

PERIODO INSTITUCIONAL - Lo es cuando existe un precepto que señale los plazos en que una persona debe ocupar la correspondiente función pública / CARGOS DE ELECCION - Naturaleza jurídica de los períodos de los servidores del Estado / PERIODO - Carácter individual de los períodos en cargos de dignidad en el Estado / CARGOS DE DIGNIDAD EN EL ESTADO - Los períodos de los cargos de elección distintos a la popular son subjetivos o individuales / CARGOS DE ELECCIÓN - Los períodos establecidos en la Constitución Política o en la ley para cargos de elección tienen el carácter de institucionales / CARGOS DE ELECCION - 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

Después de la expedición de la Carta de 1991 se generó una discusión sobre el carácter personal o institucional de los períodos en los cargos de elección, entendiéndose tanto los de elección popular como los que no lo eran. En ese sentido, la Corte Constitucional en sentencia C-011 de 1994, indicó que no todos los cargos de elección, fuesen de carácter popular o no, tenían períodos institucionales. Así, de una lectura atenta de esa decisión, se puede concluir que para el Tribunal Constitucional, mientras un precepto constitucional o legal no establezca una fecha oficial de iniciación de las funciones, el período debería considerarse subjetivo o personal. Es decir, el período es institucional cuando existe un precepto que señale los plazos en que una persona debe ocupar la correspondiente función pública. Esa distinción entre el período institucional y el subjetivo, también la hizo esta Corporación en decisión de la Sala Plena del año 1997. Pese al acuerdo entre las dos Corporaciones sobre la concepción de período institucional, se generó una discusión entre estas por la naturaleza del período de los alcaldes y gobernadores, pues mientras para la Corte Constitucional los cargos de alcaldes y gobernadores tenían un período subjetivo o individual, porque no existía norma que fijara una fecha de inicio de su función, para la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, por el contrario, la Constitución sí fijó términos claros para la asunción de la función ejecutiva por parte de los mandatarios locales y seccionales y, en consecuencia, el período de estos servidores era institucional. En razón de los inconvenientes institucionales por esta dualidad de interpretaciones que, por demás, generó la realización de múltiples elecciones por fuera del calendario electoral, en lo que se denominó “períodos atípicos” de alcaldes y gobernadores, el Congreso de la República, como Constituyente derivado, profirió el Acto Legislativo No. 2 de 2002 por medio del cual instituyó el período institucional para alcaldes, gobernadores, concejales, diputados y ediles. De esta manera, el mencionado acto legislativo determinó que el período de todos los alcaldes era institucional, razón por la que al primero (1) de enero de 2008 comenzarían su ejercicio, de modo que todos los electos para esa fecha, empezarían y terminarían al mismo tiempo su ejercicio. En relación con la naturaleza del período de los cargos de elección diferentes a la popular; la postura de la jurisprudencia constitucional y contenciosa fue coincidente, al señalar que eran individuales salvo que expresamente se hubiera instituido su carácter institucional. Esta línea jurisprudencial sobre el carácter individual de los períodos en cargos de dignidad en el Estado se mantuvo invariable en las dos corporaciones, al punto que, en relación con el período del Registrador del Estado Civil, la Sala Plena de la Corte Constitucional declaró la nulidad de la sentencia de tutela T-441 de 2000 por desconocer la doctrina constitucional, fallo en el que se había considerado que el período de ese funcionario era institucional. En este orden de ideas, tanto la Corte Constitucional como esta Corporación definieron que mientras la Constitución no señalara otra cosa, los períodos de los cargos de elección distintos a la popular eran subjetivos o individuales. Ahora bien, mediante el Acto Legislativo 01 de 2003 se incorporó un nuevo párrafo al artículo 125 de

la Constitución, según el cual “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.” La Sala Plena de esta Corporación en sentencia del pasado 16 de abril del año en curso, indicó que el mencionado párrafo es “...una disposición de carácter general que se dictó en el escenario de una reforma política de matiz eminentemente electoral”. Y por ende, aplicable al caso que ahora ocupa la atención de esta Sección.

FUENTE FORMAL: ACTO LEGISLATIVO NO. 2 DE 2002

CONSEJO NACIONAL ELECTORAL - Carácter institucional del período de sus miembros / PERIODO INSTITUCIONAL - Miembros del Consejo Nacional Electoral / CONSEJO NACIONAL ELECTORAL - Cualquier falta absoluta de sus titulares, implica que la elección que se efectuó para reemplazarlos debe serlo por el período restante para completar dicho periodo

Dentro de la organización del Estado Colombiano, el Constituyente de 1991, decidió elevar a rango constitucional las autoridades electorales, en específico al Consejo Nacional Electoral que, en vigencia de la Constitución de 1886 solo había tenido una regulación de carácter legal, órgano al que además dotó de autonomía e independencia frente a las demás ramas del poder. En relación con el período de este órgano. El artículo 264 Superior, no fijó la fecha de inicio ni de terminación del periodo de los miembros del organismo electoral, lo que podría generar la idea según la cual se trataría de un periodo personal o subjetivo. Sin embargo, el artículo transitorio 31 de la Constitución Política de 1991, dispuso que transcurrido un mes desde la instalación del Congreso, que en los términos del artículo transitorio 1 debía elegirse el 27 de octubre de 1991 y cuyo período se extendería hasta el 19 de julio de 1994, el Consejo de Estado haría la designación de los magistrados del CNE, cuyos miembros permanecerían en ejercicio de sus funciones hasta el 1º de septiembre de 1994. De esta forma, el artículo transitorio constitucional vino a confirmar lo que ya señalaba el Código Electoral, artículo 14 del Decreto 2241 de 1986. En consecuencia, bajo el texto original de la Constitución de 1991, los integrantes del CNE eran elegidos por el Consejo de Estado de ternas enviadas por los partidos y movimientos políticos, las cuales debían reflejar la composición política del Congreso, para un periodo de 4 años contados desde el 1 de septiembre siguiente a la iniciación del respectivo período constitucional del Congreso de la República. Período que, en virtud del artículo transitorio constitucional transcrito le imprimió el carácter institucional como lo era desde antes de la expedición de la Constitución de 1991. Al amparo de estas normas, el Consejo Nacional Electoral se conformó para los períodos 1994-1998, 1998-2002 y 2002-2006. El periodo institucional de la autoridad electoral en comento vino a ser confirmado por el artículo 14 del Acto Legislativo No. 01 de 2003 que, al reformar el artículo 264 constitucional, además de modificar su composición y forma de elección, expresamente señaló el carácter institucional del período de sus integrantes. Es importante advertir que, como la aprobación de esta reforma modificó tanto el número de miembros del CNE, que pasó de 7 a 9, como al elector, pues la competencia pasó del Consejo de Estado a la plenaria del Congreso de la República y se encontraban en ejercicio los miembros que habían sido electos para el periodo 2002-2006, el artículo 15, para evitar discusiones sobre si estos perderían competencia por razón de la reforma constitucional que entraría a tener aplicación en forma inmediata, indicó: “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.” Con todo, aunque la justificación constitucional de la norma transitoria fue debidamente identificada por la Corte Constitucional, en la práctica se suscitó otro problema, en la medida que algunos entendieron que cuando la norma transitoria prescribió que el período de los actuales integrantes del CNE y del Registrador “irá hasta el año 2006”, se entendía que sus funciones deberían ser ejercidas hasta el 31 de diciembre de 2006; para otros, por el contrario, el periodo concluía el 1º de septiembre de 2006. (...) la norma transitoria constitucional no modificó el período institucional para el que fueron electos los magistrados del CNE para el período 2002-2006 y, por el contrario, confirmó dos puntos: el primero, el carácter institucional del período de dichos magistrados y, el segundo, que este comienza el 1 de septiembre siguiente a la instalación del Congreso de la República. Por tanto, es claro que el período de los magistrados del CNE elegidos para periodo 2010-2014 debe terminar el 1º de septiembre de 2014 y, precisamente, por ese carácter institucional, cualquier falta absoluta de sus titulares, implica que la elección que se efectuó para reemplazarlos debe serlo por el período restante para completar dicho periodo.
NOTA DE RELATORIA: Concepto 11001030600020060004500(1743) de 8 de junio de 2006, Sala de Consulta y Servicio Civil.

