



Función Pública

Concepto Sala de Consulta C.E. 1665 de 2005 Consejo de Estado - Sala de Consulta y Servicio Civil

CONSEJO DE ESTADO

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE CONSULTA Y SERVICIO CIVIL

Consejero Ponente: Gustavo Aponte Santos

Bogotá D.C., cuatro (4) de agosto de dos mil cinco (2005).

Referencia: Radicación número 1.665

CONCEJOS MUNICIPALES. Recomposición por existencia de curules vacantes. No aceptación del cargo por parte de los candidatos no elegidos "llamados" a posesionarse. Nueva elección.

El señor Ministro del Interior y de Justicia, a solicitud del Alcalde Municipal de Iles, en el Departamento de Nariño, solicitó a la Sala concepto en relación con los efectos que se generan en la composición del Concejo Municipal, por la no aceptación del cargo por parte de los candidatos no elegidos "llamados" a posesionarse en las vacantes producidas por la sanción de destitución impuesta por la Procuraduría General de la Nación a algunos de sus miembros. Al respecto, formuló los siguientes interrogantes:

1. ¿Al quedar el Concejo Municipal de Iles integrado solo por 4 de sus miembros, hecho que no les permite constituir quórum decisorio?
2. ¿Si la respuesta al anterior interrogante es afirmativa, bajo el principio de voto único y teniendo en cuenta que quienes eligieron a los cuatro (4) concejales ya ejercieron su derecho al sufragio, se deberá elegir la totalidad de los integrantes del Concejo?
3. ¿De ser viable jurídicamente convocar elecciones para escoger a todos los integrantes del Concejo, qué sucede con los derechos adquiridos de los cuatro (4) concejales que se mantiene incólumes?
4. ¿Si se convoca a elecciones solo para ocupar las cinco curules que posiblemente quedarán vacantes, permitiría que quienes ya votaron lo vuelvan a hacer con lo que estarían sufragando dos veces por la misma Corporación?

El señor Ministro para ilustrar la situación que se presenta en el Municipio de Iles, expuso los siguientes hechos:

"En las elecciones del pasado 26 de octubre, para ocupar las 9 curules que conforman el Concejo del Municipio de Iles, se inscribieron dos listas.

"De éstas la del movimiento Equipo Colombia, obtuvo votación para ocupar 5 curules, las 4 restantes fueron para la lista inscrita por el movimiento Progresismo Democrático.

"En el año 2004, la Procuraduría Regional de Ipiales, sancionó con destitución e inhabilidad por el término de 10 años a los 5 concejales de la lista del movimiento Equipo Colombia. La sanción fue confirmada por la Procuraduría Regional de Nariño.

"Adicionalmente, los ciudadanos que seguían en orden descendente en la lista de los concejales destituidos manifestaron su determinación irrevocable de no aceptar el llamamiento para ocupar las curules que hoy se encuentran vacantes"

CONSIDERACIONES

El estudio del tema objeto de la consulta se realizará sobre la base de los hechos descritos en la misma, es decir, teniendo en consideración los siguientes presupuestos:

- a). El Concejo Municipal de Iles, Nariño, como órgano o corporación de elección popular se conformó válidamente en las elecciones celebradas en el mes de octubre de 2003. En efecto, sus nueve integrantes fueron elegidos, se posesionaron y sesionaron normalmente durante varios meses.
- b). Por el hecho sobreviniente de la sanción impuesta y aplicada por la Procuraduría General de la Nación, cinco de sus integrantes fueron destituidos y el concejo quedó con esos cargos vacantes.
- c). Para suplir las 5 vacantes absolutas, los demás miembros de la lista que tenían la vocación para ocuparlas, fueron llamados a posesionarse

d). A la fecha, el Concejo no cuenta con el quórum decisorio que legalmente se requiere para ejercer las funciones constitucionales y legales asignadas a esa corporación administrativa.

La Sala observa, que los anteriores presupuestos son esencialmente diferentes a la hipótesis de un Concejo Municipal que no logra integrarse como corporación por falta del número necesario de concejales elegidos y posesionados.

1. Concejo Municipal. Vacancia absoluta. Provisión de cargos vacantes.

El artículo 312 Superior, modificado por el Acto Legislativo 2 de 2002, en el artículo 4°. prevé:

"Artículo 312. En cada municipio habrá una corporación administrativa elegida popularmente para períodos de cuatro (4) años que se denominará Concejo municipal, integrado por no menos de siete, ni más de veintiún miembros según lo determine la ley, de acuerdo con la población respectiva.

(...)

