

ACTO ELECTORAL – Origen / ACTOS ELECTORALES – Tipos / RECHAZO DE LA DEMANDA – Al no existir acto administrativo susceptible de control judicial

En relación con los antecedentes del caso, se tiene que el señor Hollman Ibáñez Parra formaba parte de la misma lista de la cual se eligió al fallecido magistrado Sanabria Astudillo y, por ser el siguiente en orden descendente, no elegido de la plancha, mediante escrito del 10 de septiembre de 2019, pidió al señor Presidente de la República que “se sirviera disponer fecha y hora para llevar a cabo la posesión como magistrado del Consejo Nacional Electoral”, a fin de llenar la vacancia producida. (...). Ante la falta de respuesta del Presidente de la República, (...), el señor Ibáñez Parra consideró que se configuraba el supuesto de hecho previsto en el artículo 269 de la Ley 4 de 1913. (...). En este orden, acudió a la Notaría 27 del Círculo de Bogotá y ante dos testigos tomó posesión del cargo de magistrado del Consejo Nacional Electoral; dicha posesión quedó protocolizada en la Escritura Pública No. 3693 de 2 de octubre de 2019. Por su parte, el Gobierno Nacional, por conducto de su Ministra del Interior y a solicitud del Secretario General del Senado de la República, elevó consulta ante la Sala de Consulta y Servicio Civil de esta Corporación. (...). En respuesta, la Sala de Consulta, mediante Concepto No. 2430 del 16 de octubre de 2019, manifestó que la falta absoluta de uno de los miembros del Consejo Nacional Electoral, debido a su fallecimiento o a otras causas, obliga al Congreso de la República en pleno a hacer una nueva elección en la forma dispuesta en el artículo 264 de la Constitución Política, pues ninguno de los candidatos no elegidos que figuraban en la respectiva lista electoral tiene un derecho subjetivo a ser llamado por el Congreso de la República para ocupar el cargo vacante ni mucho menos a “poseionarse” de tal empleo y empezar a ejercerlo. (...). Esta Sección ha entendido que los actos electorales son aquellos emanados del ejercicio de la función electoral, la cual es distinta de la función administrativa, y por ello, estos deben entenderse como autónomos, especiales y distintos del acto administrativo, como quiera que el acto electoral tiene su origen en la materialización de la democracia participativa y en el derecho a elegir y ser elegido establecido en la Carta Política. Así, los actos electorales susceptibles de este medio de control son: (...) i) El originado en la elección popular, la cual está precedida por voto popular y cuyo acto constituye, por su naturaleza, la expresión más directa de la democracia, pues materializa la voluntad del electorado en la designación de los dignatarios del Estado que se someten a esa forma de escogencia. (...); ii) El de elección por cuerpos colegiados a través del cual, en aplicación del sistema de pesos y contrapesos, se designan servidores públicos, en los diferentes niveles nacional y territorial; (iii) El acto de llamamiento, que se utiliza para proveer curules ante las vacancias temporales o absolutas que se generen al interior de una corporación pública de elección popular y que son ocupadas 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; y (iv) Los actos de nombramiento, a través de los cuales se proveen los diversos cargos de la función pública a efectos de que el designado adquiera la categoría de servidor público. Y si bien estos actos son expresión propia de la función administrativa, lo cierto es que el legislador los enlistó como acto electoral y, en consecuencia, la Sala los conoce como tal, pese a que no responden a la lógica de la función electoral. Descendiendo al caso concreto, se precisa que el actor pretende “se declare la nulidad de la elección del Dr. Hollman Ibáñez Parra, como magistrado del Consejo Nacional Electoral”, y como consecuencia de lo anterior “se deje sin efectos el acto de posesión”. Sin embargo, por los antecedentes narrados se advierte que, en el presente caso, no se ha producido un acto de nombramiento o de elección, o de llamamiento a ocupar la vacancia absoluta producida por (...) muerte (...), sobre el

