



## CONSEJO DE ESTADO

### Sala de Consulta y Servicio Civil

Consejero Ponente: Enrique José Arboleda Perdomo

---

Bogotá D.C., nueve (09) de diciembre de dos mil once (2011)

**Radicación No. 2085**

**Expediente:** 11001-03-06-000-2011-00091-00

**Referencia:** Consejo Nacional Electoral. Nulidad de la elección. Posibilidad de reelección para terminar el período institucional.

El Señor Ministro del Interior solicita a la Sala de Consulta y Servicio Civil un concepto sobre la aplicación del primer inciso del artículo 264 de la Constitución Política relativo a la elección de magistrados del Consejo Nacional Electoral que debe realizarse en virtud de la sentencia del 6 de octubre de 2011, mediante la cual se decretó la nulidad de la elección de los miembros del citado Consejo, realizada el pasado 30 de agosto de 2010.

Al efecto formula a la Sala las siguientes preguntas:

1. *¿La elección de magistrados del Consejo Nacional Electoral a realizarse antes del 15 de diciembre de 2011 como consecuencia de la Sentencia de la Sección Quinta del Consejo de Estado de fecha 6 de octubre de 2011, es una elección para nuevo período institucional o para completar el período restante que inició en el mes de septiembre de 2010?*

2. *¿Los magistrados elegidos el 30 de agosto de 2010 y que en virtud de esa elección ejercían un segundo período, se pueden reelegir?*

Como antecedentes fácticos expone, que el 30 de agosto de 2010 el Congreso de la República eligió los miembros del Consejo Nacional Electoral. Esta elección que demandada ante el Consejo de Estado, y la Sección Quinta de la Sala de lo Contencioso Administrativo, en sentencia de fecha 6 de octubre de 2011, la cual se encuentra en firme, "declaró nulo el

acto administrativo por el cual el Congreso de la República eligió a los magistrados del Consejo Nacional Electoral, contenido en el Acta de sesión plenaria del 30 de agosto del 2010". Al efecto adjuntó una copia informal de la sentencia citada de la Sección Quinta.

Como consecuencia de la anulación del acto de elección surgen las dudas plasmadas en las preguntas que le formuló a la Sala de Consulta y Servicio Civil antes transcritas, las que se analizan en el concepto que se expide enseguida.

## CONSIDERACIONES

El punto de partida de cualquier análisis que se haga sobre las dos preguntas formuladas por el Ministro del Interior es el primer inciso del artículo 264 de la Constitución Política, que expresa:

*"Artículo 264: 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 y podrán ser reelegidos por una sola vez. (...)"*

Como se observa en el canon transcrito, el período de los miembros del Consejo Nacional Electoral está calificado de "institucional" y además permite su reelección por una sola vez, prohibiéndola para oportunidades adicionales. Con el fin de responder los interrogantes planteados por el Ministro, la Sala analizará por separado los temas enunciados que corresponden a las preguntas, a saber: la próxima elección que haga el Congreso de la República ¿será por el resto del período institucional, o por el contrario, como efecto de la sentencia de nulidad, se empieza a contar uno nuevo? y ¿los miembros del Consejo Nacional Electoral que habían sido reelegidos en la elección anulada, pueden ser reelegidos?

### **I. Del carácter institucional del período de los Magistrados del Consejo Nacional Electoral**

#### **A. El tema en la Constitución Política**

En relación con los cargos de elección, originalmente la Constitución de 1991 no calificó su condición o carácter y, en consecuencia, la jurisprudencia de la

Corte Constitucional y del Consejo de Estado osciló en las consideraciones y argumentos que permitían sostener indistintamente que los respectivos períodos eran personales o institucionales.<sup>1</sup>

Es decir, que producida la vacante definitiva antes de terminarse el respectivo período, la elección que correspondía hacer para proveerlo se entendió, en algunos casos, hecha para un nuevo período completo, con lo cual se le daba el carácter de personal; y en otros casos, se consideró que la nueva elección era para concluir el respectivo período y entonces, se definía como institucional.