La ley podrá determinar los casos en que tengan derecho a honorarios por su asistencia a sesiones" (...) (Resaltado fuera del texto original).

Sobre las funciones atribuidas a esa corporación administrativa, el artículo 313 dispone que corresponde a los concejos, entre otras: reglamentar las funciones y la eficiente prestación de los servicios a cargo del municipio; adoptar los correspondientes planes y programas de desarrollo económico y social y de obras públicas; autorizar al alcalde celebrar contratos y ejercer pro tempore precisas funciones de las que corresponden al Concejo; votar de conformidad con la Constitución y la ley los tributos y los gastos locales; dictar las normas orgánicas del presupuesto y expedir anualmente el presupuesto de rentas y gastos; determinar la estructura de la administración municipal; reglamentar los usos del suelo; elegir personero y dictar medidas para el control, preservación y defensa del patrimonio ecológico del municipio. Estas funciones ponen de relieve la importancia de las decisiones de esta corporación en la vida política del ente territorial, así como la necesidad de que ellas se tomen en el seno de una corporación democráticamente constituida.

Es sabido que existen dos formas de acceder a una corporación pública: la una, es la elección y la otra, es el llamamiento. Este procede, cuando se producen vacancias temporales o absolutas de uno o más de sus miembros (Art.261 de la C.P.). El presidente de la Corporación hace el llamado a quien le corresponda ocupar la curul vacante.

Por su parte la ley 136 de 1994, establece la forma de llenar las vacancias absolutas de los concejales y dispone que serán ocupadas por los candidatos no elegidos en la misma lista, así:

"Artículo 63. Forma de llenar las vacancias absolutas. Las vacancias absolutas de los concejales serán ocupadas por los candidatos no elegidos en la misma lista, en orden de inscripción, sucesiva y descendente. El Presidente del Concejo, dentro de los tres (3) días hábiles siguientes a la declaratoria, llamará a los candidatos que se encuentren en dicha situación para que tomen posesión del cargo vacante que corresponde." (Negrilla fuera del texto original).

Igualmente, el reglamento No. 01 de 2003 expedido por el Consejo Nacional Electoral, en uso de las facultades otorgadas en el Acto Legislativo 01 de 2003, dispone:

"Artículo 19. Las vacancias en las corporaciones serán suplidas según el orden de inscripción en forma sucesiva y descendente, si se trata de listas únicas sin voto preferente, y en el orden en que se haya reordenado la lista cuando el sistema escogido fuere con voto preferente."

El sistema de provisión de vacantes descrito, busca fundamentalmente respetar la voluntad expresada en las urnas, y se aplica con el fin de garantizar el derecho de los movimientos o partidos políticos que obtuvieron la mayoría a continuar ocupando las curules ganadas y por otra parte, legitimar y mantener la institucionalidad del país, como principio político fundante a través del funcionamiento normal de los concejos municipales.

Ahora bien, como quiera que en el caso objeto de estudio, según se afirma en la solicitud de consulta, los llamados a ocupar las curules vacantes se rehusaron a ejercer el derecho político que les asiste a ellos personalmente y al partido o movimiento político al cual representaron en la contienda electoral, surge el primer problema jurídico:

¿Pueden los candidatos no elegidos que se encuentran en la lista, con vocación de ser llamados a ocupar las curules vacantes en el concejo municipal, renunciar a ejercer su derecho político?

Para resolver esta pregunta, es importante revisar primero el Código de Régimen Político y Municipal que en el artículo 246, dispone:

"Artículo 246. Los destinos remunerados son, por regla general, de voluntaria aceptación; y los onerosos, obligatorios, salvo los casos exceptuados especialmente en las leyes."

Así las cosas, al amparo de esta regla general, considera la Sala que legalmente es viable que quienes tienen la vocación de ocupar una vacante puedan renunciar al derecho político que les asiste, porque se trata de la aceptación de un mandato, hoy en día remunerado, que de acuerdo con la norma transcrita es de voluntaria aceptación¹.

Sin embargo, la anterior conclusión podría objetarse cuando se observa la disposición contenida en la ley 617 de 2000, según la cual:

"Artículo. 48. Pérdida de investidura de diputados, concejales municipales y distritales y de miembros de juntas administradoras locales. Los diputados y concejales municipales y distritales y miembros de juntas administradoras locales perderán su investidura:

(...)

"3. Por no tomar posesión del cargo dentro de los tres (3) días siguientes a la fecha de instalación de las asambleas o concejos, según el caso, o a la fecha en que fueren llamados a posesionarse.

