PÉRDIDA DE LA INVESTIDURA DE CONCEJAL - Causal: no tomar posesión del cargo. Elementos configurantes / FUERZA MAYOR - Concepto / FUERZA MAYOR – Requisitos / RENUNCIA AL CARGO DE CONCEJAL – No es un hecho externo imprevisible e irresistible / PÉRDIDA DE INVESTIDURA DE CONCEJAL POR NO TOMAR POSESIÓN - Se configura el elemento objetivo de la causal dado que no se posesionó dentro del término

En relación con el primer presupuesto, se encuentra demostrado que el ciudadano Néstor Hubeimar Candela Reyes fue designado como concejal, tal y como consta en el acta de escrutinio parcial de las elecciones celebradas el 27 de octubre de 2019, debido a que alcanzó la segunda mayor votación en las elecciones uninominales a la Alcaldía y manifestó por escrito la decisión de aceptar la curul a dicha corporación pública de elección popular. En este sentido, se cumplió el primer requisito. […] [S]egún se constata con el Acta 001 -20200 de 1° de enero de 2020 que da cuenta de la sesión inaugural del concejo municipal de Tinjacá (Boyacá) para el período constitucional 2020-2024 y en la cual se dejó consignado el juramento y toma de posesión de los concejales elegidos, el ciudadano Néstor Hubeimar Candela Reyes no tomó posesión de su cargo, ni lo hizo dentro de los tres (3) días siguientes a la instalación de la asamblea. […] [L]a Sala debe determinar si la copia del escrito de 30 de diciembre de 2019, mediante el cual el señor Néstor Hubeimar Candela Reyes manifiesta su «RENUNCIA IRREVOCABLE Y DESISTO DE LA ACEPTACIÓN DE LA CURUL AL CONCEJO por motivos personales, además NO TOMARÉ POSESIÓN al cargo de CONCEJAL por el Municipio de Tinjacá –Boyacá, para el período 2020 al 2023, por el PARTIDO MOVIMIENTO ALTERNATIO INDÍGENA Y SOCIAL- MAIS» es constitutiva de fuerza mayor. Para la Sala, no existe duda que dicha manifestación no es un hecho constitutivo de fuerza mayor, pues tal y como lo ha reconocido esta Sección en otras oportunidades, «[…] siempre que en una decisión intervenga la libertad para adoptarla, per se, se descarta la imprevisibilidad e irresistibilidad, pues estas suponen la ocurrencia de un imprevisto al que es imposible resistir». Resulta evidente, entonces, que el acusado fue quien voluntariamente se puso en la alegada imposibilidad jurídica de ocupar el cargo de concejal y, en esa medida no se trata de un hecho externo que fuera imprevisible e irresistible, […] Así las cosas, no es posible considerar que se configuró para el acusado una situación constitutiva de fuerza mayor que le eximiera del cumplimiento del deber legal de tomar posesión en el cargo de concejal en las oportunidades previstas por el ordenamiento jurídico.

PÉRDIDA DE LA INVESTIDURA DE CONCEJAL - Causal: no tomar posesión del cargo / PÉRDIDA DE INVESTIDURA DE CONCEJAL POR NO TOMAR POSESIÓN - Se configura el elemento subjetivo de la causal dado que actuó con inexcusable negligencia

En el sub examine, la Sala considera que el acusado estaba en condiciones de comprender el hecho o la circunstancia configurativa de la causal de pérdida de investidura, pues lo cierto es que el concejal demandado tuvo la capacidad cognitiva para conocer y comprender su actuar. En efecto, se pudo constatar que el incumplimiento de la obligación de tomar posesión dentro del término previsto en la ley es el resultado de una serie de actos libres y conscientes del accionado que van desde su intención de presentarse como alcalde al municipio de Tinjacá, su decisión de aceptar la curul al concejo municipal con el objetivo de emprender un proyecto político desde dicho cuerpo colegiado de representación popular en ejercicio del derecho reconocido en el artículo 112 de la Constitución Política y 25 de la Ley 1909 de 2018 (lo que dio lugar a que el Consejo Nacional Electoral declarara su elección) y, luego, presentar escrito de renuncia, a pesar de que el

Estatuto de la Oposición y la Resolución 2276 de 2019 del Consejo Nacional Electoral no solo imponían un límite temporal para que el candidato con segunda mayor votación manifieste por escrito su decisión de aceptar o no la curul, sino también impedía la posibilidad de retracto. Para la Sala de Decisión resulta reprochable que el señor Néstor Hubeimar Candela Reyes, luego de haber expresado su decisión de aceptar la curul por haber sido el candidato con segunda mayor votación en las elecciones de la Alcaldía, no haya tomado posesión del cargo, afectando con ello el principio de representación democrática y los derechos de la oposición. Además, el ciudadano Néstor Hubeimar Candela Reyes incurrió en inexcusable negligencia, al desconocer el contenido del artículo 2° de la Resolución 2276 de 2019 que prohíbe el retracto, el cual al momento de los hechos gozaba de presunción de legalidad que reviste los actos administrativos. Para la Sala, la culpa evidenciada en este proceso es la propia de las personas negligentes o de poca prudencia en el manejo de sus negocios, es una culpa grave, que desconoce normas constitucionales y legales (artículo 112 de la Constitución Política, 25 de la Ley 1909 de 2018 y la Resolución 2276 de 2019 del Consejo Nacional Electoral), de un lado, porque la ignorancia de la ley no sirve de excusa al tenor del artículo 9° del Código Civil y, por el otro, porque son disposiciones que regulan el ejercicio del cargo, por lo que se encuentra acreditado el grado de culpabilidad previsto en el artículo 1° de la Ley 1881 de 2018, modificado por el artículo 4° de la Ley 2003 de 2019.