Esta inseguridad jurídica fue resuelta por el acto legislativo No. 1 del 2003, artículo 6°, que en su parágrafo dispuso:

*“Parágrafo. Los períodos establecidos en la Constitución Política o en la ley para cargos de elección tienen el carácter de institucionales. Quienes sean designados o elegidos para ocupar tales cargos, en reemplazo por falta absoluta de su titular, lo harán por el resto del período para el cual éste fue elegido.”*

Del texto transcrito, destaca la Sala que la expresión “*cargos de elección*” es genérica y por lo tanto es comprensiva de los empleos de elección popular y de todos los demás empleos respecto de los cuales la facultad de nominación está radicada en un conjunto de voluntades, sea que integren un solo cuerpo colegiado o bien que correspondan a diferentes autoridades que confluyen en un proceso complejo de postulación y designación.

Es importante anotar que el parágrafo del artículo 6° del acto legislativo No. 1 del 2003 coincide con la solución que en el mismo sentido dio, el Código de Régimen Político y Municipal contenido en la ley 4ª de 1913 cuando en su artículo 290 dispuso: “*Siempre que se haga una elección después de iniciado un período, se entiende hecha por el resto del período en curso.*” Como se observa, esta norma fue derogada por el parágrafo del acto legislativo que acaba de transcribirse.

La identificación como *institucional* del período que la Constitución y la ley señalen para el ejercicio de un cargo o empleo público permite conocer de manera precisa las fechas de inicio y de terminación del mismo, teniendo en cuenta que hay períodos para los cuales aquella se encuentra expresamente

---

<sup>1</sup> Sobre el debate jurisprudencial respecto de los períodos institucionales y personales puede consultarse el concepto 1546 de marzo 8 de 2004, emitido por esta Sala de Consulta y Servicio Civil, C.P. Augusto Trejos Jaramillo; y la sentencia LJ – 712 de junio 9 de 1998, de la Sala Plena de la Sala de lo Contencioso Administrativo de esta Corporación. V. Pedro Pablo Vanegas.

fijada en la normatividad y, a partir de ella, cuenta el tiempo que lo conforma; pero que en distintas situaciones, el inicio está determinado por la fecha de la toma de posesión del cargo, y es ésta la que a su vez identifica la fecha de terminación.

Valga agregar que la Corte Constitucional, en la sentencia C-822-04<sup>2</sup>, definió la expresión "período", como "*el lapso que la Constitución o la ley contemplan para el desempeño de cierta función pública*". Y, por supuesto, que su inicio y su final son claramente determinados o determinables, circunstancia que elimina discusiones de índole personal y da un orden al ejercicio de los empleos sujetos a período.

#### **B. El carácter institucional del período de los miembros del Consejo Nacional Electoral y sus fechas de iniciación y de terminación**

El acto legislativo No. 1 del 2003, además de establecer la regla general en la que todos los períodos de los cargos de elección serían institucionales, se ocupó de reiterarla en algunos casos particulares y así, en las modificaciones que introdujo al artículo 264 de la Carta relativo al Consejo Nacional Electoral, hizo explícito tal carácter, pues precisamente en su artículo 14 ordenó que el Consejo Nacional Electoral se compondría de nueve miembros, elegidos por el Congreso de la República en pleno, "*para un período institucional*" de cuatro años.<sup>3</sup>

Destaca la Sala que en la reforma del año 2003, que se comenta, la duración del período no fue modificado, esto es, que los 4 años que había dispuesto la norma constitucional original se conservaron.

Ahora bien, el artículo 31 transitorio de la Constitución de 1991 ordenó:

*"Transcurrido un mes desde la instalación del Congreso elegido el 27 de octubre de 1991, el Consejo de Estado elegirá los miembros del Consejo Nacional Electoral en proporción a la representación que alcancen los partidos y movimientos políticos en el Congreso de la República.*

*Dicho Consejo permanecerá en ejercicio de sus funciones hasta el 1 de septiembre de 1994."*

---

<sup>2</sup>Corte Constitucional, sentencia C-822-04 (31 de agosto), Ref. Exp. D-5068.

<sup>3</sup> Artículo 264 original de la Constitución: "El Consejo Nacional Electoral se compondrá del número de miembros que determine la ley, que no debe ser menor de siete. Serán elegidos por el Consejo de Estado **para un período de cuatro años**, de ternas elaboradas por los partidos..." (Se destaca).

