó por parte de la Asamblea, la proposición No. 003, la cual en su parte resolutive señaló:

*“**Artículo Primero:** Facultar a la Mesa Directiva de la Asamblea Departamental de Putumayo, para que adelante la convocatoria pública abierta para la elección del Contralor (a) General del Departamento de Putumayo por el resto del periodo institucional 2016-2019, de acuerdo con el mandato legal impuesto a través de la ley 42 de 1993 y los parámetros fijados en consignados (sic) en el acto Legislativo 02 de 2015 y los conceptos de la Sala de Consulta y Servicios Civil del Honorable Consejo de Estado,...*

***Artículo segundo:** De conformidad con lo anterior, dar cumplimiento a la sentencia dictada por el Consejo de Estado bajo el radicado No. 52000-23-33-000-2016-00197-01, ..., a través de la cual se establece la obligación para esta Corporación de expedir una nueva convocatoria para el procedimiento para la elección del contralor de esa entidad territorial.*

***Artículo Tercero:** La Mesa Directiva socializará informes periódicamente en plenaria de todos los procedimientos adelantados. Además se hará responsable de las omisiones y en (sic) extralimitación es (sic) en que incurra en el cumplimiento de las facultades otorgadas.”*

1.1.5 Indicó que el 9 de marzo de 2017, a solicitud de varios diputados se presentó la proposición No. 007 en la que se aprobó: i) revocar la proposición No. 003 del 2 de marzo de 2017, ii) revocar la convocatoria pública realizada por la mesa

directiva y, iii) que la Asamblea Departamental conforme una comisión accidental para que apoye el proceso de selección.

1.1.6 Ilustró que una vez conformada la comisión accidental, el 13 de marzo de 2017, la Presidenta de la Asamblea de Putumayo expidió la Resolución No. 11 mediante la cual revocó de manera directa la proposición No. 003 de la plenaria de la duma departamental.

1.1.7 Señaló que el 21 de abril de 2017, la comisión accidental conformada para la selección del nuevo contralor departamental, presentó ante la asamblea el cronograma con las etapas que debía seguirse para el adelantamiento del nuevo proceso electoral. Dicha proposición fue aprobada en sesión plenaria del 24 de abril de 2017.

1.1.8 Conforme con los anteriores antecedentes, el 24 de abril de 2017, se expidió la Resolución No. 14 de 2017, *“Por medio de la cual se hace una convocatoria pública para el proceso de selección y elección del Contralor Departamental del Putumayo, para lo que resta del período 2016-2019”*. El mencionado acto administrativo fue signado por la Primera y Segunda Vicepresidencia de la Asamblea dado que la Presidenta se abstuvo de suscribirla por no estar de acuerdo con ella.

1.1.9 Relató la accionante que el 27 de abril de 2017, la presidenta de la asamblea departamental, expidió la Resolución No. 016, *“Por medio de la cual se cumple un fallo judicial y se apertura la convocatoria pública abierta para el proceso de selección y elección del Contralor Departamental de Putumayo, por el resto del período institucional 2016-2019”*, en contra de lo decidido por la plenaria.

1.1.10 Informó que la presidenta de la asamblea departamental participó en la estructuración del estudio de necesidad y demás etapas previas a la celebración del contrato, documento éste en el que se plasmó que la plenaria de la дума departamental autorizó a la mesa directiva para suscribir la convocatoria pública y, que ésta en uso de las facultades conferidas por el numeral 5 del artículo 47 de la Ordenanza 600 del 21 de octubre de 2010, seleccionó a la Corporación Universitaria Autónoma de Nariño para que realizara el acompañamiento técnico en la etapa de reclutamiento y pruebas de conocimiento dentro del proceso de selección.

1.1.11 El ente universitario el 7 de junio de 2017, publicó la Resolución No. 02, en la cual se establecieron los criterios de evaluación de las pruebas a realizarse a los aspirantes al cargo de Contralor Departamental de Putumayo, documento que fuera publicado en la página web de la Gobernación y en la de la universidad.

1.1.12 La parte actora manifestó que en la Resolución No. 02 de 2017, la Universidad Autónoma de Nariño, modificó entre otros aspectos sustanciales, el puntaje establecido en la Resolución No. 16 del 27 de abril de 2017 respecto de la valoración de la experiencia.

1.1.13 Luego de narrar múltiples vicisitudes ocurridas al interior de la asamblea en el marco del proceso eleccionario, la accionante sostuvo que la presidente de la дума departamental en sesión plenaria del 5 de octubre de 2017 adujo que: *“Será elegido contralor departamental a (sic) aquel que obtuvieron (sic) la mayor votación siempre y cuando en el recinto se cuente con el quórum reglamentario para poder decidir”*. Finalizado el proceso de votación,

se tuvo que de 11 electores, 3 votaron por la ahora demandada y 8 en blanco.

