

SUSPENSIÓN PROVISIONAL – Contra acto de elección de magistrado del Consejo Nacional Electoral / SUSPENSIÓN PROVISIONAL - Requisitos para su decreto / SUSPENSIÓN PROVISIONAL - Se niega al no advertirse una manifiesta infracción de las normas enunciadas como violadas

Hoy en día el artículo 229 del CPACA consagra la medida en comento exigiendo una "petición de parte debidamente sustentada", y el 231 impone como requisito la "(...) 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". Entonces, las disposiciones precisan que la medida cautelar (i) se debe solicitar con fundamento en el mismo concepto de violación de la demanda, o en lo que el demandante sustente al respecto en escrito separado -siempre que se encuentre en término para accionar- o en la misma demanda, pero en todo caso que sea específica y propia para la procedencia de la medida excepcional, o una expresa remisión a que el apoyo de la medida se soporta en el concepto de violación y (ii) al resolver se debe indicar si la violación de las disposiciones invocadas surge de la confrontación entre el acto demandado y las normas superiores alegadas como violadas o del estudio de las pruebas allegadas con la solicitud. (...). [L]a medida cautelar será analizada con base en las censuras de la demanda y retomando la disertación del memorialista, cuyo eje fáctico central es que no se respetó la provisión de la curul por vacancia absoluta de miembro del CNE, al considerar que debió ser sujeto de la figura del llamamiento, mediante el reconocimiento de que la curul vacante debía suplirse con el candidato de la misma plancha ganadora de la curul en orden sucesivo y descendente. A partir de ese marco general, el acto declaratorio de elección es censurado por los siguientes motivos: (i) falsa motivación y desviación de poder; (ii) violación del artículo 40 de la Constitución Política al impedir que el Partido Colombia Justa Libres participara en la conformación del poder público y (iii) violación de los artículos 20, 134 y 264 de la Constitución Política. (...). [L]a Sala observa que el memorialista se enfoca en la supuesta ilegalidad de la Resolución 097 de 2019 o convocatoria a elecciones para suplir la vacante, como génesis de lo que afectó la legalidad de la declaratoria de elección, y lo hace desde dos ejes temáticos principales, a saber: la ocupación de la curul vacante en forma absoluta con el no elegido que sigue en forma sucesiva y descendente en la lista o plancha y la incompetencia del Congreso para citar a nueva elección, por cuanto ya había cesado en su poder electorario de los miembros del CNE. Como se advierte ambos argumentos temáticos, independientemente de los matices o encuadramientos que el memorialista haya planteado, desde las censuras de falsa motivación, desviación de poder y violación de normas constitucionales, corresponden ser analizados de fondo o de mérito en la sentencia. Se afirma de ese modo, en tanto la crasa flagrancia de ilegalidad que glosa la parte actora sobre el acto demandado no se advierte evidente, precisamente porque las normas citadas no prevén qué hacer con el reemplazo de una curul del CNE que entra en vacancia absoluta, como tampoco resulta certero afirmar el cese competencial del Congreso de la República en el cubrimiento de los cargos de las elecciones a su cargo. Es más figuras como la elección o designación por "derecho propio", es una figura novedosa que solo se conoce con las nuevas normas que permitieron que la dupla presidente – vicepresidente no elegida, pero que obtuvo la segunda mayor votación, pueda tomar asiento en el Congreso en el Senado y en la Cámara, respectivamente, y para los niveles locales y territoriales, acontece algo similar para quienes obtienen esa segunda votación seguida del burgomaestre ganador y es poder tomar asiento en la corporación administrativa correspondiente, pero lo cierto es que de todos modos requieren un acto electoral de materialización de

elección, como concreción de la legalidad aparejada con la legitimación del beneficiario del derecho propio, a fin de continuar con el periplo de aceptación, posesión y ejercicio del respectivo cargo. (...). Decantarse en esta etapa tan temprana del proceso por alguna de las dos posiciones, a saber: provisión del cargo en forma sucesiva y descendente de la lista o plancha ganadora, como si se tratara de una designación por llamamiento o por la provisión en forma directa, a partir de nuevas elecciones, como en efecto aconteció en el sub lite, solo sería viable en su definición y dentro del contexto cautelar, siempre y cuando las normas invocadas fueran de tal contundencia y claridad que dejaran a la vista la transgresión flagrante de la autoridad electoral, predicamento que, como se vio a lo largo de estas consideraciones, no está presente en el caso que ocupa la atención de la Sala. (...). Son todas estas consideraciones, así como las elucubraciones y suposiciones en las que se ve disertar a los sujetos procesales e incluso a quienes dieron un concepto y, ante la verificación de las normas que no tienen la contundencia propia que se requiere para proceder a la cautela, es que la Sala no encuentra de recibo la solicitud de suspender los efectos del acto declaratorio de elección, ello sin perjuicio que con la carga argumentativa completa y el recaudado pleno del acervo probatorio, se genere un planteamiento con otra óptica, lo cual será analizado cuando profiera la decisión de mérito, de ahí que se haya afirmado, en forma constante, que la medida cautelar de suspensión, no constituye un prejuzgamiento del sub iudice. Por lo anterior, no es en esta etapa del proceso, por estar aún carente el proceso de las pruebas restantes y de la argumentación jurídica de las partes, que pueda aseverarse ni concluirse que se haya minado con el acto declaratorio de elección y, en forma indirecta, con la convocatoria respectiva, los derechos políticos invocados, ni que con ello se amerite suspender los efectos del acto, por cuanto implica una labor hermenéutica que coarta la fragancia propia que se requiere para el decreto cautelar. En consecuencia, no resulta acorde con los propósitos de la medida cautelar, suspender los efectos del acto declaratorio de elección, por lo que no se advierte, en forma certera, que se pueda adoptar la suspensión de los efectos en los términos solicitados por el memorialista.

FUENTE FORMAL: CONSTITUCIÓN POLÍTICA – ARTÍCULO 238 / LEY 1437 DE 2011 – ARTÍCULO 229 / LEY 1437 DE 2011 – ARTÍCULO 231 / LEY 1437 DE 2011 – ARTÍCULO 277

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCIÓN QUINTA

Consejera ponente: LUCY JEANNETTE BERMÚDEZ BERMÚDEZ

Bogotá, D.C., veintisiete (27) de febrero de dos mil veinte (2020)

Radicación número: 11001-03-28-000-2020-00014-00

Actor: DAVID RICARDO REYES CASTRO

Demandado: VIRGILIO ALMANZA OCAMPO - MAGISTRADO CONSEJO NACIONAL ELECTORAL – CNE - PERÍODO 2019-2023

Referencia: NULIDAD ELECTORAL - Admite demanda de nulidad electoral y decide suspensión provisional

AUTO DE ÚNICA INSTANCIA

Se procede a pronunciarse sobre la admisión de la demanda y la suspensión provisional de los efectos del acto demandado presentadas por el ciudadano **DAVID RICARDO REYES CASTRO**, a nombre del Partido Político **COLOMBIA JUSTA LIBRES** incoó demanda¹, en ejercicio del medio de control de nulidad electoral, previsto en el artículo 139 del CPACA, contra el acto declaratorio de elección del señor **VIRGILIO ALMANZA OCAMPO**, en calidad de Magistrado del **CNE (2019-2023)**.

I. ANTECEDENTES

La demanda de nulidad electoral, conforme a la postulación de la parte actora, tiene el siguiente objeto:

PRIMERO.- Que se declare la nulidad de la Resolución 097 de 30 de octubre de 2019 proferida por la Presidencia y la Secretaría General del Congreso de la República, como quiera que la forma de proveer el cargo vacante por falta absoluta que ocurrió en el Consejo Nacional Electoral en atención al fallecimiento de **HERIBERTO SANABRIA ASTUDILLO**, es la que dispone el artículo 134 de la Constitución Política de Colombia, esto es, de forma sucesiva y descendente.

SEGUNDO.- Consecuencialmente con lo anterior se declare que la vacancia absoluta existente en el CNE por el fallecimiento del Dr. **Sanabria Astudillo** se encontraba suplida por **Hollman Ibáñez Parra** al momento de la convocatoria para proveer el cargo de magistrado del Consejo Nacional Electoral hecha por la Presidencia y la Secretaría General del Congreso de la República, a través de la Resolución 097 de 2019.

TERCERO.- Como consecuencia de lo anterior, se declare la nulidad del acto de elección de **VIRGILIO ALMANZA OCAMPO**, como Magistrado del CNE en reemplazo del fallecido **HERIBERTO SANABRIA ASTUDILLO**, hecho por el Congreso de la República en sesión del 13 de noviembre de 2019.

CUARTO.- Como consecuencia de las anteriores declaraciones se ordene al Señor presidente del Congreso de la República, al Señor Presidente de la República y al Señor Presidente del Consejo Nacional Electoral, acaten los efectos legales y constitucionales de la posesión extraordinaria del señor Hollman Ibáñez Parra como Magistrado del Consejo Nacional Electoral, como quiera que se atendieron los postulados legales y constitucionales conforme al Artículo 269 de la Ley 4 de 1913” (fls. 2 y 3).

1.2. Los fundamentos fácticos

El actor, en síntesis, relató los siguientes:

¹ La demanda fue presentada el 14 de enero de 2020 (fl. 26).

1.2.1. El Congreso de la República convocó para el día 29 de agosto de 2018 el Pleno del corporativo con el fin de elegir los integrantes del Consejo Nacional Electoral, para el período constitucional 2018-2022.

1.2.2. Los partidos y movimientos políticos con representación en el Congreso de la República inscribieron en colación o individualmente las planchas o listas de aspirantes a Magistrados del CNE a que tenían derecho (véase Gaceta 900 de 2018).

1.2.3. En efecto, la plancha 1, fue inscrita por la llamada coalición de los partidos de gobierno, a saber: Centro Democrático, Liberal Colombiano, Conservador Colombiano, Colombia Justa Libres, Mira, AICO y Consejo Comunitario la MAMUNCIA. La plancha 2, del Partido Social de Unidad Nacional. La plancha 3, de la Coalición de partidos y movimientos Alternativos y de izquierda y la plancha 4, del partido Cambio Radical.

1.2.4. El Congreso ejerció su facultad electoral y votó por la plancha 1, que estaba conformada por los siguientes candidatos: (1) Pedro Felipe Gutiérrez, por el Partido Centro Democrático; (2) César Augusto Abreo Méndez, por el Partido Liberal Colombiano; (3) Heriberto Sanabria Astudillo, por el Partido Conservador Colombiano; (4) Renato Rafael Contreras Ortega, por el Partido Centro Democrático; (5) Doris Ruth Méndez Cubillos, por el Partido Liberal Colombiano; (6) Jaime Luis Lacouture Peñaloza, por el Partido Conservador Colombiano; (7) Hollman Ibáñez Parra, por el Partido Colombia Justa Libres; (8) Juan Antonio Nieto Escalante, por el Partido Liberal Colombiano y (9) Carlos Mauricio Iriarte Barrios, por el Partido Liberal Colombiano.

1.2.5. De esa plancha resultaron elegidos, en orden descendente y sucesivo, seis (6) candidatos, mediante la aplicación de la cifra repartidora. Razón por la cual, los tres (3) candidatos no electos, quedaron con la vocación constitucional de ser llamados, también en forma descendente y sucesiva, a suplir las eventuales faltas absolutas, dado que con dicho acto de elección, el Congreso agotó su competencia electoral, para el período constitucional 2018-2022.

1.2.6. El magistrado **HERIBERTO SANABRIA ASTUDILLO**, quien pertenecía a la lista de coalición de la plancha 1, falleció el 5 de septiembre de 2019, por lo que el Presidente del CNE solicitó al Presidente del Congreso designar un nuevo magistrado para suplir la vacancia definitiva, conforme consta en el oficio CNE-P-HPG-500 de 10 de septiembre siguiente.

1.2.7. El deceso del **MAGISTRADO SANABRIA ASTUDILLO** implicó una falta absoluta en el cargo, por lo que conforme a la regla constitucional prevista para llenar las vacancias, correspondía llamar al siguiente no elegido en estricto orden descendente y sucesivo pero dentro de la misma lista ganadora (plancha 1), es decir, al candidato **HOLLMAN IBÁÑEZ PARRA** del Partido **COLOMBIA JUSTA LIBRES**.

1.2.8. El entonces Presidente del Congreso, Senador **LIDIO GARCÍA TURBAY**, solicitó al señor Procurador General de la Nación, su acompañamiento y concepto en el proceso de designación de quien supliría la vacante por falta absoluta.