PÉRDIDA DE LA INVESTIDURA DE CONCEJAL - Causal: no tomar posesión del cargo / CONCEJAL QUE ACCEDE A UNA CURUL EN EJERCICIO DEL DERECHO PERSONAL PREVISTO EN LOS ARTÍCULOS 112 DE LA CARTA POLÍTICA Y 24 Y 25 DE LA LEY 1909 DE 2018 – Causal de pérdida de investidura por no tomar posesión del cargo. Estatuto de la oposición / PÉRDIDA DE LA INVESTIDURA POR NO TOMAR POSESIÓN DEL CARGO – Aplica para el elegido y el designado llamado una vez producida la aceptación / PÉRDIDA DE LA INVESTIDURA POR NO TOMAR POSESIÓN DEL CARGO – Protege el pacto político que existe entre el elector o la institucionalidad y el elegido, llamado o designado / REITERACIÓN DE JURISPRUDENCIA

[S]i bien la jurisprudencia de esta Corporación ha señalado que esta causal tiene su razón de ser en el compromiso que adquiere el elegido con sus electores, lo cierto es que el correcto entendimiento de la nueva dinámica constitucional debe permitir aceptar que ella aplica no solo cuando el incumplimiento del deber proviene de la persona electa sino también del designado-llamado que se realiza por mandato de los artículos 112 Constitucional y 24 y 25 de la Ley 1909 de 2018 -Estatuto de la Oposición-. En este sentido y, a partir de una integración de las normas jurídicas, resulta posible afirmar que cuando el numeral 3° del artículo 48 de la Ley 617 de 2000 estatuye, como una de las causales de pérdida de investidura para los concejales, la consistente en no tomar posesión del cargo dentro de los tres (3) días siguientes a la fecha de instalación del concejo, comprende también a los servidores públicos de elección popular designados-llamados por mandato del artículo 112 Constitucional. Para la Sala, el nuevo referente constitucional no puede ser tenido, en modo alguno, como una excepción al régimen jurídico en esta materia. Esta interpretación, en modo alguno, implica desconocer el carácter restrictivo y de prohibición de la analogía que caracteriza este medio de control. Al respecto, cabe destacar que la Corte Constitucional, mediante sentencia C-473 de 1997, con ponencia del doctor Eduardo Cifuentes Muñoz, se refirió a la importancia que se dio en los debates de la Asamblea Nacional Constituyente de hacer extensiva la sanción de pérdida de investidura a los miembros de las corporaciones públicas de elección popular de

las entidades territoriales. Ello, en atención a que la trasgresión al buen código de conducta exigía sanciones más severas que la sanción disciplinaria en cabeza de la Procuraduría General de la Nación. […] Como se indicó anteriormente, el candidato designado - llamado a ocupar una curul por mandato del artículo 112 Superior, le asiste el deber de tomar posesión del cargo, una vez producida la aceptación, pues a través de dicho acto jurídico solemne queda vinculado jurídicamente con sus deberes, derechos y sus responsabilidades y la mencionada prerrogativa constitucional no puede ser vista como una excepción a la obligación de tomar posesión del cargo dentro de las oportunidades previstas en la ley. […] Así las cosas, para la Sala, el Agente del Ministerio Público acierta en sus afirmaciones cuando indica que la causal de pérdida de investidura prevista en el numeral 3° del artículo 48 de la Ley 617 de 2000 sí resulta aplicable para los concejales designados en virtud del derecho personal previsto en el artículo 112 de la Constitución Política y 25 de la Ley 1909 de 2018, pues a partir de una interpretación sistemática- finalística del ordenamiento jurídico es posible afirmar que ellos tienen el deber de tomar posesión del cargo, dentro del término perentorio previsto en la norma, so pena de incurrir en la causal de pérdida de investidura.

EXCEPCIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD – Doble dimensión / EXCEPCIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD – Requisitos para su procedencia / EXCEPCIÓN DE ILEGALIDAD – Concepto / COMPETENCIA DEL CONSEJO NACIONAL ELECTORAL – Para expedir normas de naturaleza operativa y administrativa para regular temas que son de su resorte / ACEPTACIÓN DE LA CURUL EN LA CORPORACIÓN PÚBLICA – Oportunidad / PROHIBICIÓN DE RETRACTO / CONCEJAL – Posesión / EXCEPCIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD – No procede respecto de la expresión «[…] y sin posibilidad de retracto», contenida en el artículo 2 de la Resolución 2276 de 2019

[L]a Sala evidencia que la Resolución 2276 de 2019 fue expedida por el Consejo Nacional Electoral, en ejercicio de las atribuciones constitucionales y legales, en especial, las conferidas por el numeral 1°, 3° y 4° del artículo 265 de la Constitución Política y los artículos 11 y 12 del Decreto Ley 2241 de 1986, […] De lo anterior resulta posible colegir que la Constitución Política previó un sistema de reglamentación especial en cabeza de ciertas entidades como el Consejo Nacional Electoral para «el cabal ejercicio de la función electoral». En otras palabras, dicha entidad tiene a su cargo la expedición de normas de naturaleza operativa y administrativa para regular temas que son de su competencia. Para la Sala, la citada resolución fue expedida de conformidad con la facultad constitucional prevista en los artículos 265 y 266 de la Constitución Política y, en esa medida, no se evidencia una contradicción evidente o palmaria con los postulados de la Carta Política, puesto que el mismo Estatuto Superior faculta a ciertos órganos del Estado, como el Consejo Nacional Electoral, a expedir actos de contenido normativo «[…] para el cabal ejercicio de la función electoral, siempre que tal facultad se entienda circunscrita a la regulación de "...aspectos técnicos y de mero detalle». Adicionalmente, cabe destacar que, si bien para la fecha en que se profirió el fallo de primera instancia y, en él, se inaplicó por inconstitucionalidad el aparte «[…] y sin posibilidad de retracto» contenido en el artículo 2° de la Resolución 2276 de 2019, no existía un pronunciamiento de la jurisdicción contencioso administrativa sobre su legalidad, en la actualidad la Sección Quinta de esta Corporación, mediante sentencia de 16 de diciembre de 2020, encontró ajustada a derecho dicha expresión. Dicha sentencia goza del atributo de cosa juzgada erga omnes frente a la causa petendi juzgada y es de obligatorio cumplimiento para las autoridades y los particulares. En dicha oportunidad, como

