



CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCIÓN TERCERA-SUBSECCIÓN A
Consejera Ponente: MARÍA ADRIANA MARÍN

Bogotá D.C., veinticinco (25) de julio de dos mil veintitrés (2023)

Radicación: 25000-23-36-000-2015-01917-02 (59.531)
Actor: ASTRID SÁNCHEZ MONTES DE OCA
Demandado: NACIÓN – CONSEJO NACIONAL ELECTORAL Y OTRO
Referencia: REPARACIÓN DIRECTA

SALVAMENTO DE VOTO

Con el respeto que profeso por las decisiones de la Sala, me permito expresar las razones por las cuales no comparto la sentencia dictada en el asunto de la referencia.

1. La Subsección, mediante sentencia del 20 de junio de 2023¹, en virtud de la apelación del Consejo Nacional Electoral, revocó la sentencia condenatoria del 8 de marzo de 2017, proferida por la Subsección B de la Sección Tercera del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, para lo cual precisó que el medio de control de reparación directa resultaba procedente, por tratarse de perjuicios causados por actos administrativos anulados por esta Corporación en sede de nulidad electoral.

En cuanto al fondo del asunto, la Sala concluyó que el daño era hipotético, porque para el momento en el que fueron expedidas las resoluciones que definieron las elecciones de senado 2010-2014 la demandante tenía “*una mera expectativa de acceder al cargo*”, pues “*el surgimiento de derechos subjetivos solo se produce con la firmeza del acto de elección y la posterior posesión en el cargo*”, lo cual se dio una vez agotado el proceso de nulidad electoral y practicado un nuevo escrutinio en sede judicial por parte del Consejo de Estado, actuación que culminó con la declaratoria de elección de la demandante como senadora para tal período constitucional.

Me aparto del razonamiento de la Subsección en lo relacionado con la procedencia del medio de control, por cuanto considero que las pretensiones de la parte actora no eran propias del medio de control de reparación directa, sino del de nulidad y

¹ Notificada por correo electrónico enviado el miércoles 12 de julio de 2023 y los dos días a los que se refiere el artículo 205 de la Ley 1437 de 2011 corrieron el jueves 13 y viernes 14 de julio, de ahí que el término de 8 días consagrado en el reglamento de la Corporación para el salvamento de voto hubiese empezado a correr el 17 de julio siguiente y se extienda hasta el 27 de julio siguiente.



Radicación: 25000-23-36-000-2015-01917-02 (59.531)
Actor: Astrid Sánchez Montes De Oca
Demandado: Nación – Consejo Nacional Electoral y otro

restablecimiento del derecho, que es el idóneo cuando, además de cuestionar la legalidad del acto electoral, se pretende la protección de un derecho subjetivo, junto con la indemnización de los daños causados.

2. La escogencia de las acciones o medios de control, según el régimen procesal², en ejercicio de las cuales se deben tramitar los asuntos de conocimiento de esta jurisdicción no depende de la discrecionalidad del demandante, sino del origen del perjuicio alegado y del fin pretendido, de ahí que, al margen de que se trate de un asunto pasible de ser tramitado en los términos de una pretensión de carácter general como la nulidad electoral, lo cierto es que si el interés de la demandante giraba en torno a sus prerrogativas individuales, lo que le correspondía era demandar en interés particular, escenario en el que debía cuestionar la legalidad de las decisiones que la afectaron, con la consecuente solicitud de restablecimiento del derecho y/o indemnización de los daños causados.

Al margen de tipo de pretensión invocada en la demanda, al operador judicial le corresponde determinar si el *petitum* es susceptible o no de ser tramitado en los términos planteados por la parte actora, por tal razón, en los casos en los que se ejerce **formalmente** un medio de control, pero se invoca como fuente del daño un supuesto propio de otro, el juez debe encauzar las pretensiones con observancia del segundo evento.

De este modo, cuando se pide una indemnización por la vía de la reparación directa, pero el sustento del *petitum* es la ilegalidad de un acto administrativo que afectó intereses subjetivos, al margen de lo dicho por el actor, se debe tomar en consideración el **fin perseguido** y el asunto se debe tramitar en los términos propios de la nulidad y restablecimiento del derecho, decisión que la Sala debió adoptar en el *sub lite*, pero se abstuvo de proceder de conformidad, lo que no comparto.

3. En lo relacionado con el caso concreto, la Sección Quinta de la Sala de lo Contencioso Administrativo de esta Corporación, en providencia del **1° de julio de 2014**³, precisó que en asuntos relacionados con **actos administrativos electorales** la nulidad y restablecimiento del derecho procede cuando quien demanda, más allá de la sola preservación de la legalidad objetiva, tiene un interés

² Decreto 01 de 1984 o Ley 1437 de 2011.

³ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta, providencia del 1° de julio de 2014, radicado 81001-23-33-000-2012-00039-02, M.P. Alberto Yepes Barreiro.



Radicación: 25000-23-36-000-2015-01917-02 (59.531)
Actor: Astrid Sánchez Montes De Oca
Demandado: Nación – Consejo Nacional Electoral y otro

particular, de ahí que pretenda que se restablezcan o reparen garantías subjetivas, criterio que se reiteró el 29 de noviembre de 2021⁴, así:

“En cuanto al medio de control de nulidad electoral, la jurisprudencia de esta Sección ha precisado que [es] la vía procesal para controvertir los actos que contienen una elección, nombramiento o llamamiento (...).

*Y en punto del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho (...), se tiene que, a través del mismo, toda persona que se crea lesionada en un derecho subjetivo, amparado en una norma jurídica, **puede solicitar la nulidad del acto y que se le restablezcan sus derechos.***

*De esta manera, la esencia de dicha acción, está determinada en que el restablecimiento es una pretensión consecuencial a la declaratoria de nulidad del respectivo acto, es decir, que en el fondo hay una necesidad de quien formula la demanda, de restablecer el derecho que considera vulnerado por el acto administrativo, pues **lleva ínsito un interés particular y concreto.***

(...) [L]a Sala precisa que, en materia de actos de elección y nombramiento, su control se puede ejercer a través de estas dos vías, así:

i) Mediante la nulidad electoral (...) en caso de que la pretensión sea analizar la legalidad objetiva del acto declaratorio de elección o acto electoral propiamente dicho y la protección de la democracia sin pretender la reivindicación de algún derecho de orden subjetivo y,

ii) A través del medio de control [de nulidad y restablecimiento del derecho] establecido en el artículo 138 de la Ley 1437 de 2011, cuando el propósito de las pretensiones sea la obtención de un restablecimiento expreso, siempre que se solicite por postulación de parte, o tácito, implícito o automático, cuando así se derive del planteamiento de la causa petendi.

Así entonces, es posible que, en algunos eventos, coexistan demandas de nulidad electoral y de nulidad y restablecimiento del derecho dirigidas contra un mismo acto de elección (...).

En el mismo sentido se ha pronunciado la Sala Plena de la Sección Segunda, para lo cual, en providencia del **23 de abril de 2015**⁵, precisó que el “acto de elección o electoral” y “acto de nombramiento”, para efectos de su enjuiciamiento ante esta jurisdicción, son de la misma estirpe, “son una misma cosa”, y se podrán enjuiciar por medio de nulidad electoral cuando lo que pretenda el actor sea proteger el orden jurídico y **procederá la nulidad y restablecimiento del derecho** “si la pretensión de nulidad del acto u actos acusados, está aparejada y conexa al restablecimiento de un **derecho subjetivo** o a la reparación del daño causado por el acto o los actos demandados”.

⁴ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta, providencia del 29 de noviembre de 2021, expediente 25000-23-41-000-2021-00908-01, M.P. Luis Alberto Álvarez Parra.

⁵ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, expediente 4791-2013, M.P. Sandra Lisset Ibarra Vélez.



Radicación: 25000-23-36-000-2015-01917-02 (59.531)
Actor: Astrid Sánchez Montes De Oca
Demandado: Nación – Consejo Nacional Electoral y otro

La Sección Segunda también ha reiterado su postura, para lo cual, a través de providencia del 14 de enero de 2022⁶, señaló que la nulidad electoral procede cuando sólo se pretenda la anulación simple y llana de dicho acto, y siempre que no se pretenda *-ni con la respectiva sentencia se genere de manera automática- restablecimiento alguno*, pues en este evento la idónea será la nulidad y restablecimiento del derecho.

4. Como consecuencia, si la señora Montes De Oca consideraba que los actos administrativos electorales que demandó en aquella época *-2010-*, en ejercicio de la acción pública de nulidad electoral, afectaban su situación particular, de ahí que su interés no estuviese limitado a la protección de la legalidad, sino, además, a que se declarara su elección con efectos desde el inicio de la legislatura, con el consecuente pago de salarios, debió promover la pretensión de nulidad y restablecimiento del derecho desde que estuvo al tanto de las determinaciones adoptadas por la demandada, sin que resulte procedente la reparación directa ejercida en el asunto de la referencia.