Posteriormente, el acto legislativo No. 1 del 2003, en el párrafo transitorio del artículo 15, dispuso:

*“Párrafo transitorio. - El período de los actuales miembros del Consejo Nacional Electoral y Registrador Nacional del Estado Civil irá hasta el año 2006. La siguiente elección de unos y otro se hará de conformidad con lo dispuesto en el presente Acto Legislativo”*

Esta Sala, en el concepto del 8 de junio del 2006, radicación 1743<sup>4</sup>, tuvo oportunidad de estudiar el tema del período institucional del Consejo Nacional Electoral y sus fechas de inicio y de terminación, llegando a la conclusión de que como el período siguió siendo de cuatro años, el párrafo transitorio de la reforma del 2003 no modificó la secuencia derivada del artículo 264 original de la Constitución, y por ende, habiéndose iniciado dicha secuencia el 1º de septiembre de 1994, el período cuatrienal 2002 – 2006, terminaba el 1º de septiembre del 2006.

Ello significa, en primer término, que quienes iniciaron período el 1º de septiembre del 2006, lo concluyeron en la misma fecha del año 2010; y, por consiguiente, la fecha de terminación del período de los actuales integrantes habría sido el 1º de septiembre del 2014.

En segundo término, también significa que quienes sean elegidos como consecuencia de la decisión adoptada por la Sección Quinta de la Sala Contencioso Administrativa de esta Corporación, ejercerán las funciones de Magistrados del Consejo Nacional Electoral hasta el 1º de septiembre del 2014, como quiera que serán elegidos para terminar el período institucional iniciado el 1º de septiembre del 2010.

## **II. De la elección de los miembros del Consejo Nacional Electoral en cumplimiento de la sentencia de fecha 6 de octubre del 2011**

El análisis que hará la Sala con el fin de dar respuesta al interrogante planteado por el Sr. Ministro del Interior, lo dividirá en tres breves acápites que se ocuparán de los siguientes temas: los efectos de las sentencias de nulidad del Consejo de Estado, la anulación condicionada de la sentencia del 6 de octubre de 2011 de la Sección Quinta del Consejo de Estado, y el análisis de los efectos de la misma en cuanto a la eventual elección de los actuales miembros del Consejo Nacional Electoral, quienes fueron reelegidos por el acto anulado.

---

<sup>4</sup> Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, C.P. Gustavo Aponte Santos, concepto del 8 de junio del 2006, Radicación número: 11001-03-06-000-2006-00045-00(1743)

## A. Los efectos de la declaración judicial de nulidad de los actos administrativos

Es generalmente aceptado que la anulación judicial de cualquier acto administrativo tiene efectos *ex tunc*, esto es que abarca desde el origen o nacimiento del acto que el juez retira del mundo jurídico, que conlleva la ficción de que dicho acto administrativo nunca existió y por lo mismo no produjo ningún efecto jurídico, por lo cual será necesario hacer lo posible para retrotraer las cosas al estado en que se encontraban al momento en que se expidió la decisión judicialmente anulada. Esta definición del efecto de la anulación de los actos administrativos tiene la siguiente razón de ser: nadie puede fundar un derecho sobre una decisión contraria a derecho y tampoco debe soportar una carga o una obligación basada en una decisión ilegal.

Sin embargo, la experiencia ha venido enseñando que en ciertas circunstancias es necesario moderar el efecto *ex tunc* de las decisiones judiciales, pues en ocasiones es imposible volver las cosas al estado en que se encontraban antes de la decisión anulada, o también es necesario hacer primar valores esenciales a la organización social como el de la *seguridad jurídica* por encima del efecto concreto de la sentencia anulatoria. Ejemplo del primer caso es la doctrina del *funcionario de hecho* según la cual se presumen válidas las actuaciones y decisiones adoptadas por la persona cuyo nombramiento o elección se anula. Ejemplo del segundo, se presenta en la anulación de actos administrativos de contenido general, pues por seguridad jurídica se entiende que las decisiones adoptadas con base en el reglamento anulado son válidas, en tanto prima la necesidad de mantener la seguridad jurídica entre las relaciones de las personas.

