



CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCIÓN TERCERA
SUBSECCIÓN A

Consejera ponente: MARÍA ADRIANA MARÍN

Bogotá, D.C., veinte (20) de junio de dos mil veintitrés (2023)

Radicación número: 25000-23-36-000-2015-01917-02 (59531)

Actor: ASTRID SÁNCHEZ MONTES DE OCA

Demandado: NACIÓN – CONSEJO NACIONAL ELECTORAL Y OTRO

Referencia: MEDIO DE CONTROL DE REPARACIÓN DIRECTA

Tema: PROCEDENCIA DEL MEDIO DE CONTROL DE REPARACIÓN DIRECTA POR LOS PERJUICIOS DERIVADOS DEL ACTO ELECTORAL DECLARADO NULO – Responsabilidad del Estado por los actos electorales declarados nulos, que dieron lugar a nuevos escrutinios y a la elección de la actora como Senadora de la República / DAÑO ANTIJURÍDICO – para que sea indemnizable debe ser, entre otros, cierto y personal – No se configuró.

La Sala resuelve el recurso de apelación interpuesto por el Consejo Nacional Electoral contra la sentencia de 8 de marzo de 2017, proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Tercera, Subsección B, que accedió parcialmente a las pretensiones de la demanda.

I. SÍNTESIS DEL CASO

La parte actora estima que la Organización Electoral, conformada por el Consejo Nacional Electoral y la Registraduría Nacional del Estado Civil, incurrieron en una falla en el servicio en el proceso de revisión de los escrutinios de Senado de la República para el período constitucional 2010-2014, por cuanto, excluyeron irregularmente los votos obtenidos por la candidata Astrid Sánchez Montes De Oca, en el departamento del Chocó, impidiendo que accediera inicialmente a la curul. Posteriormente, la Sección Quinta del Consejo de Estado anuló el acto que declaró la composición del Senado de la República, así como, los actos de contenido electoral que implicaron la modificación del orden de la votación y ordenó un nuevo escrutinio, que concluyó con la declaración de su elección.



II. ANTECEDENTES

1. Demanda

El 11 de agosto de 2015 (fls. 3 – 45 c. 1), la señora Astrid Sánchez Montes De Oca presentó demanda de reparación directa contra la Nación - Consejo Nacional Electoral (CNE) y la Registraduría Nacional del Estado Civil (RNEC), con el fin de que se les declare *“como responsables solidarios, porque con sus actuaciones y decisiones administrativas durante la revisión de escrutinios y la declaración de elección del Senado de la República período 2010 – 2014, [la] privaron (...) de haber sido elegida y ejercer como Senadora de la República, desde el 20 de julio de 2010, dejando de percibir las prerrogativas propias de ese cargo”*.

Por lo anterior, solicitó como indemnización de perjuicios materiales, en la modalidad de lucro cesante, la suma de \$722'344.665, correspondientes a los salarios dejados de percibir desde el 20 de julio de 2010, cuando debió tomar posesión del cargo, hasta el 23 de octubre de 2012, fecha en que ocupó la curul dejada por el señor Eduardo Carlos Merlano, más el valor que resulte probado por concepto de cesantías y demás emolumentos. Asimismo, pidió la suma de \$50'000.000, por concepto del daño emergente derivado del pago de honorarios de abogado en el trámite de revisión de escrutinios y en la acción electoral surtida en contra de la Resolución No. 1787 de julio de 2010 que declaró la elección del Senado 2010-2014 y las demás que sirvieron de soporte a esa declaración. En último término, solicitó por concepto de perjuicios morales el pago equivalente en pesos a 100 SMLMV.

Como fundamento fáctico de la demanda, en resumen, manifestó que en las elecciones al Congreso de la República realizadas el 14 de marzo de 2010, aspiró al Senado de la República para el período 2010 – 2014 por la lista del Partido Social de Unidad Nacional - Partido de la U- con el número 14 del tarjetón. Cumplido el certamen electoral, según el boletín 42 que reflejaba más del 92% de las mesas escrutadas, ocupó la curul 28, correspondiente al último escaño asignado a su partido.

Con posterioridad, el CNE dispuso la revisión de los escrutinios al Senado de los departamentos del Chocó, Sucre y Guajira, y profirió la Resolución No. 0754 de 9 de abril de 2010 *“por la cual se adopta el protocolo de revisión de escrutinios”*, que



reglamentó la atribución constitucional de revisión de los escrutinios y documentos electorales.

En aplicación de dicho protocolo, la votación obtenida por la hoy demandante en el departamento del Chocó disminuyó en más de “2.500” (sic)¹ votos, razón por la cual el candidato Eduardo Carlos Merlano del mismo partido, siguiente con la votación más alta, pasó a ocupar la curul. En consecuencia, mediante la Resolución No. 1787 de 18 de julio de 2010, el CNE declaró la elección del Senado de la República para el período 2010-2014 y ordenó la expedición de las respectivas credenciales, sin que la aquí demandante hubiera resultado electa.

En el marco de las acciones de nulidad electoral adelantadas en contra de los anteriores actos administrativos, el 18 de octubre de 2012, la Sección Quinta del Consejo de Estado declaró la nulidad de la Resolución No. 754 de 2010, por estimar que el CNE carecía de competencia para proferirla. Bajo la misma argumentación, el 10 de mayo de 2013, anuló la elección - *Resolución No. 1787 de 18 de julio de 2010*- y los actos de contenido electoral que implicaron la modificación del orden de la votación. Al lado de lo cual, ordenó la realización de un nuevo escrutinio, en el que se declaró elegida como Senadora de la República a la demandante y se ordenó entregar su credencial.

La parte actora sostuvo que la Organización Electoral, particularmente, el CNE, usurpó las facultades propias del legislador al reglamentar un procedimiento con reserva de ley, con base en el cual expidió actos de contenido electoral que significaron la pérdida de una votación considerable, que a la postre le impidieron acceder a una curul al Senado de la República desde el 20 de julio de 2010 hasta el 24 de octubre de 2012, fecha en que reemplazó al señor Eduardo Carlos Merlano, quien fue destituido por la Procuraduría General de la Nación.

Aunado a ello, argumentó que la declaración de nulidad de tales actos produjo efectos *ex tunc*, de ahí que su acceso al cargo desde el inicio de la legislatura no fuera una simple expectativa, sino un derecho que no se reconoció oportunamente por la actuación irregular de la autoridad electoral.

¹ Según se encuentra probado en el expediente, los votos excluidos en virtud de la aplicación del protocolo de revisión, ascendieron a 1.061. Ver, sentencia del 10 de mayo de 2013, proferida por la Sección Quinta del Consejo de Estado obrante en los cuadernos 2 – 5.



Concluyó que a causa de los actos proferidos por el CNE no pudo percibir las asignaciones del cargo de Senador de la República desde el 20 de julio de 2010, junto a lo cual se le causaron otros perjuicios de índole material y moral.

2. El trámite de primera instancia

La demanda fue admitida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, mediante auto del 21 de septiembre de 2015 (fls. 40 - 50 c. 1).

Notificado en debida forma el auto admisorio (fls. 52 – 55 c. 1), la RNEC guardó silencio.

Por su parte, el CNE se opuso a las pretensiones de la demanda, por considerar que, aun con la declaratoria de nulidad no le asistía derecho alguno al actor, debido a que los boletines informativos que se emiten con ocasión del llamado “*pre conteo*” no tienen carácter definitivo, sino que corresponden a una etapa preliminar del proceso de escrutinio, que no genera derechos.

Así mismo, adujo que desarrolló el proceso de revisión de escrutinios investido de las facultades otorgadas con el Acto Legislativo No. 01 de 2009, bajo el convencimiento de no requerir una ley reglamentaria para ejercer dicha competencia, por lo que se produjo un error excusable. Además, afirmó que el proceso de revisión no se soportó exclusivamente en la mencionada facultad constitucional, sino que contempló también la competencia asignada por los artículos 122 y 192.7 del Código Electoral, relativa a la exclusión de votos por extemporaneidad en la entrega de los pliegos electorales.

De todos modos, advirtió que si se considerara que la sola declaratoria de nulidad electoral conlleva su responsabilidad patrimonial, no le correspondía indemnizar la totalidad del tiempo que tardó la autoridad judicial en resolver dicha acción, sino solo 6 meses, por corresponder al tiempo asignado constitucionalmente para ese efecto, según lo establecido en el párrafo del artículo 264 de la Constitución Política. Asimismo, indicó que no debían reconocerse las primas de salud y de localización y vivienda, por cuanto fueron declaradas nulas en el año 2013 y tampoco se demostraron los hechos generadores para su reconocimiento; al lado de lo cual, correspondía descontar los ingresos que la demandante recibió durante el período indemnizable, de conformidad con la sentencia SU-556 de 2014.



En consecuencia, propuso la excepción de “*conurrencia del acto de un tercero*”, debido a que la declaratoria de nulidad obedeció a una diferencia de interpretaciones con la Sección Quinta del Consejo de Estado y, además, la mora en que incurrió dicha autoridad para decidir la acción electoral, no le era imputable (fls. 63 – 74 c. 1).