cual pudiera recaer el control de legalidad por vía del contencioso electoral, razón por la cual, por la inexistencia de un acto de esta naturaleza debe procederse al rechazo de la demanda. En gracia de discusión, si se pretendiera la nulidad del “acto de posesión”, protocolizada mediante escritura pública ante notario, tampoco podría adelantarse el juicio de legalidad a través de este medio de control, habida cuenta que el acta de posesión no es un acto administrativo, entendido como manifestación unilateral de voluntad, tendiente a producir efectos jurídicos, esto es, aquel por el cual nace, se modifica o se extingue un derecho o una situación jurídica, sino una simple diligencia o solemnidad a través de la cual se ingresa efectivamente al servicio público con la manifestación que hace bajo la gravedad de juramento el posesionado de cumplir bien y fielmente los deberes propios del cargo que asume. (...). Así las cosas, al no existir un acto electoral que pueda ser susceptible de control judicial, de conformidad con lo dispuesto en el numeral 3º del artículo 169 del CPACA, se rechazará la demanda y se ordenará la devolución de los anexos a la parte actora.

NOTA DE RELATORÍA: Sobre la distinción entre función administrativa y función electoral consultar entre otros: Consejo de Estado, Sección Quinta, sentencia del 15 de junio de 2015, radicación 11001-03-28-000-2015-00051-00, C.P. Alberto Yepes Barreiro; y auto de 9 de mayo de 2018, radicación 11001-03-28-000-2018-00009-00 C.P. Alberto Yepes Barreiro. En cuanto a que el acta de posesión no es un acto administrativo, consultar: Consejo de Estado, Sección Quinta, sentencia del 5 de septiembre de 2013, radicación 54001-23-31-000-2012-00097-01, C.P. Lucy Jeannette Bermúdez Bermúdez. Frente a la naturaleza jurídica del acto de posesión, consultar: Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, concepto del 5 de septiembre de 2018, radicación 11001-03-06-000-2018-00169-00(2399), C.P. Germán Bula Escobar

FUENTE FORMAL: LEY 1437 DE 2011 - ARTÍCULO 139 / LEY 1437 DE 2011 - ARTÍCULO 169 NUMERAL 3

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCIÓN QUINTA

Consejero ponente: LUIS ALBERTO ÁLVAREZ PARRA

Bogotá, D.C., catorce (14) de noviembre de dos mil diecinueve (2019)

Radicación número: 11001-03-28-000-2019-00050-00

Actor: TOMÁS HERNANDO ROA HOYOS

Demandado: HOLLMAN IBÁÑEZ PARRA - MAGISTRADO DEL CONSEJO NACIONAL ELECTORAL

Referencia: NULIDAD ELECTORAL

Auto que rechaza demanda

El 15 de octubre de 2019, el señor Tomás Hernando Roa Hoyos, en nombre propio, y en ejercicio del medio de control de nulidad electoral, solicitó que “se declare la nulidad de la elección del Dr. Hollman Ibáñez Parra, como magistrado del Consejo Nacional Electoral”, y como consecuencia de lo anterior “se deje sin efectos el acto de posesión”. Así mismo, pidió que se ordene al Congreso de la República, suplir de manera inmediata la falta absoluta presentada en el Consejo Nacional Electoral con ocasión de la muerte del magistrado Heriberto Sanabria Astudillo.

La demanda fue enviada electrónicamente el 15 de octubre de 2019¹ y repartida al magistrado Carlos Enrique Moreno Rubio, quien manifestó impedimento para conocer del asunto, el cual fue aceptado por la Sala, mediante auto del 31 de octubre de 2019. En consecuencia, se separó al referido consejero del conocimiento de este proceso y se envió a este despacho para asumir el estudio del asunto.

En relación con los antecedentes del caso, se tiene que el señor Hollman Ibáñez Parra formaba parte de la misma lista de la cual se eligió al fallecido magistrado Sanabria Astudillo y, por ser el siguiente en orden descendente, no elegido de la plancha, mediante escrito del 10 de septiembre de 2019, pidió al señor Presidente de la República que “se sirviera disponer fecha y hora para llevar a cabo la posesión como magistrado del Consejo Nacional Electoral”, a fin de llenar la vacancia producida; solicitud con la cual se acompañó la documentación correspondiente.