1.1.14 Conforme con la anterior votación, la presidenta de la Asamblea Departamental del Putumayo y no la plenaria, declaró electa a la señora Katya Jacqueline Castro Enríquez.

1.2 Normas violadas y concepto de violación

La accionante en su escrito de demanda, señaló los siguientes preceptos normativos como desconocidos con la expedición del acto de elección demandado, los mismos que le sirvieron para sustentar su solicitud de medida cautelar, así:

1.2.1 Artículo 137 de la Ley 1437 de 2011:

1.2.1.1 Infracción de las normas en que debía fundarse: Este cargo lo sustentó en el desconocimiento del artículo 2 de la Ordenanza No. 600 de 2010 modificado por el artículo 2 de la Ordenanza No. 752 del 27 de julio de 2017, que estableció que para la elección de contralores se requiere la mayoría absoluta de los miembros que integran la Asamblea Departamental. La norma desconocida contempla:

“Artículo 49.- Fijación previa de la fecha para la elección. La fecha de elección del Contralor General del Departamento se fijará desde la convocatoria pública y se llevará a cabo en el recinto de la Asamblea Departamental del Putumayo, en sesión plenaria y mediante votación secreta por parte de los Diputados.

El Contralor General del Departamento del Putumayo será elegido por mayoría absoluta del total de los miembros que integran la Corporación. Quien tomará posesión del cargo ante la corporación.”
(Negrillas propias).

Sostuvo que conforme el artículo 25 de la Ordenanza No. 600 de 2010, la mayoría absoluta de los miembros debe entenderse como *“la mitad más uno de los integrantes de la Asamblea”*, y, en el artículo 13 ídem, se establece que la Asamblea Departamental de Putumayo se encuentra integrada por 11 miembros.

Indicó que la presidente de la corporación basó su decisión de declarar la elección basada en el texto derogado del artículo 49 de la Ordenanza No. 600 de 2010, que contemplaba que el contralor sería elegido con el mayor número de votos obtenido siempre y cuando hubiese el quórum necesario, normativa que no rigió el acto electoral dado que fue modificado previo a la declaratoria de la elección.

1.2.1.2 Modificación de las reglas de participación de la convocatoria: Al respecto señaló que el ente universitario modificó las reglas de la selección de candidatos con posterioridad a la finalización del período de cierre de recepción de hojas de vida y habiendo incluso realizado la verificación de los requisitos exigidos.

Las modificaciones recayeron sobre: i) el carácter escrito de la prueba de conocimiento, ii) la eliminación de la prueba de competencias laborales de acuerdo a lo previsto en el manual de funciones de la Contraloría Departamental de Putumayo, iii) la variación de puntajes para la valoración de los estudios y experiencia, el número de títulos adicionales de pregrado y postgrado en áreas a fines al cargo, y la naturaleza de estos, iv) la eliminación de puntajes por demostrar *“al menos 4 años de experiencia relacionada al cargo”* y *“5 años o más de experiencia*

relacionada al cargo” y, v) la modificación y adición de las condiciones de la entrevista.

1.2.1.3 Expedición sin competencia: Al respecto mencionó que la Resolución No. 016 del 27 de abril de 2017 es ilegal por haberse expedido sin competencia dado que el acto administrativo en su parte motiva señaló que se acogía a las reglas de la elección de personeros, esto es, la Ley 1551 de 2012, por ende, conforme a los artículos 277 y 126 de la Constitución Política, correspondía a la Asamblea Departamental del Putumayo en pleno la elaboración de la convocatoria y no a la mesa directiva.

Sostuvo que la falta de competencia radica en que si bien el artículo 2º del Decreto 2485 de 2014, establece que: *“La convocatoria, deberá ser suscrita por la Mesa Directiva del Concejo Municipal o Distrital, previa autorización de la Plenaria de la corporación”*, ello a lo que se refiere es que la expedición de la convocatoria pública debe ser decidida por el pleno de sus miembros de acuerdo al mecanismos democráticos establecidos para el efecto, y hecho esto, la convocatoria deberá ser suscrita por la Mesa Directiva.

2. Actuaciones procesales relevantes

2.1 Admisión de la demanda y decisión de la medida cautelar

El 22 de noviembre de 2017², la Sala de Decisión del Sistema Oral del Tribunal Administrativo de Nariño, admitió la demanda

² Folios 50 a 58 vuelto del cuaderno No. 1

y decretó la medida cautelar³ de suspensión provisional de los efectos del acto demandado.