En la audiencia inicial del 21 de abril de 2016, el Tribunal, después de haber saneado el proceso y resuelto las excepciones previas, fijó el litigio² y la fecha para la celebración de la audiencia de pruebas (fls. 131 – 138, c. 1).

El 28 de noviembre de 2016, en la audiencia de pruebas, se prescindió de la audiencia de alegaciones y juzgamiento y se dispuso presentar alegatos de conclusión por escrito (fls. 247 - 408, c. 1). La parte actora reiteró lo planteado en la demanda e insistió en el reconocimiento de la totalidad de los emolumentos dejados de percibir, en virtud de la naturaleza indemnizatoria del medio de control ejercido (fls. 277 – 284 c. 1).

De otro lado, el CNE planteó idénticos argumentos a los señalados en su contestación y agregó que no existía prueba del perjuicio moral ni del daño emergente deprecado en la demanda (fls. 255 – 276 c. 1); a la vez que, la RNEC sostuvo que no tenía competencia para determinar la validez de los votos y, menos aún, para expedir los actos causantes del daño (fls. 252 – 254 c. 1).

El Ministerio Público señaló que el CNE era responsable del daño deprecado, debido a que expidió, sin competencia, los actos que posteriormente fueron declarados nulos. En relación con los perjuicios sostuvo que debía descontarse del período indemnizable lo percibido por la actora como retribución por su trabajo, de acuerdo con las sentencias SU-691 de 2011, SU-556 de 2014 y SU-053 de 2015 (fls. 293 – 297 c. 1).

² En esa oportunidad se dispuso: “¿Si es administrativa y extracontractualmente responsable la Nación – Registraduría Nacional del Estado Civil – Consejo Nacional Electoral por los perjuicios alegados por la parte demandante con ocasión de las actuaciones, antecedentes y decisiones administrativas que se tomaron durante la revisión de escrutinios y la declaración de elección del Senado de la República período 2010-2014, que privaron a Astrid Sánchez Montes De Oca de haber sido declarada y elegida como Senadora de la República desde el 20 de julio de 2010?”.



3. La sentencia de primera instancia

El Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Tercera, Subsección B, mediante providencia del 8 de marzo de 2017, accedió parcialmente a las pretensiones de la demanda (fls. 299 – 339 c. ppal.), así:

PRIMERO: Declarar administrativa y extracontractualmente responsable al Consejo Nacional Electoral por la falla del servicio que ocasionó un daño antijurídico a Astrid Sánchez Montes De Oca, al ser privada de la posibilidad de ocupar la curul de Senadora de la República desde el 20 de julio de 2010 hasta el 23 de octubre de 2012, de acuerdo al análisis contenido en la presente providencia.

SEGUNDO: Condenar al Consejo Nacional Electoral a reconocer y pagar a favor de Astrid Sánchez Montes De Oca la siguiente indemnización:

- *Por concepto de perjuicios morales: veinte (20) salarios mínimos legales mensuales vigentes a la ejecutoria de la presente providencia, de conformidad con lo expuesto en la parte considerativa de la presente providencia.*
- *Por concepto de perjuicio material en la modalidad de daño emergente: la suma de sesenta y cinco millones ciento ochenta y cuatro mil ciento doce pesos con dieciocho centavos (\$65.184.112,18) que se detalla de la siguiente manera:*

<i>Víctima</i>	<i>Pago 1</i>	<i>Pago 2</i>	<i>Pago 3</i>	<i>Total indemnización Daño emergente</i>
<i>Astrid Sánchez Montes De Oca</i>	<i>\$26.104.277,63</i>	<i>\$19.535.798,73</i>	<i>\$19.544.035,82</i>	<i>\$65.184.112,18</i>

- *Por concepto de perjuicio material en la modalidad de lucro cesante la suma de setecientos noventa y cinco millones ochocientos cincuenta y nueve mil cuatrocientos trece pesos con dos centavos (\$795.859.413,2) de acuerdo a lo expuesto en la parte considerativa:*

<i>Período</i>	<i>Días</i>	<i>Total dejado de percibir</i>	<i>IPC mes en que debió cancelarse</i>	<i>IPC mes de febrero de 2017</i>	<i>Total a indemnizar</i>
<i>20-30 julio/2010</i>	<i>11</i>	<i>\$ 7.736.297,00</i>	<i>104,47279</i>	<i>136,12133</i>	<i>\$ 10.079.897,71</i>
<i>Agosto/10</i>	<i>30</i>	<i>\$ 19.803.713,00</i>	<i>104,59005</i>	<i>136,12133</i>	<i>\$ 25.774.036,37</i>
<i>Septiembre/10</i>	<i>30</i>	<i>\$ 19.803.713,00</i>	<i>104,44808</i>	<i>136,12133</i>	<i>\$ 25.809.069,47</i>
<i>Octubre/10</i>	<i>30</i>	<i>\$ 19.803.713,00</i>	<i>104,35595</i>	<i>136,12133</i>	<i>\$ 25.831.854,84</i>
<i>Noviembre/10</i>	<i>30</i>	<i>\$ 19.803.713,00</i>	<i>104,55843</i>	<i>136,12133</i>	<i>\$ 25.781.830,81</i>
<i>Diciembre/10</i>	<i>30</i>	<i>\$ 38.658.091,00</i>	<i>105,23651</i>	<i>136,12133</i>	<i>\$ 50.003.470,87</i>
<i>Enero/11</i>	<i>30</i>	<i>\$ 19.818.113,00</i>	<i>106,19253</i>	<i>136,12133</i>	<i>\$ 25.403.556,16</i>
<i>Febrero/11</i>	<i>30</i>	<i>\$ 19.818.113,00</i>	<i>106,83242</i>	<i>136,12133</i>	<i>\$ 25.251.397,47</i>
<i>Marzo/11</i>	<i>30</i>	<i>\$ 19.818.113,00</i>	<i>107,12039</i>	<i>136,12133</i>	<i>\$ 25.183.514,55</i>
<i>Abril/11</i>	<i>30</i>	<i>\$ 19.818.113,00</i>	<i>107,24806</i>	<i>136,12133</i>	<i>\$ 25.153.535,64</i>



Radicación número: 25000-23-36-000-2015-01917-02 (59531)

Actor: Astrid Sánchez Montes De Oca

Demandado: Nación – Consejo Nacional Electoral y otro

Referencia: Medio de Control de Reparación Directa

Mayo/11	30	\$ 19.818.113,00	107,55352	136,12133	\$ 25.082.097,73
Junio/11	30	\$ 28.394.949,00	107,89544	136,12133	\$ 35.823.184,22
Julio/11	30	\$ 19.818.113,00	108,04537	136,12133	\$ 24.967.917,64
Agosto/11	30	\$ 24.852.079,00	108,01191	136,12133	\$ 31.319.676,20
Septiembre/11	30	\$ 20.418.372,00	108,34540	136,12133	\$ 25.652.920,69
Octubre/11	30	\$ 20.418.372,00	108,55100	136,12133	\$ 25.604.333,01
Noviembre/11	30	\$ 20.418.372,00	108,70205	136,12133	\$ 25.568.753,79
Diciembre/11	30	\$ 39.767.411,00	109,15740	136,12133	\$ 49.590.709,16
Enero/12	30	\$ 20.443.272,00	109,95503	136,12133	\$ 25.308.213,50
Febrero/12	30	\$ 20.443.272,00	110,62660	136,12133	\$ 25.154.577,42
Marzo/12	30	\$ 20.443.272,00	110,76164	136,12133	\$ 25.123.909,09
Abril/12	30	\$ 20.443.272,00	110,92154	136,12133	\$ 25.087.691,48
Mayo/12	30	\$ 20.443.272,00	111,25436	136,12133	\$ 25.012.641,07
Junio/12	30	\$ 36.320.260,00	111,34646	136,12133	\$ 44.401.610,05
Julio/12	30	\$ 21.419.070,00	111,32241	136,12133	\$ 26.190.524,40
Agosto/12	30	\$ 21.419.070,00	111,36807	136,12133	\$ 26.179.786,50
Septiembre/12	30	\$ 21.419.070,00	111,68694	136,12133	\$ 26.105.042,32
Octubre/12 ³	23	\$ 32.391.568,60	111,86942	136,12133	\$ 39.413.661,02
Total					\$ 795.859.413,2

TERCERO: Condenar en costas de primera instancia a la parte demandada Consejo Nacional Electoral que resultó vencida, por cuanto de conformidad con los artículos 188 del CPACA, en concordancia con el numeral 4 del artículo 365 del CGP, dispone que éstas proceden contra la parte vencida, por tanto, será condenado a pagar las costas las cuales serán liquidadas por la Secretaría. Reconocer como agencias en derecho a favor de Astrid Sánchez Montes De Oca de conformidad con lo dispuesto en el Acuerdo 1887 del 26 de junio de 2003, proferido por la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura, la suma de diecisiete millones quinientos ochenta y nueve mil setecientos veintinueve pesos con cero un centavo (\$17.589.729,01) que corresponde al 2% de las pretensiones, suma que será tenida en cuenta al liquidar las costas procesales.

CUARTO: Declarar no responsable a la Registraduría Nacional del Estado Civil del daño antijurídico sufrido por Astrid Sánchez Montes De Oca al ser privada de la posibilidad de ocupar la curul de Senadora de la República desde el 20 de julio de 2010 hasta el 23 de octubre de 2012, de acuerdo al análisis contenido en la presente providencia.