Ante la falta de respuesta del Presidente de la República, una vez transcurridos los quince (15) días que dispone el artículo 14 de la Ley 1755 de 2015, el señor Ibáñez Parra consideró que se configuraba el supuesto de hecho previsto en el artículo 269 de la Ley 4 de 1913, según el cual “cuando la autoridad correspondiente se negare, sin causa legal, a dar posesión a un empleado cuyo nombramiento emane de otra, aquél puede posesionarse ante cualquier empleado que ejerza autoridad o jurisdicción, o ante dos testigos, dando cuenta de ello a quien le hizo el nombramiento”. En este orden, acudió a la Notaría 27 del Círculo de Bogotá y ante dos testigos tomó posesión del cargo de magistrado del Consejo Nacional Electoral; dicha posesión quedó protocolizada en la Escritura Pública No. 3693 de 2 de octubre de 2019.

Por su parte, el Gobierno Nacional, por conducto de su Ministra del Interior y a solicitud del Secretario General del Senado de la República, elevó consulta ante la Sala de Consulta y Servicio Civil de esta Corporación, en la que formuló, entre otros, el siguiente interrogante: ¿cuál es el procedimiento que debe adelantar el Congreso de la República para suplir la vacante definitiva cuando fallece un miembro del Consejo Nacional Electoral?

¹ Folio 40.

En respuesta, la Sala de Consulta, mediante Concepto No. 2430 del 16 de octubre de 2019², manifestó que la falta absoluta de uno de los miembros del Consejo Nacional Electoral, debido a su fallecimiento o a otras causas, obliga al Congreso de la República en pleno a hacer una nueva elección en la forma dispuesta en el artículo 264 de la Constitución Política³, pues ninguno de los candidatos no elegidos que figuraban en la respectiva lista electoral tiene un derecho subjetivo a ser llamado por el Congreso de la República para ocupar el cargo vacante ni mucho menos a “posesionarse” de tal empleo y empezar a ejercerlo.

Ahora bien, en orden a analizar las pretensiones de la demanda de nulidad electoral que se propone, debe destacarse que el artículo 139 del CPACA, dispone:

“Cualquier persona podrá pedir la nulidad de los actos de elección por voto popular o por cuerpos electorales, así como de los actos de nombramiento que expidan las entidades y autoridades públicas de todo orden. Igualmente podrá pedir la nulidad de los actos de llamamiento para proveer vacantes en las corporaciones públicas”

Esta Sección ha entendido que los actos electorales son aquellos emanados del ejercicio de la función electoral⁴, la cual es distinta de la función administrativa, y por ello, estos deben entenderse como autónomos, especiales y distintos del acto administrativo, como quiera que el acto electoral tiene su origen en la materialización de la democracia participativa y en el derecho a elegir y ser elegido establecido en la Carta Política. Así, los actos electorales susceptibles de este medio de control son: **i)** el de elección popular; **ii)** el de elección a cargo de cuerpo colegiado; **iii)** el llamamiento a proveer vacantes y **iv)** el de nombramiento, los cuales se pueden distinguir de la siguiente manera:

i) El originado en **la elección popular**, la cual está precedida por voto popular y cuyo acto constituye, por su naturaleza, la expresión más directa de la democracia, pues materializa la voluntad del electorado en la designación de los dignatarios del Estado que se someten a esa forma de escogencia. Un ejemplo de esta clase actos son las elecciones de alcaldes, congresistas, etc.;

ii) El de **elección por cuerpos colegiados** a través del cual, en aplicación del sistema de pesos y contrapesos, se designan servidores públicos, en los diferentes niveles nacional y territorial;

² Expediente No. 11001-03-06-000-2019-00177-00, M.P. Álvaro Namén Vargas.

³ Con las salvedades expuestas en el concepto.