4.1. Lo relacionado con el pago de los salarios no es un aspecto ajeno a la pretensión de legalidad subjetiva, porque por su intermedio, además del cuestionamiento del acto administrativo, se puede solicitar: *i)* el restablecimiento del derecho *-salvo que sea automático, evento en el que no es necesario pedirlo-*, y/o *ii)* la indemnización de los perjuicios causados, tal como lo establece expresamente el artículo 138 de la Ley 1437 de 2011⁷ y como lo ha precisado la Corte Constitucional, que ha señalado que en sede de nulidad y restablecimiento del derecho proceden 2 tipos de súplicas, *“la que **busca retirar del ordenamiento jurídico el acto administrativo ilegal** o inconstitucional y (...) la que, como consecuencia directa e inmediata de la anterior, busca **restablecer el derecho afectado** al demandante y **reparar el daño causado** (...)”*⁸.

En concordancia con lo anterior, el Consejo de Estado ha establecido que los daños causados a los ciudadanos no solo son reparables por medio de la pretensión de reparación directa, sino que, para tal fin, en aplicación del inciso primero del artículo

⁶ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección B, providencia del 14 de enero de 2022, radicado 110010325000201900499 00, interno 3710-2019, M.P. Sandra Lisset Ibarra Vélez.

⁷ En efecto, el artículo citado señala expresamente que en sede nulidad y restablecimiento del derecho, el actor *“también podrá solicitar que se le repare el daño”* y en el mismo sentido lo establecía el artículo 85 del CCA.

⁸ Corte Constitucional, sentencia T 945 del 2 de octubre de 2008, M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra.



Radicación: 25000-23-36-000-2015-01917-02 (59.531)
Actor: Astrid Sánchez Montes De Oca
Demandado: Nación – Consejo Nacional Electoral y otro

90 de la Constitución Política, también resulta idónea la de nulidad y restablecimiento del derecho⁹.

5. El hecho de que la demandante no ejerciera la nulidad y restablecimiento del derecho una vez conoció las resoluciones electorales que la afectaron, sino que, en su lugar, optara por demandar a través de la pretensión electoral, no la habilitó para que, una vez declarada la nulidad con su consecuente elección, ejerciera de manera independiente la reparación directa, con el fin de “*solicitar que se le repare el daño*”¹⁰, porque, se insiste, para tal fin contaba con una pretensión que desde la época de los hechos le permitía formular el *petitum* en su integridad y demandar de tal manera que sus intereses subjetivos fueran protegidos, pero no lo hizo, de ahí que deba asumir las consecuencias de su omisión.

Frente a una misma situación no proceden dos pretensiones distintas, a elección de quien demanda, dado que las vías procesales en nuestro ordenamiento han sido definidas con finalidades autónomas e independientes, de ahí que no resulte de recibo que quien omitió pedir la indemnización del daño causado por un acto administrativo ilegal en sede de nulidad y restablecimiento del derecho, luego la reclame de manera independiente y a través de la reparación directa, porque, se reitera, la pretensión idónea en esos casos es la de legalidad subjetiva, por cuyo intermedio se deben formular las súplicas que resulten necesarias para restablecer y/o reparar los derechos particulares vulnerados.

6. En esencia, lo que en el *sub lite* pretende la parte actora, bajo una **pretensión formal de reparación directa**, es que **materialmente** se acceda a la indemnización que debió solicitar en sede de nulidad y restablecimiento del derecho, lo que no es posible, porque lo que le correspondía a la señora Montes De Oca era demandar en el término de ley la nulidad de las resoluciones que afectaron su situación particular y allí formular el reclamo indemnizatorio por las pérdidas salariales que habría sufrido, sin que la omisión en ese sentido sea susceptible de ser subsanada a través de la reparación directa, que debió declararse improcedente en este asunto por parte de la Subsección, pero no se procedió en tales términos.

En los anteriores términos explico las razones por las cuales no comparto la decisión de la Sala.

⁹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A, sentencia del 6 de febrero de 2020, expediente 51.534.

¹⁰ Artículo 135 de la ley 1437 de 2011 y 85 del CCA.



Radicación: 25000-23-36-000-2015-01917-02 (59.531)
Actor: Astrid Sánchez Montes De Oca
Demandado: Nación – Consejo Nacional Electoral y otro

FIRMADO ELECTRÓNICAMENTE
MARTA NUBIA VELÁSQUEZ RICO

Nota: esta providencia fue suscrita en forma electrónica mediante el aplicativo SAMAI, de manera que el certificado digital que arroja el sistema permite validar la integridad y autenticidad del presente documento en el link <https://relatoria.consejodeestado.gov.co:8080/Vistas/documentos/validador>. Igualmente puede acceder al aplicativo de validación escaneando con su teléfono celular el código QR que aparece a la derecha.