En materia de actos administrativos de contenido electoral o de nombramientos de servidores públicos, la jurisprudencia reiterada del Consejo de Estado ha sostenido que la sentencias de anulación tienen efecto *ex tunc*, esto es, retiran de la vida jurídica el acto anulado desde el origen del mismo; anulación que lleva a la aplicación de la teoría del funcionario de hecho, por lo cual todo lo que realizó mientras ejercía el cargo es válido. A manera de ejemplo cita la Sala el siguiente aparte de una sentencia de la Sección Quinta<sup>5</sup> de la Corporación:

*“Reiteradamente se ha dicho que la anulación de un acto administrativo implica que las cosas vuelven al estado en el cual estaban antes de proferirse el acto viciado, en este caso el*

---

<sup>5</sup> Sentencia del 30 de abril de 1997. Radicación número: 1656. M.P. Dra. MIREN DE LA LOMBANA DE MAGYAROFF. Actor. GREGORIO HERNANDO RODRÍGUEZ.

*declaratorio de la elección anulada. Esto no implica que los actos proferidos por el funcionario en el ejercicio de su cargo sean también nulos de manera automática. Lo anterior, se debe a que el acto, mientras no sea declarado nulo, se presume legal y las actuaciones del funcionario ajustadas a derecho.”*

En el campo del derecho electoral también se ha discutido sobre el efecto de la anulación de un acto electoral, en cuanto a la prohibición de la reelección inmediata de los alcaldes, aspecto sobre el cual la jurisprudencia de la Sección Quinta del Consejo de Estado ha venido sosteniendo la aplicación de la regla de los efectos *ex tunc* de sus sentencias. A manera de ejemplo se transcriben a continuación unos párrafos tomados de dos fallos de esta corporación:

Se lee en el primero de ellos:

*“La palabra reelegir, significa volver a elegir, es decir elegir por segunda vez de manera consecutiva, es así, que para que se configure el fenómeno de la reelección se requiere: i) que la misma persona sea elegida en períodos consecutivos para la misma dignidad ii) que efectivamente haya continuidad en el ejercicio del cargo en los períodos consecutivos.”*

*“....”*

*“La anulación de los actos administrativos produce efectos ex tunc lo cual se interpreta como si el acto no hubiera existido jamás; es así que declarada la nulidad de la elección, el acto administrativo respectivo desaparece de la vida jurídica y las cosas vuelven al estado en que se encontraban antes de la expedición del acto afectado de nulidad, es por ello que la elección del alcalde de Guatavita, para el período 2001-2003, después de ser anulada por sentencia judicial debidamente ejecutoriada, deja de existir y por la misma razón, debe entenderse que el señor Sarmiento Jiménez nunca fue elegido alcalde del municipio de Guatavita durante el período 2001-2003. Lo anterior, no significa que los actos administrativos expedidos por quien ejerció el cargo y posteriormente fue declarada la nulidad de su elección, desaparezcan de la vida jurídica, porque los mismos están amparados por la presunción de legalidad y sus efectos no desaparecen por razón de la nulidad del acto de elección. En este orden de ideas, forzoso es concluir que en el sub lite no se configuró la reelección inmediata del señor José Moisés Sarmiento Jiménez como alcalde del municipio de*

*Guatavita y en consecuencia no hubo lugar a la violación del artículo 314 constitucional. El cargo no prospera<sup>6</sup>.*”

Dice el segundo fallo:

*“Esta Corporación ha precisado en reiterados pronunciamientos que la nulidad de un acto administrativo declarada por vía jurisdiccional implica el reconocimiento de que desde su expedición estaba viciado. Razón por la cual, la declaratoria de nulidad produce efectos ex tunc, es decir, que desaparece el velo de su aparente legalidad, desde el momento mismo de su emisión, lo que hace que las cosas vuelvan al estado en que se encontraban antes de su expedición, no teniendo vocación de generar ningún efecto jurídico. (...) Si la nulidad de un acto administrativo declarada por vía jurisdiccional, tuvo como razón el procedimiento irregular para su emisión, su declaratoria cobija todo el trámite por ser elemento de la validez del acto, por ende, no es procedente, que sobre un aspecto que fue la causa de la declaración de nulidad, se cimente otro acto administrativo. Si así ocurriere, se incurriría en la misma causal de nulidad en el nuevo acto<sup>7</sup>.”*

Como se observa, en materia de prohibición de la reelección de alcaldes, la jurisprudencia aplica el efecto *ex tunc* de los fallos, al punto que entiende que si el acto de elección desapareció de la vida jurídica, no se tipifica la prohibición constitucional de ser reelegido.