FUENTE FORMAL: ACTO LEGISLATIVO 01 DE 2003 - ARTICULO 14 /
CONTITUCION POLITICA - ARTICULO 264

CONSEJO NACIONAL ELECTORAL - Efectos de la nulidad de la elección de sus miembros / CONSEJO NACIONAL ELECTORAL - Falta absoluta de sus miembros / PERIODO INSTITUCIONAL - Cuando hay falta absoluta la designación que se efectuó es para complementar el tiempo constitucional o legal que reste / PERIODO PERSONAL - Cuando hay falta absoluta la designación se hará para todo el tiempo señalado por la Constitución o la ley

El ciudadano Guillermo Francisco Reyes González considera que en razón de la nulidad que declaró esta Sección del acta de la Sesión Plenaria de 30 de agosto de 2010 del Congreso de la República en la que se registró la elección de los magistrados del CNE, y la consiguiente orden de que los magistrados continuarían en ejercicio de sus funciones máximo hasta el 15 de diciembre de 2011, fecha para la cual deberían estar nombrados los nuevos miembros de esa Corporación, el período de 4 años, según el actor, debía contarse desde la fecha de elección de los nuevos miembros hasta el 16 de diciembre de 2015, y no por el lapso que restaba a los que venían ejerciendo la función. El anterior planteamiento de la demanda, se sustenta en que la nulidad declarada tiene efectos ex tunc, y en que, por lo mismo, las cosas vuelven a su estado inicial, de suerte que la elección que realizó el Congreso de la República el 15 de diciembre de 2011, debió ser por 4 años y no para finalizar el período en curso, el que culmina el 1º de septiembre de 2014. Entender como lo plantea el actor, que la nulidad decretada implicaba que se retrotrajeran las cosas a su estado original como si el acto nunca hubiera existido, efectos ex tunc, significaría desconocer las disposiciones constitucionales que regulan la forma de elección, composición y período del CNE. En ese sentido, la tesis del actor no es de recibo, pues dicha posición contradice abiertamente el diseño constitucional que, en relación con el órgano electoral hizo la norma fundamental con todas sus reformas, a la que expresamente se le adscribió, entre otros, un período de carácter institucional. En otro aparte de esta decisión, se explicó que el querer del Constituyente de 1991 no fue otro que el período de los magistrados del CNE, como sucedía con anterioridad a la expedición de la Constitución, en razón a su origen político y reflejo de la composición de las fuerzas ideológicas representadas en el Congreso de la República, fuera coincidente con el periodo de este, razón por la que cuando el órgano de

representación popular se instala formalmente el 20 de julio después de su elección, proceda a la designación del CNE a más tardar el 1 de septiembre, fecha en la que vence el período de quienes estén en ejercicio de tan importante función. Lo anterior significa que cualquier vicisitud que pudiera tener la conformación del órgano electoral, como puede ser la muerte, renuncia, inhabilidad, etc., de uno o varios de sus miembros, debe ser suplida mediante una elección que permita al designado terminar el período de aquel en reemplazo de quien fue nombrado. No se puede olvidar que una de las consecuencias derivadas de la implementación del periodo institucional es que cualquier falta absoluta del titular de la función debe ser suplida con un nombramiento que permita al elegido terminar con el período que ya venía corriendo y que está determinado en la Constitución o en la ley con una fecha cierta de comienzo y terminación de la función para la cual se produjo la elección. A diferencia del personal o subjetivo, en el que la falta absoluta se suple con un nombramiento que permite al electo ejercer la función por el período completo que el cargo tenga estipulado. En ese orden, debe entenderse que la nulidad de la elección declarada judicialmente es otra de las causas que originan una falta absoluta de quien debe desempeñar una determinada función, que implica, por tanto, el nombramiento de un reemplazo. En el caso de los períodos institucionales, la designación que se efectuó es para complementar el tiempo constitucional o legal que reste de aquel, toda vez que esta clase de periodo corre independientemente de las vicisitudes que pueda sufrir el titular de la función respectiva. Por el contrario, si se tratara de un periodo subjetivo o personal, el nombramiento se hará para todo el tiempo señalado por la Constitución o la ley. De acuerdo con lo anterior, se ajusta al ordenamiento constitucional que el Congreso de la República, en la sesión plenaria de 15 de diciembre de 2011, haya aprobado que la elección de magistrados del CNE lo era “para terminar el período al 2014”, puesto que ante la falta absoluta de los miembros de dicho órgano, por la nulidad declarada por esta Corporación, dicha elección solamente podía serlo por el tiempo que restaba para terminar el período institucional que la Constitución fijó para dicho organismo.

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCION QUINTA

Consejero ponente: ALBERTO YEPES BARREIRO

Bogotá D.C., doce (12) de agosto dos mil trece (2013)

Radicación número: 11001-03-28-000-2012-00012-00

Actor: GUILLERMO FRANCISCO REYES GONZALEZ

Demandado: MIEMBROS DEL CONSEJO NACIONAL ELECTORAL

Agotado el trámite de la única instancia, la Sala procede a dictar sentencia de en el proceso electoral adelantado por el señor Guillermo Francisco Reyes González contra la elección de Magistrados del Consejo Nacional Electoral, realizada el 15 de diciembre de 2011.

I.- ANTECEDENTES

1.1. Hechos

1.1.1. El 30 de agosto de 2010 el Congreso de la República, de conformidad con el artículo 264 de la Constitución Política, eligió a los magistrados del Consejo Nacional Electoral, de ahora en adelante CNE.

1.1.2. Esa elección fue declarada nula por fallo de 6 de octubre de 2011 de esta Sección, porque la votación se realizó a través de voto secreto cuando lo ha debido ser por voto público y nominal en razón de la naturaleza política de la entidad.

1.1.3. Los efectos del fallo fueron modulados para señalar que los integrantes del CNE cuya nulidad se declaraba permanecieran en sus cargos hasta el 15 de diciembre de 2011. La razón de esa modulación: la jornada electoral que se debía cumplir el 30 de octubre de ese año, la que podría verse alterada si el órgano electoral no podía funcionar normalmente.

1.1.4. En cumplimiento de dicho fallo, los partidos y movimientos políticos fueron convocados para el 15 de diciembre de 2011 con el fin de realizar la elección de los miembros del CNE.

1.1.5. En esa fecha se eligieron los siguientes magistrados: por el Partido Conservador Colombiano: Juan Pablo Cepero y Nora Tapia; por el Partido Liberal Colombiano: José Joaquín Vives y Gilberto Rondón; por el Partido de la U: Bernardo Franco Ramírez, Oscar Giraldo Jiménez y Pablo Guillermo Gil De la Hoz; por el Partido Cambio Radical: Carlos Ardila Ballesteros; y por el Partido de Integración Nacional (PIN): José Joaquín Plata Albarracín.

1.1.6. En el acto acusado se especificó que la elección era para terminar el período al 2014 (fl. 39).

1.2. Pretensión

En la demanda se solicitó expresamente:

“Se anule parcialmente el acto administrativo de declaratoria de la elección de los Magistrados del Consejo Nacional Electoral fechado 15 de diciembre de 2011, por violación del artículo 264 de la Constitución Política y, en su lugar, se disponga que el período de los Magistrados elegidos en esa fecha será por cuatro (4) años contados a partir de la fecha de su posesión.”

