



CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCIÓN QUINTA

ACLARACIÓN DE VOTO
MAGISTRADA: ROCÍO ARAÚJO OÑATE

Magistrado Ponente: Rocío Araújo Oñate
Referencia: Nulidad Electoral
Radicación: 11001-03-28-000-2022-00173-00
Demandantes: Juan Pablo Alvis Andrade y otros¹
Demandado: Acto electoral del señor Raúl Ávila Hernández como Subsecretario General de la Cámara de Representantes, periodo 2022-2024

Tema: Alcance y aplicación del párrafo único del artículo 12 de la Ley 1904 de 2018 en la elección de servidores públicos

De conformidad con lo establecido en el artículo 129 de la Ley 1437 de 2011², y con el acostumbrado respeto por las decisiones proferidas por la Sección Quinta, manifiesto las razones por las que aclaro mi voto respecto de la sentencia del 2 de febrero de 2023, en la que dejo constancia de las razones que me llevaron a disentir de la posición mayoritaria de la sala y ahora en este caso a sumarme a esta mayoría, para no contrariarla pues no tiene objeto seguir salvando el voto en este tipo de asuntos cuando ya se sabe cuál es la posición acogida por la sala, instrumentada en la sentencia del 19 de enero del año en curso³, que negó las pretensiones de nulidad electoral elevadas contra la designación del señor Raúl Ávila Hernández, como subsecretario general de la Cámara de Representantes.

I. ANTECEDENTES

1. El 2 de agosto de 2022, los señores Juan Pablo Alvis Andrade, Juan David Díaz Orozco y Juan Mateo Lozano Guarnizo formularon demanda, en ejercicio del medio de control consagrado en el artículo 139 de la Ley 1437 de 2011, contra el acto electoral, por medio del cual la Cámara de Representantes designó al Raúl Ávila Hernández, como subsecretario general de esa Corporación, periodo 2022-2026.

¹ Señores Juan David Díaz Orozco y Juan Mateo Lozano Guarnizo.

² "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 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".

³ En el presente asunto, se acoge la tesis que mayoritariamente aprobó la Sala en sentencia del 19 de enero de 2022, en donde se decidió negar la solicitud de nulidad contra el acto electoral del señor Saúl Cruz Bonilla como Subsecretario General del Senado de la República dentro del expediente 11001-03-28-000-2022-00171-00 con ponencia del Dr. Carlos Enrique Moreno Rubio, respecto de la cual salvé mi voto.



2. Como causal de anulación, los accionantes esgrimieron el desconocimiento del párrafo único⁴ del artículo 12 de la Ley 1904 de 2018, sobre la base de una cuerda argumentativa, sintetizada, en los siguientes términos:

- El artículo 126⁵ constitucional prescribe que la elección de los servidores del Estado atribuida a las corporaciones públicas deberá estar precedida de una convocatoria reglada por la ley, en la que se observen, entre otros, los principios de mérito, transparencia, participación ciudadana, así como la equidad de género.
- En desarrollo del artículo 126 superior, el legislador expidió, el 27 de junio de 2018, la Ley 1904, por conducto de la cual reglamentó la convocatoria pública para la elección del contralor general de la República a cargo del Congreso.
- Dentro de las pautas erigidas por la Ley 1904 de 2018, se destaca la realización de exámenes de conocimientos y entrevistas a los aspirantes, como notas características de la fase de reclutamiento para proveer el empleo de contralor general.
- Aunque la Ley 1904 de 2018 se ocupó, preferentemente, de la convocatoria pública para elegir contralor, el párrafo único del artículo 12 de ese cuerpo normativo plasmó:

“Mientras el Congreso de la República regula las demás elecciones de servidores públicos atribuidas a las corporaciones públicas conforme lo establecido en el inciso cuarto del artículo 126 de la Constitución Política, la presente ley se aplicará por analogía.”

- De esta manera, en el artículo 12 *ejusdem*, se estableció un mandato supletorio de acuerdo con el cual, ante la ausencia de leyes especiales que regulen las convocatorias que anteceden las demás elecciones de servidores por parte de corporaciones públicas, las autoridades electorales aplicarán por analogía las prescripciones normativas de la Ley 1904 de 2018.
- En consecuencia, el empleo de subsecretario general de la Cámara –por tratarse de una elección asignada a una corporación pública– debió estar precedida de una convocatoria que respetara, por analogía, las etapas erigidas en la Ley 1904 de 2018 y, especialmente, las fases de prueba de conocimientos a los candidatos y entrevista.