quedó analizado con anterioridad, esta Corporación examinó los mismos motivos que llevaron al Tribunal de primera instancia a aplicar la excepción de inconstitucionalidad del referido aparte, esto es, los relacionados con la falta de competencia y la violación al principio de reserva legal y, la conclusión fue negar las pretensiones de la demanda, al considerar que el Consejo Nacional Electoral tiene competencia para «[…] regular el desarrollo de procesos electorales, de normas de carácter operativo, expedidas por el CNE, para garantizar el cumplimiento de derechos y garantías de los diferentes partidos, movimientos y grupos de ciudadanos que participan en la contienda electoral en igualdad de condiciones, que en el caso particular ayudan a materializar el ejercicio de la aceptación de las curules obtenidas por derecho propio». En este sentido, no resulta aplicable la excepción de inconstitucionalidad sobre la expresión «[…] y sin posibilidad de retracto», contenida en el artículo 2° de la Resolución 2276 de 2019 en tanto si bien es cierto que al momento en que se expidió la sentencia de primera instancia objeto de reproche, la decisión de la Sección Quinta del Consejo de Estado no había sido proferida, también lo es que dicho acto administrativos se expidió con fundamento en las competencias que tenía el Consejo Nacional Electoral, órgano investido de facultades de reglamentación para regular temas de su competencia. Sumado a lo anterior, dicha figura tiene un carácter subsidiario frente al análisis de legalidad que efectúe esta jurisdicción lo que implica que, lo decidido por la Sección Quinta de esta Corporación mediante sentencia de 16 de diciembre de 2020 hace tránsito a cosa juzgada erga omnes en relación con la causa petendi juzgada y resulta de obligatorio cumplimiento. En consecuencia, la Sala revocará la sentencia apelada, en cuanto declaró de oficio la excepción de inconstitucionalidad sobre la expresión «[…] y sin posibilidad de retracto», contenida en el artículo 2° de la Resolución 2276 de 2019, de conformidad con las razones expuestas, como en efecto así se dispondrá en la parte motiva de esta providencia.

CORPORACIONES PÚBLICAS DE ELECCIÓN POPULAR DE LAS ENTIDADES TERRITORIALES – Curules / ESTATUTO DE LA OPOSICIÓN / CANDIDATO CON SEGUNDA MAYOR VOTACIÓN EN LAS ELECCIONES UNINOMINALES – Opción de poder ocupar una curul en la respectiva corporación pública / ACEPTACIÓN DE LA CURUL EN LA CORPORACIÓN PÚBLICA – Oportunidad / PLAZO TEMPORAL Y PROHIBICIÓN DE RETRACTO / CONCEJAL – Posesión

(i) Por mandato constitucional surge el derecho personal al candidato que le siga en votos de decidir si acepta o no el llamado, según lo disponen los artículos 112 de la Constitución Política, en concordancia con el 25 de la Ley 1909 de 2018. En este sentido, el ordenamiento constitucional le otorga al candidato que obtuvo la segunda mayor votación en las elecciones al cargo uninominal -entiéndase presidente, vicepresidente, gobernador departamental o alcalde distrital o municipal- la oportunidad de manifestar su decisión de aceptar o no un escaño en la corporación pública respectiva, de tal manera que depende de su voluntad la consolidación de su derecho. (ii) El candidato debe manifestar oportunamente la aceptación dentro de las 24 horas siguientes a la declaratoria de elección del cargo uninominal, por escrito y sin posibilidad de retracto ante la comisión escrutadora competente, según lo dispone el artículo 2° de la Resolución 2276 de 11 de junio de 2019- cuya presunción de legalidad nunca ha sido desvirtuada, al punto que esta jurisdicción declaró ajustada a derecho dicha expresión como quedó analizado-. (Iii) La sentencia de 16 de diciembre de 2020, proferida por la Sección Quinta del Consejo de Estado, mediante la cual declaró la legalidad de la expresión «[…] y sin posibilidad de retracto», contenida en el artículo 2° de la Resolución 2276 de 2019 es de obligatorio cumplimiento y tiene efectos erga