## **B. El fallo del 6 de octubre de 2011 de la Sección Quinta del Consejo de Estado**

La sentencia del 6 de octubre del presente año, que declaró la nulidad de la elección de los miembros del Consejo Nacional Electoral y que origina este concepto, de manera expresa reguló los efectos de la nulidad decretada, expidiendo lo que se conoce como una “sentencia condicionada”, regulación

---

<sup>6</sup> Sentencia del 3 de noviembre de 2005. Radicación: 25000-23-24-000-2004-00796-01 (Número interno: 3792). Actor: VICTOR JESUS AREVALO MORENO. Ver también: Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta, sentencia del 22 de junio del 2006, C. P. Darío Quiñones Pinilla Rad. 08001-23-31-000-2004-01427-02(3952), Actor: Federico Rodríguez Caro y otros, Demandado: Alcalde Municipio de Santo Tomás; Sentencia del 22 de mayo del 2008, C. P. Mauricio Torres Cuervo, Rad. 11001-03-28-000-2007-00035-00, Actor: Rodrigo Velasco Lloreda, Demandado: Representante del Sector Privado ante el Consejo Directivo de la Corporación Autónoma Regional del Valle del Cauca; Sentencia del 8 de abril del 2010, M. P. Mauricio Torres Cuervo, Rad. 11001-03-28-000-2009-00003-00, Actor: Wilson Alfonso Daza Cárdenas, Demandado: Director General de la Corporación Autónoma Regional de la Guajira; Sentencia del 11 de junio del 2009, C. P. María Nohemí Hernández Pinzón, Rad. 68001-23-15-000-2007-00677-02, Actor: Joaquín Alberto Neira Rondón, Demandado: Diputado a la Asamblea Departamental de Santander.

<sup>7</sup> Sentencia de fecha 2 de abril de 2009. Radicación numero: 11001-03-28-000-2007-00036-00. Actor: JORGE ANDRES BARRERA CHAPARRO Y OTRA.

contenida tanto en la parte resolutive como en la motiva, que se transcribe enseguida. Dice así en lo pertinente:

#### **“6. Los efectos del fallo**

*“La Sala es consciente de las importantes funciones que desempeña el CNE como una de las principales autoridades de la Organización Electoral y de las repercusiones negativas que se generarían si en época electoral se desintegra dicha Corporación.”*

*“En consecuencia, si bien la Sección Quinta de esta Corporación decretará la nulidad del acto que declaró la elección de los miembros del CNE, contenida en el Acta de sesión plenaria del 30 de agosto de 2010, del Congreso de la República y se ordenará a dicha Corporación que, antes del quince (15) de diciembre de dos mil once (2011), se lleve a cabo una nueva elección, los efectos anulatorios del presente fallo se modularán de forma tal que se garantice que el CNE esté conformado para la próximas elecciones que se llevarán a cabo el 30 de octubre del año en curso, así como en la etapa postelectoral.”*

*“Huelga manifestar, como se ha expresado en otra ocasión<sup>8</sup> que si bien la práctica de modulación de los efectos de los fallos se ha dado principalmente en el ámbito del control abstracto que ejercen los tribunales constitucionales sobre las leyes, a fin de determinar si éstas se ajustan o no al ordenamiento superior, en Colombia no ha sido de empleo exclusivo de la Corte Constitucional, pues el Consejo de Estado ha procedido en múltiples ocasiones a condicionar sus fallos en desarrollo de su competencia de juez constitucional de los actos emanados del ejecutivo.<sup>9</sup> No obstante lo anterior, en su actividad reciente, esta Corporación ha empezado a hacer extensiva esta práctica, al ámbito del control de legalidad de actos administrativos de carácter general y por ende nada impide que los efectos jurídicos de la presente decisión se difieran en el tiempo.*