El concepto del Jefe del Ministerio Público fue claro en indicar que cualquier falta que se llegare a presentar sólo podría suplirse con la coalición que se integró el día de la elección *“por cuanto... fue a través de dicho acuerdo voluntario y libre que se logró obtener la representación proporcional que en este momento se mantiene en el CNE”* (véase Oficio GCE-CNCAE N° 196).

1.2.9. El 24 de septiembre de 2019, el Presidente del Congreso **LIDIO GARCÍA TURBAY** y el Secretario General del Senado **GREGORIO ELJACH PACHECO**, solicitaron al Ministerio del Interior que se elevara petición de concepto a la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado.

1.2.10. El 2 de octubre de 2019, **HOLLMAN IBÁÑEZ PARRA**, solicitó al Presidente de la República, fijar fecha y hora para su posesión como Magistrado del CNE.

1.2.11. Dando aplicación al artículo 269 de la Ley 4 de 1913, tomó posesión del cargo ante dos testigos (Óscar Jiménez Leal y Sergio Rafael Araujo Castro), ante el Notario 27 del Círculo de Bogotá, quedando protocolizada en Escritura Pública 3693 de 2019), enterando de ello a las Presidencias de la República, del Congreso y del CNE.

1.2.12. La Presidencia de la República, con fecha 3 de octubre de 2019, le notificó a los Presidentes del Congreso y del CNE, sobre la posesión ante Notario presentada por el señor **IBÁÑEZ PARRA**.

1.2.13. Ese mismo día 3 de octubre, el candidato **HOLLMAN IBÁÑEZ PARRA**, solicitó al Presidente del **CNE**, procediera a asignarle los procesos que estaban a su cargo para tramitar y se sirviera disponer todo el apoyo logístico y administrativo requerido para el cabal cumplimiento de las funciones.

1.2.14. En las sesiones de los días 8 y 9 de octubre de 2019 llevadas a cabo por la Sala Plena del CNE, el Presidente Hernán Penagos Giraldo, al advertir la presencia del señor **IBÁÑEZ PARRA**, resolvió levantar las sesiones sin justificación legal atendible y prohibir el ingreso de aquel a la sede del CNE.

1.2.15. El supervisor de seguridad de la **RNEC**, el día 17 de octubre de 2019, le informó al señor **HOLLMAN IBÁÑEZ** que no podía ingresar a las instalaciones del CNE y dos guardias le impidieron el paso. E incluso fue tal el hostigamiento que el Presidente ordenó la requisa de los vehículos asignados a los Magistrados Pedro Felipe Gutiérrez y Renato Rafael Contreras para impedir su ingreso.

1.2.16. El 11 de octubre de 2019, ante la acción de tutela² que el Dr. **JUAN ANTONIO NIETO ESCALANTE**, promoviera ante el Juzgado 20 de Familia (radicado 11001-31-10-020-2019-00864), el Presidente de la Cámara de Representantes Carlos Alberto Cuenca Chaux, en calidad de vicepresidente del Congreso, le manifestó al Presidente del Corporativo Lido García Turbay, que se procediera a suplir la curul, de cara a la plancha N° 1 y sin excluir al señor **HOLLMAN IBÁÑEZ**, por ser quien ocupó la posición 7, por lo que él era quien debía ser llamado para posesión y así suplir la falta absoluta ante el deceso del Magistrado Sanabria Astudillo.

1.2.17. El 16 de octubre de 2019, 86 congresistas de diferentes bancadas, solicitaron al Presidente del Congreso **LIDIO GARCÍA TURBAY**, reconocer la posesión de **HOLLMAN IBÁÑEZ**.

1.2.18. Ese mismo 16 de octubre, la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado, dentro del radicado 11001-03-06-000-2019-00177-00, con ponencia del Consejero Álvaro Namén Vargas, conceptuó bajo el supuesto equivocado de que los reemplazos por faltas absolutas en el CNE debían surtirse como se suplan las vacancias absolutas de los Magistrados de la Corte Constitucional, lo cual no corresponde al mismo supuesto, en tanto los miembros del CNE se eligen en representación de los partidos y movimientos políticos con asiento en el Congreso de la República, por lo que es grande la diferencia frente a la designación de los Magistrados de la Corte Constitucional, incluso en el sistema electoral, toda vez que el de los miembros del CNE es por cifra repartidora, acercándose más al sistema electoral de los Congresistas.

1.2.19. El Presidente del Congreso, mediante Resolución 097 de 2019 y, no obstante estando informado sobre la posesión notarial del señor **HOLLMAN IBÁÑEZ PARRA**, estableció un cronograma de convocatoria para proveer la vacancia de magistrado del CNE.

1.2.20. La convocatoria fue de público conocimiento y se inscribieron varios candidatos, entre ellos, el demandado, en representación de una nueva coalición integrada por los Partidos Liberal Colombiano, de La U y Cambio Radical.

1.2.21. Llegado el día de la elección, esto es, el 13 de noviembre de 2019, se retiraron varios Senadores y se pidió la verificación del quórum, pero en acto ilegal de la Presidencia y de la Secretaría General del Congreso, tal verificación no se hizo en forma inmediata, como lo dispone la Ley 5 de 1992 si no que se continuó en forma inconstitucional e ilegal, con el argumento de que se verificaría con la votación.

1.2.22. Así las cosas se declaró la elección del demandado **VIRGILIO ALMANZA OCAMPO**.

1.3. Fundamentos jurídico - normativos

² Sin prueba que repose en el expediente.

Las censuras fueron las siguientes: **(i)** falsa motivación y desviación de poder; **(ii)** violación del artículo 40 de la Constitución Política al impedir que el partido Colombia Justa Libres participara en la conformación del poder público y **(iii)** violación de los artículos 20, 134 y 264 de la Constitución Política.

1.4. La solicitud de suspensión provisional.

La parte actora solicitó la suspensión de los efectos del acto declaratorio de la elección, de conformidad con los artículos 231 y siguientes y 277 del CPACA, bajo la siguiente literalidad:

“...respecto de la procedencia de la suspensión provisional de los actos administrativos, la violación de las normas superiores no requiere ser manifiesta o evidente, por lo tanto, ni se encuentra la alegada violación de la ley, podrá hacer efectiva entonces la tutela judicial mediante la suspensión provisional de los efectos del acto demandado, sin necesidad de esperar hasta la finalización del proceso.

Dicho esto, y como quiera que, **conforme se ha expuesto en el numeral anterior del presente escrito** es manifiesta la violación de los artículos 20, 40, 132 y 264 de la Constitución Política, y por ello solicitamos la suspensión provisional del acto de elección de Virgilio Almanza Ocampo como magistrado del Consejo Nacional Electoral” (fl. 22). Negrillas de la Sala.

La remisión que la parte actora hace al capítulo anterior al de la solicitud de suspensión provisional es el capítulo “d) *Fundamentos de derecho normas violadas y concepto de violación cargos*” de la demanda (fls. 13 a 21).

2. El trámite

Presentada la demanda de nulidad electoral (art. 139 CPACA), el día 14 de enero de 2020, conforme constancia de presentación obrante a folio 26, se procedió al reparto el mismo día, como figura en el acta respectiva, obrante folio 28 y, pasó al Despacho con informe del día 15 de enero siguiente (véase fl. 30).

Por auto de 16 de enero de 2020, el Despacho instructor ordenó oficiar al Congreso de la República, para que remitiera copia autenticada del acto declaratorio de elección, con las respectivas constancias de publicación y/o notificación (fls. 31 y vto.).

Mediante oficio SGE-SC 0072-2020 de 22 de enero de 2020, el Secretario General del Senado de la República, certificó la elección del demandado, en calidad de Magistrado del CNE, efectuada el 13 de noviembre de 2019 e indicó que el acta correspondiente se encuentra en proceso de elaboración y una vez sea publicada en la Gaceta del Congreso se comprometió a allegarla al proceso (fls. 36 y 37).

Así las cosas, con auto de 27 de enero siguiente, se ordenó correr traslado de la medida cautelar de suspensión provisional (fls. 39 y sigs), el cual cursó entre el 30 de enero y el 5 de febrero de 2020 (fl. 41).

El demandado **VIRGILIO ALMANZA OCAMPO** y la señora **PROCURADORA ANTE EL CONSEJO DE ESTADO** recorrieron el traslado, presentaron sendos escritos en los que se pronunciaron sobre la medida cautelar solicitada:

2.1. El demandado **VIRGILIO ALMANZA OCAMPO**

Mediante apoderado judicial, presentó escrito, obrante de folios 50 a 69, en el que solicitó la denegatoria de la medida cautelar, toda vez que el actor omitió la carga argumentativa propia de la petición cautelar, en razón a que es muy limitada y no explicó las razones ni los argumentos mínimos de las razones de vulneración del ordenamiento jurídico, ya que si bien se citan como infringidos algunos dispositivos constitucionales, no se realizó un verdadero análisis del concepto de violación.

Sin perjuicio de lo anterior, el demandado resolvió oponerse a los cargos de la demanda, en los siguientes términos:

En relación con la **desviación de poder** y la **falsa motivación** indicó que dentro del concepto y alcance de la segunda figura se ha querido significar la divergencia entre las realidades fácticas y jurídicas para la producción del acto demandado y los motivos fundamento del mismo, al punto que son irreales, inexistentes o están maquillados, pero lo acontecido en el sub lite no corresponde a estos eventos, sino a que el actor no comparte los argumentos del acto declaratorio de elección y ello no puede ser considerado como falsa motivación.

En efecto, la inconformidad se hace radicar en que se omitió dar a conocer el concepto de la Procuraduría General de la Nación y la posesión ante notario de Hollman Ibáñez Parra, a lo cual aclaró que el primero fue emitido por dos funcionarios del ente de control, quienes acompañaron el procedimiento administrativo previo a la elección para suplir la vacante y tampoco era necesario que hiciera parte de la motivación del acto electoral.

El Congreso de la República decidió acoger el planteamiento de la Sala de Consulta y Servicio Civil, por lo que no es cierto que los motivos del acto hayan sido irreales, inexistentes o maquillados.

Tampoco era necesario comunicar o poner en conocimiento la posesión espuria del señor Hollman Ibáñez Parra, pues no fue elegido como miembro del CNE.

Respecto de la desviación de poder, no es de recibo, porque el acto electoral se basó exclusivamente en la falta absoluta generada por el fallecimiento del titular.

Frente a la **violación del artículo 40 Superior**, considera quien se opone a la medida cautelar, que esta disertación del actor es propia de la nulidad y restablecimiento del derecho al estructurarse en que se le transgredió derecho al partido Colombia Justa Libres por ser minoría política.

Sin perjuicio de lo anterior, tal vulneración no puede suceder, en atención a que el artículo 264 Superior no determina el procedimiento de elección de los magistrados del CNE y menos cómo proveer la vacante por falta absoluta de alguno de los elegidos y agregó “...*el Congreso de la República, con fundamento en el concepto de la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado, realizó una interpretación acorde con el sistema de elección de esta Corporación y procedió a realizar una nueva elección, precedida de convocatoria pública, en la cual solamente tuvieron postulación los partidos o movimientos políticos integrantes de la coalición por medio de la cual se había elegido el miembro respecto del cual se produjo la falta absoluta*” (fl. 62).

No puede entenderse que en estos casos se aplique la figura del llamamiento, pues en este caso no existen listas que sirvan para proveer faltas absolutas de los elegidos, como sí ocurre con aquellos que son elegidos por voto popular, tal y como lo dispone el citado artículo 264 de la C.P., que es por cifra repartidora, previa de la postulación de los partidos o movimientos políticos con representación en el Congreso de la República en pleno o por coaliciones (planchas).

Lo cierto es que la referida plancha se agota en el mero acto de elección y no pueden seguir la suerte de las listas de las coaliciones para las elecciones por voto popular, en tanto son elegidos por el voto directo popular y las curules permanecen en la colectividad y pertenecen a ella, por ser quien avala al candidato para ocupar la curul.

Correspondía entonces era que el Partido Justa y Libres postulara un candidato, incluso si era su querer al señor Hollman Ibáñez, pero no lo hizo.

En referencia a la censura de **violación a los artículos 20, 134 Y 264 de la Constitución Política** porque el Congreso no respetó la formas de suplir las faltas absolutas en el CNE, al elegir un nuevo miembro del CNE, cuando su competencia electoral ya se encontraba agotada, el demandado indicó que guarda el mismo sustento que el cargo anterior, por lo que iteró que la Sala de Consulta y Servicio Civil conceptuó que era necesario realizar una nueva elección y que no era procedente el llamamiento, en tanto esta figura fue establecida únicamente para las corporaciones públicas de elección popular y no para las corporaciones públicas generales.