"PAR. 1º. Las causales 2 y 3 no tendrán aplicación cuando medie fuerza mayor." (Resalta la Sala)

En concepto de esta Sala, lo que el artículo 48 transcrito sanciona es la falta de posesión en las fechas determinadas y no la renuncia a la vocación a ser "llamados" a ocupar las curules vacantes y por lo tanto, no es aplicable a la situación analizada. Es decir, procede si el "llamado" toma posesión extemporáneamente del cargo y no en el caso de no posesionarse.

En estos términos, resulta claro para la Sala que ante la no aceptación de los "llamados" por el Presidente del Concejo del municipio de Iles a ocupar las cinco (5) curules vacantes, el quórum decisorio para que esta corporación administrativa cumpla a cabalidad con sus funciones, no se puede conformar y por lo tanto, es procedente estudiar si la legislación prevé una solución jurídica que le permita funcionar validamente como Corporación.

2. Convocatoria a nuevas elecciones

2.1. Problema jurídico

Ante la vacancia absoluta de los cargos que se produce con ocasión de la destitución de los cinco (5) miembros del Concejo, y la imposibilidad de proveer las vacantes por la negativa de los demás miembros de la lista de ejercer el derecho político que les asiste: ¿Es viable jurídicamente convocar a una nueva elección?

2.2. Marco legal

El Código Electoral - Decreto ley 2241 de 1986-, sobre las causales y el procedimiento para celebrar de nuevas elecciones para Concejos Municipales, prevé:

"Artículo. 131. Cuando por cualquier circunstancia dejen de realizarse elecciones de concejales en algunos municipios, el gobierno departamental, (...) respectivo convocará nueva elección señalando el día en que ésta deba verificarse.

"De la misma manera se procederá cuando se anulen las elecciones de concejales, o llegue a faltar, absolutamente, antes del último año del período, un número tal de principales y de suplentes que no se pueda formar el quórum o mayoría suficiente para que funcione la corporación". (Resalta la Sala).

Así las cosas, para que pueda celebrarse una nueva elección, debe existir alguno de los presupuestos materiales y temporales previstos en la norma, es decir:

- a). Que dejen de realizarse elecciones de concejales.
- b). Que se anulen las elecciones de concejales.
- c). Que falte absolutamente un número de concejales que afecte el quórum para que funcione la corporación.
- d). Que no exista una fórmula legal diferente para llenar las vacantes, o,
- e). Que las situaciones anteriores se produzcan antes del último año del período.

En consecuencia, la convocatoria a una nueva elección es el mecanismo legal previsto para conjurar la crisis institucional que se genera ante la no realización de elecciones o por la ocurrencia de hechos sobrevinientes que impiden el funcionamiento de los concejos municipales válidamente conformados.

Hay que anotar que la nueva elección se diferencia de la elección precedente, en que se realiza para resolver situaciones sobrevinientes que impiden el funcionamiento de la corporación, se celebra por fuera del calendario electoral y para terminar el período en curso.

Señala el artículo 132 del decreto ley 2241 de 1986:

"Artículo 132. En los casos de los artículos 128, 129 y 131 de este código la elección se hará para el resto del período. En los mismos casos, el Consejo Nacional Electoral designará dos (2) delegados en donde deban verificarse los escrutinios, y el tribunal superior designará las respectivas comisiones escrutadoras municipales. Tales designaciones se harán dentro de los términos necesarios para el oportuno cumplimiento de la presente disposición."

En el caso concreto del Municipio de Iles, Nariño, sobre la base de los hechos descritos en la consulta, es procedente aplicar lo dispuesto en el artículo 131 del Código Electoral, dado que la sanción de destitución proferida por la Procuraduría General de la Nación a cinco (5) de los miembros del Concejo Municipal y el rechazo de los llamados en la lista para remplazarlos en las vacantes respectivas, hacen que se tipifique

una de las causales para realizar una nueva elección.

3. Alcance de la Convocatoria a nuevas elecciones del Concejo Municipal de Iles, Nariño.

Frente a la solución contemplada en el artículo 131 del Código Electoral, surgen los siguientes problemas jurídicos:

- a. ¿Existe un derecho político fundamental consolidado a favor de los 4 concejales que no fueron destituidos por la Procuraduría General de la Nación?
- b. ¿La desintegración del Quórum decisorio implica la desintegración de la Corporación? ¿Existe Concejo Municipal legalmente constituido en el Municipio de Iles, Nariño?
- c. ¿Es viable realizar, en este caso particular, una nueva elección con el fin de llenar las 5 plazas vacantes por falta absoluta de los concejales o se debe elegir la totalidad de los miembros del Concejo?

