

**CONSEJO DE ESTADO**  
**SALA PLENA CONTENCIOSA ADMINISTRATIVA**  
**SECCIÓN QUINTA**

Bogotá D.C., quince (15) de septiembre de dos mil catorce (2014)

**Radicado Interno N° 2014 – 0008**  
**Actor:** Néstor Iván Osuna Patiño  
**Acción de nulidad electoral**  
**Consejero Ponente:** Alberto Yepes Barreiro

**SALVAMENTO DE VOTO**

Con el consabido respeto por la posición mayoritaria de la Sala que para este caso estuvo complementada en su conformación por dos Conjueces, la cual acogió en su totalidad el proyecto de sentencia presentado por el conductor del proceso, que lo tramitó por el procedimiento especial del nulidad electoral, dejo a continuación resumidas las razones esenciales que me llevaron a discrepar totalmente del procedimiento que se le impartió a la demanda, como a continuación lo explico:

1. Lo primero que debo decir es que no presenta discusión alguna que el período de los magistrados del Consejo Superior de la Judicatura, Sala Disciplinaria está claramente fijado en los artículos 254<sup>1</sup> Superior y 76<sup>2</sup> de la Ley 270 de 1996, Ley Estatutaria de

---

<sup>1</sup> “ARTICULO 254. El Consejo Superior de la Judicatura se dividirá en dos salas:

1. La Sala Administrativa, integrada por seis magistrados elegidos para un período de ocho años, así: dos por la Corte Suprema de Justicia, uno por la Corte Constitucional y tres por el Consejo de Estado.

2. La Sala Jurisdiccional Disciplinaria, integrada por siete magistrados **ELEGIDOS PARA UN PERÍODO DE OCHO AÑOS**, por el Congreso Nacional de ternas enviadas por el Gobierno. Podrá haber Consejos Seccionales de la Judicatura integrados como lo señale la ley.”

administración de justicia. Al respecto no existen normas en conflicto de las que pueda producirse un inequívoco entendimiento sobre el punto.

Por el contrario, tales normas son unívocas con toda claridad y precisión que se trata de un período de ocho años por toda elección que de estos servidores judiciales se haga. Nunca dichas disposiciones llevan a concluir que el período sea el que le faltó al saliente y que el reemplazante se elige para completar los ocho años.

2. Lo segundo es que la Sala para dar por correctamente admitida la demanda, a fin de considerar procedente un fallo de mérito, partió de una interpretación bastante amplia al asumir que parte integrante del acto de elección lo es el orden del día señalado para la realización de la sesión plenaria del Congreso del 10 de diciembre de 2013, cuando se produjo la elección que se demandó, siendo que tal orden del día estrictamente no hace parte propiamente del contenido del acto.

Y ocurre que solamente en este orden del día de tal sesión es donde se alude a que se le elegirá para concluir el período de ocho años del

---

<sup>2</sup> **ARTÍCULO 76. DE LAS SALAS DEL CONSEJO SUPERIOR DE LA JUDICATURA.** Para el ejercicio de las funciones especializadas que le atribuyen la Constitución y la ley, el Consejo Superior de la Judicatura se divide en dos salas:

1. La Sala Administrativa, integrada por seis magistrados elegidos para un período de ocho años así: Uno por la Corte Constitucional, dos por la Corte Suprema de Justicia, y tres por el Consejo de Estado; y,

2. **LA SALA JURISDICCIONAL DISCIPLINARIA**, integrada por siete magistrados **ELEGIDOS PARA UN PERÍODO DE OCHO AÑOS**, por el Congreso Nacional de ternas enviadas por el Gobierno.

El Consejo en Pleno cumplirá las funciones que le atribuye la presente ley.

magistrado saliente, quien renunció. Incluso al dársele lectura por parte del Secretario del Senado a la apertura de dicha sesión como da cuenta la grabación de esa fecha no se menciona esa especificidad de por cuanto tiempo de ejercicio de la función se haría la elección para la que se convocó.

En efecto: ni la grabación de la sesión de ese día donde consta la declaratoria de la elección, ni el acta escrita correspondiente a esta sesión publicada en la Gaceta del Congreso N° 59 del día 25 de febrero de 2014, contienen señalamiento alguno respecto de por cual período se le eligió.