⁴ Sobre la distinción entre función administrativa y función electoral consultar entre otros: Consejo de Estado, Sección Quinta, sentencia del 15 de junio de 2015, radicación 11001-03-28-000-2015-00051-00 CP. Alberto Yepes Barreiro. Ddo. Oneida Pinto- Gobernadora de La Guajira; Consejo de Estado, Sección Quinta, sentencia del 4 de febrero de 2016, radicación 11001-03-28-000-2014-00110-00 CP. Alberto Yepes Barreiro. Ddo. Cámara de Magdalena; y Consejo de Estado, Sección Quinta, Auto de 3 de junio de 2016, radicación 13001-23-33-000-2016-00070-01 C.P. Lucy Jeannette Bermúdez Bermúdez, Demandados: concejales de Cartagena. Sección Quinta, Auto de Ponente de 26 de septiembre de 2017, radicación 11001-03-26-000-2017-00087-00 C.P. Alberto Yepes Barreiro y Sección Quinta, Auto de Ponente de 9 de mayo de 2018, radicación 11001-03-28-000-2018-00009-00 C.P. Alberto Yepes Barreiro.

(iii) El acto de **llamamiento**, que se utiliza para proveer curules ante las vacancias temporales o absolutas que se generen al interior de una corporación pública de elección popular y que son ocupadas 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; y

(iv) Los **actos de nombramiento**, a través de los cuales se proveen los diversos cargos de la función pública a efectos de que el designado adquiera la categoría de servidor público. Y si bien estos actos son expresión propia de la función administrativa, lo cierto es que el legislador los enlistó como acto electoral y, en consecuencia, la Sala los conoce como tal, pese a que no responden a la lógica de la función electoral.

Descendiendo al caso concreto, se precisa que el actor pretende “*se declare la nulidad de la elección del Dr. Hollman Ibáñez Parra, como magistrado del Consejo Nacional Electoral*”, y como consecuencia de lo anterior “*se deje sin efectos el acto de posesión*”. Sin embargo, por los antecedentes narrados se advierte que, en el presente caso, no se ha producido un acto de *nombramiento* o de *elección*, o de *llamamiento* a ocupar la vacancia absoluta producida por la muerte del señor Heriberto Sanabria Astudillo, como ex miembro del Consejo Nacional Electoral, sobre el cual pudiera recaer el control de legalidad por vía del contencioso electoral, razón por la cual, por la inexistencia de un acto de esta naturaleza debe procederse al rechazo de la demanda.

En gracia de discusión, si se pretendiera la nulidad del “*acta de posesión*”, protocolizada mediante escritura pública ante notario, tampoco podría adelantarse el juicio de legalidad a través de este medio de control, habida cuenta que el acta de posesión no es un acto administrativo⁵, entendido como manifestación unilateral de voluntad, tendiente a producir efectos jurídicos, esto es, aquel por el cual nace, se modifica o se extingue un derecho o una situación jurídica, sino una simple diligencia o solemnidad a través de la cual se ingresa efectivamente al servicio público con la manifestación que hace bajo la gravedad de juramento el posesionado de cumplir bien y fielmente los deberes propios del cargo que asume, como lo dispone el artículo 122 de la Carta⁶.

Así las cosas, al no existir un acto electoral que pueda ser susceptible de control judicial, de conformidad con lo dispuesto en el numeral 3º del artículo 169 del CPACA, se rechazará la demanda y se ordenará la devolución de los anexos a la parte actora.

En mérito de lo expuesto, el despacho

RESUELVE:

⁵ Al respecto, véase la Sentencia del 5 de septiembre de 2013 del Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta, expediente 54001-23-31-000-2012-00097-01.

⁶ Frente a la naturaleza jurídica del acto de posesión, véase el Concepto de la Sala de Consulta y Servicio Civil del 5 de septiembre de 2018, Rad. 11001-03-06-000-2018-00169-00(2399)

RECHAZAR la demanda de nulidad electoral presentada por el señor Tomás Hernando Roa Hoyos, en la que solicita “*se declare la nulidad de la elección del Dr. Hollman Ibáñez Parra, como magistrado del Consejo Nacional Electoral*” y como consecuencia de lo anterior “*se deje sin efectos el acto de posesión*”, por las razones expuestas.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

LUIS ALBERTO ÁLVAREZ PARRA
Magistrado