QUINTO: Las sumas reconocidas deberán ser canceladas en los términos del artículo 192 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

SEXTO: NEGAR las demás pretensiones de la demanda, de conformidad con lo expuesto en la parte considerativa. (...)

El a quo sostuvo que estaba acreditado el daño deprecado por la actora, consistente en el derecho a ser elegida para participar en la conformación, ejercicio

³ Octubre 2012 (30 días): sumatoria devengado = \$45.567.660, sumatoria deducciones = \$3.317.788. Total mes = \$34.935.206.



y control del poder político desde el inicio de la legislatura, dado que adquirió la curul en las urnas, bajo los supuestos legales correctos.

En este sentido, expuso que el CNE era responsable del daño deprecado, dado que incurrió en una falla en el servicio al proferir la Resolución No. 0754 del 9 de abril de 2010 y los demás actos administrativos que anularon los votos obtenidos legalmente por la demandante, pues con la adopción del protocolo de revisión sustituyó al legislador en la regulación de un asunto con reserva de ley y, a la vez, modificó los resultados que la hacían merecedora de ocupar la curul 28 de su partido a partir del 20 de julio de 2010.

Así mismo, precisó que no era posible reabrir el debate sobre la competencia del CNE para reglamentar la facultad de revisión de escrutinios, toda vez que ese aspecto fue discutido y definido en la acción de nulidad electoral.

En consecuencia, eximió de responsabilidad a la RNEC, por estimar que la causa del daño fueron los actos administrativos expedidos por el CNE y, condenó a este último al pago de los perjuicios morales y materiales solicitados en la demanda, sin efectuar descuentos al valor reconocido por lucro cesante, por cuanto dicho concepto tenía carácter indemnizatorio.

4. Recurso de apelación

Inconforme con la decisión anterior, el CNE interpuso recurso de apelación, por estimar que no podía derivarse su responsabilidad patrimonial de la declaratoria de nulidad electoral, por cuanto, a su parecer, dicha decisión judicial se fundó en una interpretación contraria a la ley respecto del momento en que se deben excluir los documentos electorales entregados extemporáneamente, junto a lo cual, ofreció una posición contradictoria con la jurisprudencia de esa misma Corporación sobre la competencia del CNE para ejercer directamente funciones constitucionales.

Sobre el particular, precisó que la Sección Quinta del Consejo de Estado consideró que no fue extemporánea la entrega de algunos documentos electorales realizada a las 11:00 p.m., a pesar de que, según el artículo 144 del Código Electoral, a partir de dicha hora corresponde su exclusión del escrutinio; asimismo, afirmó que dicha Corporación estimó, en esa oportunidad, que el numeral 4º del artículo 265 de la Constitución Política, modificado por el Acto Legislativo 01 de 2009, que le asignó



al CNE la facultad de revisión de los escrutinios, requería de un desarrollo legal para su cabal aplicación, aun cuando respecto de otras normas constitucionales ha permitido su aplicación directa, *“de lo que se desprende que, ante una misma situación jurídica, la asignación de funciones constitucionales, el Consejo de Estado por conducto de su Sección Quinta, ha adoptado decisiones contradictorias, por las que no puede responder patrimonialmente el Consejo Nacional Electoral, toda vez que no hay daño antijurídico alguno”*.

En relación con el lucro cesante reconocido por el *a quo*, adujo que debían descontarse: *i)* los honorarios percibidos por la demandante como producto de su vinculación con la Contraloría de la República durante el 2011 y 2012, so pena de generar un enriquecimiento sin justa causa, dado que las personas tienen la responsabilidad de procurar el sostenimiento propio y de sus dependientes, de conformidad con la sentencia SU-556 de 2014, más aún cuando en condición de senadora no habría podido ser contratista (artículo 282 de la Ley 5ª de 1992); *ii)* las primas de salud y de localización y vivienda que fueron declaradas nulas por la jurisdicción contenciosa administrativa el 28 de febrero y 1º de agosto de 2013, pues para el momento en que estuvieron vigentes la demandante no gozaba de una situación jurídica consolidada que le diera lugar a su reconocimiento y además, estaba domiciliada en Bogotá, por lo que no tuvo que desplazarse de su eventual lugar de residencia; y, *iii)* el monto causado con posterioridad a los 6 meses dispuestos por el artículo 264 de la Constitución Política para resolver las acciones de nulidad electoral en única instancia, por estimar que la dilación en que incurrió la Sección Quinta en aquél proceso no le era imputable (fls. 346 – 353 c. ppal.).

El anterior recurso fue concedido por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca mediante auto proferido el 31 de mayo de 2017 (fl. 370 c. ppal.) y remitido al Consejo de Estado para su trámite mediante oficio del 12 de junio siguiente (fl. 385 c. ppal.).

5. Trámite en segunda instancia

En proveído del 14 de agosto de 2017, esta Corporación admitió el recurso de apelación (fl. 388, c. ppal.) y, el 14 de septiembre siguiente, corrió traslado a las partes para que presentaran sus alegaciones finales y al Ministerio Público para que rindiera concepto (fl. 391, c. ppal.).



En esa oportunidad procesal, el CNE agregó que no estaba demostrado el perjuicio moral, dado que la anulación de una elección no permite aseverar la pérdida del apoyo de los electores en siguientes sufragios (fls. 394 – 406 c. ppal.). Por su parte, la RNEC reiteró los argumentos esgrimidos en los alegatos de conclusión de primera instancia (fls. 408 – 413 c. ppal.).

La parte actora señaló que la responsabilidad extracontractual del Estado se funda en la causación de un daño antijurídico y no en la actuación personal del agente estatal, de ahí que no resulte relevante si obró con dolo o culpa o incurrió en un error excusable. De igual manera, sostuvo que el daño no era imputable al Consejo de Estado, por cuanto la prolongación del proceso de nulidad electoral estuvo justificada en la amplia cantidad de sujetos que incoaron la acción. Finalmente, precisó que el perjuicio moral se derivaba de la repercusión inmediata de los resultados electorales y no de la imposibilidad de presentarse a las siguientes elecciones (fls. 414 – 422 c. ppal.).

El Ministerio Público insistió en la responsabilidad patrimonial del CNE, así como, en la procedencia de descontar de la indemnización lo percibido por todo concepto, junto con las primas de salud y de localización y vivienda (fls. 423 – 434 c. ppal.).

III. CONSIDERACIONES

1. Competencia

El artículo 150 del C.P.A.C.A., modificado por el artículo 615 del C.G.P., establece que el Consejo de Estado es competente para conocer, en segunda instancia, de *“las apelaciones de las sentencias dictadas en primera instancia por los tribunales administrativos y de las apelaciones de autos susceptibles de este medio de impugnación”*.

El artículo 152.6 del C.P.A.C.A. dispone que los tribunales administrativos conocerán en primera instancia, entre otros asuntos, *“de los de reparación directa, inclusive aquellos provenientes de la acción u omisión de los agentes judiciales”*, cuando la cuantía exceda los 500 SMLMV.



En el caso bajo estudio se advierte que la pretensión mayor superó la cuantía señalada en la mencionada disposición normativa⁴, de ahí que esta Corporación sea competente para conocer del recurso de apelación interpuesto por el CNE contra el fallo del *a quo*.

2. Procedencia del medio de control de reparación directa

La jurisprudencia de esta Corporación ha reconocido la viabilidad del medio de control de reparación directa para solicitar el resarcimiento de los perjuicios derivados de los efectos producidos por un acto electoral declarado nulo, siempre que no se pretenda controvertir su legalidad, sino obtener la indemnización de los daños producidos mientras surtió efectos⁵.

Ello es así, en virtud de la finalidad de la acción de nulidad electoral, hoy medio de control, por cuanto se limita a permitir el examen judicial de legalidad de los actos de elección mediante su confrontación con el ordenamiento jurídico en sentido abstracto, a efectos de garantizar la transparencia del sufragio y la igualdad entre los candidatos, principios esenciales de la democracia misma, sin traer aparejada la posibilidad de obtener la reparación de los eventuales daños de tipo subjetivo que pudieran derivarse de tal anulación.

En efecto, cuando se declara la nulidad de un acto electoral, puede el juez disponer la realización de un nuevo escrutinio con el fin de que el acto que declara la elección se ajuste a la legalidad, en aras de garantizar la democracia misma, y todos los valores que junto con ella garantizan que el principio de soberanía popular no se vea ensombrecido por factores que alteren la transparencia y probidad de la contienda, como formas de garantía en abstracto del derecho fundamental a elegir y ser elegido, y como forma de expresión del derecho a participar en la conformación, ejercicio y control del poder político (artículo 40 de la Constitución Política); sin embargo, no tiene la posibilidad de ordenar el resarcimiento de los supuestos perjuicios de otro tipo que el acto anulado hubiera podido generar durante su vigencia.

⁴ La pretensión por los emolumentos dejados de percibir ascendió a \$722'344.665. Para la fecha de presentación de la demanda -2015- 500 SMLMV equivalían a \$322'175.000.