Para sustentar su decisión, el a-quo señaló que la Ordenanza No. 752 del 27 de julio de 2017 es modificatoria de los artículos 48 y 49 de la Ordenanza No. 600 del 21 de octubre de 2010, por medio de la cual, a su vez, se modificó la Ordenanza No. 562 del 20 de noviembre de 2008 que corresponde al reglamento interno de la Asamblea Departamental del Putumayo.

Con dicha reforma, se estableció: “... *El Contralor General del Departamento del Putumayo será elegido por **mayoría absoluta** del total de los miembros que integran la Corporación. Quien tomará posesión del cargo ante esta Corporación*”.

Luego de lo anterior, adujo que el artículo 2º de la mencionada ordenanza prevé como principio rector que las normas allí contenidas deberán interpretarse con respeto a la regla de mayorías, según la cual, el reglamento debe aplicarse en forma tal que toda decisión refleje la voluntad de las mayorías presentes en la respectiva sesión y consulte, en todo momento, la justicia y el bien común.

Por otra parte, el artículo 13 del reglamento estableció que dicha corporación estaría integrada por 11 miembros; a su turno el artículo 25 ídem previó el número mínimo de diputados que se requiere para deliberar y decidir. Es así como, el cuórum decisorio se compone de la mitad más uno de los diputados integrantes de la asamblea.

³ De las copias remitidas del expediente no se observa auto que ordene el traslado previo de la solicitud de medida cautelar.

Igualmente indicó que el Decreto 1222 del 18 de abril de 1986, “*Por el cual se expide el Código de Régimen Departamental*”, establece en su artículo 31 lo siguiente: “*En el Congreso pleno, en las cámaras y en las comisiones permanentes de éstas, las decisiones se tomarán por la mitad más uno de los votos de los asistentes, a no ser que la Constitución exija expresamente una mayoría especial.*”

Las normas sobre quórum y mayorías decisorias regirán también para las asambleas departamentales,...”

Tal normativa encuentra pleno respaldo en los artículos 146 y 148 de la Constitución Política que señalan:

“Artículo 146. En el Congreso pleno, en las Cámaras y en sus comisiones permanentes, las decisiones se tomarán por la mayoría de los votos de los asistentes, salvo que la Constitución exija expresamente una mayoría especial

Artículo 148. Las normas sobre quórum y mayorías decisorias regirán también para las demás corporaciones públicas de elección popular.”.

Con base en las normas transcritas decidió decretar la medida cautelar de suspensión provisional del acto demandado al considerar que el mismo se encuentra en contraposición de la Constitución Política y la ley al declararse electa como Contralora Departamental de Putumayo a la demandada, con tan solo 3 de los 11 votos posibles, dado que la asistencia a la sesión fue de la totalidad de los miembros de la duma departamental.

2.2 Solicitud de aclaración y adición del auto de suspensión provisional

En escrito de 28 de noviembre de 2017⁴, el apoderado judicial de la Presidenta de la Asamblea Departamental de Putumayo, solicitó se aclare y adicione el numeral 6 del auto que admitió la demanda y decretó la suspensión provisional al considerar que no existía certeza de a quien le correspondía hacer la publicación del aviso y si éste debía hacerse en caso de no lograrse la notificación personal de la demandada.

2.3. Recursos de apelación

El apoderado judicial de la Presidenta de la Asamblea Departamental de Putumayo, el 28 de noviembre de 2017⁵, presentó recurso de apelación en el que sustentó su inconformidad contra el auto que decretó la medida cautelar de la siguiente manera:

1. Cargo de falta de competencia: adujo que de conformidad con el artículo 139 de la Ley 1437 de 2011, el acto de convocatoria pública no puede ser objeto del medio de control de nulidad electoral.

Aunado a lo anterior, estableció que dicho cargo no resultaba suficiente para decretar la medida cautelar por cuanto, al ser el acto enjuiciado un acto de carácter particular debía demostrarse que sus efectos resultaban nocivos y afectaban en materia grave el orden público, político, económico, social y ecológico.

⁴ Folios 101 a 103 del cuaderno No. 1.

⁵ Folios 104 a 113 del cuaderno No. 1.

Adicionalmente indicó que el actor no encuadró el cargo de falta de competencia, en alguna de las causales de anulación establecida en el artículo 275 ídem.

2. Procedencia de la medida cautelar: al respecto señaló que la medida cautelar no era procedente, toda vez que la Ordenanza No. 600 del 21 de octubre de 2010, se encontraba vigente al momento de la elección de la contralora, no así la Ordenanza No. 752 del 27 de julio de 2017, la cual fue expedida en momento posterior al inicio del procedimiento de convocatoria, siendo que sus efectos son ultractivos, lo que se traduce en que la norma vigente al momento de sucederse los hechos por ella prevista, es la que se aplica a éstos.