*Con ocasión de la nulidad diferida que habrá de decretarse, y con el fin de evitar que la Organización Electoral quede acéfala en época electoral, los actuales magistrados del CNE seguirán fungiendo como tales para todos los efectos legales, máximo hasta el quince (15) de diciembre de dos mil once (2011), momento para el cual el Congreso de la República deberá*

---

<sup>8</sup> Cfr. Aclaración de Voto Expediente número: 11001-03-28-000-2010-00041-00 Radicación interna. 2010 -00041 Actor: Pedro Felipe Gutiérrez Sierra Acción de nulidad de acto de contenido electoral. M.P. Susana Buitrago Valencia.

<sup>9</sup> Se habla de 21 sentencias proferidas entre 1945 y 2005 por el Consejo de Estado, en las que se encuentra algún tipo de modulación. Véase, Escobar Martínez, Lina Marcela, “La actividad Constitucional del Consejo de Estado Colombiano”, Revista Universitas N° 111: 65-94, Bogotá, junio de 2006.

*haber cumplido con las órdenes impartidas en la parte resolutive de esta providencia.*

*“....”*

*Con fundamento en lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,*

**FALLA:**

**Primero: DECLARAR** la nulidad del acto administrativo por el cual el Congreso de la República eligió a los magistrados del Consejo Nacional Electoral, contenido en el Acta de sesión plenaria del 30 de agosto del 2010, del Congreso de la República.

**Segundo: ORDENAR**, que como consecuencia de lo anterior y de conformidad con la parte motiva de esta providencia, el Congreso de la República proceda a la elección de los magistrados del Consejo Nacional Electoral mediante voto nominal y público a más tardar el quince (15) de diciembre de dos mil once (2011).

**Tercero:** A efectos de garantizar la conformación del Consejo Nacional Electoral, los actuales magistrados del CNE seguirán fungiendo como tales, para todos los efectos legales y mientras tenga lugar la nueva elección.

**Cuarto:** ....”

Como se observa, la propia sentencia reguló los efectos en el tiempo de la anulación de la elección de la totalidad de los miembros del Consejo Nacional Electoral, expresando en el numeral tercero de la parte resolutive que “*los actuales magistrados del CNE seguirán fungiendo como tales, para todos los efectos legales y mientras tenga lugar la nueva elección*” la cual ordenó realizar a más tardar el 15 de diciembre del presente año.

Esta decisión da lugar a dos posibles interpretaciones: la primera, que exceptúa en este caso concreto la regla general según la cual las sentencias de anulación tienen efectos *ex tunc*, de manera que la sentencia no anuló la elección de los magistrados desde su inicio sino a partir del 15 de diciembre de 2011, y la segunda, que los efectos de la sentencia se realizan el 15 de diciembre de 2011, incluyendo la anulación *ex tunc*, la cual se produce en esta fecha pero comprende desde la expedición del acto.

Las consecuencias prácticas de las dos interpretaciones son bien diversas, pues en la primera no lo podrían hacer dado que la elección no se anuló desde el principio sino desde el 15 de diciembre, y produjo “*todos los efectos legales*”, dentro de los cuales se encuentra el de la prohibición de una segunda reelección; mientras que en la segunda sí pueden presentarse a la

nueva elección como miembros del Consejo Nacional Electoral las personas que actualmente ejercen tales cargos.

La Sala analizará enseguida ambas hipótesis para proceder a concluir y responder la correspondiente pregunta presentada por el Sr. Ministro.

### **C. Los efectos sobre la posible reelección de los actuales miembros del Consejo Nacional Electoral**

De acuerdo con el texto de la segunda pregunta, algunos de los miembros del Consejo Nacional Electoral elegidos el pasado 30 de agosto de 2010 fueron elegidos durante el período constitucional anterior el mismo cargo, y por tanto fueron reelecto para el período comprendido entre los años 2010 al 2014. El asunto consiste entonces en saber si estas personas pueden postularse para la elección que dé cumplimiento a la sentencia que se analiza, o si por el contrario estarían inmersos en la prohibición del artículo 264 de la Constitución Política que antes se transcribió. Como también se expuso en el punto anterior, hay dos posiciones al respecto, aquella que no permitiría la reelección y la que la haría posible, argumentos que se analizan enseguida.