3.1 Derechos Políticos derivados de un proceso electoral válidamente celebrado.

Sea lo primero advertir que los derechos políticos hacen parte de los derechos fundamentales consagrados en la Constitución de 1991. Por lo tanto, cualquier interpretación de las disposiciones de orden legal que los desarrollan, y que cobijan a las personas que producto de una elección válidamente celebrada ostentan la calidad de elegidos, debe partir de este presupuesto.

La Carta en el artículo 40 señala:

"Artículo. 40: Todo ciudadano tiene el derecho a participar en la conformación, ejercicio y control del poder político. Para hacer efectivo este derecho puede:

1. Elegir y ser Elegido (...)" (Resalta la Sala)

La jurisprudencia de la Corte Constitucional y de esta Corporación, sobre el derecho político que tienen los electores y los elegidos y su carácter de fundamental en un estado social de derecho, ha señalado:

*El derecho a ser elegido es un derecho político fundamental².

*El derecho a participar en el poder político es un derecho fundamental. Así lo califica en el artículo 40 la Constitución³.

*Este derecho constituye el fundamento para que los ciudadanos contribuyan a la configuración de la república en forma democrática y participativa⁴.

*El Derecho a participar en la conformación, ejercicio y control del poder público, que puede hacerse efectivo eligiendo o siendo elegido, es un derecho fundamental de naturaleza política⁵.

*El derecho fundamental a la participación democrática esta compuesto de varios derechos de contenido específico:

*El derecho al sufragio activo, es decir a elegir;

*El derecho al sufragio pasivo o, dicho de otra manera, a ser elegido;

*El derecho de acceso de funciones públicas (...)⁶.

Así las cosas, resulta claro que los electores tienen un derecho político de carácter fundamental a ser representados por sus elegidos en las corporaciones de elección popular. Y los elegidos tienen el derecho político de participar en la corporación para la cual resultaron electos durante el período institucional respectivo.

En concordancia con lo anterior, la Corte Constitucional, en sentencia C-008 de 2003, reconoce que los concejales son depositarios del mandato de sus electores, en los siguientes términos:

"Si bien es cierto las Asambleas Departamentales y los Concejos Municipales no son órganos legislativos propiamente dichos, sino entidades de naturaleza eminentemente administrativa; y en ese sentido sus decisiones no constituyen la vía que por antonomasia recoge la voluntad popular nacional como sí lo es la ley, las mismas se integran y conforman a través del voto, siendo también depositarios del mandato que sus electores le han confiado en cada nivel territorial. Por ello, son responsables ante estos últimos por las decisiones que adopten en el cumplimiento de sus funciones y, en virtud del principio de representación democrática y de su carácter universal y expansivo, están obligadas a desarrollar el mandato bajo condiciones que aseguren el pluralismo, la participación, el principio de las mayorías y la publicidad de sus actos, tal y como ocurre con la actividad legislativa"⁷.

En estos términos, es dable afirmar que los concejales elegidos, posesionados y actuantes en el concejo válidamente constituido que no estén cobijados con la medida de destitución emitida por el ente disciplinario, son depositarios del mandato que sus electores les han confiado, en virtud del cual, tienen el derecho a ocupar la curul durante el período institucional que les corresponde de acuerdo con el acto de elección, cuya validez está consolidada jurídicamente y es inatacable desde todos los ángulos.

La consagración constitucional del derecho político a elegir y ser elegido como derecho fundamental ha llevado a la Corte, a señalar como criterio de interpretación de las disposiciones que lo desarrollen, el siguiente:

"Los derechos de participación política, configurados por la Carta, excepcionalmente pueden ser limitados y, a su turno, las restricciones válidamente introducidas por el Legislador, esto es, teniendo competencia para el efecto, deberán interpretarse de manera que, en lo posible, se privilegie su ejercicio."⁸ (Negrilla fuera del texto original).

La regla anterior y lo dispuesto en el artículo 4° de la Carta en virtud del cual "En todo caso de incompatibilidad entre la Constitución y la ley u otra norma jurídica, se aplicarán las disposiciones constitucionales", adquieren especial importancia en el caso bajo examen, en la medida en que los cuatro concejales que actualmente ocupan las curules en el Concejo de Iles, Nariño, en virtud de una elección válidamente celebrada tienen un derecho político de carácter fundamental de formar parte de la corporación administrativa durante el período para el cual fueron elegidos, sin que pueda desconocerse por la ley, ni por las autoridades electorales o administrativas.