Al no tener en cuenta la ultractividad de la Ordenanza No. 600 de 2010, el a-quo incurrió en:

A. Defecto fáctico: Dado que la reglamentación de la convocatoria estaba dada por la Ordenanza No. 600 de 2010, por ende al pretender que la misma se rija por la nueva normativa se presenta el defecto alegado, ello por cuanto el procedimiento debía culminar con la norma que rigió su inicio.

Por otra parte, señaló que para la дума departamental según su propio reglamento, el voto en blanco no genera ningún efecto.

B. Defecto sustantivo: el auto objeto del recurso de alzada contraría la normativa aplicable, toda vez que decretó la medida cautelar partiendo de la existencia de una nueva ordenanza que no tiene efectos retroactivos, de tal forma

que la suspensión provisional se dirige al cumplimiento de una norma que no rige el proceso electoral.

El 19 de diciembre de 2017⁶, el apoderado judicial de la demandada presentó recurso de apelación contra la medida cautelar al considerar que: i) la Ordenanza No. 600 de 2010 se encontraba vigente para la fecha en la que se inició el proceso de selección, razón por la cual la convocatoria y ésta eran las únicas reglas a seguir en el marco de la elección del Contralor Departamental de Putumayo, ii) no se cumplen los requisitos para el decreto de la medida en tanto no existe una sustentación específica y propia de su procedencia dado que no se logró demostrar la infracción de la norma superior en que debía fundarse, iii) El voto en blanco no tiene efectos por ende quien resultó electa lo fue gracias a que tenía la mayor cantidad de votos válidos y, iv) que la discusión en que se fundamentó la medida cautelar debe debatirse en la sentencia y no en esta precaria instancia del proceso.

2.3 Auto que niega aclaración y adición y decide otras peticiones

El 7 de diciembre de 2017⁷, el a-quo decidió entre otras, negar la solicitud de adición del auto por medio del cual decretó la suspensión provisional y se abstuvo de dar trámite al recurso de apelación, al no encontrar demostrado en debida forma el otorgamiento de poder por parte de la Presidenta de la Asamblea Departamental de Putumayo.

⁶ Folios 930 a 934 vuelto del cuaderno No. 4.

⁷ Folios 790 a 793 del cuaderno No. 3.

Ante dicha decisión, el apoderado judicial de la duma departamental, el 13 de diciembre de 2017⁸, interpuso recurso de reposición y en subsidio el de queja.

En autos del 12⁹ y 23¹⁰ de enero de 2018, el a-quo decidió conceder los recursos de apelación presentados por la apoderada judicial de la Presidenta de la Asamblea Departamental de Putumayo y la demandada.

II. CONSIDERACIONES

1. Competencia

En los términos de los artículos 150, 152.8 y 277 de la Ley 1437 de 2011 y de conformidad con el Reglamento del Consejo de Estado, le corresponde a esta Sección decidir el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante, contra la decisión adoptada mediante auto del 22 de noviembre de 2017 por medio de la cual el Tribunal Administrativo de Nariño decretó la suspensión provisional del acto de elección acusado.

2. Oportunidad de los recursos

De conformidad con el inciso final del artículo 277 de la Ley 1437 de 2011, contra el auto que decreta la suspensión provisional solo procede en los procesos de primera instancia el recurso de apelación.

⁸ Folios 797 a 801 del cuaderno No. 3.

⁹ Folios 987 a 992 vuelto del cuaderno No. 4.

¹⁰ Folios 1028 a 1030 del cuaderno No. 4.

En el caso objeto de estudio, el auto que decretó la suspensión provisional es del 22 de noviembre de 2017 y el auto que decidió las diferentes peticiones de aclaración, recursos e intervenciones sobre el fue notificado a las partes el 15 de enero de 2018¹¹, por ende al haberse presentado los recursos de apelación en los días 28 de noviembre y 19 de diciembre de 2017, se tiene que fueron interpuestos de manera oportuna.

3. Problema jurídico

El problema jurídico a ser definido por la Sala consiste en determinar si con la expedición del auto del 2 de noviembre de 2017, que decretó la suspensión provisional de los efectos del acto de elección de la señora Katya Jacqueline Castro Enríquez como Contralora Departamental de Putumayo, el a-quo determinó erróneamente la procedencia de la medida cautelar impugnada.

Por cuestiones de orden metodológico se analizará: i) la figura de la medida cautelar en los procesos electorales y, ii) el caso en concreto.

4. La medida cautelar en el proceso electoral

Como un aspecto novedoso, el artículo 229 de la Ley 1437 de 2011 consagró la facultad, en cabeza del juez de lo contencioso administrativo, para decretar las medidas cautelares que considere necesarias para proteger y garantizar, provisionalmente, el objeto del proceso y la efectividad de la sentencia.

¹¹ Folios 993 a 994 vuelto del cuaderno No. 4.