⁵ Al respecto se ha pronunciado en forma reiterada la Corporación. Ver, entre otras decisiones: sentencia de 8 de marzo de 2007, exp. 16.421, C.P. Ruth Stella Correa Palacio; sentencia del 5 de marzo de 2015, exp. 34.356, C.P.: Ramiro de Jesús Pazos Guerrero y sentencia del 10 de diciembre de 2018, exp. 39.546 C.P. Marta Nubia Velásquez Rico.



Sobre el particular, la Sección Tercera de esta Corporación, ha sostenido⁶:

La acción electoral tiene como sustrato el mismo establecido para las acciones de simple nulidad, tanto es así que aquélla se puede ejercer con fundamento en las causales generales de anulación (art. 84 del C.C.A.), o las específicas del artículo 223 ibídem. De tal suerte que la estructura de la acción electoral constituye, en sí misma, una acción de simple nulidad y, por ende, sólo sirve para invalidar actos [...] que se refieren a la elección o nombramiento realizados para determinados cargos públicos.

Así las cosas, resulta perfectamente lógico que se ejerza la acción de reparación directa para solicitar la indemnización de perjuicios derivados, supuestamente, de los efectos producidos por un acto declarado ilegal. En otros términos, que mediante la correspondiente demanda no se pretenda controvertir la legalidad de un acto que inclusive, ya fue declarado nulo, sino la indemnización de un daño antijurídico del cual se tuvo conocimiento, precisamente, una vez ejecutoriada la decisión que declaró nulo - en un proceso de nulidad electoral- un determinado acto de escrutinio.

De hecho, para la jurisprudencia de esta Corporación, la procedencia del medio de control de reparación directa, en casos como el formulado, requiere que el demandante primero acuda a la acción pública de nulidad electoral para que, con fundamento en una declaratoria de nulidad, pueda incoar la acción resarcitoria, tal como lo señaló de la siguiente manera⁷:

Por ende, (...) en aquellos eventos en que se pretende la declaratoria de responsabilidad estatal por presuntas fallas en el funcionamiento de la organización electoral y ello conlleve cuestionar la legalidad del acto [...] que declara una elección, debe haberse obtenido en forma previa la declaratoria de nulidad electoral, para que a partir de la ilegalidad de ese acto pueda estructurarse el estudio sobre la eventual responsabilidad del Estado. Cuando hay de por medio una decisión administrativa en firme y el daño deriva de su presunta ilegalidad, no puede en modo alguno calificarse de antijurídico, porque la decisión que lo produjo está revestida de presunción de legalidad, que sólo puede cuestionarse en el juicio electoral, tratándose de actos que declaran una elección. (...) Así, no puede adentrarse el juez de la responsabilidad en el estudio de presuntos vicios en la formación del acto de naturaleza electoral, cuando estos no han sido llevados al control de su juez natural mediante el ejercicio de la acción contenciosa administrativa procedente.

Así las cosas, como en el presente asunto se reclama la indemnización de los daños derivados de la ejecución de actos de contenido electoral y del acto de elección que a la postre fueron declarados nulos por la Sección Quinta de esta Corporación, se advierte que el medio de control de reparación directa es procedente para encauzar las pretensiones de la demandante.

⁶ Consejo de Estado, auto del 25 de julio de 2007, exp. 33.013, C.P. Enrique Gil Botero.

⁷ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección B, sentencia del 5 de marzo de 2015, exp. 34.356, C.P. Ramiro de Jesús Pazos Guerrero.



3. Oportunidad

De conformidad con el numeral 2, literal “i” del artículo 164 de la Ley 1437 de 2011, el medio de control de reparación directa deberá instaurarse dentro de los dos años contados a partir del día siguiente al de la ocurrencia de la acción u omisión causante del daño, o de cuando el demandante tuvo o debió tener conocimiento del mismo si fue en fecha posterior y siempre que pruebe la imposibilidad de haberlo conocido en la fecha de su ocurrencia.

En el caso concreto, si bien la sentencia de la Sección Quinta del Consejo de Estado que dio la razón a la parte actora y ordenó nuevos escrutinios es del 10 de mayo de 2013, lo cierto es que, ésta cobró ejecutoria el 10 de julio siguiente, cuando se realizó dicha diligencia y la candidata Astrid Sánchez Montes De Oca fue declarada electa como Senadora de la República para el período constitucional 2010-2014. Por tanto, es desde el día siguiente a tal fecha que debe realizarse el cómputo del término de caducidad, dado que, desde ese momento, con la realización de los nuevos escrutinios, tuvo conocimiento del daño deprecado en la demanda, esto es, la frustración de acceder a la curul desde el 20 de julio de 2010 y devengar los emolumentos propios del cargo⁸.

De esta manera, se observa que el plazo para demandar vencía inicialmente el 11 de junio de 2015 y, comoquiera que el término se suspendió en virtud de la solicitud de conciliación extrajudicial desde el 17 de marzo anterior, esto es, faltando 2 meses y 25 días para su vencimiento, y se reanudó el 22 de julio del mismo año (fls. 1393 – 1394 c. 6), la parte actora podía presentar la demanda hasta el 19 de octubre de 2015⁹. Así, como la demanda se radicó el 11 de agosto anterior, se concluye que el medio de control se ejerció oportunamente.

4. Legitimación en la causa

La demanda de la referencia fue presentada por la señora Astrid Sánchez Montes De Oca, quien incoó la acción de nulidad electoral en la que se anularon el acto

⁸ La jurisprudencia de esta Corporación ha sostenido que en casos como el analizado “es claro que una vez queda ejecutoriada la decisión que retira del ordenamiento jurídico un determinado y específico acto administrativo [o electoral] – censurado a través de las acciones de simple nulidad o de nulidad electoral–, es que se tiene pleno conocimiento del daño antijurídico padecido por el mismo”. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, auto del 25 de julio de 2007, exp. 33.013, C.P: Enrique Gil Botero y sentencia del 10 de diciembre de 2018, exp. 39.546. C.P. Marta Nubia Velásquez Rico.

⁹ Por cuanto los días 17 y 18 de octubre de 2015 no fueron días hábiles.



electoral de conformación del Senado de la República para el período 2010-2014 y los actos de contenido electoral expedidos por el CNE, con ocasión de los cuales afirma haber sufrido perjuicios, de ahí que le asista legitimación en la causa para actuar en el presente asunto.

En cuanto a la legitimación en la causa por pasiva, se observa que los daños que se invocan en la demanda provienen de actos proferidos por el CNE, razón por la cual esta entidad es la llamada a actuar dentro del presente proceso.

No sucede lo mismo respecto de la RNEC, por cuanto el *a quo* la exoneró de responsabilidad al verificar que sus actuaciones no fueron causantes del daño deprecado; además, dicho aspecto no fue controvertido en el recurso de alzada, por lo que no será objeto de estudio en esta instancia.

5. Problema jurídico

El debate jurídico se circunscribe a determinar si a cargo de la Nación – Consejo Nacional Electoral está responder por los daños ocasionados a la demandante como consecuencia del acto de elección del Senado de la República 2010-2014 y los actos de contenido electoral que excluyeron parte de la votación obtenida por la candidata en el departamento del Chocó, los cuales, posteriormente, fueron anulados por la jurisdicción contencioso administrativa. En caso de que así se concluya, se verificará si hay lugar a descontar el monto reconocido por el *a quo* por concepto de lucro cesante.

6. Daño

Con el fin de abordar integralmente la problemática planteada, la Sala procede a verificar la existencia del daño, por cuanto es el primer elemento que debe observarse en el correspondiente análisis de responsabilidad, dado que solo ante su acreditación hay lugar a analizar si aquel resulta imputable o no al Estado¹⁰.

¹⁰ Al respecto, la Sala ha señalado: “[P]orque a términos del art. 90 de la Constitución Política vigente, es más adecuado que el juez aborde, en primer lugar, el examen del daño antijurídico, para, en un momento posterior explorar la imputación del mismo al Estado o a una persona de derecho público. “La objetivización del daño indemnizable que surge de este precepto constitucional, como lo ha repetido en diversas oportunidades la Sala, sugiere que, en lógica estricta, el juez se ocupe inicialmente de establecer la existencia del daño indemnizable que hoy es objetivamente comprobable y cuya inexistencia determina el fracaso ineluctable de la pretensión”. Ver. Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencias del 13 de agosto de 2008, exp. 17.412 C.P. Enrique Gil Botero y del 6 de junio de 2012, exp. 24.633, C.P. Hernán Andrade Rincón, entre otras.



Con este propósito, se resalta que el daño, a efectos de que sea indemnizable, requiere estar cabalmente estructurado; por tal motivo, esta Sección del Consejo de Estado¹¹ ha establecido que resulta imprescindible acreditar los siguientes aspectos relacionados con la lesión o detrimento cuya reparación se reclama: *i)* que el daño sea cierto, concreto y personal, es decir, que se pueda apreciar material y jurídicamente, por ende, no se limita a una mera conjetura y que, además, lo haya sufrido quien lo alega; *ii)* que lesione un derecho, bien o interés protegido por el ordenamiento legal; y *iii)* que el daño sea antijurídico, en tanto la persona no tiene el deber jurídico de soportarlo, *“con ello, entonces, se excluyen las decisiones que se mueven en la esfera de lo cuestionable o las sentencias que contienen interpretaciones válidas de los hechos o derechos”*¹².