2.3. El Ministerio Público

La señora Procuradora Delegada presentó concepto, conforme se observa a folios 43 a 49, en el que solicitó no suspender los efectos del acto. Consideró que como el debate se centra en la forma cómo debía proveerse una falta absoluta en el CNE, pero las normas invocadas por el cautelante regulan la forma de proceder en estos casos, por lo que advirtió un claro vacío normativo al respecto. Es más, el demandante presenta las posibles formas de resolver dicho vacío.

La Procuraduría fue de la tesis del llamamiento, pero la Sala de Consulta se decantó porque era necesaria una nueva elección y ésta última fue la opción escogida por el Congreso de la República.

Por contera, lo indicado cuando se está frente a la medida de suspensión provisional es la confrontación del ordenamiento jurídico con el acto demandado, y en este caso, no es evidente la infracción del ordenamiento jurídico, al existir varias posibles interpretaciones para determinar cómo se debe proveer una vacancia por falta absoluta de un miembro del CNE, ante la inexistencia de una norma expresa que regule el tema.

I. CONSIDERACIONES

1. Competencia

De conformidad con lo dispuesto en el numeral 4 del artículo 149 del CPACA y el artículo 13 del Acuerdo 080 del 12 de marzo de 2019, la Sección Quinta es competente para conocer en única instancia del presente proceso, en tanto la discusión recae sobre un acto de elección expedido por el Congreso de la República, como lo es aquel que provee el cargo de miembro del **CNE**, por disposición expresa del artículo 264 de la Constitución Política.

2. Admisión de la demanda

La demanda reúne los requisitos contemplados en los artículos 162, 163 y 166 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo (CPACA); por haberse instaurado dentro del término exigido en el literal a) del numeral 2º del artículo 164 del mismo estatuto y por ser competente la Sala para conocer del proceso en única instancia, toda vez que el demanda recae sobre el acto electoral del señor **VIRGILIO ALMANZA OCAMPO**, en calidad de miembro del **CNE**, de conformidad con el artículo 149 numeral 4 del CPACA que asigna al Consejo de Estado en única instancia, el conocimiento de la nulidad del acto de elección expedido por el Congreso de la República.

Así las cosas, se procede a explicar con mayor profundidad los aspectos de oportunidad y de presupuestos de la demanda a fin de determinar la viabilidad de admitir la demanda.

En efecto:

2.1. Oportunidad de la Acción: el libelo fue presentado en tiempo, en tanto el acto definitivo demandado, esto es, el declaratorio de la elección de **13 de noviembre de 2019**, conforme lo certificó el Secretario General del Senado (fls. 36 y 37) y la sesión eleccionaria se observa en el video contenido en el Cd, obrante a folio 27, así lo comprueban. Aunque si bien se carece de la publicación en el medio oficial de la Gaceta del Congreso, por las razones expuestas por el Secretario del Congreso, ello no es óbice para determinar la oportunidad de la demanda, pues incluso desde el punto de vista meramente práctico, tomando

como base la fecha en que la demanda fue incoada, esto es, el día **14 de enero de 2020** (fl. 26), se advierte que entre ambas fechas han transcurrido 28 días hábiles, por lo que la demanda sí se presentó dentro del término de caducidad de los treinta (30) días hábiles siguientes a la notificación o publicación, según sea el caso, conforme a la previsión del artículo 164 numeral 2 literal a) del CPACA.

2.2. Presupuestos formales de la demanda: la acción fue incoada en nombre propio; con pretensión determinable y acto administrativo electoral perfectamente individualizado.

En este punto se aclara que la demanda de nulidad electoral, conforme a las voces del artículo 139 del CPACA, recae sobre el acto definitivo que no es otro que el acto declaratorio de la elección, el cual por ahora se contiene en video en el que está documentada la sesión eleccionaria de 13 de noviembre de 2019 y que obra en el CD a folio 27 con el título “*Plenaria de Cámara de Representantes 13 de noviembre de 2019*”, por lo que los cuestionamientos sobre la Resolución 097 de 30 de octubre de 2019 de la Presidencia y la Secretaría General del Congreso “*Por la cual se establece el cronograma de convocatoria para proveer la vacancia definitiva de Magistrado en el CNE*” (fl. 27) no es aceptable que se haya demandado en pretensión individual anulatoria dentro de la demanda de nulidad electoral, porque conforme al artículo 139 del CPACA, el acto demandado es el definitivo, esto es, el declaratorio de elección.

Sin embargo, ello no obsta para que se analice de cara al acto declaratorio de elección y dentro y conforme a la invocación de violación normativa y al concepto de violación planteados por el actor, pero la incidencia de este acto preparatorio en la pretensión anulatoria del acto definitivo, se verá o tendrá efecto, en tanto afecte la legalidad del acto declaratorio de elección.

Ahora bien, es necesario para la Sala, dar claridad en que la nulidad electoral solo se enfoca en el estudio de la legalidad del acto definitivo que es el declaratorio de la elección, que será el acto sobre el cual procede el estudio cuando de la viabilidad de admitir la demanda se trata y solo respecto de éste es que el juez electoral se debe pronunciar³, como materialización de la previsión del artículo 139 del CPACA.

³ Si bien, la parte demandante plantea como consecuenciales a la declaratoria de nulidad de la elección, las pretensiones segunda y cuarta, lo cierto es que recaen sobre aspectos ajenos e impropios al contencioso electoral. En su literalidad estas pretensiones indican: “**SEGUNDO.-** Consecuencialmente con lo anterior se declare que la vacancia absoluta existente en el CNE por el fallecimiento del Dr. **Sanabria Astudillo** se encontraba suplida por **Hollman Ibáñez Parra** al momento de la convocatoria para proveer el cargo de magistrado del Consejo Nacional Electoral hecha por la Presidencia y la Secretaría General del Congreso de la República, a través de la Resolución 097 de 2019.”

“**CUARTO.-** Como consecuencia de las anteriores declaraciones se ordene al Señor presidente del Congreso de la República, al Señor Presidente de la República y al Señor Presidente del Consejo Nacional Electoral, acaten los efectos legales y constitucionales de la posesión extraordinaria del señor Hollman Ibáñez Parra como Magistrado del Consejo Nacional Electoral, como quiera que se atendieron los postulados legales y constitucionales conforme al Artículo 269 de la Ley 4 de 1913” (fls. 2 y 3).

Pasando a otro de los presupuestos, la legitimación *ad processum* del demandante, la postulación se sustenta en el ejercicio de la representación legal del Partido Político Colombia Justas Libres, pero como no trae prueba de tal calidad y se trata de una acción pública, la demanda será admitida, por ahora, tan solo en su calidad de ciudadano, a la espera de que adjunte prueba de la representación del partido referido, toda vez que advierte la Sala que, revisada la página oficial del CNE, sí se le menciona a cargo de dicha representación, lo que permitirá su legitimación procesal a nombre del referido partido.

El escrito de demanda así mismo presenta en forma separada sus fundamentos fácticos; contiene el capítulo de normas violadas con su correspondiente concepto de violación y en aparte independiente las pruebas y anexos.

Ahora bien, la argumentación de la nulidad electoral se sustenta en términos generales en que el acto declaratorio de elección se expidió violando el sistema de provisión de los cargos de miembros del CNE para cuando se presenta vacancia absoluta del cargo por el fallecimiento de quien venía desempeñándose como titular en propiedad, luego de haber sido elegido por los conductos legales y constitucionales y en que la competencia eleccionaria del Congreso había cesado, sin que pudiera volver a convocar para suplir la curul vacante.

De acuerdo con las circunstancias expuestas, se cumple con los requisitos establecidos en los artículos 163 y 164 numeral 2º literal a) del CPACA frente a la admisibilidad de la demanda de nulidad de la elección.

Así mismo, se suministraron las direcciones de notificaciones tanto personal como por vía email del demandante y los accionados. Y conforme al sello y constancia de recepción de la demanda por parte del Consejo de Estado, obrante a folio 26, la parte actora anexó copias de la demanda y sus anexos, dando cumplimiento al artículo 166 del CPACA.

Corolario de lo anterior, se admitirá la demanda de nulidad electoral respecto del acto declaratorio de elección que es el acto electoral definitivo, de conformidad con el artículo 139 del CPACA, ello para indicar que es admisible la pretensión tercera y la pretensión primera sobre la nulidad de la Resolución 097 de 30 de octubre de 2019, se analizará en su argumento de violación de cara a la incidencia que tenga sobre la legalidad del acto declaratorio de elección, por lo que solo se admitirá frente a las pretensiones tercera y primera con la aclaración que se hizo con antelación.

Superado el estadio de la admisibilidad de la demanda contra el acto declaratorio de elección, la Sala asume el análisis de la solicitud de medida cautelar.

3. Suspensión Provisional

3.2. Generalidades

La fuerza ejecutiva y ejecutoria que tienen los actos administrativos una vez quedan en firme como prerrogativa y pilar fundamental de la actuación pública, determinan su impostergable cumplimiento así sean demandados judicialmente; pero al mismo tiempo y como contrapartida y garantía de los administrados⁴ implica que éstos puedan solicitar ante el juez la suspensión de sus efectos mientras se tramita el correspondiente proceso donde se cuestiona su legalidad⁵

La figura de la suspensión provisional fue introducida en nuestro ordenamiento jurídico en 1913 con la Ley 130 y perfilada posteriormente con las leyes 80 de 1935 y 167 de 1941 y el Decreto 01 de 1984. Sin embargo, constitucionalmente sólo fue consagrada hasta 1945 con el Acto Legislativo 01 en su artículo 193.

Con el cambio constitucional en el año 1991 es el artículo 238 el que establece la posibilidad de aplicar la suspensión como medida provisoria frente a la efectividad de los actos administrativos, disposición desarrollada en el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo -Ley 1437 de 2011- (arts. 229 y siguientes).

El Estado de derecho supone por antonomasia el acatamiento de las normas jurídicas tanto por parte de la administración como de los particulares y nuestra tradición jurídica nos reconduce al cumplimiento de estas reglas jurídicas a través de la coherencia y congruencia normativa que implica, dentro del sistema jerárquico y piramidal, la no contradicción entre unas y otras y en caso de presentarse tal fenómeno, la posibilidad de desactivar, definitiva o **transitoriamente**, la disposición transgresora en garantía del principio de legalidad. Pues es precisamente esa posibilidad de dejar sin efecto temporal la norma, el objeto de la denominada "suspensión provisional".

Hoy en día el artículo 229 del CPACA consagra la medida en comento exigiendo una "*petición de parte debidamente sustentada*", y el 231 impone como requisito la "*(...) 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*".

Entonces, las disposiciones precisan que la medida cautelar **(i)** se debe solicitar con fundamento en el mismo concepto de violación de la demanda, o en lo que el demandante sustente al respecto en escrito separado -siempre que se encuentre en término para accionar- o en la misma demanda, pero en todo caso que sea específica y propia para la procedencia de la medida excepcional, o una expresa remisión a que el apoyo de la medida se soporta en el concepto de violación y **(ii)** al resolver se debe indicar si la violación de las disposiciones invocadas surge de la confrontación entre el acto demandado y las normas superiores alegadas como violadas o del estudio de las pruebas allegadas con la solicitud.

⁴ González Rodríguez, Miguel, "*Derecho Procesal Administrativo*", Ed. Jurídicas Wilches, Bogotá 1989.

⁵ Consejo de Estado. Sección Quinta. Rad. 2014-00057-00 demandada: Johana Chaves García. Representante a la Cámara por el departamento de Santander. Auto admisorio de la demanda de 13 de agosto de 2014. M.P. Lucy Jeannette Bermúdez Bermúdez.

De esta manera, el cambio sustancial respecto al régimen del anterior Código Contencioso Administrativo radica en que, a la luz del artículo 231 del CPACA, el operador judicial puede analizar la transgresión, bien sea con la confrontación entre el acto y las normas superiores invocadas o, bien, con el estudio de las pruebas allegadas con la solicitud, sin que ello implique prejuizamiento⁶.

4. Caso concreto

La Sala encuentra, que a diferencia de la defensa cautelar que expone la parte demandada consistente en la supuesta omisión de la carga argumentativa cautelar, sí se advierte que la parte actora asumió la opción de remitirse a los planteamientos sustento de la demanda para cumplir con la invocación normativa y con el concepto de violación cautelar, conducta que le es permitida a partir de la previsión que trae el propio 277 inciso último, en armonía con el artículo 229 y 231 *ejusdem*.

La postulación remisoría a las censuras de la demanda se extrae de la siguiente literalidad hecha en la petición cautelar: “(...) como quiera que, **conforme se ha expuesto en el numeral anterior del presente escrito** es manifiesta la violación de los artículos 20⁷, 40⁸, 134⁹ y 264¹⁰ de la Constitución Política, y por ello

⁶ Artículo 229 inciso segundo del CPACA.