omnes en relación con la causa petendi analizada, tal y como lo dispone el artículo 189 del CPACA […] (iv) Para la Sala, la imposición de un plazo temporal y, con ello, la prohibición de retracto cumple las siguientes finalidades razonables: (i) en primer lugar, garantiza el buen funcionamiento de la organización electoral y con ello el cumplimiento de la Constitución Política que reconoce un derecho a favor del candidato que resultó derrotado en las elecciones uninominales; (ii) permite que en los tiempos y en la oportunidad prevista en la norma se puede efectuar la aplicación de la cifra repartidora y con ello tener certeza de quién va a resultar beneficiario de dicha prerrogativa constitucional. En esa medida, no resulta admisible que el concejal designado de forma caprichosa acepte la curul y luego desista, más aún si está en juego la representación de los derechos de la oposición. Valga resaltar que la reforma constitucional introducida con el Acto Legislativo 02 de 2015 fue concebida para garantizar los derechos de la oposición la cual es vista no solo como «[…] (i) una garantía institucional para las organizaciones políticas que participan en el sistema democrático que se declaren en oposición al Gobierno, por lo que se erige en un límite a las competencias legislativas»; sino también «(ii) un derecho fundamental de todos los ciudadanos a participar en el control del poder político» y, (iii) finalmente, redunda en la seguridad jurídica electoral que debe brindar el Consejo Nacional Electoral. (v) Presentada dicha aceptación, al candidato le asiste el deber de tomar posesión de su cargo, o lo que es lo mismo, prestar el juramento de cumplir y defender la Constitución, por cuanto dicho acto solemne lo vincula directamente con sus deberes, derechos y responsabilidades institucionales y, no hacerlo dentro de la oportunidad prevista por la ley- que para el caso de los concejales debe realizarse en la instalación del concejo o dentro de los tres (3) días siguientes- podría acarrear la muerte política, salvo que medie fuerza mayor. (vi) Resulta reprochable, entonces que, una vez efectuada la manifestación de aceptación, el llamado-designado no se posesione en el cargo, toda vez que con ello se afecta el principio de representación democrática y los derechos de la oposición los cuales no pueden quedar a su arbitrio.

PÉRDIDA DE LA INVESTIDURA – Naturaleza / PÉRDIDA DE LA INVESTIDURA – Concepto / PÉRDIDA DE LA INVESTIDURA – Finalidad

FUENTE FORMAL: CONSTITUCIÓN POLÍTICA – ARTÍCULO 112 / LEY 617 DE 2000 – ARTÍCULO 48 NUMERAL 3 / LEY 1909 DE 2018 – ARTÍCULO 24 / LEY 1909 DE 2018 – ARTÍCULO 25 / ACTO LEGISLATIVO 2 DE 2015 – ARTÍCULO 1 / RESOLUCIÓN 2276 DE 2019 CONSEJO NACIONAL ELECTORAL / LEY 1881 DE 2018 – ARTÍCULO 1 / LEY 2003 DE 2019 – ARTÍCULO 4

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCIÓN PRIMERA

Consejero ponente: ROBERTO AUGUSTO SERRATO VALDÉS

Bogotá D.C., once (11) de marzo de dos mil veintiuno (2021)

Radicación número: 15001-23-33-000-2020-01680-01(PI)

Actor: MESA DIRECTIVA DEL CONCEJO MUNICIPAL DE TINJACÁ (BOYACÁ), JHON JAIME BUITRAGO SIERRA, CESAR AUGUSTO GONZÁLEZ, UGO HERÁANDEZ CASTELLANOS

Demandado: NÉSTOR HUBEIMAR CANDELA REYES

Referencia: Pérdida de investidura

Tema: NO TOMAR POSESIÓN DEL CARGO COMO CAUSAL DE PÉRDIDA DE INVESTIDURA DE LOS CONCEJALES DESIGNADOS A OCUPAR UNA CURUL POR MANDATO DE LOS ARTÍCULOS 112 DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA Y 25 DE LA LEY 1909 DE 2018

SENTENCIA DE SEGUNDA INSTANCIA

La Sala decide el recurso de apelación interpuesto por el **Procurador 45 Judicial II para Asuntos Administrativos**, en su condición de agente del Ministerio Público, en contra de la **sentencia de 5 de agosto de 2020**, proferida por la **Sala Plena del Tribunal Administrativo de Boyacá**, mediante la cual se denegó la solicitud de pérdida de investidura presentada en contra del concejal del municipio de Tinjacá (Boyacá), ciudadano **Néstor Hubeimar Candela Reyes**.

I. ANTECEDENTES

I.1. La solicitud de pérdida de investidura

1. Los ciudadanos **Hugo Hernández Castellanos**, **John Jaime Buitrago Sierra** y **César Augusto González**, invocando su condición de **miembros de la Mesa Directiva del concejo Municipal de Tinjacá (Boyacá)** actuando en nombre propio y en ejercicio del medio de control previsto en el artículo 143 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo (en adelante CPACA), solicitaron a esta jurisdicción que se despojara de su investidura al ciudadano **Néstor Hubeimar Candela Reyes**[1],designado a ocupar la curul de concejal en virtud de lo dispuesto en los artículos 112 de la Constitución Política y 25 de la Ley 1909 de 2018, por haber sido el candidato con segunda mayor votación a la alcaldía de ese municipio.

I.1.1. La causal de pérdida de investidura invocada por el solicitante

[1] Archivo 2 del expediente digital.

2. Los solicitantes consideraron que el acusado incurrió en la causal de pérdida de investidura prevista en el numeral 3° del artículo 48 de la Ley 617 de 2000, esto es, por no haber tomado posesión del cargo dentro de los tres (3) días siguientes a la fecha de instalación del concejo municipal.

I.1.2. Los hechos que sustentan la causal de pérdida de investidura invocada por el solicitante

3. Como sustento de sus pretensiones, los integrantes de la citada Mesa Directiva señalaron que el ciudadano Néstor Hubeimar Candela Reyes se presentó a las elecciones de la Alcaldía Municipal de Tinjacá (Boyacá), para el período 2020-2023, obteniendo la segunda mejor votación.

4. Explicaron que, en aplicación del artículo 25 de la Ley 1909 de 2018 –Estatuto de la Oposición-, la Comisión Escrutadora de Tinjacá le otorgó al ciudadano Néstor Hubeimar Candela Reyes el término de 24 horas de que trata la Resolución 2276 de 2019 del Consejo Nacional Electoral para manifestar por escrito si aceptaba la curul a que tiene derecho por haber obtenido la segunda mejor votación para el cargo de Alcalde Municipal.