3.2. Alcance del artículo 131 del Código Electoral sobre convocatoria a nuevas elecciones por faltas absolutas que desintegren el quórum.

Habiendo definido el derecho político fundamental de los concejales elegidos y en ejercicio y la imposibilidad de desconocerlo, es importante aclarar también, ya no en el nivel constitucional, sino en el legal, que la desintegración del quórum por faltas absolutas, tampoco permite efectuar la nueva elección incluyendo los cargos de los concejales en ejercicio.

En efecto, el artículo 131 del Código Electoral, decreto ley 2241 de 1986, estatuye:

"Artículo. 131. Cuando por cualquier circunstancia dejen de realizarse elecciones de concejales en algunos municipios, el gobierno departamental, (...) respectivo convocará nueva elección señalando el día en que ésta deba verificarse".

"De la misma manera se procederá cuando se anulen las elecciones de concejales, o llegue a faltar, absolutamente, antes del último año del período, un número tal de principales y de suplentes que no se pueda formar el quórum o mayoría suficiente para que funcione la corporación." (Resalta la Sala).

Algunas personas podrían pensar que cuando el inciso segundo del artículo 131 utiliza la expresión "de la misma manera se procederá..." significa que se debe convocar una nueva elección para todos los integrantes del concejo incluyendo los que están en ejercicio. Sin embargo, a partir de los parámetros de interpretación de las normas electorales que buscan privilegiar el ejercicio de los derechos políticos de los electores y de los elegidos, el alcance de esta disposición, debe establecerse a la luz de la Carta de 1991 y de las normas legales que determinan los casos en que se produce la falta absoluta de los miembros de esta corporación administrativa.

Constitucionalmente -artículo 261-, se prevé que son faltas absolutas:

"(...) además de las establecidas por la ley; las que se causan por: muerte; la renuncia motivada y aceptada por la plenaria de la respectiva corporación; la pérdida de investidura; la incapacidad física permanente y la sentencia condenatoria en firme dictada por autoridad".

La ley 136 de 1994, establece como faltas absolutas de los concejales, las siguientes:

"ART. 51.-Faltas absolutas. Son faltas absolutas de los concejales:

- a). La muerte;
- b). La renuncia aceptada;
- c). La incapacidad física permanente;
- d). La aceptación o desempeño de cualquier cargo o empleo público, de conformidad con lo previsto en el artículo 291 de la Constitución Política;
- e). La declaratoria de nulidad de la elección como concejal;
- f). La destitución del ejercicio del cargo, a solicitud de la Procuraduría General de la Nación como resultado de un proceso disciplinario;
- g). La interdicción judicial, y
- h). La condena a pena privativa de la libertad". (Resalta la Sala).

Se observa entonces que las causales previstas para determinar si existe falta absoluta de los miembros del concejo son de origen constitucional y legal y necesariamente de interpretación restrictiva, en tanto, afectan los derechos políticos fundamentales de los elegidos y de los electores. Esto significa que no es posible para la administración crear causales de vacancia no contempladas en la constitución y la ley.

Así las cosas, las normas transcritas permiten afirmar que al no existir ninguna causal legal que habilite a la autoridad electoral para declarar la falta absoluta de todos los miembros de la corporación administrativa, no es viable que se pueda convocar a una nueva elección para proveer todas las curules, incluyendo las que jurídicamente no se encuentran vacantes.

En este orden de ideas, si por razones sobrevinientes a la primera elección se desintegra el quórum del concejo, no se invalida el proceso electoral precedente, como tampoco quedan sin efecto los derechos políticos de los concejales no cobijados con la sanción de destitución, pues

no existe respecto de su elección, causa legal que así lo prevea, ni decisión judicial que anule esa elección. Los actos de elección están amparados por la presunción de legalidad y no pueden ser invalidados sino por la jurisdicción.

De otra parte, aunque es claro que el Concejo Municipal una vez se encuentre constituido como corporación, actúa como un solo cuerpo, no es dable deducir que cuando se presentan vacantes absolutas generadas por causales subjetivas que afectan a algunos de sus miembros, la corporación queda absolutamente desintegrada y por tanto, debe convocarse a nuevas elecciones para todas las plazas, aun las que se encuentran ocupadas, porque la pérdida del quórum no está contemplada como causal legal de vacancia absoluta.

En conclusión, la interpretación razonable del artículo 131 del Código Electoral, decreto ley 2241 de 1986, es que la nueva elección debe realizarse inexorablemente para proveer tan solo las curules que estaban ocupadas por los servidores destituidos por la Procuraduría.