Con base en las anteriores consideraciones, advierte la Sala que en el caso bajo estudio no se demostró la causación del daño que reclama la parte actora, esto es, la imposibilidad de acceder a la curul como Senadora de la República desde el inicio del período constitucional (2010-2014) y, por tanto, de percibir las asignaciones salariales y prestacionales respectivas, desde aquella fecha -20 de julio de 2010-, por cuanto no probó haber tenido un derecho adquirido a ser declarada electa, sino una mera expectativa de acceder al cargo, para el momento en que se profirieron los actos electoral y de contenido electoral que a la postre

Con posterioridad, sobre el mismo aspecto se sostuvo: *“Como lo ha señalado la Sala en ocasiones anteriores, el primer aspecto a estudiar en los procesos de reparación directa es la existencia del daño, puesto que, si no es posible establecer la ocurrencia del mismo, se torna inútil cualquier otro juzgamiento que pueda hacerse en estos procesos.*

“En efecto, en sentencias proferidas (...) se ha señalado tal circunstancia precisándose (...) que ‘es indispensable, en primer término determinar la existencia del daño y, una vez establecida la realidad del mismo, deducir sobre su naturaleza, esto es, si el mismo puede, o no calificarse como antijurídico, puesto que un juicio de carácter negativo sobre tal aspecto, libera de toda responsabilidad al Estado (...) y, por tanto, releva al juzgador de realizar la valoración del otro elemento de la responsabilidad estatal, esto es, la imputación del daño al Estado, bajo cualquiera de los distintos títulos que para el efecto se han elaborado’. Ver. Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección A, sentencia del 16 de julio de 2015, exp. 28.389, C.P. Hernán Andrade Rincón. La Subsección, de forma pacífica, ha reiterado el criterio antes expuesto. Al respecto se pueden consultar las siguientes decisiones: *i)* sentencia del 10 de noviembre de 2017, exp. 38.824; *ii)* sentencia del 10 de noviembre de 2017, exp. 50.451; *iii)* sentencia del 23 de octubre de 2017, exp. 42.121; *iv)* sentencia del 14 de septiembre de 2017, exp. 44.260; *v)* sentencia del 19 de julio de 2017, exp. 43.447; *vi)* sentencia del 26 de abril de 2017, exp. 39.321, entre otras.

¹¹ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencias del 13 de agosto de 2008, exp. 16.516, C.P. Enrique Gil Botero y sentencia del 6 de junio de 2012 dictada por esta Subsección dentro del exp. 24.633, C.P. Hernán Andrade Rincón, reiterada en sentencia del 24 de octubre de 2017, exp. 32.985 B, entre otras.

¹² Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia del 27 de abril de 2006, expediente 14837 y 23 de abril de 2008, expediente 16271. Reiterada por la Subsección A, en sentencia del 1° de marzo de 2018, expediente 52.097, y por la Subsección C, en sentencia del 7 de mayo de 2018, expediente 40.610. C.P. Jaime Orlando Santofimio Gamboa.



fueron anulados por la Sección Quinta de esta Corporación, como pasa a exponerse:

En primer lugar, debe destacarse que el derecho de acceso a un cargo de elección popular, como expresión de la voluntad del elector, está sujeto al agotamiento del proceso administrativo electoral, que corresponde al conjunto de actuaciones que adelantan las autoridades electorales para producir un acto de elección popular¹³, así como, a su control por vía judicial mediante el proceso de nulidad electoral, trámites durante los cuales preponderan los derechos de los electores, en virtud de la prevalencia de los principios *pro hominum* y *pro electoratem*, con el fin de “asegurar que las votaciones traduzcan la expresión libre, espontánea y auténtica de los ciudadanos y que los escrutinios sean reflejo exacto de los resultados de la voluntad del elector expresada en las urnas”¹⁴.

Con la anterior finalidad, el proceso administrativo electoral se adelanta en tres estadios o etapas¹⁵, a saber: *i)* la preelectoral, relacionada con la inscripción de candidatos, la designación de los jurados de votación y todas aquellas actuaciones necesarias para la jornada electoral¹⁶; *ii)* la electoral, que involucra la votación propiamente dicha¹⁷; y, *iii)* la poselectoral que comprende el escrutinio de votos, la proposición y resolución de reclamaciones y solicitudes de recuento, la de revisión de irregularidades ocurridas en la votación y escrutinio de votos (trámite que se impuso a partir de la expedición del Acto Legislativo No. 01 de 2009), la declaratoria de elección y la consecuente expedición de credenciales¹⁸.

Así mismo, en el proceso electoral propiamente dicho y en el poselectoral o de escrutinio de votos, pueden presentarse irregularidades de dos clases, a saber: unas que configuran las causales de reclamación a las que se refieren los artículos

¹³ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta, sentencia de 24 de abril de 2013, radicado N.º 68001-23-31-000-2011-01083-01, C.P. Mauricio Torres Cuervo.

¹⁴ Código Electoral. Artículo 1º.

¹⁵ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Quinta. Sentencia de 29 de agosto de 2012, radicado: 11001-03-28-000-2010-00050-00 y Sentencia del 10 de abril de 2014, radicado: 76001-23-31-000-2011-01791-02, C.P. Lucy Jeannette Bermúdez Bermúdez.

¹⁶ De la etapa preelectoral se ocupan los Títulos IV y V del Código Electoral.

¹⁷ La etapa electoral está regulada por el Título VI del Código Electoral.

¹⁸ La etapa poselectoral se encuentra reglada en el Título VIII del Código Electoral y en el Acto Legislativo No. 01 de 2009.



122¹⁹ y 192²⁰ del Código Electoral y otras que tipifican causales especiales de

¹⁹ “Artículo 122. Los testigos electorales supervigilarán las elecciones y podrán formular reclamaciones escritas cuando el número de sufragantes de una mesa exceda el número de ciudadanos que podían votar en ella; cuando aparezca de manifiesto que en las actas de escrutinios se incurrió en error aritmético al computar los votos; cuando, con base en las papeletas de votación y en las diligencias de inscripción, aparezca de manera clara e inequívoca que en el acta de escrutinio se incurrió en error al anotar el nombre o apellidos de uno o más candidatos; y cuando los cuatro (4) ejemplares de las actas de escrutinio de los jurados de votación estén firmados por menos de tres (3) de éstos. Tales reclamaciones se adjuntarán a los documentos electorales y sobre ellas se resolverá en los escrutinios. Las reclamaciones que tuvieren por objeto solicitar el recuento de papeletas, serán atendidas en forma inmediata por los jurados de votación, quienes dejarán constancia en el acta del recuento practicado.

“Los testigos electorales no podrán en ninguna forma interferir las votaciones ni los escrutinios de los jurados de votación”.

²⁰ “Artículo 192. El Consejo Nacional Electoral o sus Delegados tienen plena y completa competencia para apreciar cuestiones de hecho o de derecho y ante reclamaciones escritas que les presenten durante los escrutinios respectivos los candidatos inscritos, sus apoderados o los testigos electorales legalmente constituidos y apreciando como pruebas para resolver únicamente los documentos electorales, podrán por medio de resolución motivada decidir las reclamaciones que se les formulen con base en las siguientes causales:

“1. Cuando funcionen mesas de votación en lugares o sitios no autorizados conforme la Ley.

“2. Cuando la elección se verifique en días distintos de los señalados por la Ley, o de los señalados por la autoridad con facultas legal para este fin.

“3. Cuando los cuatro (4) ejemplares de las actas de escrutinio de los jurados de votación estén firmados por menos de tres (3) de éstos.

“4. Cuando se hayan destruido o perdido los votos emitidos en las urnas y no existiere acta de escrutinio en la que conste el resultado de las votaciones.

“5. Cuando el número de sufragantes de una mesa exceda al número de ciudadanos que podían votar en ella.

“6. Cuando el número de votantes en una cabecera municipal, un corregimiento, una inspección de policía o un sector rural exceda al total de cédulas aptas para votar en dicha cabecera, corregimiento, inspección de policía o sector rural, según los respectivos censos electorales.

“7. Cuando los pliegos electorales se hayan recibido extemporáneamente, a menos que el retardo obedezca a circunstancias de violencia. Fuerza mayor o caso fortuito, certificados por un funcionario público competente, o a hechos imputables a los funcionarios encargados de recibir los pliegos.

“8. Cuando el acta se extienda y firme en sitio distinto del lugar o local en donde deba funcionar la respectiva corporación escrutadora, salvo justificación certificada por el funcionario electoral competente.

“9. Cuando las listas de candidatos no se hayan inscrito o modificado en la oportunidad legal o cuando los candidatos no hubieren expresado su aceptación y prestando el juramento correspondiente dentro de los términos señalados por la Ley para la inscripción o para la modificación, según el caso.

“10. Cuando en un jurado de votación se computen votos a favor de los candidatos a que se refiere el artículo 151 de este Código.

“11. Cuando aparezca de manifiesto que en las actas de escrutinios se incurrió en error aritmético al sumar los votos consignados en ella.

“12. Cuando con base en las papeletas de votación y en las diligencias de inscripción aparezca de manera clara e inequívoca que en las actas de escrutinios se incurrió en error al anotar los nombres o apellidos de uno o más candidatos.