5. El ciudadano Néstor Hubeimar Candela Reyes, estando dentro de la oportunidad prevista en la Resolución 2276 de 2019, aceptó la curul del concejo y, por ende, en aplicación del artículo 263 de la Constitución Política, fue declarado electo como concejal del municipio de Tinjacá.

6. El 30 de diciembre de 2019 el acusado presentó escrito en el cual manifestó que no tomaría posesión al cargo de concejal.

7. Como consecuencia de lo anterior, la presidente del concejo para la época (período 2016-2019), elevó una consulta ante el Consejo Nacional Electoral con el fin de que se informara el procedimiento a seguir ante esa eventualidad.

8. Según consta en el Acta 001-2020, el día 1° de enero de 2020 tomaron posesión del cargo seis (6) de los siete (7) concejales electos a ocupar el concejo municipal de Tinjacá (Boyacá) y el ciudadano Néstor Hubeimar Candela Reyes se abstuvo del cumplimiento de ese deber.

I.1.3. La explicación de la causal de pérdida de investidura alegada

9. Manifestaron los accionantes que, en el caso que nos ocupa, se configuró la causal de pérdida de investidura prevista en el numeral 3° del artículo 48 de la Ley 617 de 2000, esto es, por no haber tomado posesión del cargo dentro de los tres (3) días siguientes a la fecha de instalación del concejo municipal.

10. Adujeron que *«[…] es indudable la flagrante violación a la norma citada como quiera que el concejal elegido no acudió el día de la instalación del cabildo municipal tal como se puede corroborar en el acta 001 de 2020 del Concejo Municipal de Tinjacá y la causal se configuró desde el día 8 de enero de 2020 tiempo en el cual se cumplieron los 3 días hábiles con los que contaba para acudir a su posesión».*

11. Sostuvieron que, si bien es cierto que, con fecha 30 de diciembre de 2019, el ciudadano Néstor Hubeimar Candela Reyes presentó escrito de renuncia al cargo de concejal, dicho trámite no se encontraba permitido dado que: (i) para el período anterior no fungió como concejal del municipio de Tinjacá; (ii) no podía renunciar a un cargo del cual no había iniciado período y mucho menos se había posesionado, y (iii) el actual concejo solo podía conocer de la renuncia si se hubiese posesionado en el cargo para el cual fue elegido.

12. Añadieron que el ciudadano Néstor Hubeimar Candela Reyes, en el mencionado escrito, argumentó asuntos personales que en nada justifican el deber y las obligaciones que contrajo al aceptar la curul como concejal.

I.2. Trámite de la solicitud de pérdida de investidura

13. La magistrada sustanciadora del proceso, mediante auto de 9 de julio de 2020[2], dispuso admitir la demanda formulada por la Mesa Directiva del concejo Municipal de Tinjacá (Boyacá) en contra del ciudadano Néstor Hubeimar Candela Reyes y ordenó el trámite previsto en la Ley 1881 de 2018. Surtidas las notificaciones personales al acusado y al agente del Ministerio Público el acusado allegó escrito de contestación.

---

[2] Archivo 9 del expediente digital.

I.3. La contestación de la demanda por el ciudadano Néstor Hubeimar Candela Reyes

14. El ciudadano Néstor Hubeimar Candela Reyes, por conducto de apoderado judicial y dentro de la oportunidad procesal correspondiente, se opuso a la solicitud de pérdida de investidura presentada en su contra, para lo cual presentó los argumentos que enunció en el siguiente orden: (i) la solicitud de aplicación de la excepción de inconstitucionalidad sobre el numeral 3° del artículo 48 de la Ley 617 de 2000; (ii) la aplicación de la excepción de inconstitucionalidad sobre la expresión *«[…] y sin posibilidad de retracto»* contenida en el artículo 2° de la Resolución 2276 de 2019 del Consejo Nacional Electoral, y (iii) la ausencia de tipicidad y antijuridicidad de la conducta e inexistencia de dolo o culpa[3].

(i) La solicitud de aplicación de la excepción de inconstitucionalidad sobre el numeral 3° del artículo 48 de la Ley 617 de 2000

15. Con sustento en algunos pronunciamientos de la Corte Constitucional, entre ellos los contenidos en las sentencias de tutela T-389 de 2009, T-808 de 2007 y T-424 de 2018, señaló que la excepción de inconstitucionalidad (que se fundamenta en el principio de supremacía constitucional reconocido en el artículo 4° de la Constitución Política) ha sido entendida como la facultad o posibilidad de los operadores jurídicos de inaplicar una norma por ser abiertamente inconstitucional; facultad que, anotó, puede ser ejercida de manera oficiosa o a solicitud de parte.

16. Consideró que existen diversos pronunciamientos, tanto de la Corte Constitucional como del Consejo de Estado, los cuales, de manera uniforme, han señalado que la causal de pérdida de investidura por no tomar posesión del cargo en las oportunidades previstas en la Constitución y la ley, busca garantizar el principio democrático de representación que exige que la confianza depositada por el elector no se vea frustrada por la decisión del elegido de no tomar posesión de su cargo.

17. En este punto de su argumentación, manifestó que la causal de pérdida de investidura prevista en el numeral 3° del artículo 48 de la Ley 617 de 2000 resulta aplicable a los miembros de las corporaciones públicas que **resulten elegidos** por voto popular, pues lo que se juzga precisamente es la ruptura del pacto político

[3] Archivo 12 del expediente digital.

existente entre el elector y el elegido como elemento fundamental de la democracia representativa.