La anterior tesis se fortalece cuando se analiza que el código electoral y específicamente el artículo 131 fue dictado en vigencia de la constitución de 1886, en la cual los concejales se concebían como prestadores de un servicio cívico no remunerado, lo cual explicaría la diferencia de tratamiento frente a los senadores, representantes y diputados cuyas faltas absolutas pueden ser llenadas expresamente con elecciones parciales (Art.129 C.E.), a diferencia de la concepción actual contenida en el artículo 123 de la C.P., que considera los cargos de elección de corporaciones públicas como una clase de los llamados "servidores públicos", en la cual se homologan a los concejales con los senadores, representantes y diputados. "Esta fue la modalidad escogida por la nueva Constitución para reemplazar con ella el ejercicio ad honorem de la investidura, mantenido durante toda la época republicana como una sólida herencia del derecho romano y español" (...) y (...) "halla su justificación en la amplitud del régimen de incompatibilidades y en la transformación que ha venido ocurriendo en el desempeño de labores predominantemente cívicas, que ostenta hoy en día un definido perfil político-administrativo (...)".⁹

Es claro entonces, que frente a la constitución vigente, la interpretación del artículo 131 del Código Electoral de 1986, es que la nueva elección debe convocarse solamente para las plazas vacantes. Es bueno decir además, que esta posibilidad no es extraña a nuestra legislación, pues, de hecho, el Código Electoral la contempla en su artículo 129 para llenar vacancias absolutas de senadores, representantes y diputados.

"Artículo. 129. Cuando por sentencia ejecutoriada se declare nula la elección de la mitad o más de los Senadores de la República, o de los Representantes a la Cámara, o de los diputados a la asamblea(...), correspondientes a determinada circunscripción electoral, y en el caso de que, por faltas absolutas de principales y suplentes, los senadores, representantes, diputados (...) de una circunscripción electoral queden reducidos a la mitad o menos del número correspondiente, el Gobierno convocará a elecciones para llenar las plazas vacantes , y fijará la fecha en que deban verificarse.

"Servirán para esta elección las mismas listas de sufragantes que se utilizaron para la precedente." (Negrilla fuera del texto original)

4. La nueva elección consagrada en el artículo 131 del Código Electoral no viola el principio del voto único.

La convocatoria a una nueva elección, calificada de esta forma por la ley, tampoco viola el principio del voto único en virtud del cual "cada quién posee un voto y sólo uno", pues como su nombre lo indica se trata de una nueva convocatoria a elecciones, las cuales se realizan con base en una disposición legal vigente -artículo 131-, por razones sobrevenientes y en condiciones de tiempo -resto del período- y modo distintas a las de la elección que la precedió.

En estos términos, considera la Sala que no es viable limitar la participación de quienes ejercieron el derecho al voto en la elección anterior, en este caso el 26 de octubre de 2003, so pretexto de alegar que están votando dos veces, pues no se trata de la misma elección.

Es importante analizar que en la hipótesis análoga del artículo 129, el Código Electoral dispone que en la nueva elección de senadores, representantes y diputados, se utilicen las mismas listas de sufragantes que se utilizaron para la precedente, sin restricción alguna respecto de aquellos que ejercieron su derecho al voto. Señala la norma en comentario:

"Artículo. 129. (...) "Servirán para esta elección las mismas listas de sufragantes que se utilizaron para la precedente." (Negrilla fuera del texto original)

En virtud de lo expuesto, considera la Sala que quienes votaron en la elección inicial pueden participar en la nueva elección que se convoque para proveer las curules restantes.

Por último, obsérvese que la posibilidad de votar dos veces, solamente falsea el resultado de las urnas cuando el ciudadano ejerce este derecho en una misma elección. Es así como el Código Penal al tipificar los delitos que atentan contra los mecanismos de participación democrática, en este sentido señala:

"Artículo. 391. Voto fraudulento. El que suplante a un ciudadano o a un extranjero habilitado por la ley, o vote más de una vez, o sin derecho consigne voto en una elección, plebiscito, referendo, consulta popular, o revocatoria del mandato, incurrirá en prisión de uno (1) a cuatro (4) años." (Resalta la Sala).¹⁰

Las anteriores son razones suficientes para consolidar el concepto de que es la misma ley la que permite en estos casos excepcionales la participación de los mismos sufragantes en la nueva elección que se convoca para llenar vacantes, disposiciones que no vulneran el principio del voto único, pues este se aplica cuando se trata de una misma elección.