1.3. Normas violadas y concepto de violación

En concepto del ciudadano **Guillermo Francisco Reyes González**, el artículo 264 Constitucional, modificado por el artículo 14 del Acto Legislativo 01 de 2003, señala que el período de los magistrados del CNE es institucional de 4 años, razón por la que la elección que se surtió el 15 de diciembre de 2011 debe finalizar el 16 de diciembre de 2015. En consecuencia, el acto de elección no podía indicar que la elección lo sería para terminar el período a 2014.

Sostiene que cuando se declara la nulidad de un acto electoral, por la razón que sea, *“... se retira de la vida jurídica el acto anulado desde el origen del mismo.”*, como así lo sostuvo, por ejemplo, la Sala de Consulta y Servicio Civil de esta corporación en el concepto de 9 de diciembre de 2011 (no cita radicación). La nulidad del acto jurídico (contrato, negocio jurídico o acto administrativo), tiene efectos retroactivos, de modo que *“...quien desempeñaba el empleo público de[a] de serlo y nunca lo fue como funcionario regular, con la salvedad de la validez de sus actos por razones de seguridad jurídica.”* Es decir, que el acto nulo no tiene *“ningún efecto jurídico”*.

En ese orden, considera que por efecto de la nulidad declarada en sentencia de 6 de octubre de 2011, la elección de los magistrados del CNE efectuada por el Congreso de la República en sesión plenaria de 30 de agosto de 2010, *“...no adquirieron conforme a derecho esa investidura...”*. Por último, sostuvo:

“En otras palabras, ante un acto administrativo declarado nulo, las situaciones de hecho y de derecho se retrotraen a la fecha de su irregular expedición, lo cual implica que la elección de los magistrados del Consejo Nacional Electoral no tuvo validez, y su situación de facto y de jure, actualmente es la misma a la inmediatamente anterior a la irregular elección, por lo que, de un lado, podían, como lo fueron, ser reelegidos quienes aspiraron a una segunda elección, y del otro, lo eran por un período completo de cuatro años, pues se entiende que la nulidad del tiempo en que ejercieron antes se retrotrajo al momento de la primera elección.”

1.4. Contestación

El Presidente del Congreso de la República, por intermedio de apoderado judicial, se opuso a lo pretendido y formuló la excepción de ausencia de inconstitucionalidad e ilegalidad del acto de elección de magistrados del CNE.

En el escrito de contestación, después de referirse al contexto fáctico de la demanda, de citar lo dispuesto en los artículos 125 y 264 de la Constitución Política, modificados por el Acto Legislativo 01 de 2009 y de copiar lo dicho por la Sala de Consulta y Servicio Civil en concepto de 12 de marzo de 2012, con ponencia del Consejero William Zambrano Cetina, en el que se hicieron algunas reflexiones sobre el carácter institucional de los períodos de los cargos de elección popular o no, señaló que:

*“El Congreso de la República en su Acta de Declaración de la elección de los Magistrados del Consejo Nacional Electoral, definió, que **el periodo de los nuevos magistrados elegidos iría desde la fecha de su elección (diciembre 15 de 2011) hasta el 1 de septiembre de 2014,...**” (Negrillas del original)*

1.5. Coadyuvancia

El señor Camilo Velásquez Reyes intervino en el proceso con el ánimo de coadyuvar las pretensiones de la demanda. En cuanto a los fundamentos fácticos señaló que los magistrados del CNE, señores José Joaquín Vives Pérez, Pablo Guillermo Gil De la Hoz, Carlos Antonio Ardila Ballesteros, Oscar Giraldo Jiménez, Juan Pablo Cepero Márquez y Joaquín José Plata Albarracín, fueron elegidos en tres oportunidades, el 30 de agosto de 2006, el 30 de agosto de 2010 y el 15 de diciembre de 2011.

Por tanto, consideró que con su elección se desconoció lo dispuesto en el artículo 264 Constitucional, que permite la reelección por una sola vez, puesto que el Congreso de la República, en la sesión de 15 de diciembre de 2011, reeligió por segunda vez a dichos magistrados.

Afirmó que cuando en la sentencia de 6 de octubre de 2011 la Sección determinó que pese a la nulidad declarada, los magistrados del CNE continuarían en sus cargos máximo hasta el 15 de diciembre de 2011, para no dejar acéfala la entidad durante la jornada electoral que se aproximaba, “...no dió (sic) efectos retroactivos

a la nulidad decretada, y por el contrario,... lo que dispone es darle validez a su elección hasta esta fecha, y más aún durante el periodo posterior a su ejecutoria, para que los referidos funcionarios públicos ejercieran sus funciones y tomaran decisiones, como realmente las tomaron.”.

De lo expuesto, infirió el coadyuvante que si los mencionados magistrados del CNE fueron elegidos el 30 de agosto de 2006 para el período 2006-2010, y luego reelegidos el 30 de agosto de 2010 hasta el 15 de diciembre de 2011, como lo dispuso el fallo citado, **no podían ser reelegidos por segunda vez** en la sesión plenaria del Congreso de la República efectuada el 15 de diciembre de 2011, porque se desconoció la prohibición constitucional contenida en el artículo 264 Superior.

1.6. Alegatos de conclusión

El apoderado del Congreso de la República reprodujo el escrito de contestación y agregó, a manera de conclusiones, que el período de los magistrados del CNE es institucional y no personal. La inestabilidad jurídica en los periodos de estos funcionarios fue erradicada por el Constituyente con la expedición del Acto Legislativo 01 de 2003 que modificó el artículo 264 Constitucional.

1.7. Concepto del Ministerio Público

El Procurador Séptimo Delegado ante el Consejo de Estado solicitó desestimar las pretensiones de la demanda.

Para el agente del Ministerio Público, a partir del texto del artículo 264 Constitucional que establece que el período de los magistrados del CNE es de 4 años e institucional, indica que ello afecta al cargo y no a quien lo ocupa.

Consideró que el demandante tomó en forma incompleta el fallo, sin advertir el carácter institucional del período y con el fin de dar efectos no atribuibles a la sentencia del 6 de octubre de 2011. La técnica de asignar períodos a los cargos del Estado no es nueva, en unos casos ha sido personal o subjetivo, referido a quien lo ocupa, y en otros se ha establecido con carácter institucional, sin relación con la persona que lo ejerce.

En relación con el período institucional de los magistrados del CNE advirtió que en razón de su carácter político por cuanto representan la conformación del Congreso de la República, es connatural al mismo.

En cuanto a los efectos *ex tunc* que para el demandante tuvo la sentencia de 6 de octubre de 2011, dijo que ello es producto de una ficción legal y agregó:

“Por ello, es que no se puede desatender a la realidad material como tampoco a los efectos que haya producido el acto, porque durante su vigencia es incuestionable que ello haya sucedido, algunos revestirán el carácter de intangibles, otros en la medida que no hayan consolidado situaciones particulares o concretas no lo serán, pero en todo caso como lo señaló el Consejo de Estado Francés en fallo de 1925 citado en la obra Curso de Derecho Administrativo de Jacques Morand - Deviller, precisamente, al señalar los efectos del fallo que se profiere en el contencioso por exceso de poder asimilable al de nulidad nuestro «Aun cuando ‘los actos anulados por exceso de poder son considerados como si nunca hubieran existido’ no corresponde a ninguna potencia humana... borrar los inevitables efectos que han producido los actos anulados durante todo el período que precede a su anulación» dentro de estos efectos y como es apenas lógico concluirlo: el relacionado con el período, el cual, se ha venido cursando y constituye una realidad que los efectos del fallo no pueden desconocer.”

Así mismo expresó que el mencionado fallo de nulidad no puede modificar la naturaleza institucional del período de los magistrados del CNE ni mucho menos el término del mismo, afirmación que respaldó con apartes del concepto 2012 de 12 de marzo de 2012, emitido por la Sala de Consulta y Servicio Civil de esta Corporación.