18. Adujo que, a partir de una interpretación sistemática de la Constitución Política, era posible advertir que el *«derecho personal a ocupar una curul»* contenido en el artículo 112 superior, es un derecho fundamental, innominado, autónomo y especial que se desprende del derecho a la participación en política contenido en el artículo 40 del Estatuto Superior y del artículo 94 de la Carta. Colofón de lo expuesto, afirmó que es consustancial al derecho fundamental a la oposición política, reconocido expresamente en el artículo 3° de la Ley 1909 de 2018 y que goza de especial protección por el Estado y las autoridades. Afirmó, además, que la consecuencia jurídica que consagra la Constitución Política en caso de no aceptación de la curul consiste en asignar nuevamente la misma de acuerdo con la regla prevista en el artículo 263 del mismo Estatuto Fundamental.

19. En ese orden, sostuvo que ni la Constitución Política ni la Ley 1909 de 2018, establecen restricciones expresas a dicho derecho, razón por la cual, desde el punto de vista constitucional, no existe ninguna prohibición para su ejercicio y, por tanto, el llamado a ocupar una curul no se encuentra obligado a posesionarse.

20. Recordó que un derecho fundamental, en esencia, es un derecho subjetivo el cual se define como *«[…] el poder legal reconocido a un sujeto por el medio de una norma legal, para la persecución de intereses propios mediante la existencia de otro de hacer, permitir u omitir algo»,* lo que significa que el ordenamiento constitucional habilita a quien ostenta el derecho derivado del artículo 112 constitucional a ejercerlo o no, incluso, al momento de la posesión.

21. De esta manera, encontró satisfechos los presupuestos para aplicar la excepción de inconstitucionalidad sobre el numeral 3° del artículo 48 de la Ley 617 de 2000. Bajo tal premisa, el acusado sostuvo que, si bien, inicialmente y en aplicación de los artículos 112 de la Constitución Política, 25 de la Ley 1909 de 2018 y la Resolución 2276 de 2019 del Consejo Nacional Electoral, aceptó la curul en el concejo municipal de Tinjacá, posteriormente presentó escrito de renuncia dentro de la oportunidad y con la motivación del caso, en el cual manifestó su intención de no posesionarse; ello en ejercicio del derecho fundamental a la oposición política reconocido expresamente en el artículo 3° de la Ley 1909 de 2018.

22. Por ende, en su sentir, como ni la Carta Política ni la Ley 1909 de 2018 establecen restricciones a dicho derecho, lo cierto es que no estaba en la obligación de posesionarse, puesto que: *«[…] el ordenamiento constitucional habilita a quien ostente el derecho derivado del artículo 112 Constitucional a ejercerlo o no, incluso al momento de la posesión».*

23. De esta manera, aseguró que se debe inaplicar por inconstitucional el numeral 3° del artículo 48 de la Ley 617 de 2000, en la medida en que dicho precepto desconoce expresamente los artículos 40 y 112 de la Constitución y el artículo 3° de la Ley 1909 de 2018, *«[…] además de vulnerar todas las garantías que se desprenden del derecho fundamental al debido proceso, iniciando por el principio de legalidad».*

24. Añadió que no resulta posible la adecuación típica de la conducta, en tanto que la causal invocada se refiere a la posesión de quienes, desde un principio, aspiraron al concejo municipal. Sin embargo, como la reforma constitucional del año 2015 introdujo un nuevo derecho fundamental, en el artículo 112 superior se estableció un escenario fáctico y jurídico diferente pues se reconoce un derecho personal, de raigambre constitucional, al candidato que haya obtenido la segunda mejor votación a la Alcaldía Municipal. Señaló que, en el anterior contexto, se advierte la existencia de una antinomia jurídica entre el artículo 48, numeral 3°, de la Ley 617 de 2000 y el artículo 112 constitucional, la cual debe ser resuelta privilegiando los postulados constitucionales.

(ii) La solicitud de aplicación de la excepción de inconstitucionalidad sobre la expresión «y sin posibilidad de retracto» contenida en el artículo 2° de la Resolución 2276 de 2019 del Consejo Nacional Electoral

25. Con sustento en la jurisprudencia contenida en las sentencias C- 818 de 2001. C-791 de 2011 y C-933 de 2004 de la Corte Constitucional, sostuvo que el derecho personal reconocido en el artículo 112 de la Constitución Política es consustancial al derecho fundamental a la oposición política previsto en el artículo 3° de la Ley 1909 de 2018. En ese contexto, consideró que no existe duda que la reglamentación y, en todo caso, la eventual limitación a dicho derecho, se encuentra sujeta a la reserva de ley estatutaria, tal y como lo sostuvo la misma Corte Constitucional en la sentencia C-818 de 2001.

26. Puso de presente que la jurisprudencia constitucional ha señalado que la Constitución Política de 1991, en los artículos 152 y 153, consagró un procedimiento legislativo cualificado en aquellas materias que el constituyente consideró de mayor trascendencia dentro del Estado Social de Derecho, según el cual deben tramitarse a través de leyes estatutarias, entre otras materias, las llamadas a regular derechos fundamentales.

27. Por tal motivo, la regulación de aspectos inherentes al ejercicio de los derechos y primordialmente aquella que signifique la consagración de límites, restricciones, excepciones y prohibiciones que afecten el núcleo esencial de los mismos, debe realizarse a través del trámite de una ley estatutaria.