⁴ “Mientras el Congreso de la República regula las demás elecciones de servidores públicos atribuidas a las corporaciones públicas conforme lo establecido en el inciso cuarto del artículo 126 de la Constitución Política, la presente ley se aplicará por analogía.”

⁵ “Salvo los concursos regulados por la ley, la elección de servidores públicos atribuida a corporaciones públicas deberá estar precedida de una convocatoria pública reglada por la ley, en la que se fijen requisitos y procedimientos que garanticen los principios de publicidad, transparencia, participación ciudadana, equidad de género y criterios de mérito para su selección.”



- En el caso de la elección del accionado, la Cámara de Representantes llevó a cabo una convocatoria que no tuvo en cuenta las previsiones de la Ley 1904 de 2018, lo que imponía la declaratoria de nulidad del acto electoral acusado.

3. Con providencia del 2 de febrero de 2023 –objeto de esta aclaración–, acogiendo la tesis mayoritaria de los integrantes de la Sala, fijada en la sentencia del 19 de enero de 2023, se negaron las súplicas de la demanda, al considerar que la Ley 1904 de 2018 –contrario a lo prohijado por los accionantes– no era una disposición que debiera ser atendida en el trámite de designación del subsecretario de la Cámara de Representantes. Ello, a la luz de 2 consideraciones principales, así:

- La elección del subsecretario es un asunto que dispone de naturaleza orgánica –por estar inscrito en la Ley 5⁶ de 1992, reglamento del Congreso–, y al que no le pueden ser aplicadas las normas contenidas en leyes ordinarias, tal y como lo es la Ley 1904 de 2018.
- La Ley 5 de 1992, establece en su artículo 136 un procedimiento especial para la elección del subsecretario general de la Cámara de Representantes. Existiendo disposición particular, las previsiones de la Ley 1904 de 2018 no rigen la materia, por cuanto solo se aplican en los eventos de ausencias normativas, que no es lo que sucede en el asunto de autos.

4. Bajo este panorama, manifesté aclaración de voto con el propósito de respetar la decisión adoptada por la mayoría de la Sala y exponer los motivos con los que fundamentaría la decisión desde mi punto de vista, comoquiera que, desde mi sentir, un estudio detallado del cargo de anulación propuesto habría llevado a admitir que, a la manera como lo señalaban los accionantes, la Ley 1904 de 2018 regía el procedimiento de designación del subsecretario general de la Cámara de Representantes y, su inaplicación en el caso concreto, implicaba la declaratoria de nulidad del acto electoral del señor Raúl Ávila Hernández.

5. Así, expreso a continuación las razones de mi posición al interior de la Sala Electoral de la Sección Quinta, como sigue:

II. MOTIVOS DE LA ACLARACIÓN DE VOTO

Dejo en primer lugar constancia de las razones que me llevaron, en oportunidad pasada, a salvar el voto:

2.1. La Ley 5 de 1992 no contiene un procedimiento de convocatoria especial para la elección del subsecretario general de la Cámara de Representantes.

6. Como quedó sentado, la decisión del 2 de febrero de 2023 –génesis de esta aclaración de voto– se utilizó, como premisa para negar las súplicas de la demanda, la existencia en la Ley 5 de 1992 de un procedimiento especial para la designación del subsecretario de la Cámara que, a la luz de la postura predominante al interior

⁶ "Por la cual se expide el Reglamento del Congreso; el Senado y la Cámara de Representantes".

de la Sala, hacía inaplicable los mandatos que, sobre convocatoria pública, se compilaban en la Ley 1904 de 2018.

7. En ese sentido, la providencia, trajo a colación la literalidad del artículo 136 del Reglamento del Congreso⁷, el cual prescribe:

“Procedimiento en caso de elección. En las elecciones que se efectúen en las Corporaciones legislativas, se adelantará el siguiente procedimiento:

- 1. Postulados los candidatos, el Presidente designará una Comisión escrutadora.*
- 2. Abierta la votación cada uno de los Congresistas, en votación secreta, escribirá en una papeleta el nombre de uno de los candidatos al cargo por proveer, o la dejará en blanco.*
- 3. El Secretario llamará a lista, y cada Senador o Representante depositar en una urna su voto.*
- 4. Recogidas todas las papeletas, si no está establecido un sistema electrónico o similar que permita cumplir la función, serán contadas por uno de los escrutadores a fin de verificar correspondencia con el número de votantes. En caso contrario se repetirá la votación.*
- 5. El Secretario leerá en voz alta y agrupará, según el nombre, uno a uno los votos, colocando las papeletas a la vista de los escrutadores, y anotará, separadamente, los nombres y votación de los postulados que la obtuvieron.*
- 6. Agrupadas por candidatos las papeletas, la comisión escrutadora procederá a contarlos y entregará el resultado indicando el número de votos obtenido por cada uno de los candidatos, los votos en blanco, los votos nulos, y el total de votos.*
- 7. Entregado el resultado, la Presidencia preguntará a la respectiva Corporación si declara constitucional y legalmente elegido, para el cargo o dignidad de que se trate y en el período correspondiente, al candidato que ha obtenido la mayoría de votos.*
- 8. Declarado electo el candidato será invitado por el Presidente para tomarle el juramento de rigor, si se hallare en las cercanías del recinto legislativo, o se dispondrá su posesión para una sesión posterior.”*

8. En consonancia, la sentencia precisó que, identificándose en la Ley 5 de 1992 un trámite eleccionario para la escogencia del subsecretario demandado, la aplicación de la Ley 1904 de 2018 resultaba imposible de cara a la existencia de este procedimiento singular.

9. Aproximándome un poco más al argumento planteado por la decisión del 2 de febrero de 2023, existen 2 tipos de ideas que llevan a la conclusión que el artículo 136 de la Ley 5 de 1992 no consagra, en su estructura gramatical, las reglas de una convocatoria para la elección del subsecretario de la Cámara de Representantes.

10. En efecto, como lo ha estimado de forma pacífica la jurisprudencia⁸ de la Sección Quinta del Consejo de Estado, el acto de convocatoria se distingue por su

⁷ Ley 5 de 1992.



naturaleza instrumental, pues, mediante su difusión, se persigue “*garantizar la diversidad de perfiles a juicio del órgano que tiene a cargo [la elección o] el nombramiento*”⁹; pudiéndose en su contexto poner en marcha diversas pruebas, cuyo resultado, sin embargo, no obliga a la autoridad nominadora¹⁰.

11. En otros términos, la convocatoria pública regula las fases de reclutamiento de los aspirantes al cargo, como mecanismo que materializa los derechos políticos de la ciudadanía, concretados en la prerrogativa de “...*participar en la conformación, ejercicio y control del poder político.*”¹¹

12. En ese orden, contrastados los mandatos del artículo 136 de la Ley 5 de 1992 con las nociones de convocatoria, se tiene que, lejos de normar las fases previas a la elección del subsecretario general de la Cámara de Representantes – rasgos distintivos de la convocatoria–, el reglamento interno del Congreso establece una serie de pautas que caracterizan la manera cómo será adelantada la reunión eleccionaria, erigiendo, entre otros, parámetros para expresar el voto, el escrutinio de sufragios, la declaratoria de elección y posterior posesión del designado.

13. De esta manera, el artículo 136 de la Ley 5 de 1992 contempla el “paso a paso” que orienta las votaciones en el seno del Congreso y, en particular, en la Cámara, mas no los cánones de la convocatoria pública que antecede la designación de servidores estatales por parte de las corporaciones públicas, a la sazón, la del subsecretario general de la Cámara, demandado en esta oportunidad.

14. Así, como se ha visto, la convocatoria pública cuenta, en la actualidad, con fundamentos constitucionales –artículo 126 superior–, que ordenan que los procedimientos de reclutamiento para la provisión de cargos en cabeza de las corporaciones públicas respondan a principios como el mérito, la participación ciudadana y la equidad de género, que no son referentes axiológicos tenidos en cuenta por el trámite regulado en el artículo 136 de la Ley 5 de 1992, relacionado tan solo con el día eleccionario.

2.2. La elección del subsecretario general de la Cámara de Representantes no es una materia que disponga de reserva legal orgánica

15. Para defender la tesis según la cual, la Ley 1904 de 2018 – de naturaleza ordinaria– no es aplicable a la elección del subsecretario general de la Cámara de Representantes, la providencia, suscrita por la mayoría de miembros de la Sala, estimó que la designación de este funcionario estaba cobijada por la reserva de ley orgánica, erigida en el artículo 151¹² constitucional.

⁸ Ver, entre otras: Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Quinta. Rad. 11001-03-28-000-2020-00079-00. M.P. Luis Alberto Álvarez Parra. Sentencia del 1 de julio de 2021.