A modo de conclusiones señaló: i) la naturaleza personal o institucional de un período y su término de duración, lo fijan la Constitución, y su modificación solo puede provenir de una reforma constitucional y no de un fallo; ii) la tesis del actor desnaturaliza el carácter político-representativo del CNE; iii) los efectos del fallo anulatorio no pueden desconocer el efectivo desempeño de la función; y, iv) el fallo genera una falta absoluta que debe proveerse por el resto del período.

Por último, sostuvo que *“...la elección de los Magistrados efectuada por el Congreso de la República en la sesión plenaria del 15 de diciembre de 2011, se hace por el resto del período, es decir, el que se comprende desde la fecha de posesión de los Magistrados el 16 de diciembre de 2011 hasta el 1º de septiembre de 2014.”*

1.8. Tramite de instancia

Por auto de 4 de junio de 2012 se resolvió que el proceso de la referencia debía ser resultado en forma separada a otros procesos con los que se pretendía acumular¹. En consecuencia, se dictó el auto de 26 de junio del mismo año (fls. 139 y 140), que abrió el proceso a pruebas. Luego se profirió el auto de 11 de julio (fl. 153), que dio traslado para alegar y ordenó entregar el expediente al agente del Ministerio Público para que rindiera concepto de fondo.

II. CONSIDERACIONES DE LA SALA

2.1. Competencia

Esta Sala es competente para conocer del presente proceso en única instancia, conforme a lo establecido en los artículos 128, numeral 3 y 231 del Código Contencioso Administrativo.

2.2. De la prueba del acto acusado

El acto de elección de los magistrados del Consejo Nacional Electoral se probó con copia auténtica de la Gaceta del Congreso 52 de 8 de marzo de 2012², en la que se lee:

“El Secretario de la Corporación, doctor Emilio Otero Dajud, informa lo siguiente:

*Señor Presidente, honorables Senadores, honorables Representantes, de acuerdo al resultado quedarían elegidos como Magistrados del Consejo Nacional Electoral **para terminar el periodo al 2014**, los doctores:...*

Señor Presidente, someta a consideración de ambas corporaciones si acepta la elección de estos candidatos de este Consejo.

La Presidencia pregunta a los honorables Senadores presentes si declaran legalmente elegidos a los doctores... como Magistrado del Consejo Nacional Electoral y, cerrada su discusión, estos lo aceptan.

La Presidencia pregunta a los honorables Representantes presentes si declaran legalmente elegidos a los doctores... como Magistrado del Consejo Nacional Electoral y, cerrada su discusión, estos lo aceptan.”
(Pág. 98 vuelto) (Negrillas de la Sala)

2.3. Cuestión previa

¹ Procesos radicados bajo los números 110010328000201200006-00, 110010328000201200007-00, 110010328000201200008-00, 110010328000201200009-00 y 110010328000201200010-00.

² Folios 79 a 98.

El ciudadano Camilo Velásquez Reyes, intervino en el proceso para coadyuvar las pretensiones de la demanda, argumentó que con la elección de los magistrados del CNE, doctores José Joaquín Vives Pérez, Pablo Guillermo Gil De la Hoz, Carlos Antonio Ardila Ballesteros, Oscar Giraldo Jiménez, Juan Pablo Cepero Márquez y Joaquín José Plata Albarracín, se violó el artículo 264 Constitucional, modificado por el artículo 14 del Acto Legislativo 01 de 2003, porque ellos fueron elegidos en tres oportunidades, así: 30 de agosto de 2006; 30 de agosto de 2010 y 15 de diciembre de 2011. Es decir, su elección se produjo desconociendo la norma constitucional que expresamente establece que los miembros de esa Corporación solo podrán ser **reelegidos por una sola vez**.

Por su parte, en la demanda interpuesta por el doctor Guillermo Francisco Reyes González, si bien se invoca la violación del mismo precepto constitucional –artículo 264-, lo hace con el fin que se declare la nulidad del acto de elección en la parte que fijó el período en el que desempeñarían su función, esto es, hasta el 1º de septiembre de 2014. En su opinión, los magistrados electos lo eran para 4 años, los que empezaron a correr el 15 de diciembre de 2011 para finalizar el 16 de diciembre de 2015.

Como se puede apreciar, el tercero interviniente plantea un cargo diferente de ilegalidad contra la elección de algunos de los magistrados del CNE. En consecuencia, le corresponde a la Sala determinar si el coadyuvante puede adicionar cargos a la demanda que dicen coadyuvar.

La figura de la coadyuvancia está gobernada, en el proceso electoral, por lo dispuesto en el artículo 235 del C.C.A., modificado por el Decreto 2304 de 1989, artículo 59, y por la Ley 1395 de 2010, artículo 103, según el cual cualquier persona puede participar para impugnar o coadyuvar las pretensiones de la demanda antes de que finalice el término de fijación en lista.

Si se trata del coadyuvante, sus facultades encuentran como límites sustanciales los mismos parámetros que fueron fijados por el propio demandante. A partir de la definición de la expresión coadyuvar como “*Contribuir, asistir o ayudar a la consecución de algo*”³, la jurisprudencia de la Sección ha entendido que los terceros intervinientes, aunque pueden reforzar los cargos de la demanda, **no los**

³ Diccionario de la Real Academia Española.

pueden modificar, en otros términos, no pueden presentar cargos diversos a los expuestos en el escrito de demanda o su adición.

Esta limitante se explica porque de permitirse, se estaría dando paso a la violación de normas sustanciales y adjetivas, como el numeral 12 del artículo 136 del C.C.A., modificado por el Decreto 2304 de 1989, artículo 23 y por la Ley 446 de 1998, artículo 44, que fija en 20 días contados a partir del día siguiente al de la notificación del acto de elección o de nombramiento, el término para que opere la caducidad de la acción.

En ese orden, si los terceros pueden asistir al proceso hasta el último día de fijación en lista; así como el artículo 230 ibídem, modificado por el artículo 66 de la Ley 96 de 1985, que permite la corrección de la demanda hasta antes de que quede en firme el auto admisorio, ya que la formulación de nuevos cargos implica, sin duda, la modificación de la misma.

Sobre este punto, la jurisprudencia de la Sección ha establecido que:

*“El coadyuvante, por disposición legal, sólo puede a realizar actos procesales de apoyo a la parte que coadyuva y, por tanto, le está vedado efectuar actos procesales **que estén en oposición** a ella. Así el artículo 235 del C.C.A. prevé esta figura para el proceso contencioso electoral y el inciso segundo del artículo 52 del Código de Procedimiento Civil consagra que el coadyuvante puede efectuar los actos procesales que le son permitidos a la parte que ayuda pero bajo dos condiciones, que no estén en oposición con las de éste y que no conlleven disposición del derecho en litigio.*

*La razón en la limitación del actuar del tercero interviniente, como coadyuvante o como opositor, responde a que no reclama un derecho propio “actúa para sostener las razones de un derecho ajeno”, su interés radica en su conveniencia personal de que la pretensión encuentre prosperidad, si es coadyuvante, o no la encuentre, si es opositor porque de ello depende su beneficio (indirecto). Como bien lo define la doctrina “los coadyuvantes son aquellos terceros que no reclaman un derecho propio para que sobre él haya decisión en el proceso, sino un interés personal en la suerte de la pretensión de una de las partes (por ejemplo: el acreedor de una de las partes que discute sobre la propiedad de un bien, en un proceso ordinario de reivindicación, que interviene alegando que si su deudor pierde el proceso, no tendrá bienes con qué pagarle) y por ello **concorre exclusivamente para ayudarlo o coadyuvarle en la lucha procesal, razón por la cual son intervinientes secundarios o accesorios y tienen una situación procesal dependiente de la parte coadyuvada**”⁴*

⁴ DEVIS ECHANDIA. Hernando. Teoría General del Proceso. Editorial Universidad. Buenos Aires. Reimpresión 2004. Pág. 333.