A diferencia del Decreto-Ley 01 de 1984 derogado, la nueva normatividad establece expresamente la finalidad de tales medidas cautelares, cuales son, la necesidad de garantizar el objeto del proceso y la efectividad de la sentencia, superando de esta forma la concepción tradicional de mera garantía de control de la legalidad de las actuaciones de la Administración, tal y como se circunscribió en su momento la única de aquéllas: la suspensión provisional. Ello, sin duda alguna, repercute favorablemente en la búsqueda de la materialización del denominado derecho fundamental a la tutela judicial efectiva.

Al respecto, la Corte Constitucional ha manifestado que:

“(...) Era apenas natural que el ordenamiento de las medidas cautelares evolucionara con el tiempo en esa dirección, pues como ha dicho la jurisprudencia constitucional la inevitable duración de los procesos judiciales en ocasiones puede implicar la afectación del derecho a una administración de justicia pronta y eficaz, ya que si bien la justicia llega, lo hace en esos casos demasiado tarde, cuando han tenido lugar “daños irreversibles, o difícilmente reparables, en el derecho pretendido por un demandante”.¹² Resultaba entonces necesario ampliar el catálogo de medidas cautelares, con el fin de asegurar instrumentos efectivos de protección provisional que pudieran usarse en las controversias contenciosas no originadas en un acto administrativo, sino por ejemplo en una omisión o un hecho de la administración. También era imperativo morigerar la radical limitación de la suspensión provisional, con el fin de asegurar una

¹² Corte Constitucional, Sentencia C-490 de 2000, MP Alejandro Martínez Caballero. En ese caso, al estudiar algunas normas relativas a medidas cautelares en el proceso civil, la Corte dijo: “La Constitución pretende asegurar una administración de justicia diligente y eficaz (CP art. 228). [...] Esto significa no sólo que los jueces deben adoptar sus decisiones en los términos establecidos por la ley, sino que, además, sus decisiones deben ser ejecutadas y cumplidas, ya que poco sentido tendría que los jueces resolvieran las controversias, pero sus decisiones resultarían inocuas en la práctica, al no poder ser materialmente ejecutadas. Ahora bien, el inevitable tiempo que dura un proceso puede a veces provocar daños irreversibles, o difícilmente reparables, en el derecho pretendido por un demandante. Es entonces necesario que el ordenamiento establezca dispositivos para prevenir esas afectaciones al bien o derecho controvertido, a fin de evitar que la decisión judicial sea vana. Y tales son precisamente las medidas cautelares, que son aquellos instrumentos con los cuales el ordenamiento protege, de manera provisional, y mientras dura el proceso, la integridad de un derecho que es controvertido en ese mismo proceso”.

*protección previa a la sentencia frente a actos administrativos, que garantizara el derecho a una justicia pronta y efectiva (...)*¹³

Dentro de tales medidas, se encuentra la suspensión provisional de los efectos de los actos administrativos, de acuerdo con las voces del numeral 3° del artículo 230 de la Ley 1437 de 2011¹⁴. Esta institución se configura además como una de las causales de pérdida de fuerza ejecutoria del acto administrativo, teniendo incidencia particularmente respecto de su carácter ejecutorio¹⁵.

Los requisitos para decretar esta medida cautelar, fueron consagrados expresamente por el legislador en el artículo 231 de la Ley 1437 de 2011, en los siguientes 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. (...)”

Particularmente, en relación con el proceso de nulidad electoral, el artículo 277 ídem establece una regla específica respecto de la suspensión provisional, con el siguiente tenor:

¹³ Corte Constitucional, Sentencia C-284 del 15 de mayo de 2015, M.P: María Victoria Calle Correa

¹⁴ Ley 1437 de 2011. Artículo 230. Contenido y alcance de las medidas cautelares. Las medidas cautelares podrán ser preventivas, conservativas, anticipativas o de suspensión, y deberán tener relación directa y necesaria con las pretensiones de la demanda. Para el efecto, el Juez o Magistrado Ponente podrá decretar una o varias de las siguientes medidas: (...) 3. Suspende provisionalmente los efectos de un acto administrativo (...)

¹⁵ Ley 1437 de 2001. Artículo 91. Pérdida de ejecutoriedad del acto administrativo. Salvo norma expresa en contrario, los actos administrativos en firme serán obligatorios mientras no hayan sido anulados por la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo. Perderán obligatoriedad y, por lo tanto, no podrán ser ejecutados en los siguientes casos:

1. Cuando sean suspendidos provisionalmente sus efectos por la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo.

“Artículo 277.- En el caso de que se haya pedido la suspensión provisional del acto acusado, la que debe solicitarse en la demanda, se resolverá en el mismo auto admisorio, el cual debe ser proferido por el juez, la sala o sección. Contra este auto solo procede en los procesos de única instancia el recurso de reposición y, en los de primera, el de apelación...”