⁹ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Quinta. Rad. 11001-03-28-000-2019-00086-00. M.P. Rocío Araújo Oñate. Sentencia del 10 de septiembre de 2020.

¹⁰ Contrario a lo que sucede en el concurso de méritos.

¹¹ Artículo 40 constitucional.

¹² “El Congreso expedirá leyes orgánicas a las cuales estará sujeto el ejercicio de la actividad legislativa. Por medio de ellas se establecerán los reglamentos del Congreso y de cada una de las Cámaras, las normas sobre preparación, aprobación y ejecución del presupuesto de rentas y ley de apropiaciones y del plan general de desarrollo, y las relativas a la asignación

16. Esto, por cuanto, además de estar inscrita en el cuerpo mismo del Reglamento del Congreso –Ley 5 de 1992–, la función del subsecretario impactaba seriamente la actividad legislativa desempeñada por esa corporación, al ser el encargado, en ausencia del secretario general, de la publicación de los proyectos de ley que, al tenor de lo consagrado en el artículo 157¹³ de la Constitución, se constituía en requisito esencial para la producción de las leyes.

17. No obstante, y sin perjuicio de reconocer la importancia de las labores asignadas al subsecretario de la Cámara, 2 argumentos me llevaron a disentir las razones del fallo del 2 de febrero de 2023, a saber: uno normativo y uno jurisprudencial.

18. En lo que corresponde al razonamiento normativo, expongo que, aunque la Ley 5 de 1992 es un cuerpo normativo de carácter orgánico –lo que lo dota de una cierta supremacía dentro de las normas que componen el ordenamiento–, lo cierto es que no todas las temáticas relacionadas allí adquieren, por ese simple hecho, aquel estatus¹⁴.

19. La elección del subsecretario general de la Cámara de Representantes es una de aquellas temáticas que ejemplifican la tesis que prohíjo en este voto disidente, toda vez que, si bien es tratada por la Ley 5 de 1992¹⁵, su esencia no corresponde a un asunto orgánico, sino ordinario, que puede, por consiguiente, puede ser regulado y regentado por leyes ordinarias, como lo es la Ley 1904 de 2018.

20. Pero, ¿por qué se sostiene ello? Todo parte del análisis del artículo 384 de la propia Ley 5 de 1992, en la que se enlistan los principios que regulan los servicios administrativos y técnicos de cada una de las cámaras legislativas.

21. Al respecto, la norma mencionada prevé, en lo pertinente:

*“Los servicios administrativos y técnicos del Senado de la República y de la Cámara de Representantes que por medio de esta Ley se establecen, se fundamentan en los siguientes principios: (...) 2. Por el origen de su nombramiento, los empleados de la Rama Legislativa del Poder Público se clasifican de la siguiente manera: a) De elección: Secretarios Generales, **Subsecretarios Generales**...”.* (Negrilla fuera de texto)

22. Se colige de lo reproducido que el subsecretario general de la Cámara es un funcionario elegido por la Corporación, que hace parte de los servicios administrativos y técnicos de esa cámara.

de competencias normativas a las entidades territoriales. Las leyes orgánicas requerirán, para su aprobación, la mayoría absoluta de los votos de los miembros de una y otra Cámara.”

¹³ “ningún proyecto será ley sin (...) 1. Haber sido publicado oficialmente por el Congreso, antes de darle curso en la comisión respectiva”

¹⁴ Se hace referencia al carácter orgánico.

¹⁵ Artículo 49.

23. Ahora bien, el artículo 150 de la Constitución Política de 1991 –prescripción que regula los asuntos que pueden ser tratados por el Congreso a través de leyes ordinarias– consagra en su ordinal 20:

*“Corresponde al Congreso hacer las leyes. Por medio de ellas ejerce las siguientes funciones: (...) 20. **Crear los servicios administrativos y técnicos de las Cámaras.**”* (Negrilla fuera de texto)

24. Así, la creación de los servicios administrativos y técnicos deberá desarrollarse por el conducto de la aprobación de leyes ordinarias, como instrumento natural para la regulación de todos los aspectos que se vinculan con ellos, incluida su designación por medio de herramientas democráticas.

25. En ese orden, y acudiendo a un estudio sistemático de la materia –que agolpa tanto las normas de la Ley 5 de 1992 como las disposiciones de la Carta Política– se tiene que la elección del subsecretario –en cuanto a sus procedimientos– es una temática de esencia ordinaria que, contrario a lo determinado en el fallo del 19 de enero de 2023, sí puede ser reglamentada por un cuerpo normativo del mismo nivel, a saber, la Ley 1904 de 2018.