Como ya se mencionó el proceso contencioso electoral tiene regulación propia para esta figura procesal, que está contenida en el artículo 235 del C.C.A., mediante el cual se permite al tercero prohiar u oponerse a las peticiones de la demanda, claro está con las limitantes propias de la coadyuvancia, en tanto no es un cotitular de la misma pretensión del coadyuvado al carecer dentro del proceso de pretensión propia; por ende, “[su] legitimación [es] menos plena, [porque] sin facultarlo para demandar la pretensión de su coadyuvado, sí lo autoriza para coadyuvarla o defenderla en el proceso iniciado por éste o contra éste”, por eso su condición es secundaria, accesoria y subordinada a quien coadyuva y dentro de sus restricciones está la imposibilidad de modificar o ampliar el objeto del litigio ó la litis contestatio, en razón a que no ingresa al proceso una pretensión o litis propia⁵.”⁶

Igualmente, porque precisamente el expediente de la referencia no fue acumulado a los otros procesos en curso⁷, en razón a que el cargo de la demanda en este difería de aquellos, esto es, periodo frente a reelección.

En este orden de ideas, la Sala no se pronunciará en este proceso sobre el cargo de planteado por el tercero coadyuvante, porque será objeto de pronunciamiento en los procesos que fueron acumulados por auto de 14 de julio de 2012.

2.4. Excepción

El Congreso de la República propuso la excepción de **ausencia de inconstitucionalidad e ilegalidad del acto de elección de magistrados del CNE**, la que se sustenta en que el mismo se expidió conforme a derecho. Pues bien, como en realidad no se trata de un medio exceptivo, como quiera que no presenta hechos nuevos dirigidos a enervar las pretensiones de la demanda, su análisis se hará al resolver el único cargo propuesto.

2.5. Problema jurídico

⁵ Sobre el tema, la Sección Quinta del Consejo de Estado en sentencia de 5 de octubre de 2006 consideró: “Si el propósito del tercero interviniente va más allá de la mera coadyuvancia, porque busca la nulidad del acto acusado con base en cargos no presentados en la demanda a la que adhiere, no puede hacerlo a través de su intervención adhesiva porque no puede modificar la causa de dicha demanda [...]”. Exp. 3557. Actor: Unaldo José Rocha Ojeda y otros. En sentencia de 11 de abril de 1996 “[...] como resulta del artículo 137 numerales 3 y 4, del Código quienes en calidad de coadyuvantes comparecen a los procesos electorales encuentran delimitada su intervención por los términos de la demanda, pues, se repite, los hechos y las omisiones de la demanda, el señalamiento de las normas violadas y el concepto de la violación constituyen la materia del proceso, de manera que quien acude al proceso para coadyuvar la demanda sólo puede apoyar la causa del demandante, delimitada a la demanda [...]”. Exp. 1522. Actor: Jaime Rafael Arango Viana.

⁶ Consejo de Estado – Sala de lo Contencioso Administrativo – Sección Quinta. Sentencia de 20 de enero de 2011. Expediente: 110010328000200900017-00. Actor: Gerardo Nossa Montoya. Demandado: Delegado Departamental de la Registraduría Nacional del Estado Civil. C.P. Mauricio Torres Cuervo.

⁷ Procesos radicados bajo los números 110010328000201200006-00, 110010328000201200007-00, 110010328000201200008-00, 110010328000201200009-00 y 110010328000201200010-00.

Corresponde a la Sala establecer si, como consecuencia de la nulidad de la elección de los magistrados del CNE que decretó esta Sección en sentencia de 6 octubre de 2011, el período de los magistrados que fueron electos lo han debido ser para terminar el periodo que aquellos habían comenzado o para uno nuevo de cuatro años como lo plantea el demandante.

En efecto, el ciudadano Guillermo Francisco Reyes González señala que el acto de elección que se acusa en forma parcial desconoce el artículo 264 de la Constitución Política que señala expresamente que el período de los magistrados del CNE es de cuatro años, razón por la que el Congreso de la República no podía indicar que la elección lo era “...*para terminar el periodo al 2014...*”, pues con esa decisión no solo se vulnera el precepto constitucional sino los efectos *ex tunc* de la decisión que dio origen a la nueva elección.

Para resolver el interrogante que plantea la demanda, la Sección debe precisar: i) la naturaleza jurídica del período de los magistrados del Consejo Nacional Electoral, ii) los efectos de las sentencias de nulidad en materia electoral, para finalmente, iii) decidir si el cargo de la demanda debe prosperar o no.

2.6. Naturaleza jurídica de los períodos de los servidores del Estado

Después de la expedición de la Carta de 1991 se generó una discusión sobre el **carácter personal o institucional** de los períodos en los cargos de elección, entendiéndose tanto los de elección popular como los que no lo eran.

En ese sentido, la Corte Constitucional en sentencia **C-011 de 1994**⁸, indicó que **no** todos los cargos de elección, fuesen de carácter popular o no, tenían períodos institucionales. Así, de una lectura atenta de esa decisión, se puede concluir que para el Tribunal Constitucional, mientras un precepto constitucional o legal no establezca una fecha oficial de iniciación de las funciones, el período debería **considerarse subjetivo o personal**. Es decir, el período es institucional cuando existe un precepto que señale los plazos en que una persona debe ocupar la correspondiente función pública.

Esa distinción entre el período institucional y el subjetivo, también la hizo esta Corporación. En decisión de la Sala Plena del año 1997 se indicó que:

⁸ M.P. Alejandro Martínez Caballero.

“Son períodos institucionales aquellos objetivamente establecidos entre fechas determinadas, e individuales los que se inician con la posesión del elegido o nombrado”⁹

En el mismo sentido, la Sala de Consulta y Servicio Civil en concepto del 18 de febrero de 1999, afirmó que:

*'El período institucional requiere dos supuestos básicos que permiten identificarlo como tal; ellos son: **el término de duración y la fecha de iniciación**; en el período individual se señala su duración, no tiene fecha de iniciación y comienza siempre al tomar posesión la persona que entra a ejercer el cargo'. (negrillas fuera de texto).*

Igualmente, se había pronunciado esta Sección en providencia de 2000, así:

“Es período personal o subjetivo el que se cuenta a partir de la posesión del elegido, se ejerce el cargo durante el tiempo que señala la norma correspondiente y la falta absoluta del funcionario da lugar a una nueva elección para un nuevo período. Es objetivo o institucional el período señalado por la correspondiente norma, cuando parte de una fecha determinada y por consiguiente debe finalizar en una fecha determinable. En este caso la falta absoluta del principal se llena automáticamente con el suplente, o en ocasiones por medio de nueva elección, pero siempre por el tiempo que resta para completar el período.”¹⁰

Pese al acuerdo entre las dos Corporaciones sobre la concepción de período institucional, se generó una discusión entre estas por la naturaleza del período de los alcaldes y gobernadores, pues mientras para la Corte Constitucional los cargos de alcaldes y gobernadores tenían un período subjetivo o individual, porque no existía norma que fijara una fecha de inicio de su función, para la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, por el contrario, la Constitución **sí** fijó términos claros para la asunción de la función ejecutiva por parte de los mandatarios locales y seccionales y, en consecuencia, el período de estos servidores era **institucional**.

11

Esta diversidad de criterios entre un tribunal y otro, tuvo como fundamento la interpretación de dos artículos transitorios de la Constitución, 16 y 19, que fijaron la fecha en que los gobernadores debían asumir sus cargos después de la expedición de la Constitución –el primero- y la fecha en que terminaría el período de los alcaldes electos antes de la promulgación del nuevo ordenamiento constitucional –el segundo-. Para el Tribunal constitucional esos artículos habían perdido vigencia y no podían seguir produciendo efectos, razón por la que no se

⁹ CONSEJO DE ESTADO. SALA PLENA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. Consejero ponente: MARIO ALARIO MÉNDEZ. Veinticinco (25) de noviembre de mil novecientos noventa y siete (1997). Radicación número: IJ-746-S. Actor: LUIS EDUARDO GUTIÉRREZ ANGARITA Y OTROS. demandado: ALCALDE MAYOR DE SANTA FE DE BOGOTÁ.