⁷ “**Artículo 20.** Se garantiza a toda persona la libertad de expresar y difundir su pensamiento y opiniones, la de informar y recibir información veraz e imparcial, y la de fundar medios masivos de comunicación. Estos son libres y tienen responsabilidad social. Se garantiza el derecho a la rectificación en condiciones de equidad. No habrá censura.”

⁸ “**Artículo 40.** Todo ciudadano tiene derecho a participar en la conformación, ejercicio y control del poder político. Para hacer efectivo este derecho puede:

1. Elegir y ser elegido.
2. Tomar parte en elecciones, plebiscitos, referendos, consultas populares y otras formas de participación democrática.
3. Constituir partidos, movimientos y agrupaciones políticas sin limitación alguna; formar parte de ellos libremente y difundir sus ideas y programas.
4. Revocar el mandato de los elegidos en los casos y en la forma que establecen la Constitución y la ley.
5. Tener iniciativa en las corporaciones públicas.
6. Interponer acciones públicas en defensa de la Constitución y de la ley.
7. Acceder al desempeño de funciones y cargos públicos, salvo los colombianos, por nacimiento o por adopción, que tengan doble nacionalidad. La ley reglamentará esta excepción y determinará los casos a los cuales ha de aplicarse.

Las autoridades garantizarán la adecuada y efectiva participación de la mujer en los niveles decisorios de la Administración Pública.”

⁹ “**Artículo 134.** Mod. art. 4 del Acto Legislativo 2 de 2015. Los miembros de las Corporaciones Públicas de elección popular no tendrán suplentes. Solo podrán ser reemplazados en los casos de faltas absolutas o temporales que determine la ley, por los candidatos no elegidos que según el orden de inscripción o votación obtenida, le sigan en forma sucesiva y descendente en la misma lista electoral.

En ningún caso podrán ser reemplazados quienes sean condenados por delitos comunes relacionados con pertenencia, promoción o financiación a grupos armados ilegales o actividades de narcotráfico; dolosos contra la administración pública; contra los mecanismos de participación democrática, ni por Delitos de Lesa Humanidad. Tampoco quienes renuncien habiendo sido vinculados formalmente en Colombia a procesos penales por la comisión de tales delitos, ni las faltas temporales de aquellos contra quienes se profiera orden de captura dentro de los respectivos procesos.

Para efectos de conformación de quórum se tendrá como número de miembros la totalidad de los integrantes de la Corporación con excepción de aquellas curules que no puedan ser reemplazadas. La misma regla se aplicará en los eventos de impedimentos o recusaciones aceptadas.

Si por faltas absolutas que no den lugar a reemplazo los miembros de cuerpos colegiados elegidos en una misma circunscripción electoral quedan reducidos a la mitad o menos, el Consejo Nacional Electoral convocará a elecciones para llenar las vacantes, siempre y cuando falten más de veinticuatro (24) meses para la terminación del periodo.

Parágrafo Transitorio. Mientras el legislador regula el régimen de reemplazos, se aplicarán las siguientes reglas: i) Constituyen faltas absolutas que dan lugar a reemplazo la muerte; la incapacidad física absoluta para el ejercicio del cargo; la declaración de nulidad de la elección; la renuncia justificada y aceptada por la

solicitamos la suspensión provisional del acto de elección de Virgilio Almanza Ocampo como magistrado del Consejo Nacional Electoral” (fl. 22), por lo que la Sala entiende que el sustento coincide en todas sus partes con las censuras de violación de la demanda. Así las cosas, la medida cautelar será analizada con base en las censuras de la demanda y retomando la disertación del memorialista, cuyo eje fáctico central es que no se respetó la provisión de la curul por vacancia absoluta de miembro del CNE, al considerar que debió ser sujeto de la figura del llamamiento, mediante el reconocimiento de que la curul vacante debía suplirse con el candidato de la misma plancha ganadora de la curul en orden sucesivo y descendente.

A partir de ese marco general, el acto declaratorio de elección es censurado por los siguientes motivos: **(i)** falsa motivación y desviación de poder; **(ii)** violación del artículo 40 de la Constitución Política al impedir que el Partido Colombia Justa Libres participara en la conformación del poder público y **(iii)** violación de los artículos 20, 134 y 264 de la Constitución Política.

1. Falsa motivación y desviación de poder: el actor predica y focaliza este cargo en la Resolución 097 de 2019. Indicó que la solicitud del concepto a la Sala de Consulta y Servicio Civil por parte del Congreso, por intermedio del Ministerio del Interior, fue inconstitucional, ilegal y acomodaticia para violentar los derechos de una minoría política. Aunado a que dicho concepto fue dado a conocer a la Plenaria del Senado un día antes de la elección, por lo que el criterio y alcance del mismo no fue difundido con la suficiente anticipación. Destacó que los conceptos de la Sala de Consulta y Servicio Civil son para las autoridades administrativas y no para el legislativo.

Por otra parte, arguyó que se omitió dar a conocer el concepto de la PGN que la vacante debía suplirse con el siguiente no elegido en forma descendente y sucesiva, lo cual es un acto desleal para con el Congreso y con la Procuraduría. Así también, los Congresistas no fueron enterados de la posesión extraordinaria ante notaría del señor **HOLLMAN IBÁÑEZ**, quien era el que seguía en orden descendente y sucesivo en la lista del fallecido Sanabria Astudillo.

respectiva corporación; la sanción disciplinaria consistente en destitución, y la pérdida de investidura; ii) Constituyen faltas temporales que dan lugar a reemplazo, la licencia de maternidad y la medida de aseguramiento privativa de la libertad por delitos distintos a los mencionados en el presente artículo.

La prohibición de reemplazos se aplicará para las investigaciones judiciales que se iniciaron a partir de la vigencia del Acto Legislativo número 01 de 2009, con excepción del relacionado con la comisión de delitos contra la administración pública que se aplicará para las investigaciones que se inicien a partir de la vigencia del presente acto legislativo.”

¹⁰ **Artículo 264.** Artículo modificado por el artículo 14 del Acto Legislativo 1 de 2003. Inciso modificado por el artículo 26 del Acto Legislativo 2 de 2015. El Consejo Nacional Electoral se compondrá de nueve (9) miembros elegidos por el Congreso de la República en pleno, para un período institucional de cuatro (4) años, mediante el Sistema de Cifra Repartidora, previa postulación de los partidos o movimientos políticos con personería jurídica o por coaliciones entre ellos. Sus miembros serán servidores públicos de dedicación exclusiva, tendrán las mismas calidades, inhabilidades, incompatibilidades y derechos de los magistrados de la Corte Suprema de Justicia.

Parágrafo. La jurisdicción contencioso administrativa decidirá la acción de nulidad electoral en el término máximo de un (1) año.

En los casos de única instancia, según la ley, el término para decidir no podrá exceder de seis (6) meses.”.

Expresó que convocar a un proceso eleccionario de una vacante que estaba ocupada, lo que conllevó fue a una modificación de situaciones concretas.

Por contera, son todas esas glosas las que la parte actora endilga como fundamento de la falsa motivación que atentó y conculcó los derechos de Colombia Justa Libres como minoría política.

En relación con la desviación de poder, expuso: *“no se le dio a conocer de la posesión extraordinaria de **HOLLMAN IBAÑEZ**, induciendo a la Sala de Consulta y Servicio... en error, sino que además se acudió a iniciarse el trámite del lleno de la vacancia a través de un acto administrativo de Cúmplase, de ahí la desviación de poder”*. (fl. 14).

2. Violación del artículo 40 Superior al impedir que el Partido Colombia Justa Libres participara en la conformación del poder público, ya que con la resolución de la convocatoria y el acto de elección, fue ignorado, aunado al desconocimiento de la posesión del candidato postulado por dicha colectividad, quien seguía en la lista para llenar la vacante.

La elección del miembro del CNE que falleció, se llevó a cabo mediante el sistema de cifra repartidora, tomando como base la fórmula proporcional entre el número de curules que obtuvieron las diferentes agrupaciones políticas en la elección de Congreso de la República, por lo que frente a la coalición de partidos, se legitimó para postular los integrantes de la lista para la elección de miembros del **CNE**, y cuya provisión de cargos se llevó a cabo en forma sucesiva y descendente, por lo que en esa misma línea, ante una vacante por falta absoluta, lo lógico es que se supliera en igual forma, es decir, la misma regla eleccionaria se aplique al cubrimiento de los reemplazos. De tal suerte que el Presidente del Congreso con la convocatoria y posterior elección vulneró el derecho político de elegir y ser elegido a una minoría política.

Citó de apoyo las sentencias de la Corte Constitucional T-045 de 1993 sobre el derecho de representación; la T-050 de 2002, respecto de la adopción de tratados internacionales que versan sobre derechos políticos y la T-232 de 2014 sobre el derecho político de elegir y ser elegido.

3. Violación de los artículos 20, 134 y 264 de la Constitución Política, porque el Congreso no respetó la forma de suplir las faltas absolutas en el CNE y elegir un nuevo magistrado cuando su competencia electoral ya estaba agotada.

Arguyó que existe un conflicto entre dos conceptos de dos órganos que fueron llamados por el mismo Presidente del Congreso, para acompañar el proceso para suplir la vacancia absoluta del CNE, a saber: (i) el de la PGN (oficio GCE-CNCAE N° 926) y (ii) y el de la Sala de Consulta y Servicio Civil (radicado 11001-03-06-000-2019-00177-00).

El primero guarda relación con el artículo 264 Superior, norma de creación del CNE y con su propósito de que los partidos políticos se encuentren representados

en una institución de carácter político y electoral, con participación de las minorías partidistas. El segundo, solo se fundamentó en una analogía, al comparar al CNE con las elecciones del Contralor General de la República y de los Magistrados de la Corte Constitucional, que imponen una nueva elección, pero esta analogía, a juicio del cautelante, no era viable tomarla solo desde el punto común de ser elecciones realizadas por el Congreso en pleno, porque se omitió tener en cuenta la naturaleza jurídica de cada entidad, sus propósitos y competencias.

Como se trataba de garantizar la equitativa representación de los partidos, movimientos y grupos significativos de ciudadanos, debió emplearse el mismo método utilizado para reemplazar a los Congresistas, Diputados, Concejales y Ediles, que son de carácter plurinominal y que emplean el sistema de cifra repartidora.

Al haber listas ganadoras en las que se emplea el sistema de la cifra repartidora, las curules que se asignen son de cada una de las listas que ganaron, por tal motivo al producirse una vacancia por falta absoluta, el cargo debe ser ocupado por el candidato no elegido de la lista o plancha respectiva, en forma sucesiva y en orden descendente, para así garantizar el derecho a ser elegido de cada lista. En consecuencia, el derecho en este caso concreto era del señor **Hollman Ibáñez**.

El Congreso agotó su competencia constitucional al declarar la elección de los nueve miembros del **CNE**, por lo que mal podía resucitarla al convocar a una nueva elección. En consecuencia, si la competencia eleccionaria estaba agotada era imposible que pudiera convocar a una nueva elección.

Agregó: *“En esas condiciones, la Presidencia del Congreso, al solicitar un concepto al señor Procurador General de la Nación y, una vez rendido, apartarse de su contenido y orientación para contrariarlo, arguyendo un concepto que claramente pretende desconocer los derechos de las minorías, más exactamente al Partido Colombia Justas Libres, a tener representación que por Ley le corresponde (art. 120 y 264 de la Constitución Política), y de contera a regular y ejercer vigilancia y control de los procesos electorales de plenas garantías. Finalmente, debe advertirse que al desconocer la posesión extraordinaria del Dr. Hollman Ibáñez Parra, como Magistrado del CNE, y convocar a una nueva elección se cercena el derecho fundamental del Partido Colombia Justas Libres de conformar el poder político, poniendo la minoría que representa en el peor de los escenarios para que se desaparecido de la escena política del Estado”*. (fl. 21).

Retomando la disertación del cautelante tanto en el fundamento normativo como en el concepto de violación, la Sala observa que el memorialista se enfoca en la supuesta ilegalidad de la Resolución 097 de 2019 o convocatoria a elecciones para suplir la vacante, como génesis de lo que afectó la legalidad de la declaratoria de elección, y lo hace desde dos ejes temáticos principales, a saber: la ocupación de la curul vacante en forma absoluta con el no elegido que sigue en forma sucesiva y descendente en la lista o plancha y la incompetencia del Congreso para citar a nueva elección, por cuanto ya había cesado en su poder eleccionario de los miembros del CNE.