“Si las corporaciones escrutadoras encontraren fundadas las reclamaciones deberán ordenar en el mismo acto que las actas o registros afectados se excluyan del cómputo de votos y de los escrutinios respectivos.

“Si las corporaciones escrutadoras encontraren fundadas las reclamaciones deberán ordenar en el mismo acto que las actas o registros afectados se excluyan del cómputo de votos y de los escrutinios respectivos.

“Si las corporaciones escrutadoras encontraren fundadas las reclamaciones con base en las causales 11 y 12 de este artículo, en el mismo acto decretarán también su corrección correspondiente.

“La exclusión de un principal no afecta a los suplentes si la causa fuere la carencia de alguna calidad constitucional o legal del candidato o su inhabilidad para ser elegido. Igualmente, la exclusión de los suplentes o de algunos de estos, no afecta al principal ni a los demás suplentes, según el caso. Cuando se excluya al principal que encabezó una lista, por las causas señaladas en el inciso anterior, se llamará a ocupar el cargo al primer suplente de la lista.



nulidad del acto de elección, de conformidad con el C.C.A. – *aplicable a la acción de nulidad electoral del presente asunto*²¹, con lo cual, se abre paso al control judicial del acto de elección y de los actos de contenido electoral²² que resolvieron sobre las eventuales irregularidades reveladas durante el proceso administrativo electoral, bajo la invocación de las causales generales de nulidad del acto administrativo – *artículo 84 de la misma normativa*²³ y las especiales de anulación electoral²⁴.

Sobre este aspecto y en relación con los derechos que durante la contienda electoral se protegen, es menester precisar que, el proceso de nulidad electoral, se presenta como un *“medio instituido para discutir en sede jurisdiccional, tanto la legalidad misma del acto de elección, como la pureza del sufragio y el respeto a la*

“Si las corporaciones escrutadoras no encontraren fundadas las reclamaciones, lo declararán así por resolución motivada. Esta resolución se notificará inmediatamente en estrados y contra ella el peticionario o interesado podrá apelar por escrito antes de que termine la diligencia de escrutinios y allí mismo deberá concederse el recurso en el efecto suspensivo”.

²¹ Sobre el particular, la Sección Quinta de esta Corporación en la sentencia del 29 de agosto de 2012, radicado: 11001-03-28-000-2010-00050-00, con ponencia del Dr. Mauricio Torres Cuervo, sostuvo:

“4.5. Las causales especiales de nulidad electoral.

“Por virtud del mandato de los artículos 223, 226 y 227 del Código Contencioso Administrativo, son causales de nulidad de los actos de elección popular aquellas que atentan contra la eficiencia de las funciones públicas, el equilibrio o la igualdad en la contienda electoral y la voluntad popular expresada en las urnas, de ahí que un acto que declara una elección pueda demandarse por causales objetivas, relacionadas con los procesos de votación y de escrutinio de votos, y subjetivas, relacionadas con el incumplimiento de los requisitos legales para acceder a un destino público o la inelegibilidad de un elegido.

“Las primeras, a las que se refiere el artículo 223, incorporan i) la violencia, no sólo sobre los escrutadores y los documentos electorales, sino sobre los electores, ii) la falsedad y/o aprocrificidad en los registros electorales, iii) la modificación de las actas de escrutinio luego de que han sido firmadas, iv) la asignación de curules con violación del sistema legalmente establecido para el efecto y vi) el cómputo de votos depositado por candidatos con vínculos de matrimonio o parentesco con jurados de votación y/o miembro de Comisión Escrutadora.

“Las segundas, de las que se ocupan los artículos 223 - 5, 227 y 228, comprenden i) el incumplimiento, por parte del nombrado o elegido, de los requisitos constitucionales, legales o reglamentarios para acceder al cargo y ii) el defecto de inelegibilidad de quien resulta nominado o favorecido por los electores”.

²² El acto electoral es aquel por medio del cual se declara una elección o hace un nombramiento o una designación. Por ejemplo, actos de elección popular, los de elección por corporaciones electorales, los actos de nombramiento de cualquier autoridad pública y los de llamamiento para suplir vacantes en las Corporaciones públicas. Por su parte, los actos de contenido electoral son aquellos que tienen la virtualidad de influir en la decisión de elección, nombramiento o designación que se realiza. Ver. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta, Auto del 22 de agosto de 2016, 11001-03-25-000-2016-00137-00, reiterado en sentencia del 17 de septiembre de 2018, radicado. 11001-03-28-000-2018-00134-00. C.P. Rocío Araújo Oñate.

²³ *“Acción de nulidad. Toda persona podrá solicitar por sí o por medio de representante, que se declare la nulidad de los actos administrativos.*

“Procederá no sólo cuando los actos administrativos infrinjan las normas en que deberían fundarse, sino también cuando hayan sido expedidos por funcionarios u organismos incompetentes, o en forma irregular, o con desconocimiento del derecho de audiencias y defensa, o mediante falsa motivación, o con desviación de las atribuciones propias del funcionario o corporación que los profirió”.

²⁴ Sentencias del 26 de noviembre de 1998, expedientes 1747, 1748, del 1º de junio de 1999, expediente 2234, del 5 de agosto de 1999, expediente 2160 y del 22 de septiembre de 1999, expediente 2220.



*voluntad del elector*²⁵, en tanto que, como acción pública, tiene por objeto preservar el orden jurídico en abstracto, como expresión del derecho fundamental de todos los ciudadanos a participar del ejercicio y control del poder político.

En efecto, en el proceso de nulidad electoral no se discuten derechos subjetivos sino la legalidad en abstracto del procedimiento electoral, en aras de proteger la democracia y la legitimidad del poder constituido, con lo cual se busca la protección del elector y de las instituciones democráticas, más aún cuando, dicho sea de paso, el acto electoral no resulta asimilable a un acto administrativo propiamente dicho, porque no exterioriza la voluntad de la administración, sino que sintetiza y reconoce la voluntad de los sufragantes en torno a una decisión política²⁶. En consecuencia, el estudio de legalidad del acto electoral, puede concluir con su anulación y la realización de un nuevo escrutinio que restablezca el principio de soberanía popular y la democracia misma.

Bajo las anteriores consideraciones, es dable colegir que tanto el proceso administrativo electoral como el contencioso electoral buscan, mediante el acto electoral y su control de legalidad, concretar o materializar el principio democrático y la voluntad popular expresada en las urnas, sin que durante el agotamiento de tales trámites y mientras no se haya declarado la elección de determinado candidato, sea posible afirmar que aquél tiene un derecho adquirido de ocupar una curul, pues, el acceso a un cargo de elección popular, como expresión del derecho político de elegir y ser elegido, previsto en el artículo 40.1 de la Constitución Política, está sujeto a condicionamientos constitucionales y legales y a mecanismos de control administrativo y judicial, que de manera principal y por sobre los eventuales derechos subjetivos del candidato, buscan garantizar *“la institucionalidad misma y el respeto de los principios de participación democrática previstos en la Constitución”*²⁷.

En este sentido, la Corte Constitucional ha sostenido²⁸:

Como todo derecho, el derecho de elegir y ser elegido, no es absoluto. Debe ser entendido en su doble dimensión de derecho-función, como una forma de

²⁵ Corte Constitucional, sentencia SU-399 de 2012, M.P.: Humberto Antonio Sierra Porto.

²⁶ Consejo de Estado. Sección Quinta. Sentencia del 17 de junio de 2021. Radicado: 11001-03-28-000-2019-00061-00. C.P. Luis Alberto Álvarez Parra.

²⁷ Corte Constitucional. Sentencia T-510 de 2006, cita en la Sentencia C-146 del 20 de mayo de 2021. M.P.: Cristina Pardo Schlesinger

²⁸ Corte Constitucional. Sentencia SU-207 del 9 de junio de 2022. M.P. José Fernando Reyes Cuartas.



contribución a la formación de la voluntad política y al buen funcionamiento del sistema democrático²⁹. Es por ello por lo que, como se dijo, se sujeta a las condiciones fijadas en la Constitución y la ley. Los electores y los candidatos tienen la obligación de observar las reglas para ejercer el derecho al voto y para postularse como candidato. Así mismo, deben acatar las disposiciones que el mismo ordenamiento establece para el control administrativo y judicial de los actos de elección y nombramiento. A juicio de la Corte las disposiciones electorales, “en su conjunto y no de forma aislada, garantizan la institucionalidad misma y el respeto de los principios de participación democrática previstos en la Constitución”³⁰.

Dicho de otro modo, las reglas electorales en cuanto (i) fijan procedimientos para concurrir a las elecciones, (ii) establecen condiciones que deben satisfacer los aspirantes para participar en ellas y (iii) prevén mecanismos institucionales para asegurar su cumplimiento, constituyen un presupuesto de existencia del sistema democrático. Precisamente en esa dirección la Corte ha señalado que “[n]o basta con la mera expresión de la voluntad popular”³¹. Se requiere “que dicha voluntad se haya expresado conforme al ordenamiento jurídico, de suerte que cualquier desconocimiento de las prescripciones en la materia, acarrearán la nulidad de las elecciones o del voto individualmente considerado”. Precisamente esta idea refleja “una enorme tensión entre la democracia – entendida como voluntad popular e individual- y el Estado de Derecho”. Y por ello “es necesario que la regulación –expresión del Estado de Derecho- tenga por efecto potenciar el principio democrático”.