A partir de las normas citadas, se colige respecto a la suspensión provisional del acto en materia electoral que: (i) la solicitud del accionante procede por violación de las disposiciones normativas constitucionales o legales invocadas en el escrito correspondiente; (ii) dicha violación surge del análisis del acto demandado y su cotejo con las normas superiores invocadas o del estudio de las pruebas allegadas con la solicitud y; (iii) dicha solicitud debe resolverse en el mismo auto admisorio de la demanda.

De esta manera, se establece una carga de argumentación y prueba, al menos sumaria, en cabeza del solicitante de la medida cautelar que debe ser estudiada por el juez en la correspondiente admisión de la demanda.

Así las cosas, el juez de lo contencioso administrativo debe efectuar un estudio y análisis de los argumentos expuestos por el demandante y confrontarlos junto con los elementos de prueba arrimados a esta etapa del proceso, sin que ello pueda ser entendido como prejuzgamiento.

5. Caso en concreto

Manifiestan los apoderados judiciales de la Presidenta de la Asamblea Departamental y la demandada que se debe revocar el

auto del 22 de noviembre de 2017 proferido por el Tribunal Administrativo de Nariño, mediante el cual decretó la suspensión provisional del acto de elección de la Contralora Departamental de Putumayo. Para resolver los argumentos planteados, se analizarán cada uno de ellos en el siguiente orden:

5.1 Inexistencia de falta de competencia en la expedición del acto de convocatoria

Adujo la Presidenta de la Asamblea Departamental de Putumayo que la falta de competencia respecto a la expedición de la convocatoria no era razón suficiente para que el a-quo decretara la medida cautelar, esto en razón a que el acto de elección al ser un acto administrativo de carácter particular debía demostrarse que los efectos del mismo eran nocivos y afectaban de manera grave el orden público, político, económico, social o ecológico.

Al respecto, se tiene que el auto impugnado, tuvo como sustento única y exclusivamente la presunta violación al régimen de mayorías al interior de la duma departamental en el proceso electoral cuestionado, prueba de ello es que en el mismo texto de la providencia se estableció:

“De otro lado, siendo que el primer argumento que sustenta la pretensión cautelar [el número de votos obtenidos por quien se eligió (3) ni siquiera permite entrar a efectuar consideración alguna entorno a la efectiva validez del voto en blanco,.. Lo anterior supone una flagrante violación de las normas de orden legal y constitucional...] resulta suficiente para decretarla, el Tribunal se abstendrá de hacer consideración alguna en torno de los demás cargos expuesto (sic) por la demandante.

Sin perjuicio de lo anterior, de llegar a considerarlos, el Tribunal deberá advertir que no existen elementos de juicio y probatorios que

permitan evidenciar las irregularidades que el actor refiere respecto del trámite de la convocatoria”

Teniendo en cuenta lo anterior, la Sala se abstendrá de pronunciarse respecto del cargo que la parte demandada tituló “*Falta de competencia –Expedición de la convocatoria pública-*”, por cuanto el artículo 320 de la Ley 1564 de 2012¹⁶, contempla que el fin que persigue el recurso de apelación es: “[Q]ue el superior examine **la cuestión decidida**, únicamente en relación con los reparos concretos formulados por el apelante, para que el superior revoque o reforme la decisión”.

Quiere decir, que el recurso de apelación lo que busca es que el ad-quem examine lo decidido por la primera instancia con sujeción a los argumentos esbozados por la parte que se siente inconforme con la decisión adoptada.

Por manera que, no es posible que el recurrente intente traer al momento de la impugnación, elementos o mejor argumentos que no fueron objeto de análisis por parte de la primera instancia, dado que exceden los fines del recurso de apelación¹⁷.

Es por ello que, al no encontrarse dentro de las decisiones de primera instancia lo correspondiente a la falta de competencia de la duma departamental para expedir el acto de convocatoria, esta instancia se abstendrá de pronunciarse sobre dicho argumento de apelación al no haber sido un asunto que sustente la medida cautelar de suspensión provisional contenida en el auto del 22 de noviembre de 2017.

¹⁶ Integración normativa que se hace en virtud de lo consagrado en los artículos 296 y 306 de la Ley 1437 de 2011.

¹⁷ Consejo de Estado, Sección Quinta, auto del 15 de febrero de 2018, C.P: Rocío Araújo Oñate, Radicado No. 25000-23-41-000-2017-01459-01.