LA SALA RESPONDE

1. Como quiera que la sanción de destitución impuesta por la Procuraduría General de la Nación a algunos de los miembros del Concejo Municipal de Iles, aunado al hecho de que los demás candidatos de la misma lista, no aceptaron la designación, genera la vacancia absoluta de los cargos, en los términos previstos en el artículo 131 del Código Electoral, deberá convocarse a una nueva elección con el fin de proveer dichas vacantes.

2 y 3. La convocatoria a una nueva elección será para proveer las curules de aquellos miembros que fueron destituidos y no podrá afectar los derechos políticos fundamentales de quienes legalmente fueron elegidos y de sus electores - artículo 40 C.P.-.

4, La convocatoria para proveer las cinco curules que posiblemente quedarán vacantes, no afecta el voto único, pues se trata de una nueva elección. En consecuencia, como lo prevé el artículo 129 del Código Electoral, es viable que en ella se utilicen las "mismas listas de sufragantes que se utilizaron para la precedente".

Transcríbase este Concepto al Señor Ministro de Interior y de Justicia. Igualmente, envíese copia a la Secretaría Jurídica de la Presidencia de la República.

GUSTAVO E. APONTE SANTOS

Presidente de la Sala

ENRIQUE J. ARBOLEDA PERDOMO

Con salvamento de voto

LUIS FERNANDO ALVAREZ JARAMILLO

FLAVIO A. RODRÍGUEZ ARCE

ELIZABETH CASTRO REYES

Secretaria de la Sala

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE CONSULTA Y SERVICIO CIVIL

SALVAMENTO DE VOTO

Bogotá D.C., agosto diecinueve (19) de dos mil cinco (2005)

Radicación: N°. 1665

Referencia: CONCEJOS MUNICIPALES.

Recomposición por existencia de curules vacantes. No aceptación del cargo por parte de los candidatos no elegidos "llamados" a posesionarse. Nueva elección.

Con el mayor respeto con la posición mayoritaria de la Sala, expongo las razones que me llevan a disentir de las consideraciones y respuestas dadas al concepto de la referencia, por estimar, en esencia, que el artículo 131 del Código Electoral (decreto ley 2241 de 1986) que regula los hechos objeto de la consulta, debió aplicarse con todos sus efectos jurídicos, y no, como lo expone el concepto del que me aparto, reinterpretándolo a la luz del artículo 129 ibídem que regula la situación jurídica de otros cuerpos de elección popular, diferentes de los Concejos Municipales.

1. El citado artículo 131 del código electoral dice:

"ART. 131.-Cuando por cualquier circunstancia dejen de realizarse elecciones de concejales en algunos municipios, el gobierno departamental, intendencial o comisarial¹¹respectivo convocará nueva elección señalando el día en que ésta deba verificarse."

"De la misma manera se procederá cuando se anulen las elecciones de concejales, o llegue a faltar, absolutamente, antes del último año del período, un número tal de principales y de suplentes que no se pueda formar el quórum o mayoría suficiente para que funcione la corporación."

La norma transcrita, en cuanto al tema que interesa al concepto, contempla dos efectos legales cuando faltaren de manera absoluta, un número de concejales tal que no se pueda configurar la mayoría necesaria para el funcionamiento de la corporación, a saber: que los elegidos, que no alcanzan a integrar el quórum, terminan anticipadamente su período por mandato legal, y segundo, que en consecuencia, se debe efectuar una nueva elección para elegir la totalidad del Concejo Municipal.

2. En materia de cargos de representación popular, no hay derechos adquiridos al ejercicio del período, pues justamente se está en presencia de una función política de representación popular, y no del ejercicio del derecho al trabajo, característico de una relación laboral derivada de la función pública o de un contrato de trabajo, por lo que resulta constitucional la regla legal que ordena interrumpir el período de los concejales del artículo 131 transcrito.

La jurisprudencia del Consejo de Estado ha sostenido esta tesis en el caso de los Congresistas cuyo período fue interrumpido como consecuencia de la decisión de la Asamblea Nacional Constituyente de 1991, como se lee en los siguientes párrafos de la sentencia de fecha 13 de diciembre de 1995 de la Sala Plena Contencioso Administrativa, con ponencia del Dr. Diego Younes Moreno:

"Estos lineamientos se mantuvieron en la actual Constitución, en los artículos 3º, 133 y 258, en los que se consagra que el electorado no impone obligaciones al elegido, llámese senador, representante, diputado o concejal, los que en sentido contrario, tampoco adquieren ningún derecho subjetivo sobre la dignidad que reviste la representación. Se trata entonces de un mandato político constituido mediante el voto, para llevar a cabo una gestión o actuación política, que debe consultar los postulados de la justicia, el bien común, la equidad y la buena fe."