¹⁰ Consejo de Estado – Sala de lo Contencioso Administrativo – Sección Quinta. Sentencia de 29 de septiembre de 2000. Expediente: 2416. Actor: Arnulfo Gómez Parada. Demandado: Alcalde del Municipio de Sesquilé. C.P. Roberto Medina López.

¹¹ CONSEJO DE ESTADO. SALA PLENA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. Radicación número: IJ-746-S.

podía hablar de la existencia de un período institucional. Para el Consejo de Estado, por el contrario, pese a la transitoriedad de esos dos preceptos, cumplieron la función de fijar hacia el futuro las fechas de iniciación de los períodos de alcaldes y gobernadores.

En razón de los inconvenientes institucionales por esta dualidad de interpretaciones que, por demás, generó la realización de múltiples elecciones por fuera del calendario electoral, en lo que se denominó “períodos atípicos” de alcaldes y gobernadores, el Congreso de la República, como Constituyente derivado, profirió el Acto Legislativo No. 2 de 2002 por medio del cual instituyó el *período institucional* para alcaldes, gobernadores, concejales, diputados y ediles.

De esta manera, el mencionado acto legislativo determinó que el período de todos los alcaldes era institucional, razón por la que al primero (1º) de enero de 2008 comenzarían su ejercicio, de modo que todos los electos para esa fecha, empezarán y terminarían al mismo tiempo su ejercicio¹².

Con esta reforma, **todos los cargos de elección popular** quedaron sujetos a **período institucional**, pues estos se vinieron a sumar a los del Presidente y el Vicepresidente la República, para los cuales el artículo 132 constitucional señala que el período inicia el 20 de julio siguiente a la elección.

En relación con la naturaleza del período de los cargos de elección diferentes a la popular; la postura de la jurisprudencia constitucional y contenciosa fue coincidente, al señalar que eran **individuales** salvo que expresamente se hubiera instituido su carácter institucional¹³.

Esta línea jurisprudencial sobre el carácter individual de los períodos en cargos de dignidad en el Estado se mantuvo invariable en las dos corporaciones, al punto que, en relación con el período del Registrador del Estado Civil, la Sala Plena de la

¹² El artículo 7º del Acto Legislativo 02 de 6 de agosto de 2002 prescribió: “Artículo transitorio. Todos los Alcaldes y Gobernadores que inicien sus períodos entre la vigencia del presente Acto Legislativo y el 31 de diciembre del año 2003, ejercerán sus funciones por un período equivalente a la mitad del tiempo que haga falta para llegar al 31 de diciembre del año 2007. Sus sucesores se elegirán para un período que terminará el mismo 31 de diciembre del año 2007. Todos los Gobernadores y Alcaldes elegidos con posterioridad al 29 de octubre del año 2000 y antes de la vigencia del presente acto legislativo, ejercerán sus funciones por un período de tres años. Sus sucesores se elegirán para un período que termina el 31 de diciembre de año 2007. En todo caso, el último domingo del mes de octubre del año 2007, se elegirán alcaldes y Gobernadores para todos los Municipios, Distritos y Departamentos del país, para períodos institucionales de cuatro años, que se iniciarán el 1o. de enero del año 2008. El período de cuatro años de los miembros de las Asambleas Departamentales, Concejos Distritales y Municipales y Ediles se iniciará el 1o. de enero del año 2004.”.

¹³ Cfr. Corte Constitucional sentencias C-037 de 1996 y C-178 de 1997. M.P. Vladimiro Naranjo Mesa

Corte Constitucional declaró la nulidad de la sentencia de tutela **T-441 de 2000** por desconocer la doctrina constitucional, fallo en el que se había considerado que el período de ese funcionario era institucional.¹⁴

En este orden de ideas, tanto la Corte Constitucional como esta Corporación definieron que mientras la Constitución no señalara otra cosa, los períodos de los cargos de elección distintos a la popular *eran subjetivos o individuales*.

Ahora bien, mediante el Acto Legislativo 01 de 2003 se incorporó un nuevo párrafo al artículo 125 de la Constitución, según el cual *“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.”*

La Sala Plena de esta Corporación en sentencia del pasado 16 de abril del año en curso¹⁵, indicó que el mencionado párrafo es *“...una disposición de carácter general que se dictó en el escenario de una reforma política de matiz eminentemente electoral”*. Y por ende, aplicable al caso que ahora ocupa la atención de esta Sección.

2.7. El carácter institucional del período de los miembros del Consejo Nacional Electoral

Dentro de la organización del Estado Colombiano, el Constituyente de 1991, decidió elevar a rango constitucional las autoridades electorales, en específico al Consejo Nacional Electoral que, en vigencia de la Constitución de 1886 solo había tenido una regulación de carácter legal, órgano al que además dotó de autonomía e independencia frente a las demás ramas del poder. En relación con el período de este órgano, el texto original del artículo 264 Superior establecía:

*“El Consejo Nacional Electoral se compondrá del número de miembros que determine la ley, que no debe ser menor de siete, elegidos por el Consejo de Estado, **para un período de cuatro años** de ternas elaboradas por los partidos y movimientos políticos con personería jurídica y deberá reflejar la composición política del Congreso. Sus*

¹⁴ Cfr. Auto 080 de 2000. M.P. José Gregoria Hernández Galindo.

¹⁵ CONSEJO DE ESTADO. Sala Plena de lo Contencioso. Exp**11001-03-28-000-2012-00027-00** acumulado. Consejera Ponente, doctora Susana Buitrago Valencia. Con salvamento de voto, entre otros, del ponente de la providencia de la referencia.

*miembros deberán reunir las calidades que exige la Constitución para ser Magistrado de la Corte Suprema de Justicia y no serán reelegibles.”
(Resalta la Sala)*

La norma anterior, como se deduce de su redacción, **no fijó** la fecha de inicio ni de terminación del periodo de los miembros del organismo electoral, lo que podría generar la idea según la cual se trataría de un **periodo personal o subjetivo**.

Sin embargo, el artículo transitorio 31 de la Constitución Política de 1991, dispuso que transcurrido un mes desde la instalación del Congreso, que en los términos del artículo transitorio 1 debía elegirse el 27 de octubre de 1991 y cuyo período se extendería hasta el 19 de julio de 1994, el Consejo de Estado haría la designación de los magistrados del CNE, cuyos miembros permanecerían en ejercicio de sus funciones **hasta el 1º de septiembre de 1994**.

De esta forma, el artículo transitorio constitucional vino a confirmar lo que ya señalaba el Código Electoral, artículo 14 del Decreto 2241 de 1986 según el cual:

*“Los miembros del Consejo Nacional Electoral serán elegidos por el Consejo de Estado en pleno **para un período de cuatro años que comenzará al primero de septiembre inmediatamente siguiente a la iniciación de cada uno de los respectivos períodos constitucionales del Congreso** y no podrán ser reelegidos para el período inmediatamente siguiente.” (negrilla fuera de texto)*

En consecuencia, bajo el texto original de la Constitución de 1991, los integrantes del CNE eran elegidos por el Consejo de Estado de ternas enviadas por los partidos y movimientos políticos, las cuales debían reflejar la composición política del Congreso, para un periodo de 4 años contados desde el 1 de septiembre siguiente a la iniciación del respectivo período constitucional del Congreso de la República. Período que, en virtud del artículo transitorio constitucional transcrito le imprimió **el carácter institucional** como lo era desde antes de la expedición de la Constitución de 1991. Al amparo de estas normas, el Consejo Nacional Electoral se conformó para los periodos 1994-1998, 1998-2002 y 2002-2006.