Así las cosas, es claro que para poder afirmar que un candidato tiene un derecho cierto a acceder a un cargo de elección popular y, por tanto, a percibir las asignaciones salariales y prestacionales respectivas, no solo basta con que finalice la jornada electoral, sino que es menester que se agote la totalidad del proceso administrativo de elección y, de ser el caso, se surta la acción electoral, con miras a restablecer la voluntad del elector, pero, claro está, desde la perspectiva que le imprime el hecho de tratarse de un proceso judicial diseñado para una acción pública, que, por tal, persigue el exaltamiento del interés general y la preservación de los valores democráticos que inspiran nuestro modelo electoral, escenario en el cual, el surgimiento de derechos subjetivos solo se produce con la firmeza del acto de elección y la posterior posesión en el cargo.

Conforme con las pruebas allegadas al expediente, se encuentra acreditado que, la hoy demandante se presentó como candidata por el Partido Social de Unidad Nacional – Partido de la U-, a las elecciones al Senado de la República para el período 2010-2014³².

²⁹ Corte Constitucional. Sentencia C-224 de 2004, M.P. Rodrigo Escobar Gil.

³⁰ Corte Constitucional. Sentencia T-510 de 2006, M.P. Álvaro Tafur Galvis.

³¹ Corte Constitucional. Sentencia C-142 de 2001. M.P. Eduardo Montealegre Lynett.

³² Si bien en el expediente no obra el acto de inscripción de la candidata, la información se extrae de los antecedentes de la sentencia del 10 de mayo de 2013, proferida por la Sección Quinta de esta Corporación (cuadernos 2 – 5).



Durante el proceso administrativo electoral, en ejercicio de las facultades conferidas por el Acto Legislativo No. 01 de 2019 (numerales 4 y 6 del artículo 265 de la Constitución Política), el CNE profirió la Resolución No. 0754 de 9 de abril de 2010 por la cual adoptó un protocolo de revisión de escrutinios, estableciendo la creación de Salas Unitarias y diferentes criterios para surtir dicha revisión (fls. 1289 – 1293 c. 6).

Concluida la audiencia pública de escrutinio de las votaciones depositadas por los colombianos en el exterior y en el territorio nacional, así como los trámites de revisión y examen de escrutinios, mediante la Resolución No. 1787 de 18 de julio de 2010, el CNE declaró la elección del Senado de la República para el período 2010 – 2014 y ordenó la expedición de las respectivas credenciales.

En esa oportunidad, se asignaron 28 curules al Partido Social de Unidad Nacional – Partido de la U-, correspondiendo la última al candidato Eduardo Carlos Merlano Morales con 37.195 votos, sin que la aquí demandante hubiera alcanzado alguna curul (fls. 1294 – 1322 c. 6).

Posteriormente, en el marco de la acción de nulidad simple instaurada por los señores Edgar Daniel Bohórquez Enciso, José Manuel Abuchaibe Escolar y Herbert Rudecindo Mosquera Castro contra la Resolución No. 0754 de 9 de abril de 2010, en sentencia del 18 de octubre de 2012, la Sección Quinta del Consejo de Estado declaró la nulidad del protocolo de escrutinios, por estimar que el CNE carecía de competencia para dictar dicho acto de contenido electoral, toda vez que los temas regulados en el mismo tenían reserva de ley estatutaria (fls. 1323 – 1368 c. 6).

Aunado a lo anterior, la señora Astrid Sánchez Montes De Oca y otros promovieron acción de nulidad electoral en contra del acto de elección y los actos de contenido electoral que excluyeron parte de la votación durante la etapa poselectoral. Agotadas las etapas procesales, mediante providencia del 10 de mayo de 2013 (cuadernos 2 – 5), la Sección Quinta de esta Corporación anuló la Resolución No. 1787 de 18 de julio de 2010, por medio de la cual el CNE declaró la elección de los Senadores de la República para el período 2010-2014.



En la misma sentencia, esa Sección anuló las Resoluciones Nos. 1271, 1337, 1339, 1368³³, 1541, 1545, 1546 y 1623, todas de 2010³⁴, en las que se decidió tener como base del escrutinio el formulario E-14³⁵ al haberse encontrado diferencias injustificadas de este con el formulario E-24³⁶, por cuanto fueron expedidas por el CNE en ejercicio de las potestades y procedimientos consagrados en el protocolo de escrutinios o Resolución No. 0754 de 2010, previamente declarada nula. Con ello, se estimó que existían 1.061 nuevos votos válidos a favor de la candidata Astrid Sánchez Montes De Oca, en los municipios de El Litoral de San Juan, Lloró, Medio Atrato y Medio San Juan (Chocó).

De otro lado, si bien la Sala determinó que procedía declarar la nulidad de las Resoluciones Nos. 1425 y 1711 de 2010, mediante las cuales se excluyeron votos en el municipio del Bajo Baudó (Chocó)³⁷, por haber sido expedidas en ejercicio de la regulación implementada con el protocolo de revisión; la autoridad judicial decidió no incluir en el escrutinio la votación a la que se referían dichos actos, debido a que su transparencia se vio seriamente afectada, de conformidad con lo establecido en el numeral 1º del artículo 223 del C.C.A.³⁸, por haberse mezclado los documentos electorales de una mesa con los de otra, hallado abierta la bolsa que contenía los documentos y concentrado la votación, casi en su totalidad, en un solo candidato³⁹.

Así mismo, aun cuando declaró la nulidad de las Resoluciones Nos. 1410 y 1710 de 2010, por haber sido expedidas en desarrollo del protocolo de revisión⁴⁰, la Sala decidió no incorporar el 80% de la votación obtenida en la mesa 01 de la zona 99 puesto 80 del municipio Alto Baudó (Chocó), por confirmar que existían irregularidades relacionadas con la suplantación de la identidad de los electores, razón por la que decidió redistribuir la votación válida de la mesa, en proporción a los votos obtenidos por los candidatos. Como resultado de tal ejercicio determinó

³³ Se anula únicamente en cuanto a lo decidido en las mesas 99-15-01 y 99-30-02 del Carmen del Darién, frente a la candidata con el número 14 del Partido Social de Unidad Nacional – Partido de la U, señora Astrid Sánchez Montes De Oca.

³⁴ Resoluciones contenidas en el medio digital obrante al folio 81 del cuaderno 1.

³⁵ Acta de escrutinio del jurado de votación.

³⁶ Cuadro de resultados de la comisión escrutadora.

³⁷ Resoluciones contenidas en el medio digital obrante al folio 81 del cuaderno 1.

³⁸ “Artículo 223. Causales de Nulidad. Las actas de escrutinio de los jurados de votación y de toda corporación electoral son nulas en los siguientes casos:

1. Cuando se haya ejercido violencia contra los escrutadores o destruido o mezclado con otras las papeletas de votación, o éstas se hayan destruido por causa de violencia”.

³⁹ En la mesa 01 la candidata Ana Elizabeth Sandoval Mojica del PIN obtuvo 281 de 284 votos, mientras que en la mesa 02 la candidata Astrid Sánchez Montes de Oca del Partido de la U alcanzó 128 de 149 votos.

⁴⁰ Resoluciones contenidas en el medio digital obrante al folio 81 del cuaderno 1.



que la candidata Astrid Sánchez Montes De Oca había obtenido 37,7 votos válidos en aquella mesa.

Adicionalmente, la Sección Quinta declaró la nulidad parcial de las Resoluciones Nos. 1336 y 1616 de 2010, mediante las cuales se excluyeron unas mesas de votación del cómputo del escrutinio por haberse entregado los pliegos y documentos electorales por fuera del término señalado en el artículo 144 del Código Electoral⁴¹ – 11:00 p.m.-. Al respecto, sostuvo que la decisión del CNE de excluir las mesas entregadas un minuto después de la lectura exegética de la norma, resultaba desmedida, pues en aplicación del principio de la eficacia del voto consagrado en el numeral 3 del artículo 1 del mismo cuerpo normativo, debía tomarse la interpretación que diera validez a la votación, en lugar de desecharla por tan pequeña diferencia cronológica. Por tanto, decidió incluir en el escrutinio la votación depositada en las siguientes mesas de votación: El Litoral de San Juan 99-40-02 y Quibdó 01-03-01, 01-03-08, 01-03-09, 01-03-10, 01-03-13, 02-02-14 y 02-03-01.

Con base en lo señalado, expresó que la anulación de las Resoluciones Nos. 1336, 1410, 1616 y 1710 de 2010, sumaba 485 votos válidos a la candidata Astrid Sánchez Montes De Oca.