Como se advierte ambos argumentos temáticos, independientemente de los matices o encuadramientos que el memorialista haya planteado, desde las censuras de falsa motivación, desviación de poder y violación de normas constitucionales, corresponden ser analizados de fondo o de mérito en la sentencia.

Se afirma de ese modo, en tanto la crasa flagrancia de ilegalidad que glosa la parte actora sobre el acto demandado no se advierte evidente, precisamente porque las normas citadas no prevén qué hacer con el reemplazo de una curul del CNE que entra en vacancia absoluta, como tampoco resulta certero afirmar el cese competencial del Congreso de la República en el cubrimiento de los cargos de las elecciones a su cargo.

Es más figuras como la elección o designación por “*derecho propio*”, es una figura novedosa que solo se conoce con las nuevas normas que permitieron que la dupla presidente – vicepresidente no elegida, pero que obtuvo la segunda mayor votación, pueda tomar asiento en el Congreso en el Senado y en la Cámara, respectivamente, y para los niveles locales y territoriales, acontece algo similar para quienes obtienen esa segunda votación seguida del burgomaestre ganador y es poder tomar asiento en la corporación administrativa correspondiente, pero lo cierto es que de todos modos requieren un acto electoral de materialización de elección, como concreción de la legalidad aparejada con la legitimación del beneficiario del derecho propio, a fin de continuar con el periplo de aceptación, posesión y ejercicio del respectivo cargo.

Por otra parte, la existencia de lo que la parte actora llama conceptos disímiles, para referirse a lo dicho por la PGN y por la Sala de Consulta y Servicio Civil, reflejan con mayor concreción y realidad que no hay margen claro para proceder a la cautela de suspensión provisional de los efectos del acto, por cuanto se trata de la realidad hermenéutica de la situación y que lleva a asegurar que se requiere de un estudio de mérito sobre las circunstancias fácticas y a los argumentos jurídico normativos que se judicializaron que lleven a definir el asunto.

Proceder a aplicaciones analógicas e incluso consultivas con otras entidades dan cuenta que la violación flagrante y evidente frente a las normas o de cara a las pruebas que reposan en el expediente, son insuficientes para advertir en forma diáfana y certera que la elección de 13 de noviembre de 2019, desde su acto de convocatoria Resolución 097 de 2019, fue expedido por fuera y en contravía de los márgenes legales de los artículos 20, 40, 132 y 264 Superiores.

Ahora bien, la falsa motivación como materialización de la divergencia entre la realidad y lo vertido en el acto tampoco es crasa, si se tiene en cuenta que el aspecto discutido es hermenéutico tendiente a inclinarse por alguna posición dentro del proceso electoral, dada la figura híbrida en su composición con la fue creado el **CNE**.

Decantarse en esta etapa tan temprana del proceso por alguna de las dos posiciones, a saber: provisión del cargo en forma sucesiva y descendente de la

lista o plancha ganadora, como si se tratara de una designación por llamamiento o por la provisión en forma directa, a partir de nuevas elecciones, como en efecto aconteció en el sub lite, solo sería viable en su definición y dentro del contexto cautelar, siempre y cuando las normas invocadas fueran de tal contundencia y claridad que dejaran a la vista la transgresión flagrante de la autoridad electoral, predicamento que, como se vio a lo largo de estas consideraciones, no está presente en el caso que ocupa la atención de la Sala.

Finalmente, las conductas narradas por el solicitante en la demanda, relativas a que 86 congresistas de diferentes bancadas políticas solicitaron al Presidente del Congreso el reconocimiento de la posesión del señor Hollman Ibáñez o la posesión extraordinaria, ante notario y en presencia de dos testigos y que fue protocolizada en escritura o la solicitud de conceptos a dos entidades diferentes o la solicitud del Presidente de la Cámara a su homólogo del Senado para que se designara al señor **HOLLMAN IBÁÑEZ**, no pueden ser vistos como validación o convalidación jurídica de una situación que debe quedar clara, de cara al marco de legalidad y de normas constitucionales que se analicen, en tanto la legitimidad de quien ejerce un cargo, además de converger en el cumplimiento de las condiciones personales de elegibilidad, se predica en la observancia de aquellas previsiones del ordenamiento legal objetivo para así predicar la consecuencia que esta genera, en este caso, la definición del sistema de provisión de la vacante por falta absoluta y si en realidad hay una especie de “*prescripción*” de la competencia eleccionaria del Congreso luego de que designa a los primeros titulares.

Argüir como eje central que el artículo 264 Superior determina que sea por cifra repartidora la asignación de las curules, lo que define es el sistema de reparto de los cargos a proveer, pero no en forma evidente, que las vacantes posteriores deban conformarse o llamarse con la misma lista o plancha, pues es claro que el sistema de provisión que se escoja, como puede ser la referida cifra, y la forma de proveer las vacancias absolutas posteriores a la elección primigenia son figuras o herramientas electorales claramente escindibles, pueden ser aplicadas individualmente o en forma concurrente, es decir, la existencia de una no implica que la otra vaya aparejada indefectiblemente.

Tampoco puede considerarse que si se emplea la cifra repartidora, ésta no se pueda volver a emplear si de una nueva elección se trata, a título de ejemplo, qué pasaría si se requiriera suplir más de dos vacantes por faltas absolutas o la plancha o lista se hubiera agotado.

Lo anterior para significar que indefectiblemente no es cierto que la cifra repartidora implique *per se* que ante una vacante del cargo a proveer, el cargo se supla con los no elegidos en forma sucesiva y descendentes dentro de la misma lista o plancha.

Son todas estas consideraciones, así como las elucubraciones y suposiciones en las que se ve disertar a los sujetos procesales e incluso a quienes dieron un concepto y, ante la verificación de las normas que no tienen la contundencia propia que se requiere para proceder a la cautela, es que la Sala no encuentra de

recibo la solicitud de suspender los efectos del acto declaratorio de elección, ello sin perjuicio que con la carga argumentativa completa y el recaudado pleno del acervo probatorio, se genere un planteamiento con otra óptica, lo cual será analizado cuando profiera la decisión de mérito, de ahí que se haya afirmado, en forma constante, que la medida cautelar de suspensión, no constituye un prejuzgamiento del sub iudice.

Por lo anterior, no es en esta etapa del proceso, por estar aún carente el proceso de las pruebas restantes y de la argumentación jurídica de las partes, que pueda aseverarse ni concluirse que se haya minado con el acto declaratorio de elección y, en forma indirecta, con la convocatoria respectiva, los derechos políticos invocados, ni que con ello se amerite suspender los efectos del acto, por cuanto implica una labor hermenéutica que coarta la flagrancia propia que se requiere para el decreto cautelar.

En consecuencia, no resulta acorde con los propósitos de la medida cautelar, suspender los efectos del acto declaratorio de elección, por lo que no se advierte, en forma certera, que se pueda adoptar la suspensión de los efectos en los términos solicitados por el memorialista.

En mérito de lo expuesto, el Despacho,

III. RESUELVE

PRIMERO. ADMITIR la demanda de nulidad electoral promovida por el señor **DAVID RICARDO REYES CASTRO**, en nombre propio contra el acto de 13 de noviembre de 2019, que declaró la elección del señor **VIRGILIO ALMANZA OCAMPO**, en calidad de Magistrado del **CNE**, expedido por el **CONGRESO DE LA REPÚBLICA**, únicamente respecto de las pretensiones primera, con la aclaración hecha en la parte motiva, y tercera.

En consecuencia, se **DISPONE**:

1. NOTIFÍQUESE personalmente esta providencia al demandado señor **VIRGILIO ALMANZA OCAMPO**, en su calidad de Magistrado elegido del **CNE**, de conformidad con el literal a) del numeral 1º del artículo 277 del CPACA.

De no ser posible su notificación personal se procederá de conformidad con el literal b) y c) del numeral 1º del artículo 277 del CPACA.

2. NOTIFÍQUESE personalmente al **CONGRESO DE LA REPÚBLICA**, por intermedio de su respectivo presidente, mediante mensaje dirigido al buzón electrónico para notificaciones judiciales, de conformidad con el numeral 2º del artículo 277 del CPACA.

3. INFÓRMESE AL DEMANDADO y A QUIENES INTERVINIERON EN LA EXPEDICIÓN DEL ACTO ACUSADO que la demanda podrá ser contestada

dentro de los quince (15) días siguientes a aquel en que sea hecha la notificación personal del auto admisorio de la demanda.

Las copias de la demanda y de sus anexos quedarán en la Secretaría a disposición de los notificados, y el traslado o los términos que conceda el auto sólo comenzarán a correr tres (3) días después de la notificación personal o por aviso, según sea el caso (literal f, num. 1º art. 277 y 279 del CPACA).

4. NOTIFÍQUESE personalmente de esta providencia al señor Agente del Ministerio Público, como lo dispone el numeral 3º del artículo 277 del CPACA.

5. NOTIFÍQUESE por estado al actor **DAVID RICARDO REYES CASTRO** (num. 4º art. 277 del CPACA) y requiérasele para que adjunte prueba documental sobre la representación legal del Partido Colombia Justa Libres.

6. INFÓRMESE, mediante el sitio web del Consejo de Estado, a la comunidad la existencia de este proceso (num. 5º art. 277 CPACA).

7. NOTIFÍQUESE a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado para que si lo considera intervenga en los términos del artículo 279 del CPACA.

8. ADVIÉRTASE al **CONGRESO DE LA REPÚBLICA**, que durante el término de contestación de la demanda, debe allegar copia de los antecedentes administrativos del acto acusado que se encuentren en su poder, de conformidad con lo previsto en el parágrafo 1º del artículo 175 de la Ley 1437 de 2011 y que se encuentra bajo apremio para que dé cumplimiento a su oficio de 22 de enero del año que transcurre, suscrito por el Secretario General del Senado, en el que se comprometió a remitir el acta correspondiente al día de la elección cuando fuera publicada en la Gaceta del Congreso, debiendo certificar su publicación y ejecutoria.

SEGUNDO. NEGAR la solicitud de suspensión provisional.

TERCERO. SE RECONOCE personería adjetiva al abogado **MARCO FIDEL RODRÍGUEZ SOLANO**, identificado con C.C. No. 80.086.035 y portador de la T.P. 155.447 del CSJ, para que represente al señor **VIRGILIO ALMANZA OCAMPO**, en los términos y condiciones del poder que obra a folio 70.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

LUIS ALBERTO ÁLVAREZ PARRA
Presidente

ROCÍO ARAUJO OÑATE

Magistrada

Salvamento de voto

LUCY JEANNETTE BERMÚDEZ BERMÚDEZ

Magistrada

CARLOS ENRIQUE MORENO RUBIO

Magistrado

NULIDAD ELECTORAL – Diferencias con el medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho / PRETENSIONES DE LA DEMANDA – Determinan el medio de control a utilizar / PODERES DEL JUEZ – Interpretación de la demanda / ADMISIÓN DE LA DEMANDA – Rechazo indebido de plano de pretensiones