El periodo institucional de la autoridad electoral en comento vino a ser confirmado por el artículo 14 del Acto Legislativo No. 01 de 2003 que, al reformar el artículo 264 constitucional, además de modificar su composición y forma de elección, expresamente señaló el **carácter institucional** del período de sus integrantes.

En ese sentido, la redacción del primer inciso del artículo 264 constitucional quedó así:

“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” (negrilla fuera de texto).

Es importante advertir que, como la aprobación de esta reforma modificó tanto el número de miembros del CNE, que pasó de 7 a 9, como al elector, pues la competencia pasó del Consejo de Estado a la plenaria del Congreso de la República y se encontraban en ejercicio los miembros que habían sido electos para **el periodo 2002-2006**, el artículo 15, para evitar discusiones sobre si estos perderían competencia por razón de la reforma constitucional que entraría a tener aplicación en forma inmediata, indicó:

*“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 otros se hará de conformidad con lo dispuesto en el presente Acto Legislativo.” (Negrillas de la Sala)*

El objetivo de este precepto lo señaló la Corte Constitucional en la sentencia que examinó su exequibilidad, al afirmar que:

“...es claro para la Corte que dada la vigencia inmediata del Acto Legislativo N° 1 de 2003, como norma general, la decisión contenida en el párrafo transitorio del artículo 266 de la Constitución con el nuevo texto del mismo conforme al artículo 15 de esa reforma a la Constitución, fue una decisión del Constituyente Derivado, adoptada por él como una norma de carácter instrumental necesaria, aunque tenga efecto jurídico propio guarda conexidad inmediata con el resto del artículo 266 a que ella se refiere. De no ser así, se habría desintegrado de manera inmediata el Consejo Nacional Electoral y se habría producido la vacancia del cargo de Registrador Nacional del Estado Civil, de tal suerte que para integrar aquel y para proveer el reemplazo de este, habría que proceder a darle aplicación inmediata a lo dispuesto en el nuevo texto normativo del citado artículo del 266 de la Carta Política reformado por el artículo 15 del Acto Legislativo aludido.

Precisamente para evitar el vacío jurídico y garantizar la continuidad en el desempeño en la función electoral que les compete, se decidió entonces la inclusión del párrafo que establece una norma de transición entre la norma constitucional precedente y la nueva, lo que señala claramente que aun cuando tal párrafo tiene efecto jurídico propio, es un instrumento necesario y con una relación de conexidad evidente con el nuevo texto normativo, expedido por el Constituyente

*Derivado con una finalidad específica, para clarificar una situación jurídica concreta y de enorme trascendencia en el tránsito legislativo entre la norma constitucional anterior y la nueva...*¹⁶

Con todo, aunque la justificación constitucional de la norma transitoria fue debidamente identificada por la Corte Constitucional, en la práctica se suscitó otro problema, en la medida que algunos entendieron que cuando la norma transitoria prescribió que el período de los actuales integrantes del CNE y del Registrador “*irá hasta el año 2006*”, se entendía que sus funciones deberían ser ejercidas hasta el 31 de diciembre de 2006; para otros, por el contrario, el periodo concluía el 1º de septiembre de 2006.

Ante esa diversidad de criterios, la Sala de Consulta de esta Corporación señaló que:

“... la expresión “irá hasta el 2006”, en cuanto se refiere a los actuales Magistrados del CNE, significa que éstos desempeñarán sus funciones hasta el vencimiento del período institucional que se ha de producir en el año 2006, es decir, el 1 de septiembre de este año.

Esta interpretación guarda la coherencia que debe existir entre las disposiciones constitucionales estudiadas: respeta el período institucional de los Magistrados y atiende el nuevo esquema de reordenamiento de los poderes electorales, previsto por el Constituyente primario.

*En realidad, respecto de los Magistrados del CNE, el aludido Parágrafo Transitorio, además de evitar la cesación de funciones el día de promulgación del Acto Legislativo No. 1 de 2003, vino a ratificar su período de cuatro años, no a extenderlo ni a prorrogarlo*¹⁷.¹⁸

La tesis que acoge el concepto en mención y que comparte plenamente la Sección, implica que la norma transitoria constitucional **no modificó el período institucional** para el que fueron electos los magistrados del CNE para el período 2002-2006 y, por el contrario, confirmó dos puntos: el primero, el **carácter**

¹⁶ Corte Constitucional. Sentencia C-753 de 10 de agosto de 2004. M.P. Alfredo Beltrán Sierra.

¹⁷ Esta misma tesis aparece en la sentencia de la Sección Quinta del Consejo de Estado de febrero 25 del 2005, en la cual se decidió una demanda de acción de cumplimiento que pedía posesionar nuevamente en el cargo de Magistrados del Consejo Nacional Electoral, elegidos y posesionados en el 2002, después de promulgado el acto legislativo 1 de 2003. Dijo así el fallo: “Por tanto, si los miembros del Consejo Nacional Electoral actualmente en ejercicio están debidamente posesionados, no resulta posible ordenarles que vuelvan a tomar posesión de sus cargos. Y es que si bien es cierto que ningún empleado puede desempeñar las funciones que se derivan de un cargo público sin tomar posesión del mismo, también lo es que la variación en la dedicación exclusiva del servidor público que ahora se exige a los miembros del Consejo Nacional Electoral, no significa que dichos empleos de Magistrados de esa corporación sean unos nuevos y distintos como para exigir a los funcionarios que los venían desempeñando una nueva posesión, a fin de que se pueda considerar que continúan en el ejercicio de las funciones propias de esos cargos.

La conclusión en el sentido de que los demandados no requieren una nueva posesión en razón a que el cargo que desempeñan es el mismo para el cual fueron elegidos, surge, además, del contenido mismo del parágrafo transitorio del artículo 266 de la Constitución Política, reformado por el artículo 15 del mencionado Acto Legislativo, **en cuanto señala que el período de los actuales miembros del Consejo Nacional Electoral irá hasta el 2006 y que la siguiente elección se hará con sujeción a lo dispuesto en ese Acto. Es decir que hasta ese año aquellos continuarán en ejercicio de sus cargos conforme a la elección que hizo el Consejo de Estado, sin necesidad de una nueva elección y de la consiguiente posesión**” (Resalta la Sala).

institucional del período de dichos magistrados y, el segundo, que este comienza el **1 de septiembre** siguiente a la instalación del Congreso de la República.

Por tanto, es claro que el período de los magistrados del CNE **elegidos para periodo 2010-2014 debe terminar el 1º de septiembre de 2014** y, precisamente, por ese carácter institucional, cualquier falta absoluta de sus titulares, implica que la elección que se efectuó para reemplazarlos debe serlo por el período restante para completar dicho periodo.

Hecha la anterior aclaración sobre el carácter institucional del período de los magistrados del CNE, pasa la Sala a examinar qué efecto puede tener la nulidad de la elección de los magistrados del CNE que hizo esta Sección, en el período institucional de la corporación electoral.

2.8. Efectos de la nulidad en el período de los magistrados del CNE

2.8.1. El ciudadano Guillermo Francisco Reyes González considera que en razón de la nulidad que declaró esta Sección del acta de la Sesión Plenaria de 30 de agosto de 2010 del Congreso de la República en la que se registró la elección de los magistrados del CNE, y la consiguiente orden de que los magistrados continuarían en ejercicio de sus funciones máximo hasta el 15 de diciembre de 2011¹⁹, fecha para la cual deberían estar nombrados los nuevos miembros de esa Corporación, el período de 4 años, según el actor, debía contarse desde la fecha de elección de los nuevos miembros hasta el 16 de diciembre de 2015, y no por el lapso que restaba a los que venían ejerciendo la función.