28. Indicó que, de la lectura integral del artículo 112 constitucional, era posible deducir que ese canon constitucional no establece restricción alguna al derecho personal reconocido al candidato vencido, más allá de señalar que, en caso de no aceptación de la curul en las corporaciones públicas de las entidades territoriales, esta debe distribuirse de acuerdo con la regla general de asignación prevista en el artículo 263 superior. Por su parte, la Ley 1909 de 2018 -Estatuto de la Oposición- no introdujo disposiciones referentes a la consagración de límites, restricciones, excepciones y prohibiciones llamadas a afectar el núcleo esencial de ese derecho.

29. En cambio, anotó que con la Resolución 2276 de 2019 del Consejo Nacional Electoral se incorporaron prohibiciones expresas al ejercicio del derecho fundamental contenido en el artículo 112 de la Constitución Política, en la medida en que dicha norma no solo regula la oportunidad de aceptar la curul en la corporación pública, sino que además señala que debe realizarse por una sola vez y sin posibilidad de retracto.

30. Por todo lo expuesto, solicitó la inaplicación de la expresión *«y sin posibilidad de retracto»,* contenida en el artículo 2° de la Resolución 2276 de 2019, dado que el Consejo Nacional Electoral reglamentó un derecho fundamental, tarea que resulta ser de competencia exclusiva del Congreso de la República por vía de una ley estatutaria.

(iii) Ausencia de tipicidad y antijuricidad de la conducta e inexistencia de dolo o culpa

31. Luego de hacer énfasis en el postulado del artículo 29 de la Constitución Política que señala que nadie puede ser juzgado sino conforme a las leyes preexistentes al acto que se le imputa ante el juez o tribunal competente y con observancia de la plenitud de las formas propias de cada juicio así como la interpretación que ha hecho de dicho principio la Corte Constitucional, el acusado afirmó que no resulta posible hacer la adecuación típica de la conducta, en tanto que la causal de pérdida de investidura prevista en el numeral 3° del artículo 48 de la Ley 617 de 2000 se refiere a la posesión de quienes, desde un principio, aspiraron al concejo municipal.

32. En este contexto consideró que, con la reforma constitucional introducida en el año 2015, que reconoce en el artículo 112 de la Constitución un derecho personal al candidato que obtuvo la segunda mejor votación a la Alcaldía resulta imposible la aplicación de la causal invocada por la parte demandante que, de hacerse, cercenaría varios postulados constitucionales.

33. Igualmente, entendió que el requisito de antijuricidad de la conducta no se satisface en el presente caso dado que el ciudadano Néstor Hubeimar Candela Reyes se amparó en un derecho fundamental de rango constitucional, sin quebrantar con ello la buena marcha de la función pública, el cumplimiento de los fines y funciones del Estado y el interés general.

34. Finalmente, advirtió que no existió ninguna conducta dolosa o gravemente culposa.

I.4. Trámite del proceso judicial

35. La magistrada sustanciadora del proceso en primera instancia, mediante auto de 27 de julio de 2020, abrió el proceso a pruebas y decidió: (i) tener como pruebas los documentos aportados con la demanda y vistas en los archivos 3 a 6 del expediente digital; (ii) tener como pruebas las aportadas con la contestación de la demanda y vistas en el archivo 12 del expediente digital; (iii) decretar la prueba documental del Oficio de 29 de abril de 2020, suscrito por el Consejo Nacional Electoral anunciado en la página 17 de la contestación de la demanda, y (iv) fijar

fecha para la realización de la audiencia pública de que tratan los artículos 11 y 12 de la Ley 1881 de 2018[4].

36. La Sala Plena del Tribunal Administrativo de Boyacá, el 3 de agosto de 2020, realizó la audiencia pública de que tratan los artículos 11 y 12 de la Ley 1881 de 2018 y de ella se levantó la correspondiente acta.

37. La parte actora solicitó que se decretara la pérdida de investidura del acusado, al considerar que incurrió en la causal de pérdida de investidura prevista en el numeral 3° del artículo 48 de la Ley 617 de 2000, esto es, por no tomar posesión del cargo y, en sustento de ello, reiteró los argumentos esgrimidos en la demanda.

38. Por su parte, el Procurador 45 Judicial II para Asuntos Administrativos, agente del Ministerio Público en la primera instancia de este proceso solicitó que se decretara la pérdida de investidura del acusado y en apoyo de su postura presentó los siguientes argumentos:

39. En primer lugar, indicó que la pérdida de investidura constituye una herramienta mediante la cual el constituyente buscó asegurar el cumplimiento de las obligaciones de los representantes elegidos popularmente y uno de los mecanismos de la democracia participativa y deliberativa que permite a los ciudadanos ejercer directamente un control sobre sus representantes por causales precisas de rango constitucional y desarrolladas mediante la ley, encaminadas a preservar la integridad de la función de representación política.

40. En segundo lugar, afirmó que los ciudadanos pueden exigir de los servidores públicos de elección popular que tomen posesión del cargo en el que han sido designados por voto popular, de modo que no se trata de un derecho que puede ser ejercido de forma discrecional. Ahora, para la vista fiscal el hecho de que el demandado no haya sido candidato al concejo municipal, sino a la alcaldía del ente territorial, no modifica en nada el derecho a la participación política de los ciudadanos, pues en ambos casos los ciudadanos votan para elegir a una autoridad local. De allí que se trata de un derecho de los ciudadanos, más no del elegido.

---

[4] Archivo 14 del expediente digital.

41. En tercer lugar, indicó que carece de asidero afirmar que el elegido tenía la facultad de posesionarse, pues en la oportunidad prevista por el legislador decidió aceptar libremente la curul que se le asignó, en virtud de lo dispuesto en el artículo 25 de la Ley 1909 de 2018.