[L]as diferencias más significativas entre los referidos medios de control están en cuanto a su titularidad, el término de caducidad y su finalidad, en tanto las mismas dan cuenta que la nulidad electoral en virtud de su naturaleza de defensa del ordenamiento jurídico, puede ser interpuesta por cualquier persona dentro del término de caducidad que consagra el artículo 164.a del CPACA, mientras que tratándose del medio de nulidad y restablecimiento del derecho, se exige su ejercicio por el titular del derecho subjetivo que se estima desconocido, de allí que se persiga en concreto, el restablecimiento del mismo o la reparación del daño causado. (...). [A] través de la nulidad y restablecimiento del derecho se persigue controvertir actos de contenido general o particular, en cuanto los mismos causaron un daño de carácter individual frente al cual el titular del derecho conculcado reclama la reparación correspondiente, mientras que frente a la nulidad electoral, no se persigue una reparación de un derecho subjetivo, sino la defensa del ordenamiento jurídico en abstracto. En ese orden de ideas, (...) si de las pretensiones de la demanda, los hechos, el concepto de la violación y las pruebas se desprendiere ya sea en forma directa o automática el restablecimiento de un derecho, la misma debe tramitarse bajo las reglas del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho. (...). En conclusión, de las normas que regulan los medios de control de nulidad electoral y de nulidad y restablecimiento del derecho, así como de la jurisprudencia de la Sección Quinta, se puede determinar que si con la demanda lo que busca la parte actora es controvertir la legalidad en abstracto de un acto de nombramiento, llamamiento o elección se debe acudir al medio previsto en el artículo 139 del CPACA; por el contrario, si lo que se pretende es no solo un control de legalidad sobre el acto electoral, de nombramiento, o de llamamiento, sino, también, el resarcimiento de un derecho invocado por quien se crea lesionado en sus derechos, deberá interponer el medio de control de nulidad y restablecimiento. Esta distinción es de suma importancia porque como se indicó, el uso de una u otra pretensión tendrán consecuencias distintas frente a los derechos e intereses en juego, como desde el punto de vista

de las cargas procesales que comporta para las partes. En materia de poderes del juez, el artículo 171 de la Ley 1437 de 2011, le confirió la potestad de dar el trámite que corresponda a cada medio de control cuando de la interpretación de la demanda llegue al convencimiento que la vía procesal invocada por la parte actora es inadecuada, ello en garantía del derecho de acceso a la administración de justicia, salvaguardando con su decisión los presupuestos propios de cada medio de control. (...). Así, corresponde a quien instruye un proceso verificar con detalle y detenimiento los elementos estructuradores de la causa petendi de la mano con los razonamientos jurídicos y las pruebas con lo pretendido, los cuales deben ser analizados de manera armónica, de modo tal, que pueda desentrañar el sentido del problema litigioso puesto a su consideración sin sacrificar las razones de quien busca una determinación material de su situación en conflicto. (...). Es decir, resulta imperativo para todas las autoridades la resolución material de los asuntos puestos a su disposición, con el fin de garantizar de manera real y efectiva el derecho fundamental al acceso a la administración de justicia, el cual se materializa cuando con la presentación del libelo introductorio el juez al analizar las pretensiones, los hechos, el concepto de la violación y las pruebas aportadas o solicitadas para determinar la verdadera vía procesal por la que debe ser tramitado el medio de control y, de encontrar que puede cercenar algún derecho con esta decisión, por no tener claridad en alguno de los requisitos de admisibilidad, debe ordenar su inadmisión para aclararle al accionante las razones que pueden dar al traste ab initio su petición judicial. (...). En la decisión de Sala de la cual me apartó, se contempló que la nulidad electoral solo se invoca en el estudio de la legalidad del acto definitivo que es el declaratorio de la elección, que será el acto sobre el cual procede el estudio cuando de la viabilidad de admitir la demanda se trata y solo respecto de éste es que el juez electoral se debe pronunciar. (...). En razón de ello se admitió la demanda respecto del acto declaratorio de elección que es el acto electoral definitivo, y por ende el pronunciamiento recaerá exclusivamente en lo que atañe a las pretensiones tercera y primera. Es decir, el juez de la admisión, interpretó la demanda y rechazó de plano las pretensiones 2 y 4 sin mediar petición inadmisoria para que fuera el demandante, si era su deseo, el que renunciara a ellas o por el contrario, decidiera que su proceso se tramitara bajo la cuerda procesal de la nulidad y restablecimiento del derecho y no proceder a excluir del control judicial las expectativas de la parte actora sin otorgarle la posibilidad si quiera de controvertir la decisión de rechazo de éstas. Ello implicó a mi modo de ver una intromisión en el derecho de acción del demandante. De otra parte, la decisión mayoritaria de excluir las pretensiones 2 y 4 en nada muta la obligación de interpretar de manera armónica la demanda con miras a establecer el medio de control a través del cual se deben ventilar las cuestiones litigiosas puestas en conocimiento del juez electoral. (...). [D]e la lectura integral del libelo demandatorio, particularmente la causa petendi y los fundamentos jurídicos en el sub iudice se verifica que lo verdaderamente pretendido por la accionante es que se analice la ilegalidad de la convocatoria para suplir una vacante que a su juicio no existe, por cuanto fue suplida de manera definitiva por el señor Holman Ibáñez Parra como representante de la colectividad política Colombia Justa Libres y, como consecuencia de lo anterior, se declare nulo el acto de elección y se reconozca la posesión ya mencionada con sus efectos legales. Fluye de lo anterior, que la decisión mayoritaria de la Sala de Sección, desconoció no solo el derecho de acción del demandante, sino la copiosa jurisprudencia relacionada en el acápite II de este salvamento en la que se ha sostenido de manera unívoca que la nulidad electoral es procedente cuando la única pretensión es discutir la legalidad en abstracto de un acto declaratorio de elección o acto electoral propiamente dicho y, la nulidad y restablecimiento del derecho, cuando el propósito pretensional sea la obtención de un restablecimiento, expreso si se solicita por postulación de parte, o

tácito, implícito o automático, cuando del planteamiento de la causa petendi así se advierta.

NOTA DE RELATORÍA: En cuanto a que los actos electorales en especial los actos de nombramiento, o los de llamamiento, pueden ser controvertidos, principalmente a través del medio de control de nulidad electoral, o de nulidad y restablecimiento, consultar: Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta, sentencia del 29 de septiembre de 2016, radicación 05001-23-33-000-2016-00254-02, M.P. Rocío Araújo Oñate. Con respecto a que la precisión de uno u otro medio de control, dependerá de la finalidad que se busque con la demanda, consultar: Consejo de Estado, Sección Quinta, auto del 30 de junio de 2016, radicación 68001-23-33-000-2016-00484-01, y, auto del 7 de julio de 2016, radicación 76001-23-33-007-2016-00252-01, M.P. Lucy Jeannette Bermúdez Bermúdez. En relación con la eficacia de las garantías judiciales, consultar, entre otros: Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras, sentencia de 29 de julio de 1988; y, caso Godínez Cruz, sentencia de 20 de enero de 1989. Relacionado con el mismo tema, consultar: Consejo de Estado, Sección Tercera, auto de 19 de agosto de 2016, radicación 25000-23-36-000-2015-02529-01 (57380), M.P. Jaime Orlando Santofimio Gamboa.

FUENTE FORMAL: LEY 1437 DE 2011 – ARTÍCULO 138 / LEY 1437 DE 2011 – ARTÍCULO 139 / LEY 1437 DE 2011 – ARTÍCULO 164 / LEY 1437 DE 2011 – ARTÍCULO 171

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCIÓN QUINTA

SALVAMENTO DE VOTO DE ROCÍO ARAÚJO OÑATE

Bogotá, D.C., veintisiete (27) de febrero de dos mil veinte (2020)

Radicación número: 11001-03-28-000-2020-00014-00

Actor: DAVID RICARDO REYES CASTRO

Demandado: VIRGILIO ALMANZA OCAMPO - MAGISTRADO CONSEJO NACIONAL ELECTORAL – CNE - PERÍODO 2019-2023

Tema: Interpretación de la demanda, derecho al acceso efectivo a la administración de justicia, poderes de adecuación del medio de control.

De conformidad con lo establecido en el artículo 129 de la Ley 1437 de 2011¹¹ y con el acostumbrado respeto por la decisión adoptada por la Sala, procedo a

¹¹ “Artículo 129. **Firma de providencias, conceptos, dictámenes, salvamentos de voto y aclaraciones de voto.** Las providencias, conceptos o dictámenes del Consejo de Estado, o de sus

manifiestar las razones del salvamento de mi voto frente al auto de 27 de febrero de 2020, en el que la Sala admitió la demanda que pretende la nulidad del acto de elección del señor Virgilio Almanza Ocampo como magistrado del Consejo Nacional Electoral y negó la solicitud de suspensión provisional del acto acusado.

MOTIVOS DEL SALVAMENTO DE VOTO

1. A fin de ilustrar las razones que me llevaron a separarme del fallo dictado dentro del proceso de la referencia, dividiré mi exposición en los siguientes puntos: i) diferencia entre el medio de control de nulidad electoral y nulidad y restablecimiento del derecho, ii) pronunciamientos de la Sección Quinta para determinar cuándo una demanda debe tramitarse bajo los preceptos de la nulidad electoral y cuándo se entiende que el medio de control incoado es de nulidad y restablecimiento del derecho, iii) poderes del juez en materia de interpretación de la demanda, iv) caso concreto y, v) conclusión.

I. Diferencias entre los medios de control de nulidad electoral y nulidad y restablecimiento del derecho

2. Sobre el particular vale la pena destacar a partir de los artículos 139, 138 y 164 de la Ley 1437 de 2011, los aspectos más relevantes de los medios de control de nulidad electoral y nulidad y restablecimiento del derecho, para lo cual puede apreciarse el siguiente cuadro comparativo:

Parámetro de comparación	Nulidad Electoral	Nulidad y restablecimiento del derecho
Titularidad	Toda persona	Toda persona que se crea lesionada en un derecho subjetivo amparado en una norma jurídica
Procedencia	Actos de elección por voto popular o por cuerpos electorales; de los actos de nombramiento que expidan las entidades y autoridades públicas de todo orden y de los actos de llamamiento para proveer vacantes en las corporaciones públicas ¹²	Actos administrativos de carácter particular, expreso o presunto. De manera excepcional contra acto de carácter general, con el fin de pedir el restablecimiento del derecho o la reparación del daño de carácter individual, siempre y cuando se respete el término de caducidad de 4 meses
		Regla general: 4 meses a partir del

salas, secciones, subsecciones, o de los Tribunales Administrativos, o de cualquiera de sus secciones, una vez acordados, deberán ser firmados por los miembros de la corporación que hubieran intervenido en su adopción, aún por los que hayan disentido. Al pie de la providencia, concepto o dictamen se dejará constancia de los Magistrados ausentes. Quienes participaron en las deliberaciones, pero no en la votación del proyecto, no tendrán derecho a votarlo.

Los Magistrados discrepantes tendrán derecho a salvar o aclarar el voto. Para ese efecto, una vez firmada y notificada la providencia, concepto o dictamen, el expediente permanecerá en secretaría por el término común de cinco (5) días. La decisión, concepto o dictamen tendrá la fecha en que se adoptó. El salvamento o aclaración deberá ser firmado por su autor y se agregará al expediente.

Si dentro del término legal el Magistrado discrepante no sustentare el salvamento o la aclaración de voto, sin justa causa, perderá este derecho”.

¹² Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Quinta del Consejo de Estado, auto del 29 de septiembre de 2016, radicación número: 05001-23-33-000-2016-00254-02, M. P. Rocío Araujo Oñate.

Término de caducidad	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 la Ley 1434 de 2011.	día siguiente al de la comunicación, notificación, ejecución o publicación del acto. Sin perjuicio de términos especiales establecidos por la ley ¹³ . Puede presentar en cualquier tiempo cuando: 1) El objeto del litigio lo constituyan bienes estatales imprescriptibles e inajenables. 2) Se dirija contra actos que reconozcan o nieguen total o parcialmente prestaciones periódicas. 3) Se dirija contra actos producto del silencio administrativo. 4) En los demás casos expresamente establecidos en la ley.
Causales de nulidad	Las especiales consagradas en el artículo 275 de la Ley 1437 de 2011 y además: 1) Infracción en las normas en que debía fundarse. 2) Falta de competencia. 3) Expedición Irregular. 4) Violación al debido proceso por desconocimiento del derecho de defensa. 5) Desviación de poder. 6) Falta o falsa motivación.	1) Infracción en las normas en que debía fundarse. 2) Falta de competencia. 3) Expedición Irregular. 4) Violación al debido proceso por desconocimiento del derecho de defensa. 5) Desviación de poder. 6) Falta o falsa motivación.
Finalidad principal	La defensa del ordenamiento jurídico en abstracto	El restablecimiento del derecho o la indemnización de un perjuicio causado por un acto administrativo

3. Del anterior cuadro comparativo se tiene, que las diferencias más significativas entre los referidos medios de control están en cuanto a su titularidad, el término de caducidad y su finalidad, en tanto las mismas dan cuenta que la nulidad electoral en virtud de su naturaleza de defensa del ordenamiento jurídico, puede ser interpuesta por cualquier persona dentro del término de caducidad que consagra el artículo 164.a del CPACA, mientras que tratándose del medio de nulidad y restablecimiento del derecho, se exige su ejercicio por el titular del derecho subjetivo que se estima desconocido, de allí que se persiga en concreto, el restablecimiento del mismo o la reparación del daño causado.

4. Con las precisiones enunciadas en el referido cuadro, se puede extraer que a través de la nulidad y restablecimiento del derecho se persigue controvertir actos de contenido general o particular, **en cuanto los mismos causaron un daño de carácter individual frente al cual el titular del derecho conculcado reclama la reparación correspondiente**, mientras que frente a la nulidad electoral, no se persigue una reparación de un derecho subjetivo, **sino la defensa del ordenamiento jurídico en abstracto**.

5. En ese orden de ideas, como parámetro claro que permite precisar cuándo debe ejercerse uno u otro medio de control, se tiene que, si de las pretensiones de

¹³ Por ejemplo, cuando se pretenda la nulidad y restablecimiento del derecho de los actos administrativos de adjudicación de baldíos proferidos por las autoridades agrarias correspondientes el término es de 2 años, según el literal e, numeral 2º del artículo 164 del CPACA.

la demanda, los hechos, el concepto de la violación y las pruebas se desprendiere ya sea en forma directa o automática el restablecimiento de un derecho, la misma debe tramitarse bajo las reglas del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho.