El anterior planteamiento de la demanda, se sustenta en que la nulidad declarada tiene efectos *ex tunc*, y en que, por lo mismo, las cosas vuelven a su estado inicial, de suerte que la elección que realizó el Congreso de la República el 15 de diciembre de 2011, debió ser por 4 años y no para finalizar el período en curso, el que culmina el 1º de septiembre de 2014.

2.8.2. Lo primero que advierte la Sala, es que en el fallo mediante el cual se declaró la nulidad de la elección de los magistrados del CNE, se modularon los efectos de aquel para entender que, **para todos los efectos legales**, los

¹⁸ Consejo de Estado – Sala de Consulta y Servicio Civil. Sentencia de 8 de junio de 2006. Concepto: 110010306000200600045-00 (1743). Actor: Ministro del Interior y de Justicia. C.P. Gustavo Aponte Santos.

magistrados que venían ocupando el cargo y que por efectos de la nulidad de la elección tendrían que hacer dejación inmediatamente de él, continuarían en sus funciones hasta el 15 de diciembre de 2011, fecha para la cual debería darse una nueva elección. Modulación que tenía por finalidad no afectar la jornada electoral programada para el 30 de octubre siguiente a la declaratoria de nulidad como la postelectoral.

Los efectos modulados de dicho fallo, hicieron que la nulidad declarada surtiera sus efectos a partir del 15 de diciembre de 2011.

En ese orden, la nulidad decretada surtió efectos a partir de ese momento y en razón del diseño del período institucional del mencionado órgano, la decisión que fue adoptada en nada podía afectar una disposición constitucional como el artículo 264 que establece el **carácter institucional del mismo**, contado en la forma en que fue explicado en el acápite anterior.

Es decir, con una fecha cierta de comienzo y terminación que no podía ser alterado por los alcances que se le pretendan atribuir a una decisión judicial anulatoria, como parece entenderlo el demandante.

Por tanto, entender como lo plantea el actor, que la nulidad decretada implicaba que se retrotrajeran las cosas a su estado original como si el acto nunca hubiera existido, efectos *ex tunc*, significaría desconocer las disposiciones constitucionales que regulan la forma de elección, composición y período del CNE.

En ese sentido, la tesis del actor no es de recibo, pues dicha posición contradice abiertamente el diseño constitucional que, en relación con el órgano electoral hizo la norma fundamental con todas sus reformas, a la que expresamente se le adscribió, entre otros, **un período de carácter institucional**.

2.8.3. En otro aparte de esta decisión, se explicó que el querer del Constituyente de 1991 no fue otro que el período de los magistrados del CNE, como sucedía con anterioridad a la expedición de la Constitución, en razón a su origen político y reflejo de la composición de las fuerzas ideológicas representadas en el Congreso de la República, **fuera coincidente con el periodo de este**, razón por la que

¹⁹CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo – Sección Quinta. Sentencia de 6 de octubre de 2011. Expediente 110010328000201000120-00. Actor: Rodrigo Umprinmy y otros. C.P. Alberto Yepes Barreiro.

cuando el órgano de representación popular se instala formalmente el 20 de julio después de su elección, proceda a la designación del CNE a más tardar el 1 de septiembre, fecha en la que vence el período de quienes estén en ejercicio de tan importante función.

Lo anterior significa que cualquier vicisitud que pudiera tener la conformación del órgano electoral, como puede ser la muerte, renuncia, inhabilidad, etc., de uno o varios de sus miembros, debe ser suplida mediante una elección que permita al designado terminar el período de aquel en reemplazo de quien fue nombrado.

No se puede olvidar que una de las consecuencias derivadas de la implementación del periodo institucional es que cualquier falta absoluta del titular de la función debe ser suplida con un nombramiento que permita al elegido terminar con el período que ya venía corriendo y que está determinado en la Constitución o en la ley con una fecha cierta de comienzo y terminación de la función para la cual se produjo la elección²⁰. A diferencia del personal o subjetivo, en el que la falta absoluta se suple con un nombramiento que permite al electo ejercer la función por el período completo que el cargo tenga estipulado.

En ese orden, debe entenderse que la nulidad de la elección declarada judicialmente es otra de las causas que originan una falta absoluta de quien debe desempeñar una determinada función, que implica, por tanto, el nombramiento de un reemplazo. En el caso de los períodos institucionales, la designación que se efectuó es para complementar el tiempo constitucional o legal que reste de aquel, toda vez que esta clase de periodo corre independientemente de las vicisitudes que pueda sufrir el titular de la función respectiva. Por el contrario, si se tratara de un periodo subjetivo o personal, el nombramiento se hará para todo el tiempo señalado por la Constitución o la ley.

²⁰ El párrafo del artículo 125, adicionado por el Acto Legislativo 01 de 2003 señala: "Quienes sean designados o elegidos para ocupar tales cargos, **en reemplazo por falta absoluta** de su titular, lo hará por el resto del período para el cual este fue elegido." El artículo 202 de la Constitución dispone: "**En caso de falta absoluta del Presidente de la República, el Vicepresidente asumirá el cargo hasta el final del período.** El artículo 205 establece "**En caso de falta absoluta del Vicepresidente, el Congreso se reunirá por derecho propio, o por convocatoria del Presidente de la República, a fin de elegir a quien haya de reemplazarlo para el resto del período...**" El artículo 303, modificado por el artículo 1º del Acto Legislativo 02 de 2002 "**Siempre que se presente falta absoluta a más de dieciocho (18) meses de la terminación del período, se elegirá gobernador para el tiempo que reste. En caso de que faltare menos de dieciocho (18) meses, el Presidente de la República designará un Gobernador para lo que reste del período...**". Los artículos 314 y 323 modificados por el Acto Legislativo 02 de 2002, consagran igual consecuencia para los alcaldes municipales y el Alcalde Mayor de Bogotá. (Negritas no son del original).

Lo expuesto, lleva a la Sección a no aceptar la tesis del demandante, quien si bien acepta que la nulidad de la elección de los magistrados del CNE produjo una falta absoluta, considera que la nueva elección lo debió ser por un período de 4 años y no para terminar el período que comenzaron aquellos a los que se les declaró nula la designación.

El hecho que el artículo 264 constitucional, modificado por el artículo 14 del Acto Legislativo 01 de 2003, no haya previsto expresamente para los magistrados del CNE que ante falta absoluta de alguno o algunos de sus integrantes, la elección deba surtir por lo que reste del período, no le quita fuerza a la conclusión que expone la Sala, pues, se repite, una de las consecuencias jurídicas de la implementación de los periodos institucionales es que la ausencia definitiva del titular, cualquiera sea la razón por la que ella se produzca, debe ser suplida por otra persona que se nombrará para terminar el periodo que aquel comenzó.

3. Conclusión

De acuerdo con lo anterior, se ajusta al ordenamiento constitucional que el Congreso de la República, en la sesión plenaria de 15 de diciembre de 2011, haya aprobado que la elección de magistrados del CNE lo era *“para terminar el período al 2014”*, puesto que ante la falta absoluta de los miembros de dicho órgano, por la nulidad declarada por esta Corporación, dicha elección solamente podía serlo por el tiempo que restaba para terminar el período institucional que la Constitución fijó para dicho organismo.

En consecuencia, no hay lugar a acoger las pretensiones de la demanda instaurada por el ciudadano Guillermo Francisco Reyes González.

En mérito de 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,

RESUELVE:

PRIMERO: DENEGAR la excepción de ausencia de inconstitucionalidad e ilegalidad del acto de elección de magistrados del CNE, que propuso el apoderado del Congreso de la República.

SEGUNDO: DENEGAR las pretensiones de la demanda. En firme esta providencia archívese el expediente.

Este proyecto fue discutido y aprobado en sesión de la fecha.

NOTIFIQUESE Y CUMPLASE.

SUSANA BUITRAGO VALENCIA
Presidenta

L. JEANNETE BERMUDEZ B.

ALBERTO YEPES BARREIRO