1. Argumentos jurídicos con base en los cuales no sería posible elegir a los miembros que fueron reelegidos el 30 de agosto de 2010.

La sentencia del 6 de octubre de 2011, al modular los efectos de la declaración de nulidad en el tiempo, en el numeral tercero dijo que *“los actuales magistrados del CNE seguirán fungiendo como tales, para todos los efectos legales y mientras tenga lugar la nueva elección”* de donde se destaca la expresión *“para todos los efectos legales”* la cual permitiría concluir que la decisión del Consejo de Estado exceptuó totalmente la tesis general sobre las consecuencias de las sentencias de nulidad, según la cual los efectos se producen desde la expedición del acto salvo algunas morigeraciones que ha venido construyendo la jurisprudencia. Dicho de otra forma, el fallo le daría validez al acto de elección, entre la fecha de su expedición y el 15 de diciembre de 2011, de suerte que el acto anulado produjo todos los efectos legales hasta esa fecha, incluyendo entonces la condición o calidad de miembro del Consejo Nacional Electoral debidamente elegido, posesionado y en ejercicio. Esto implica los siguientes efectos:

- a) Que los miembros del Consejo Nacional Electoral no se convierten en funcionarios de hecho de acuerdo con la actual jurisprudencia, sino en funcionarios de pleno derecho hasta el momento en que produce efectos la sentencia. Un conocido autor de derecho administrativo, en forma por demás sencilla sostiene esta tesis al decir que *“Habitualmente se denomina funcionario de hecho o de facto a la*

*persona que, sin título o con título irregular, ejerce funciones públicas como si fuere verdadero funcionario. Es la noción que, en general, dan los autores. Pero al expresar dicha noción conceptual, la generalidad de los tratadistas incluye en ella numerosos casos que no pueden ni deben considerarse como funcionarios de facto. Si bien la nota esencial que caracteriza al funcionario de hecho es la irregularidad de la investidura, ello no autoriza a que sea considerado funcionario de facto todo aquél cuya investidura tenga alguna falla por violación de la ley (formal o material), pues esto implica confundir funcionario de facto con funcionario cuyo nombramiento es nulo. Este último funcionario no es de facto sino de jure hasta que el nombramiento sea legalmente extinguido, y recién se convertirá en funcionario de facto si continúa ejerciendo las funciones después de la extinción de su nombramiento<sup>10</sup>.*

- b) Que en consecuencia la totalidad de sus actos son válidos, pues los expidió un servidor público en ejercicio de sus funciones mientras desempeñó el cargo, de manera que no adolecen del vicio de incompetencia, pues se insiste nunca fueron funcionarios de hecho.
- c) Además como fueron elegidos, aunque no terminaron el período, no pueden ser reelegidos por segunda vez, pues la elección, aunque anulada, produjo efectos en el tiempo, aunque no hubiere cobijado la totalidad del período.

Esta lectura del fallo es la más novedosa y la que mejor soluciona los problemas prácticos que se derivan de la anulación de los actos de elección o nombramiento, pues suprime los inconvenientes propios de la teoría de los funcionarios de hecho, y además hace primar la realidad misma de la elección y el ejercicio de las funciones públicas propias del cargo, sobre la ficción jurídica que predica que el acto anulado no produjo efectos y por tanto hay que retrotraer las cosas al estado inicial. Sin embargo, la Sala de Consulta y Servicio Civil observa que el fallo que se analiza no es expreso en su intención de introducir un cambio doctrinario o al menos una excepción a la jurisprudencia general de la Sección Quinta sobre este punto.

2. Argumentos jurídicos que permiten sostener que la sentencia del 6 de octubre de 2011 tiene efectos *ex tunc*.

---

<sup>10</sup> Miguel S. Marienhoff. "TRATADO DE DERECHO ADMINISTRATIVO" Tomo III – B –

La segunda interpretación que se presentó en el anterior acápite, consiste en sostener que el numeral tercero de la parte resolutive de la sentencia aplazó hasta el 15 de diciembre de 2011, o hasta que se realice la elección de los miembros del Consejo Nacional Electoral, los efectos de la misma, de manera que ellos se van a cumplir, de la misma forma como se cumplen los de las demás sentencias que anulan una elección, pero solo a partir de la fecha señalada.