5.2 Violación al régimen de mayorías –Desconocimiento de la Ordenanza No. 752 del 27 de julio de 2017–

Frente a este cargo, los apelantes aducen un conflicto de aplicación de las normas en el tiempo, toda vez que alegaron que en el proceso de selección del Contralor Departamental de Putumayo –período 2016-2019-, la regla de mayorías aplicable era la contenida en el artículo 49 de la Ordenanza No. 600 de 2010 y no la modificación que de ella se hiciera por la Ordenanza No. 752 del 27 de julio de 2017. El contenido normativo de cada precepto es el siguiente:

Mayorías para la elección del Contralor General del Departamento de Putumayo	
Ordenanza No. 600 de 2010	Ordenanza No. 752 de 2017
<i>“Artículo 49.- Fijación previa de la fecha para la elección. /.../ Será elegido contralor Departamental, aquel que obtuviere la mayor votación, siempre y cuando en el recinto se cuente con el quórum reglamentario para poder decidir. Posteriormente tomará posesión del cargo ante esta corporación.”</i>	<i>“Artículo 49.- Fijación previa de la fecha para la elección. /.../ El Contralor General del Departamento del Putumayo será elegido por mayoría absoluta del total de los miembros que integran la Corporación. Quien tomará posesión del cargo ante la corporación.”</i>

Posterior a ello, alegó la parte pasiva, que al ser aplicable el precepto normativo consagrado en el artículo 49 de la Ordenanza No. 600 de 2010, se podía declarar electa como Contralora General del Departamento de Putumayo a la señora Katya Jacqueline Castro Enríquez, con 3 votos de los 11 miembros asistentes a la sesión del 5 de octubre de 2017, dado que fue la opción más votada.

Para resolver el presente argumento de apelación, es necesario recordar que la Constitución Política en su artículo 148¹⁸ dispuso que lo concerniente al quórum y las mayorías previstas para el Congreso de la República, rige también para los concejos municipales y las asambleas departamentales en ejercicio de su función electoral, por manera que, las reglas que las corporaciones públicas de elección popular deben tener en cuenta para determinar los votos necesarios para tomar una decisión, son las establecidas en la Constitución para el máximo órgano legislativo en su artículo 146, que a la letra reza:

“ARTICULO 146. En el Congreso pleno, en las Cámaras y en sus comisiones permanentes, las decisiones se tomarán por la mayoría de los votos de los asistentes, salvo que la Constitución exija expresamente una mayoría especial.”

Del tenor literal de la norma superior se tiene que las decisiones adoptadas por las corporaciones públicas de elección popular, salvo norma constitucional en contrario, se toman por la mayoría de los votos de los asistentes, es decir por mayoría simple.

Siendo así las cosas, en el presente caso no se genera un problema de aplicación de normas en el tiempo, se trata de verificar si la duma departamental, al momento de la elección de la Contralora General de Putumayo, cumplió o no con lo preceptuado en el artículo 146 de la Constitución Política¹⁹.

¹⁸ Artículo 148. Las normas sobre quórum y mayorías decisorias **regirán también para las demás corporaciones públicas de elección popular.**

¹⁹ Teniendo en cuenta que la Constitución Política se constituye como la norma principal, corresponde a los jueces velar por su cabal cumplimiento, en razón de ello y al haberse regulado la materia objeto de debate por la norma superior, corresponde darle aplicación. Al respecto ver sentencia Corte Constitucional, Sentencia C-415 del 6 de junio de 2012, M.P: Mauricio González Cuervo: *“La noción de supremacía constitucional parte de la naturaleza normativa de la Constitución, que se revela en el carácter de fuente primaria del ordenamiento jurídico. En tal sentido, el artículo 4 de la Constitución Política indica: “La Constitución es norma de normas. En todo caso de incompatibilidad entre la Constitución y*

En este caso en concreto se tiene que la votación de la Contralora Departamental de Putumayo fue la siguiente:

- 3 votos por la señora Katya Jacqueline Castro Enríquez (demandada).
- 8 votos en blanco.
- Total asistentes: 11 Diputados.

Es decir, para la parte pasiva, la Contralora Departamental de Putumayo resultó electa con 3 votos, dado que éstos se constituían en la mayoría de votos válidos.

Al respecto, oportuno es señalar, que la Sala Electoral del Consejo de Estado²⁰, ante un caso similar al que ahora se estudia, analizó el alcance de la mayoría contemplada en el artículo 146 de la Constitución Política, estableciendo que:

Conclusiones respecto al alcance del artículo 146 Superior

Todo lo expuesto permite a la Sala concluir que:

*la ley u otra norma jurídica, se aplicarán las disposiciones constitucionales". Así, la naturaleza normativa del orden constitucional es la clave de la sujeción del orden jurídico restante a sus disposiciones, en virtud del carácter vinculante que tienen sus reglas. **Tal condición normativa y prevalente de las normas constitucionales, la sitúan en el orden jurídico como fuente primera del sistema de derecho interno, comenzando por la validez misma de las normas infraconstitucionales cuyas formas y procedimientos de producción se hallan regulados en la propia Constitución.** De ahí que la Corte haya expresado: La Constitución se erige en el marco supremo y último para determinar tanto la pertenencia al orden jurídico como la validez de cualquier norma, regla o decisión que formulen o profieran los órganos por ella instaurados. El conjunto de los actos de los órganos constituidos -Congreso, Ejecutivo y jueces- se identifica con referencia a la Constitución y no se reconoce como derecho si desconoce sus criterios de validez. La Constitución como lex superior precisa y regula las formas y métodos de producción de las normas que integran el ordenamiento y es por ello "fuente de fuentes", norma normarum. Estas características de supremacía y de máxima regla de reconocimiento del orden jurídico propias de la Constitución, se expresan inequívocamente en el texto del artículo 4".*

²⁰ Consejo de Estado, Sección Quinta, Sentencia del 23 de noviembre de 2017, C.P: Alberto Yepes Barreiro, Radicado No. 50001-23-33-000-2017-00263-01.

5.4.1 Como la Constitución no estableció una regla de mayorías exclusiva para la elección de los contralores, por disposición del artículo 148 ibídem, se debe aplicar la regla general que contempla el artículo 146 Superior.

5.4.2 Que el referido artículo superior contiene una regla de mayoría simple y que aquella **hace referencia a que la elección obtenga el voto afirmativo de la mayoría de los votos de los asistentes a la respectiva sesión.**

Por tratarse de mayoría decisoria, se requiere, entonces, **del voto afirmativo de la mitad más uno** de los asistentes a la respectiva reunión frente a una misma opción o nombre.

5.4.3 Que en consecuencia, la Sala colige que de acuerdo a la regla de la mayoría simple, **para que se entienda que ha existido elección que esté regida por esa mayoría se requiere como mínimo de la aprobación de la mayoría de los votos de los asistentes a la respectiva sesión, es decir, de la mitad más uno de los asistentes en los términos antes explicados.”**

Quiere decir lo anterior, que la norma constitucional previó una mayoría para la toma de decisiones, la cual es la mayoría de los votos de los asistentes, lo que se traduce en la mitad más uno de los diputados que participaron en la sesión plenaria, sumatoria que no se cumple en el presente caso, por cuanto 3 votos nunca se constituirán en la mayoría de 11 sufragios posibles.

No se puede aceptar la existencia de defectos fáctico o sustantivo en la decisión de primera instancia que decretó la medida cautelar, dado que: i) el a-quo centro su decisión en el desconocimiento de la Ordenanza No. 752 de 2017 en concordancia con el artículo 146 superior, siendo esta última normativa la que rige la materia objeto de estudio y ii) analizó las

pruebas allegadas y aceptadas por las partes y concluyó de manera acertada que de la confrontación del acto acusado, con las pruebas y las normas alegadas como desconocidas que efectivamente se desconoció la Constitución Política.

Por otra parte, respecto de la efectividad del voto en blanco al interior de la Asamblea Departamental de Putumayo, se tiene que si bien a esta instancia no se logró probar las consecuencias del mismo dentro del presente proceso eleccionario, también es cierto que dicha efectividad no modifica la razón de la decisión cautelar, dado que se mantiene el resultado, esto es, que de 11 diputados tan solo 3 votaron por la demandada.

Siendo así las cosas y teniendo en cuenta el acervo probatorio hasta ahora allegado al proceso, se tiene que se cumplen los requisitos establecidos en los artículos 231 y 277 de la Ley 1437 de 2011 y por ende se mantendrá la medida cautelar decretada por el a-quo dado que esta instancia pudo constatar el desconocimiento del artículo 146 superior que contempla la mayoría requerida para la validez del acto de elección cuestionado.

6. Conclusión

Lo discurrido por la Sala permite colegir que no procede la revocatoria de la suspensión provisional del acto demandado, toda vez que del acervo probatorio allegado y de los argumentos expuestos por los impugnantes para tal fin, no se demostró mérito para ello.

Por todo lo anteriormente expuesto, el Consejo de Estado en Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta en uso de facultades constitucionales y legales,

RESUELVE:

PRIMERO.- CONFIRMAR la decisión adoptada por el Tribunal Administrativo de Nariño, mediante auto del 22 de noviembre de 2017, conforme lo señala la parte motiva de este proveído

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

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

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

ROCÍO ARAÚJO OÑATE
Presidente

LUCY JEANNETTE BERMÚDEZ BERMÚDEZ
Consejera

CARLOS ENRIQUE MORENO RUBIO
Consejero

ALBERTO YEPES BARREIRO
Consejero



SC5780-6-1



GP059-6-1