En suma, tras calcular la cifra repartidora, concluyó que el número de curules que le correspondía a cada uno de los partidos y movimientos políticos que superaron el umbral, no registró ningún cambio frente a lo dispuesto en la Resolución No. 1787 del 18 de julio de 2010, de manera que, el Partido Social de Unidad Nacional - Partido de la U- conservó las 28 curules inicialmente asignadas; sin embargo, adujo que al interior de la lista de dicho partido se produjo un cambio en relación con el candidato a ocupar el último escaño, pues si bien inicialmente fue conquistado por el candidato Eduardo Carlos Merlano Morales, con las correcciones efectuadas, era

⁴¹ “Artículo 144. Inmediatamente después de terminado el escrutinio en las mesas de votación, pero en todo caso antes de las once de la noche (11:00 p.m.) del día de las elecciones, las actas y documentos que sirvieron para la votación serán entregados por el Presidente del Jurado, bajo recibo y con indicación del día y la hora de entrega, así: en las cabeceras municipales, a los Registradores del Estado Civil o a los delegados de éstos, y en los corregimientos, inspecciones de policía y sectores rurales, a los respectivos delegados del Registrador del Estado Civil. Los documentos electorales de los corregimientos, inspecciones de Policía y sectores rurales, serán conducidos por el delegado que los haya recibido con vigilancia de la fuerza pública uniformada, y entregados a los claveros respectivos dentro del término que se les haya señalado. Salvo que ante la comisión escrutadora se demuestre violencia, fuerza mayor o caso fortuito, los pliegos que fueren entregados después de la hora mencionada, no serán tenidos en cuenta en el escrutinio y el hecho se denunciará a la autoridad competente para que imponga la sanción a que haya lugar”.



la candidata Astrid Sánchez Montes De Oca, quien debía acceder a esa curul porque obtuvo 38.559 votos, mientras que el señor Merlano Morales alcanzó 37.095 votos.

CANDIDATO			VOTOS			Nuevo total
			INICIALES	SUMAS	RESTAR	
010	014	Astrid Sánchez Montes De Oca	37.024	1546	11	38.559
010	085	Eduardo Carlos Merlano Morales	37.195	9	109	37.095

Tabla extraída de la sentencia del 10 de mayo de 2013

Como corolario de todo lo anterior, ordenó la práctica de un nuevo escrutinio, que se realizó el 10 de julio de 2013. Dicha diligencia concluyó con la anulación de la elección del señor Eduardo Carlos Merlano Morales y la declaración de la elección de la señora Astrid Sánchez Montes De Oca como Senadora de la República (fls. 1220 – 1236 c. 6).

Se precisa de todas maneras que, con anterioridad a la realización del nuevo escrutinio, el 24 de octubre de 2012, la actora había tomado posesión del cargo, tal como lo certificó la Secretaría General del Senado de la República (fl. 1237 c. 6), debido a que el senador Eduardo Carlos Merlano fue destituido por la Procuraduría General de la Nación.

Apreciados los anteriores elementos de prueba, observa la Sala que no existe certeza de la causación del daño reclamado. Si bien la Sección Quinta de esta Corporación declaró la nulidad del acto de elección y de los actos de contenido electoral que excluyeron parte de la votación obtenida por la aquí demandante durante la etapa poselectoral, lo cierto es que el derecho subjetivo de la candidata de acceder a la curul y percibir los salarios y demás emolumentos propios de dicho cargo, solo surgió con la declaración de su elección y posesión, puesto que antes de ello solo tenía una expectativa de acceder al cargo.

Al respecto, no puede perderse de vista que, la contienda democrática lo que persigue es el exaltamiento del interés general exteriorizado en las urnas y la prevalencia de los derechos del electorado, por sobre el eventual derecho de acceso a un cargo por parte del candidato, de ahí que el surgimiento de este último solo se produzca con la culminación del proceso electoral, incluidos sus mecanismos de control administrativo y judicial, motivo por el cual, en dicho



escenario no hay lugar a indemnizar una oportunidad frustrada de acceder a un cargo de elección popular.

Ni siquiera podría afirmarse la existencia de una expectativa legítima, toda vez que, únicamente le era viable acceder al derecho con la declaración de la elección, al demostrarse que había obtenido la votación suficiente para ocupar una de las curules asignadas a su partido político, lo que sólo se posibilitó, en primer lugar, con la destitución del candidato que la superaba en la lista y, posteriormente, con la sentencia del 10 de mayo de 2013 proferida por la Sección Quinta de esta Corporación, mediante la cual se realizó el análisis de legalidad del proceso de elección.

Es más, aún en el caso de considerarse que la nulidad del acto electoral produjo efectos desde el momento mismo de su expedición, o *ex tunc*, su consecuencia jurídica sería volver al estado en que se encontraba antes de haberse proferido el acto anulado, lo cual ubica la contienda electoral en la etapa poselectoral, previo a la declaración de la elección, por lo que, con aquella decisión tampoco surge de manera automática un derecho subjetivo para el candidato que pueda ser indemnizable en sede del mecanismo de control de reparación directa.

En esa medida, no es factible que se ordene el pago de los emolumentos dejados de percibir por la hoy demandante desde el 20 de julio de 2010, hasta la fecha en que tomó posesión del cargo, pues es claro que en dicho interregno solo tenía una mera expectativa de acceder a la curul, lo que sólo se posibilitó con el control judicial del acto electoral y la realización de un nuevo escrutinio.

Además, la Sala encontró probado que, previo a la realización del nuevo escrutinio -10 de julio de 2013-, la candidata había tomado posesión como Senadora de la República -24 de octubre de 2012-, por cuanto pasó a ocupar la curul dejada por el señor Eduardo Carlos Merlano Morales, al ser la siguiente en la lista del partido con la votación más alta, lo que significa que, de acuerdo con las reglas electorales no se vulneró su derecho de acceder oportunamente al cargo de elección popular.

Como corolario de lo anterior, para esta Subsección, la demandante no puede predicar la existencia de un daño cierto, concreto y personal que pueda ser indemnizable, en tanto que durante el lapso en que se surtió el proceso administrativo y el contencioso electoral, no demostró tener un derecho adquirido



de acceder a la curul desde el inicio del período constitucional, lo que ubica su menoscabo en el campo de lo eventual o hipotético, por lo que, en consecuencia, se impone revocar la sentencia recurrida y, en su lugar, negar las pretensiones de la demanda.

7. Condena en costas

De conformidad con lo establecido en el artículo 188 del C.P.A.C.A. la liquidación y ejecución de la condena en costas se sujetará a las reglas del Código de Procedimiento Civil, actualmente Código General del Proceso (C.G.P.). En este orden de ideas, según lo dispuesto en el numeral 4 del artículo 365 del C.G.P., la Sala condenará en costas a la parte demandante, toda vez que la presente sentencia revocará el fallo de primera instancia y denegará el reconocimiento de perjuicios.

En consecuencia y con fundamento en el numeral 3.1.3. del artículo 6 del Acuerdo No. 1887 expedido el 26 de junio de 2003 por el Consejo Superior de la Judicatura⁴² se fija como agencias en derecho la suma de \$8'367.797, correspondiente al uno por ciento (1%) del valor de las pretensiones negadas en la demanda⁴³, la cual correrá con cargo a la parte demandante y en favor de la Nación – Consejo Nacional Electoral.

En este último punto, vale la pena destacar que, si bien la demanda se formuló contra la Registraduría Nacional del Estado Civil, entidad que fue vinculada en el auto admisorio de la demanda, lo concreto es que en sentencia de primera instancia el Tribunal la exoneró de responsabilidad, aspecto que no fue controvertido. Sobre esa base, en consideración a que la referida entidad no debía intervenir en esta instancia, no hay lugar a favorecerla con la condena fijada.

Ante esta definición, se impone la liquidación de las costas de manera concentrada por parte del Tribunal de origen, en los términos del artículo 366 del Código General del Proceso.

⁴² "CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

"3.1.3. Segunda instancia.

"Con cuantía: Hasta el cinco por ciento (5%) del valor de las pretensiones reconocidas o negadas en la sentencia".

⁴³ Las pretensiones deprecadas en la demanda ascienden a \$836'779.665.



Radicación número: 25000-23-36-000-2015-01917-02 (59531)

Actor: Astrid Sánchez Montes De Oca

Demandado: Nación – Consejo Nacional Electoral y otro

Referencia: Medio de Control de Reparación Directa

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, en Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE

PRIMERO: REVOCAR la sentencia del 8 de marzo de 2017, proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Tercera, Subsección B y, en su lugar, **NEGAR** las pretensiones de la demanda, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta decisión.

SEGUNDO: CONDENAR en costas a la parte actora, para lo cual se fija por concepto de agencias en derecho, la suma de ocho millones trescientos sesenta y siete mil setecientos noventa y siete pesos (\$8'367.797) a favor de la Nación – Consejo Nacional Electoral, que corresponde al 1% del valor de las pretensiones negadas en la sentencia.

TERCERO: Ejecutoriada esta providencia, **DEVOLVER** el expediente al Tribunal de origen para lo de su cargo.

Se deja constancia de que esta providencia fue aprobada por la Sala en la fecha de su encabezado y que se firma en forma electrónica mediante el aplicativo SAMAI, de manera que el certificado digital que arroja el sistema permite validar la integridad y autenticidad del presente documento en el enlace:

<https://relatoria.consejodeestado.gov.co:8080/Vistas/documentos/validador.aspx>

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Firmado electrónicamente
MARÍA ADRIANA MARÍN

Firmado electrónicamente
JOSÉ ROBERTO SÁCHICA MÉNDEZ

Firmado electrónicamente
MARTA NUBIA VELÁSQUEZ RICO
Salvamento de voto

VF