II. Pronunciamientos de la Sección Quinta para determinar cuándo una demanda debe tramitarse bajo los preceptos de la nulidad electoral y cuándo se entiende que el medio de control incoado es de nulidad y restablecimiento del derecho

6. La Sala Electoral ha establecido que por disposición de la ley, los actos electorales en especial los actos de nombramiento, o los de llamamiento, pueden ser controvertidos, principalmente a través de dos vías a saber: mediante el medio de control previsto en el artículo 139 del CPACA -nulidad electoral-, o a través del descrito en el artículo 138 ibídem- nulidad y restablecimiento-¹⁴.

7. La precisión respecto de uno u otro medio de control, dependerá de la finalidad que se busque con la demanda. En este sentido, la Sección ha concluido que debe acudirse a *“La nulidad electoral cuando la pretensión es discutir la legalidad del acto declaratorio de elección o acto electoral propiamente dicho y, la nulidad y restablecimiento del derecho, cuando el propósito pretensional sea la obtención de un restablecimiento, expreso si se solicita por postulación de parte, o tácito, implícito o automático, cuando del planteamiento de la causa petendi así se advierta”*¹⁵.

8. Sobre la naturaleza de este medio de control esta Corporación ha expuesto¹⁶:

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

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

¹⁴ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Quinta del Consejo de Estado, sentencia del 29 de septiembre de 2016, radicación número: 05001-23-33-000-2016-00254-02, M. P. Rocío Araújo Oñate.

¹⁵ Consejo de Estado, Sección Quinta, Auto de Sala del 30 de junio de 2016, radicación 68001233300020160048401 M.P. Lucy Jeannette Bermúdez Ddo. Personero de Floridablanca. En el mismo sentido: Consejo de Estado, Sección Quinta, Auto de Sala del 7 de julio de 2016, radicación 7600123330072016-00252-01 M.P. Lucy Jeannette Bermúdez Ddo. Concejales de Tuluá.

¹⁶ Sección Quinta del Consejo de Estado, auto del 30 de enero de 2014, radicación número: 11001-03-28-000-2013-00061-00, M. P. Alberto Yepes Barreiro. Sección Quinta del Consejo de Estado, sentencia de 12 de septiembre de 2013, radicación número: 11001-03-28-000-2012-00060-00, M. P. Alberto Yepes Barreiro

electorales se realiza mediante la confrontación del acto con respecto a las normas jurídicas invocadas y el concepto de violación.

*“De haberse pretendido restablecimiento del derecho, (...) se debió hacer en virtud del medio de control contemplado en el artículo 138 CPACA, en el que se acumulan dos pretensiones: la declaratoria de nulidad del acto que se acusa ilegal y la que busca que se condene a la entidad pública autora del acto anulado a responder por los efectos dañinos de la ilegalidad¹⁷”. Entonces, **al no pretenderse el restablecimiento del derecho... sino exclusivamente la guarda de la normatividad (sic) referente al tema... es claro para la Sección que la acción procedente era la de nulidad electoral y no la pretensión de simple nulidad o la nulidad y restablecimiento del derecho¹⁸.***

9. En conclusión, de las normas que regulan los medios de control de nulidad electoral y de nulidad y restablecimiento del derecho, así como de la jurisprudencia de la Sección Quinta, se puede determinar que si con la demanda lo que busca la parte actora es controvertir la legalidad en abstracto de un acto de nombramiento, llamamiento o elección se debe acudir al medio previsto en el artículo 139 del CPACA; por el contrario, si lo que se pretende es no solo un control de legalidad sobre el acto electoral, de nombramiento, o de llamamiento, sino, también, el resarcimiento de un derecho invocado por quien se crea lesionado en sus derechos, deberá interponer el medio de control de nulidad y restablecimiento. Esta distinción es de suma importancia porque como se indicó, el uso de una u otra pretensión tendrán consecuencias distintas **frente a los derechos** e intereses en juego, como desde el punto de vista de las cargas procesales que comporta para las partes¹⁹.

III. Poderes del juez en materia de interpretación de la demanda²⁰

10. En materia de poderes del juez, el artículo 171 de la Ley 1437 de 2011, le confirió la potestad de dar el trámite que corresponda a cada medio de control cuando de la interpretación de la demanda llegue al convencimiento que la vía procesal invocada por la parte actora es inadecuada, ello en garantía del derecho de acceso a la administración de justicia, salvaguardando con su decisión los presupuestos propios de cada medio de control²¹.

11. Es decir, le compete al juez como director del proceso ser garante del acceso efectivo a la administración de justicia, para lo cual, la ley lo dotó de la potestad

¹⁷ [Nota al pie del texto original: “ARBOLEDA PERDOMO. Enrique José. “Comentarios al Nuevo Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo”. Editorial Legis. Pág. 217. 2011.”]

¹⁸ Sentencia de la Sección Quinta de 12 de septiembre de 2013. Exp. 11001032800020120006000. Actor: José Leoncio Betancur Largo. Demandado: Notario 58 del Círculo de Bogotá. C.P. Dr. Alberto Yepes Barreiro.

¹⁹ Consejo de Estado, Sección Quinta, Auto de Sala del 3 de mayo de 2018, radicación 17001-23-33-000-2018-00019-01 M. P. Alberto Yepes Barreiro. Consejo de Estado, Sección Quinta, Auto de 5 de noviembre de 2019, radicación 11001-03-28-000-2019-00054-00 M. P. Rocío Araújo Oñate.

²⁰ Consejo de Estado, Sección Tercera. Auto de 19 de agosto de 2016, radicado No. 25000233600020150252901 (57380), M.P Jaime Orlando Santofimio Gamboa.

²¹ *Ibidem*.

de interpretar de manera integral el escrito de demanda²² extrayendo el verdadero sentido y alcance de la protección judicial deprecada por quien acude a la jurisdicción²³.

13. Así, corresponde a quien instruye un proceso verificar con detalle y detenimiento los elementos estructuradores de la *causa petendi* de la mano con los razonamientos jurídicos y las pruebas con lo pretendido, los cuales deben ser analizados de manera armónica, de modo tal, que pueda desentrañar el sentido del problema litigioso puesto a su consideración²⁴ sin sacrificar las razones de quien busca una determinación material de su situación en conflicto.

14. Al respecto se debe resaltar, que la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha sostenido que la exigencia de garantías judiciales en un proceso se materializa siempre que “se observen todos los requisitos que *“sirv[a]n para proteger, asegurar o hacer valer la titularidad o el ejercicio de un derecho”* [Opinión consultiva OC-9/87 de 6 de octubre de 1987]. En su jurisprudencia la Corte Interamericana de Derechos Humanos²⁵ considera que la eficacia de las garantías judiciales consagradas en el artículo 25 no se limitan a la existencia de los recursos judiciales, sino que por virtud de los artículos 1.1 y 2 de la Convención Americana de Derechos Humanos estos deben ser efectivos²⁶, **adecuarse y dotarse de la eficacia para la finalidad de justicia material para los que fueron concebidos, de manera que pueda resolver la situación jurídica de cada persona con las plenas garantías democráticas**²⁷. Lo anterior significa que en el marco de todos los procedimientos, jurisdiccionales que se adelanten por las autoridades estatales es deber indiscutible la preservación de las garantías procesales, de orden material, que permitan, en la mayor medida de las posibilidades fácticas y

²² Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección C. Sentencias de 19 de agosto de 2011 (20144) y 13 de febrero de 2013 (24612).

²³ Código General del Proceso, “ARTÍCULO 42. DEBERES DEL JUEZ. Son deberes del juez:

(...)

1. Dirigir el proceso, velar por su rápida solución, presidir las audiencias, adoptar las medidas conducentes para impedir la paralización y dilación del proceso y procurar la mayor economía procesal.

(...)

5. Adoptar las medidas autorizadas en este código para sanear los vicios de procedimiento o precaverlos, integrar el litisconsorcio necesario e interpretar la demanda de manera que permita decidir el fondo del asunto. Esta interpretación debe respetar el derecho de contradicción y el principio de congruencia.

6. Decidir aunque no haya ley exactamente aplicable al caso controvertido, o aquella sea oscura o incompleta, para lo cual aplicará las leyes que regulen situaciones o materias semejantes, y en su defecto la doctrina constitucional, la jurisprudencia, la costumbre y los principios generales del derecho sustancial y procesal.

(...)”.

²⁴ Compendio de derecho procesal. Teoría General del Proceso. Tomo I. Hernando Devis Echandía. Biblioteca Jurídica Dike. Duodécima edición. Pág. 436.

²⁵ Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras, sentencia de 29 de julio de 1988. Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Godínez Cruz, sentencia de 20 de enero de 1989.

²⁶ Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Cantos, sentencia de 28 de noviembre de 2002, párrafo 52. La garantía de un recurso efectivo “constituye uno de los pilares básicos, no solo de la Convención Americana, sino del propio Estado de Derecho en una sociedad democrática en el sentido de la Convención”.

²⁷ Consejo de Estado, Sección Tercera. Auto de 19 de agosto de 2016, radicado No. 25000233600020150252901 (57380), M.P Jaime Orlando Santofimio Gamboa.

jurídicas, la defensa de las posiciones jurídicas particulares de quienes se han involucrado en uno de tales procedimientos²⁸.

15. Es decir, resulta imperativo para todas las autoridades la resolución material de los asuntos puestos a su disposición, con el fin de garantizar de manera real y efectiva el derecho fundamental al acceso a la administración de justicia, el cual se materializa cuando con la presentación del libelo introductorio el juez al analizar las pretensiones, los hechos, el concepto de la violación y las pruebas aportadas o solicitadas para determinar la verdadera vía procesal por la que debe ser tramitado el medio de control y, de encontrar que puede cercenar algún derecho con esta decisión, por no tener claridad en alguno de los requisitos de admisibilidad, debe ordenar su inadmisión para aclararle al accionante las razones que pueden dar al traste *ab initio* su petición judicial.

IV. Caso concreto

16. Con la admisión de la demanda y la decisión cautelar, la Sala Electoral del Consejo de Estado, decidió dar trámite de nulidad electoral a un medio de control que tiene las siguientes connotaciones:

Accionante	DAVID RICARDO REYES CASTRO, a nombre del Partido Político COLOMBIA JUSTA LIBRES
Pretensiones	<p>PRIMERO.- <i>Que se declare la nulidad de la Resolución 097 de 30 de octubre de 2019 proferida por la Presidencia y la Secretaría General del Congreso de la República, como quiera que la forma de proveer el cargo vacante por falta absoluta que ocurrió en el Consejo Nacional Electoral en atención al fallecimiento de HERIBERTO SANABRIA ASTUDILLO, es la que dispone el artículo 134 de la Constitución Política de Colombia, esto es, de forma sucesiva y descendente.</i></p> <p>SEGUNDO.- <i>Consecuencialmente con lo anterior se declare que la vacancia absoluta existente en el CNE por el fallecimiento del Dr. Sanabria Astudillo se encontraba suplida por Hollman Ibáñez Parra al momento de la convocatoria para proveer el cargo de magistrado del Consejo Nacional Electoral hecha por la Presidencia y la Secretaria General del Congreso de la República, a través de la Resolución 097 de 2019.</i></p> <p>TERCERO.- <i>Como consecuencia de lo anterior, se declare la nulidad del acto de elección de VIRGILIO ALMANZA OCAMPO, como Magistrado del CNE en reemplazo del fallecido HERIBERTO SANABRIA ASTUDILLO, hecho por el Congreso de la República en sesión del 13 de noviembre de 2019.</i></p> <p>CUARTO.- <i>Como consecuencia de las anteriores declaraciones se ordene al Señor presidente del Congreso de la República, al Señor Presidente de la República y al Señor Presidente del Consejo Nacional Electoral, acaten los efectos legales y constitucionales de la posesión extraordinaria del señor Hollman Ibáñez Parra como Magistrado del Consejo Nacional Electoral, como quiera que se atendieron los postulados legales y constitucionales conforme al Artículo 269 de la Ley 4 de 1913</i></p>
	<p>1. El Congreso de la República convocó para el día 29 de agosto de 2018 el Pleno del corporativo con el fin de elegir los integrantes del Consejo Nacional Electoral, para el período constitucional 2018-2022. Los partidos y movimientos políticos con representación en el Congreso de la República inscribieron en coalición o individualmente las planchas o listas de aspirantes a Magistrados del CNE a que tenían derecho (véase Gaceta 900 de 2018).</p>

²⁸ Puede verse: Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Caso Hilaire, Constantine y Benjamin y otros Vs Trinidad y Tobago. Sentencia de 21 de junio de 2002. Puede verse: Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Castillo Páez vs Perú, sentencia de 3 de noviembre de 1997.