26. De otro lado, en lo que corresponde al argumento jurisprudencial, traigo a colación las consideraciones expuestas por la Corte Constitucional en sentencia C-830¹⁶ de 2001, que ratifican el análisis hecho previamente. En ella, el alto Tribunal Constitucional expresó:

*“La Constitución del 91 le confiere al Congreso, como rama del poder autónoma e independiente, la capacidad soberana de administrar sus propios asuntos, al atribuirle en el artículo 150-20 facultad para “Crear los servicios administrativos y técnicos de las Cámaras”, lo cual, obviamente, debe hacerse por medio de ley, como expresamente allí se ordena. Disposición que guarda concordancia con el artículo 135 del mismo ordenamiento, que señala las facultades de cada Cámara, entre ellas, elegir sus mesas directivas, **elegir su secretario general**, proveer los empleos creados por la ley para el cumplimiento de sus funciones, organizar su policía interior, entre otras.”* (Negrilla fuera de texto)

27. Así, la Corte vincula la designación del secretario general y, por contera, del subsecretario que lo sucede en sus ausencias, a las leyes ordinarias contempladas en el artículo 150.20 de la Carta Política, que es, igualmente, la naturaleza de la Ley 1904 de 2018.

28. De estas 2 fuentes, se deriva que la elección del subsecretario, a pesar de estar inscrita en el contenido de la Ley 5 de 1992, no puede ser comprendida como un aspecto de naturaleza orgánica –que se encuentre exento de la aplicación de las disposiciones de la Ley 1904 de 2018, de origen ordinario–, al tratarse de un asunto que, de conformidad con el artículo 150.20 de la Constitución, puede ser reglamentado, a través de ese tipo de leyes –leyes ordinarias–.

¹⁶ M.P. Jaime Araújo Rentería.

2.3. La Ley 5 de 1992 prescribe que los aspectos no regulados en ella podrán ser suplidos con la aplicación de leyes que regulen temas semejantes

29. Por último, debo expresar que existe una consideración adicional para haber aplicado la Ley 1904 de 2018 al caso del señor Raúl Ávila Hernández, subsecretario general de la Cámara de Representantes, periodo 2022-2026, a saber, las propias fuentes interpretativas contempladas en el artículo 3 de la Ley 5 de 1992.

30. En relación con ello, la norma en cita advierte:

“Fuentes de interpretación. Cuando en el presente Reglamento no se encuentre disposición aplicable, se acudirá a las normas que regulen casos, materias o procedimientos semejantes y, en su defecto, la jurisprudencia y la doctrina constitucional.” (Negrilla fuera de texto)

31. Así, el Reglamento del Congreso preceptúa que, en ausencia de normatividad especial que regule una materia, las cámaras legislativas que lo componen acudirán a normas que reglamentan “casos, materias o procedimientos semejantes.”

32. Descendiendo al caso que ocupó la labor jurisdiccional de la Sala en el fallo del 2 de febrero de 2023, que, de cara a la inexistencia de prescripciones jurídicas que normaran el proceso de convocatoria pública para la designación del subsecretario general en el texto de la Ley 5 de 1992, era deber de la Cámara – como autoridad nominadora– hacer uso de las disposiciones de la Ley 1904 de 2018; estatuto que, como quedó demostrado dentro del trámite, no fue aplicado para la elección del señor Raúl Ávila Hernández.

2.4. Conclusiones

33. Debido a la necesidad de respaldar al principio de las mayorías y de las decisiones adoptadas por la Sala Electoral del Consejo de Estado, en donde se decantó la no aplicabilidad de la Ley 1904 de 2018 en la presente designación es que aclaro mi voto para acoger dicho criterio, por cuanto no tiene sentido seguir sorteando conjuez para solucionar una problemática que ya fue resuelta y que por el momento no va a cambiar con respecto de los sucesivos casos que se presenten.

34. Para evitar las discusiones que caracterizaron este tipo de procesos, el Congreso bien podría legislar en la materia, erigiendo parámetros claros y específicos que, además de respetar los principios erigidos en el artículo 126 constitucional, observen las particularidades del funcionamiento mismo de ese órgano, adecuando el procedimiento de convocatoria a sus propias necesidades.

En los anteriores términos dejo expuesta mi aclaración de voto.

ROCÍO ARAÚJO OÑATE
Magistrada