Esta manera de leer el fallo se funda especialmente en la justificación que hace de dicho aplazamiento cuando expresa que *“los efectos anulatorios del presente fallo se modularán de forma tal que se garantice que el CNE esté conformado para la próximas elecciones que se llevarán a cabo el 30 de octubre del año en curso, así como en la etapa postelectoral... y con el fin de evitar que la Organización Electoral quede acéfala en época electoral, los actuales magistrados del Consejo Nacional Electoral seguirán fungiendo como tales para todos los efectos legales...”* ideas que reproducen en el numeral tercero de la parte resolutive y otros apartes de la misma sentencia.

Lo anterior implica entonces los siguientes efectos sobre los temas que interesan al concepto:

- a) Que el 15 de diciembre queda realmente anulado el acto de elección de los miembros del Consejo Nacional Electoral y no antes.
- b) Que en ese momento, la nulidad cobra efecto desde el origen de la decisión, esto es *ex tunc*, por lo cual acepta la ficción de la inexistencia del acto y la necesidad de retrotraer los efectos que la realidad permita.
- c) Que como se asume que el acto nunca existió, la elección tampoco, de manera que las personas que fueron elegidas miembros del Consejo Nacional Electoral las cobija la ficción de no haber sido electas. De esta suerte quienes fueron reelegidos pueden participar de la elección ordenada por el fallo en comento.
- d) Que de acuerdo con la jurisprudencia transcrita en el primer acápite, los actos administrativos expedidos por el Consejo Nacional Electoral en esas circunstancias se presumen válidos, pues los efectos *ex tunc* se atemperan en este punto, en aras de hacer efectivo el principio general del derecho de la seguridad jurídica.

Como se anticipó al final del anterior acápite, la Sala de Consulta y Servicio Civil acoge esta segunda interpretación de la sentencia del 6 de octubre de

2011 de la Sección Quinta del Consejo de Estado, pues es la que mejor se ajusta al estado actual de la jurisprudencia de la misma Sección y en general de la doctrina nacional.

**LA SALA RESPONDE:**

1. *¿La elección de magistrados del Consejo Nacional Electoral a realizarse antes del 15 de diciembre de 2011 como consecuencia de la Sentencia de la Sección Quinta del Consejo de Estado de fecha 6 de octubre de 2011, es una elección para nuevo período institucional o para completar el período restante que inició en el mes de septiembre de 2010?*

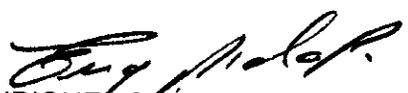
Dado que el artículo 264 de la Constitución Política define el período de los miembros del Consejo Nacional Electoral como institucional, la elección que el Congreso de la República deba hacer para dar cumplimiento a la sentencia del 6 de octubre de 2011 de la Sección Quinta del Consejo de Estado, será para completar el período institucional de cuatro años iniciado el 1 de septiembre de 2010.

2. *¿Los magistrados elegidos el 30 de agosto de 2010 y que en virtud de esa elección ejercían un segundo período, se pueden reelegir?*

Los miembros del Consejo Nacional Electoral elegidos el 30 de agosto de 2010, y que en virtud de esa elección ya ejercían un segundo período, sí se pueden reelegir hasta terminar el período, en virtud de los efectos *ex tunc*.

Transcribábase al señor Ministro del Interior. Igualmente, envíese copia a la Secretaría Jurídica de la Presidencia de la República.

  
AUGUSTO HERNÁNDEZ BECERRA  
Presidente de la Sala

  
ENRIQUE JOSÉ ARBOLEDA PERDOMO  
Consejero

  
LUIS FERNANDO ÁLVAREZ JARAMILLO  
Consejero

  
WILLIAM ZAMBRANO CETINA  
Consejero

  
JENNY GALINDO HUERTAS  
Secretaria de la Sala