<p>Hechos relevantes tomados de la decisión objeto de salvamento</p>	<p>2. El Congreso ejerció su facultad electoral y votó por la plancha 1, que estaba conformada por los siguientes candidatos: (1) Pedro Felipe Gutiérrez, por el Partido Centro Democrático; (2) César Augusto Abreo Méndez, por el Partido Liberal Colombiano; (3) Heriberto Sanabria Astudillo, por el Partido Conservador Colombiano; (4) Renato Rafael Contreras Ortega, por el Partido Centro Democrático; (5) Doris Ruth Méndez Cubillos, por el Partido Liberal Colombiano; (6) Jaime Luis Lacouture Peñaloza, por el Partido Conservador Colombiano; (7) Hollman Ibáñez Parra, por el Partido Colombia Justa Libres; (8) Juan Antonio Nieto Escalante, por el Partido Liberal Colombiano y (9) Carlos Mauricio Iriarte Barrios, por el Partido Liberal Colombiano.</p> <p>3. De esa plancha resultaron elegidos, en orden descendente y sucesivo, 6 candidatos, mediante la aplicación de la cifra repartidora. Razón por la cual, los 3 candidatos no electos, quedaron con la vocación constitucional de ser llamados, también en forma descendente y sucesiva, a suplir las eventuales faltas absolutas, dado que con dicho acto de elección, para el Congreso agotó su competencia electoral, para el período constitucional 2018-2022.</p> <p>4. El magistrado Heriberto Sanabria Astudillo, quien pertenecía a la lista de coalición de la plancha 1, falleció el 5 de septiembre de 2019, por lo que el Presidente del CNE solicitó al Presidente del Congreso designar un nuevo magistrado para suplir la vacancia definitiva, conforme consta en el oficio CNE-P-HPG-500 de 10 de septiembre siguiente.</p> <p>5. El deceso del magistrado Sanabria Astudillo implicó una falta absoluta en el cargo, por lo que conforme a la regla constitucional prevista para llenar las vacancias, correspondía llamar al siguiente no elegido en estricto orden descendente y sucesivo pero dentro de la misma lista ganadora (plancha 1), es decir, al candidato HOLLMAN IBÁÑEZ PARRA del Partido COLOMBIA JUSTA LIBRES.</p> <p>6. El 2 de octubre de 2019, HOLLMAN IBÁÑEZ PARRA, solicitó al Presidente de la República, fijar fecha y hora para su posesión como Magistrado del CNE. Dando aplicación al artículo 269 de la Ley 4 de 1913, tomó posesión del cargo ante dos testigos (Óscar Jiménez Leal y Sergio Rafael Araujo Castro), ante el Notario 27 del Círculo de Bogotá, quedando protocolizada en Escritura Pública 3693 de 2019), enterando de ello a las Presidencias de la República, del Congreso y del CNE.</p> <p>7. La Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado, dentro del radicado 11001-03-06-000-2019-00177-00, con ponencia del Consejero Álvaro Namén Vargas, conceptuó bajo el supuesto equivocado de que los reemplazos por faltas absolutas en el CNE debían surtirse como se suplan las vacancias absolutas de los Magistrados de la Corte Constitucional, lo cual no corresponde al mismo supuesto, en tanto los miembros del CNE se eligen en representación de los partidos y movimientos políticos con asiento en el Congreso de la República, por lo que es grande la diferencia frente a la designación de los Magistrados de la Corte Constitucional, incluso en el sistema eleccionario, toda vez que el de los miembros del CNE es por cifra repartidora, acercándose más al sistema eleccionario de los Congresistas.</p> <p>8. El Presidente del Congreso, mediante Resolución 097 de 2019 y, no</p>
---	--

	<p>obstante estando informado sobre la posesión notarial del señor HOLLMAN IBÁÑEZ PARRA, estableció un cronograma de convocatoria para proveer la vacancia de magistrado del CNE. La convocatoria fue de público conocimiento y se inscribieron varios candidatos, entre ellos, el demandado, en representación de una nueva coalición integrada por los Partidos Liberal Colombiano, de La U y Cambio Radical.</p> <p>9. Llegado el día de la elección, esto es, el 13 de noviembre de 2019, se retiraron varios Senadores y se pidió la verificación del quórum, pero en acto ilegal de la Presidencia y de la Secretaría General del Congreso, tal verificación no se hizo en forma inmediata, como lo dispone la Ley 5 de 1992 si no que se continuó en forma inconstitucional e ilegal, con el argumento de que se verificaría con la votación.</p> <p>10. Así las cosas se declararon la elección del demandado VIRGILIO ALMANZA OCAMPO.</p>
<p>Concepto de la violación</p>	<p>Falsa motivación y desviación de poder: el actor predica y focaliza este cargo en la Resolución 097 de 2019. Indicó que la solicitud del concepto a la Sala de Consulta y Servicio Civil por parte del Congreso, por intermedio del Ministerio del Interior, fue inconstitucional, ilegal y acomodaticia <u>para violentar los derechos de una minoría política.</u> Aunado a que dicho concepto fue dado a conocer a la Plenaria del Senado un día antes de la elección, por lo que el criterio y alcance del mismo no fue difundido con la suficiente anticipación. Destacó que los conceptos de la Sala de Consulta y Servicio Civil son para las autoridades administrativas y no para el legislativo.</p> <p>Por otra parte, arguyó que se omitió dar a conocer el concepto de la PGN que la vacante debía suplirse con el siguiente no elegido en forma descendente y sucesiva, lo cual es un acto desleal para con el Congreso y con la Procuraduría. Así también, los Congresistas no fueron enterados de la posesión extraordinaria ante notaría del señor HOLLMAN IBÁÑEZ, quien era el que seguía en orden descendente y sucesivo en la lista del fallecido Sanabria Astudillo.</p> <p><u>Expresó que convocar a un proceso eleccionario de una vacante que estaba ocupada, lo que conllevó fue a una modificación de situaciones concretas.</u></p> <p>En relación con la desviación de poder, expuso: <i>“no se le dio a conocer de la posesión extraordinaria de HOLLMAN IBÁÑEZ, induciendo a la Sala de Consulta y Servicio... en error, sino que además se acudió a iniciarse el trámite del lleno de la vacancia a través de un acto administrativo de Cúmplase, de ahí la desviación de poder”</i></p> <p>Violación del artículo 40 Superior al impedir que el Partido Colombia Justa Libres participara en la conformación del poder público, ya que con la resolución de la convocatoria y el acto de elección, fue ignorado, aunado al desconocimiento de la posesión del candidato postulado por dicha colectividad, quien seguía en la lista para llenar la vacante.</p> <p>Violación de los artículos 20, 134 y 264 de la Constitución Política Al haber listas ganadoras en las que se emplea el sistema de la cifra repartidora, las curules que se asignen son de cada una de las listas que ganaron, por tal motivo al producirse una vacancia por falta absoluta, el cargo debe ser ocupado por el candidato no elegido</p>

	de la lista o plancha respectiva, en forma sucesiva y en orden descendente, para así garantizar el derecho a ser elegido de cada lista. En consecuencia, el derecho en este caso concreto era del señor Holman Ibáñez.
--	---

17. En la decisión de Sala de la cual me apartó, se contempló que la nulidad electoral solo se invoca en el estudio de la legalidad del acto definitivo que es el declaratorio de la elección, que será el acto sobre el cual procede el estudio cuando de la viabilidad de admitir la demanda se trata y solo respecto de éste es que el juez electoral se debe pronunciar, como materialización de la previsión del artículo 139 del CPACA. En razón de ello se admitió la demanda respecto del acto declaratorio de elección que es el acto electoral definitivo, y por ende el pronunciamiento recaerá exclusivamente en lo que atañe a las pretensiones tercera y primera.

18. Es decir, el juez de la admisión, interpretó la demanda y rechazó de plano las pretensiones 2 y 4 sin mediar petición inadmisoria para que fuera el demandante, si era su deseo, el que renunciara a ellas o por el contrario, decidiera que su proceso se tramitara bajo la cuerda procesal de la nulidad y restablecimiento del derecho y no proceder a excluir del control judicial las expectativas de la parte actora sin otorgarle la posibilidad si quiera de controvertir la decisión de rechazo de éstas. Ello implicó a mi modo de ver una intromisión en el derecho de acción del demandante.

19. De otra parte, la decisión mayoritaria de excluir las pretensiones 2 y 4 en nada muta la obligación de interpretar de manera armónica la demanda con miras a establecer el medio de control a través del cual se deben ventilar las cuestiones litigiosas puestas en conocimiento del juez electoral, ello por cuanto, aun excluyendo tales peticiones, se mantienen los siguientes elementos que no pueden ser desconocidos de tajo y de los cuales no hubo pronunciamiento alguno, como lo es que:

i) Quien presentó la demanda fue el señor David Ricardo Reyes Castro, a nombre del Partido Político Colombia Justa Libres, colectividad que se siente lesionada en su derecho subjetivo a la participación política en la composición del CNE. (Legitimación).

ii) Su petición anulatoria recae en la resolución 097 del 30 de octubre de 2019, por medio de la cual el Congreso de la República convocó a proveer la vacante de magistrado de CNE, **consecuencialmente** la nulidad del acto de elección del señor Virgilio Almanza Ocampo. (Actos demandados de carácter particular y concreto).

iii) Adujo que tales actos se encuentra viciados de nulidad por haberse expedido con desviación de poder, falsa motivación e infracción de norma superior (art. 40 Superior entre otros). (Concepto de la violación).

20. Estos elementos son propios del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho²⁹, los cuales la Sala solo podrá decidir en lo que se relaciona con la legalidad en abstracto del acto de designación del señor Almanza Ocampo, petición que por demás según el libelo introductorio, es consecencial y no principal, pero no podrá haber pronunciamiento judicial frente a la existencia o no de un derecho de carácter subjetivo en cabeza de la agrupación política que alega ser desconocido por las autoridades que en este caso cumplen funciones electorales.

21. Siendo esto así, de la lectura integral del libelo demandatorio, particularmente la causa petendi y los fundamentos jurídicos en el sub iudice se verifica que lo verdaderamente pretendido por la accionante es que se analice la ilegalidad de la convocatoria para suplir una vacante que a su juicio no existe, por cuanto fue suplida de manera definitiva por el señor Holman Ibáñez Parra como representante de la colectividad política Colombia Justa Libres y, como consecuencia de lo anterior, se declare nulo el acto de elección y se reconozca la posesión ya mencionada con sus efectos legales.

22. Fluye de lo anterior, que la decisión mayoritaria de la Sala de Sección, se desconoció no solo el derecho de acción del demandante, sino la copiosa jurisprudencia relacionada en el acápite II de este salvamento en la que se ha sostenido de manera unívoca que la nulidad electoral es procedente cuando la **única pretensión** es discutir la legalidad en abstracto de un acto declaratorio de elección o acto electoral propiamente dicho y, la nulidad y restablecimiento del derecho, cuando el propósito pretensional sea **la obtención de un restablecimiento, expreso si se solicita por postulación de parte, o tácito, implícito o automático**, cuando del planteamiento de la causa petendi así se advierta.

v. Conclusiones

23. En consecuencia, de la lectura sistemática de la demanda puesta en conocimiento de la Sala Electoral del Consejo de Estado, no se puede establecer con certeza que ésta pretendía únicamente un control objetivo de legalidad del acto electoral pues es claro que el actor pretende, en su condición de representante legal de una colectividad política, que exista pronunciamiento frente a sus presuntos derechos políticos de contar con un espacio al interior del CNE, cuestión que por decisión del juez de legalidad, quedará sin resolución en el caso en concreto, dejando sin justicia material las pretensiones contenidas en el libelo introductorio.

24. Decisión que no se aviene con la facultad de interpretación de la demanda, toda vez que en este caso el juez determinó cuál era la mejor vía procesal sin

²⁹ Artículo 138 de la Ley 1437 de 2011: Toda persona que se crea lesionada en un derecho subjetivo amparado en una norma jurídica, podrá pedir que se declare la nulidad del acto administrativo particular, expreso o presunto, y se le restablezca el derecho; también podrá solicitar que se le repare el daño. La nulidad procederá por las mismas causales establecidas en el inciso segundo del artículo anterior.

atender el derecho de la parte actora a elegir el medio de control y las pretensiones planteadas.

En los anteriores términos, dejo expuesto mi salvamento de voto.

ROCÍO ARAÚJO OÑATE
Magistrada