De esta manera, entonces, es bastante discutible partir como verdad plena de que la intención, la voluntad inspiradora y la decisión tomada por el órgano elector: el Congreso de la República, hubiera sido vincular al elegido la función pública en la Sala Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura solo por el tiempo que le faltó para cumplir 8 años al doctor Henry Villaraga Oliveros, quien presentó renuncia al cargo.

Porque, se reitera, esta determinación no fue expresada en la sesión de la elección ni aparece en el contenido del acta escrita y si así se hubiere determinado, habría que tenerla por no escrita, por inexistente, por carecer de competencia el Congreso para elegirlo por un período diferente al previsto constitucional y legalmente.

Más pareciere originado el aspecto inquietante sobre el período en posible lapsus o imprecisión en que pudo incurrir la Secretaría y/o la Presidencia de la Corporación electora cuando elaboró el orden del día, y que el primero de los aquí mencionados trajo a colación en la certificación que emitió, fundada en ese señalamiento de la agenda a desarrollar en tal fecha.

3. Siendo así, era lo lógico por razones de economía, celeridad y eficacia y acorde con la orientación de que se acude a la jurisdicción solo cuando se han agotado las posibilidades directas ante la autoridad pública que actuó en función administrativa, que de necesitar el elegido estar completamente seguro del período de su elección (pese a que legalmente no lo podía ser por otro diferente al establecido por el ordenamiento jurídico), debió haber pedido la rectificación vía directa ante su Corporación electora a fin que le aclarara tal aspecto.

4. Y viene aquí el aspecto más esencial, el principal de la razón de mi disentimiento con la sentencia: el proceso de nulidad electoral o contencioso electoral no fue diseñado ni está previsto **para que el propio elegido o nombrado** quien es notificado del acto, acepta la nominación y se posesiona del empleo, a continuación **impugne judicialmente su propia elección**, esto es, se auto-demanda y ello sea cual fuere la razón que tuviere para hacerlo. Admitir como procedente que el beneficiado con la elección o con el nombramiento impugne su propia elección (aunque

sea parcialmente en algún aspecto) contradice la misma lógica formal, encierra a todas luces un contrasentido.

El proceso de nulidad electoral como contencioso objetivo de legalidad que es, está consagrado con carácter de acción pública a fin que cualquier persona (diferente al propio elegido que se beneficia con la elección y que la defiende) solicite al juez el examen de constitucionalidad o de legalidad del acto administrativo por el cual se da acceso a la función pública, si considera que en el proceso o en el trámite electoral seguido para llegar al nombramiento o a la elección, se incurrió en irregularidades, o cuando el elegido o el nombrado estén incurso en circunstancias de inelegibilidad o en causales de inhabilidad.

Procede también para cuando pueda presentarse la situación excepcional de que el período del elegido no esté previsto de manera unívoca en las normas que regulan el punto y el acto de elección rece que ésta se efectúa por el que señalen esas disposiciones que son precisamente las que dan lugar a un entendimiento diverso que, por lo mismo, requieren la intervención del juez para precisar cuál es el término o duración del ejercicio público. El período en las elecciones sujetas a éste es un elemento de la esencia del acto de elección o de nombramiento. Pero no fue diseñado ni previsto el proceso de nulidad electoral para que el elegido disienta de su propia elección que acoge y que ejerce.

5. Tan cierta es esta aseveración en el sentido que no es el contencioso electoral la vía procesal adecuada para que el designado controvierta su propia elección que aceptó y que está ejerciendo, que en este proceso especial el demandado no es la autoridad que produjo el acto, sino que **el demandado es precisamente el elegido o nombrado**. Luego cuando el demandado, como ocurrió en este caso, demanda su propia elección, se produce la inaceptable confusión en un mismo sujeto procesal de ser a la vez demandante y demandado. Ello procesalmente desquicia y desnaturaliza el juicio de nulidad electoral.

6. Cuando el elegido o el nombrado tenga la necesidad de aclarar un aspecto relativo *v. gr.* a la clase, el grado, salario a devengar y/o el período por el cual desempeñará la función pública asignada, debe previamente acudir a la entidad nominadora en solicitud para que en lo posible, antes de aceptar tal designación, si dichos aspectos los detectó desde la comunicación sobre la designación, o en caso contrario una vez se entere de ello, se le aclare o se le precise el aspecto motivo de inquietud o de inconformidad, complementando, adicionando o corrigiendo el acto de elección o el nombramiento.