"No se trata de desconocer que del ejercicio mismo de la representación surjan derechos salariales y prestacionales a favor de quien ejerce el cargo, pero sin llegar a predicar la existencia de un derecho subjetivo sobre la dignidad misma, y menos sobre su permanencia en ella."

"Al trasladar las anteriores precisiones al caso concreto de los Congresistas electos en 1990, se hace necesario concluir que la situación jurídica que para ellos surgió al momento del escrutinio de los votos y que se formalizó con la expedición de la respectiva credencial de Congresista, tenía el efecto futuro de la posibilidad de ejercer el cargo y de recibir el sueldo correspondiente, pero en la medida que se fuera cumpliendo con la representación."¹²

Son muy claros los párrafos citados cuando exponen los efectos de la relación jurídica que se crea a partir de la representación popular, que son diferentes de los derivados de la relación laboral propia de la función pública, por lo que la ley puede definir que ciertos hechos políticos tengan como resultado la terminación del mandato electoral. En el caso de la sentencia citada, el hecho político consistió en la determinación de la Asamblea Nacional, y en el caso de los concejales de Iles, según el artículo 131 del código electoral, consistió en la falta absoluta de miembros que constituyan el quórum necesario para sesionar y decidir, lo que conlleva la interrupción de su función de representación, y por lo mismo, que se convoque a nuevas elecciones para elegir la totalidad de la corporación.

3. Si bien el concepto del que me aparto se funda en que los concejales elegidos y que no fueron sancionados tienen un derecho fundamental a la participación y a la representación política y por ende a continuar ejerciendo su función, y no utiliza la expresión derecho subjetivo o derecho adquirido a permanecer en el cargo, es claro a mi juicio que en tratándose de representación política, y habiendo norma expresa que suspende el período en forma anticipada, no puede ponerse por encima la situación particular de cuatro elegidos sobre el derecho de todo el municipio a elegir un nuevo concejo municipal, respetando los principios democráticos de la representación proporcional de los partidos y de la igualdad de los ciudadanos que participen en la nueva elección, como se expone enseguida.

Convocar a elecciones para suplir algunos de los escaños vacantes, en la que participe la totalidad del cuerpo elector, altera dos principios democráticos, de una parte el de la proporcionalidad en la representación, garantizado hoy en día por el mecanismo llamado de la cifra repartidora que permite que los diferentes partidos, movimientos políticos, o sectores de opinión, postulen listas de candidatos a las corporaciones de elección popular y obtengan un número de cargos mas o menos proporcional al número de votos obtenidos, y de otra parte el de la igualdad del voto, pues cada ciudadano tiene un solo voto, entendiéndose como tal no sólo que en el mismo día vota una vez, sino que el efecto de esa igualdad es la proporcionalidad en la representación del cuerpo elegido, de manera que estarían prohibidas todas las prácticas que lleven a alterar esta representatividad.

En el caso concreto del municipio de Iles, admitir que haya elecciones parciales para cinco de los nueve miembros del concejo, con el mismo cuerpo electoral que participó en la elección de los cuatro que continúan ejerciendo su función, significa que todos los actores políticos pueden inscribir listas para los cinco escaños vacantes, incluyendo los movimientos o partidos que ya obtuvieron los cuatro concejales que siguen, por lo que los votantes de estos movimientos pueden volver a sufragar por ellos y obtener unas curules adicionales a las que tienen, rompiéndose así los principios de la proporcionalidad y de la igualdad del voto.

ENRIQUE JOSÉ ARBOLEDA PERDOMO

NOTAS PIE DE PÁGINA:

1 Son cargos de forzosa aceptación en el Código Electoral: el cargo de delegado del Consejo Nacional Electoral - artículo 176-, el de jurado de votación - artículo 105, el de escrutador distrital, municipal o zonal - artículo 159.

2 C-275 DE 1996

3 Sentencia Sección Cuarta. AC 2421 95-02-06

4 Ibídem

5 Sentencia. Sala Plena AC-066 92-04-04

6 Sección 3º. AC 1049 - 01-09-06

7 C-008 de 2003.

8 Sentencia No. C-267/95

9 Henao Hidron, Javier. El poder municipal. Biblioteca Jurídica Dike. Edición 2004

10 c.c.: Ley 890 de 2004.

11 Por disposición de la nueva Carta Fundamental, las intendencias y comisarías pasaron a ser departamentos.

12 Radicación No. S- 470 Actor: Feisal Mustafá Barbosa.

Fecha y hora de creación: 2025-11-23 08:36:54