A partir de la respuesta que obtenga, en el evento de serle desfavorable ésta, ahí sí iniciar **la acción de nulidad y restablecimiento del derecho** con el objeto de que se anule esa determinación que se opone a la ley y que le es contraria a sus

intereses, y se le restablezca en el derecho que ha debido otorgársele desde un comienzo.

El medio de control a ejercer es éste debido a que lo que reclama, y atendiendo la teoría de los móviles y las finalidades, es un derecho subjetivo que atañe a que el nombramiento o la elección de que fue objeto atienda de manera completa y exacta a todas las características y especificidades legales inherentes del empleo correspondiente.

7. Es por lo anterior, como lo alcanzaron a esbozar los propios conjuces en la Sala de Decisión donde se discutió el proyecto de sentencia de la que discrepo, que el proceso debería reencauzarse por la vía procesalmente indicada, que no era la de nulidad electoral. En estas condiciones, lo procedente debió ser entonces declarar la nulidad de todo lo actuado para que el Consejero conductor le impartiera el trámite pertinente: como de nulidad y restablecimiento del derecho contra acto de carácter electoral.

8. Las anteriores razones me llevan a estar en discrepancia con la decisión adoptada. Mi posición no significa que considere yo que al elegido o nombrado le esté vedado acudir a la jurisdicción cuando requiera que se corrija un aspecto del acto de elección o de nombramiento, siempre que de manera previa agote la vía administrativa directa y acuda al medio de control apropiado: nulidad y restablecimiento del derecho.

Tampoco significa mi disentimiento en lo absoluto, que apoye postura diferente acerca de cuál es el período constitucional y legal de todos los magistrados de las Altas Cortes: siempre de ocho (8) años. Esto como desde el comienzo se explicó, no tiene discusión alguna.

9. En el *sub examine* se advierte que es posible que el elegido, a mi manera de ver, se haya anticipado a promover demanda de nulidad electoral contra su propia elección, y ello no a partir del contenido del acto de elección propiamente dicho, sino con fundamento en una certificación y en el señalamiento del orden del día de la sesión que se cumplió en la fecha de su elección, sin haber agotado primero solicitar aclaración o complementación del período de su elección. Se reitera que respecto al tiempo de servicio de la función, en manera alguna podía disponerse uno diferente al constitucional y legalmente por parte de la autoridad electoral.

10. Considero grave el precedente de desnaturalizar el proceso de nulidad electoral para darle cabida a que el propio elegido o nombrado por esta vía controvierta el acto que le dio acceso a la función pública siendo que lo aceptó plenamente y tomó posesión del mismo, en los términos en que fue designado.

11. La sentencia de la que discrepo alude a que esta Sala de la Sección Quinta ya cuenta con precedente sobre la materia: que la autoridad pública puede demandar sus propios actos cuando son lesivos, y que ello legitima que el propio elegido o nombrado

promueva la acción electoral cuando considere que el acto de elección no está conforme con la constitución o la ley. Pero esta conclusión no encuentra sustento en el razonamiento que informa el auto del 21 de junio de 2012<sup>3</sup>, pues precisamente allí se dijo que el medio de control efectivo para cuestionar el acto de elección cuando la administración lo estime apartado de la legalidad es la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, luego éste debió ser el entendido a otorgársele al reclamo del elegido, por las razones que ya expuse.

12. Por último, no es posible dejar de realizarse crítica también en relación con la parte resolutive de la sentencia de que disiento, que declara la nulidad parcial del acto demandado en lo que al período se refiere, siendo que,

13. insisto, el acto de elección expresado en el acta de la sesión del Congreso de fecha 10 de diciembre de 2013, no contiene disposición alguna de por cual período fue elegido, y porque ni un orden del día ni una certificación, son actos administrativos.

**Atentamente,**

**SUSANA BUITRAGO VALENCIA**  
Consejera de Estado

---

<sup>3</sup> Consejo de Estado - Sección Quinta. Auto dictado en el Expediente N° 110010328000201200017-00. Actor: Héctor Damián Mosquera Benítez - CODECHOCÓ. Consejera Ponente: Dra. Susana Buitrago Valencia.