42. En cuarto lugar, precisó que la Resolución 2276 de 2019 del Consejo Nacional Electoral no resultaba inconstitucional, en tanto no reglamentó el derecho fundamental a la participación política, pues es la Ley 1909 de 2018 la que prevé el derecho de los candidatos que sigan en votos a quien la autoridad electoral declare elegido como alcalde municipal para ocupar una curul en el concejo municipal e indica la forma en que dicho derecho debe ejercerse.

43. Finalmente, encontró demostrado el elemento subjetivo, pues a su juicio el proceder del demandado configura culpa grave, pues la Ley 136 de 1994 establece, de manera precisa, la oportunidad en la que los concejales deben tomar posesión del cargo.

44. Por su parte, la parte demandada reiteró los argumentos de la contestación de la demanda dirigidos a solicitar la aplicación de la excepción de inconstitucionalidad respecto del numeral 3° del artículo 48 de la Ley 617 de 2000 y del artículo 2° de la Resolución 2276 de 2019.

I.5. La sentencia de primera instancia proferida por el Tribunal Administrativo de Boyacá

45. La Sala Plena del Tribunal Administrativo de Boyacá, mediante sentencia de 5 de agosto de 2020, inaplicó por inconstitucionalidad y para el caso específico el aparte *«[…] y sin posibilidad de retracto»* contenido en el artículo 2° de la Resolución 2276 de 2019 *«Por medio de la cual se establecen medidas para la aplicación del artículo 25 de la Ley 1909 de 2018»,* expedida por el Consejo Nacional Electoral, luego de lo cual denegó la solicitud de pérdida de investidura[5].

46. Inicialmente hizo referencia a la naturaleza jurídica del medio de control de pérdida de investidura con el fin de destacar que tiene carácter sancionatorio, motivo por el cual, al comportar una restricción severa de los derechos políticos, se encuentra sujeto a las garantías asociadas al debido proceso, entre las cuales

[5] Archivo 31 del expediente digital.

se destacan la aplicación de los principios de legalidad, tipicidad y la prohibición de la analogía y de las interpretaciones extensivas.

47. Sumado a ello, y con apoyo en la jurisprudencia de esta Corporación, consideró que toda solicitud de pérdida de investidura debe reunir dos requisitos esenciales, esto es, la indicación de la causal y su debida explicación, los cuales encontró satisfechos en el presente caso, y tras cotejar los elementos de juicio arrimados al proceso, el *a quo* encontró probado lo siguiente: (i) que el ciudadano Néstor Hubeimar Candela Reyes se postuló al cargo de alcalde del municipio de Tinjacá; (ii) que el acusado obtuvo la segunda mayor votación y, en virtud del derecho que le asistía por mandato del artículo 25 de la Ley 1909 de 2018, inicialmente aceptó la curul en el concejo municipal y, luego, renunció a ella, y (iii) que el Consejo Nacional Electoral, mediante concepto CNE-AIV-1390-2020 de 29 de abril de 2020, informó que el candidato que debe ser llamado a ocupar dicha curul, de acuerdo al sistema de la cifra repartidora, es el ciudadano Wilson Ricardo Chacón González.

(i) El estudio de la excepción de inconstitucionalidad de la expresión «*y sin posibilidad de retracto*», contenida en el artículo 2° de la Resolución 2276 de 2019

48. El mismo Tribunal advirtió que la expresión «*y sin posibilidad de retracto*» contenida en el artículo 2° de la Resolución 2276 de 2019, resultaba abiertamente inconstitucional y, como sustento a su postura, señaló los siguientes argumentos:

(i) En primer lugar, la potestad reglamentaria que tiene asignada ciertos órganos constitucionales no puede abarcar terrenos que tengan reserva de ley ordinaria o estatutaria y, por ello, sean de resorte exclusivo del legislador. En este sentido, *«[…] si bien el Consejo Nacional Electoral está revestido de la facultad reglamentaria, lo cierto es que no puede, en manera alguna, desbordar la norma que le sirve de sustento para desarrollar su contenido»;*

(ii) En segundo lugar, el artículo 25 de la Ley 1909 de 2018 no delegó la potestad de reglamentar dicho contenido normativo en el Consejo Nacional Electoral, como sí ocurrió, por ejemplo, en los artículos 13 a 15 de dicha ley estatutaria y en relación con el acceso a medios de comunicación;

(iii) En tercer lugar, la Resolución 2276 de 2019, so pretexto de establecer medidas para la aplicación del artículo 25 de la Ley 1909 de 2018, no podía agregar consecuencias o limitación alguna al ejercicio de un derecho fundamental como la oposición;

(iv) Finalmente, si bien el Consejo Nacional Electoral tiene la facultad de regular asuntos relativos a los candidatos, partidos, movimientos políticos, por mencionar algunos, dicha prerrogativa no puede extenderse a fijar restricciones que la ley estatutaria no previó ni se pueden establecer condiciones que ella no fijó.

49. Fue así cómo el tribunal de primera instancia inaplicó por inconstitucional, y para el caso concreto, la expresión *«[…] y sin posibilidad de retracto»,* contenida en el artículo 2° de la Resolución 2276 de 2019, expedida por el Consejo Nacional Electoral, al concluir que *«[…] resulta abiertamente inconstitucional, en la medida no sólo que reglamenta una ley sin competencia legal para ello, y adicionalmente, restringe, regula o reglamenta el ejercicio de un derecho fundamental que, ni por asomo, está prevista en la ley ni mucho menos en la Constitución Política».*

(ii) El estudio de la causal prevista en el numeral 3° del artículo 48 de la Ley 617 de 2000

50. El tribunal de primera instancia hizo alusión a las sentencias SU-632 de 2017 y la C- 427 de 1995 de la Corte Constitucional, así como a los precedentes judiciales de esta Corporación contenidos en las sentencias de 20 de junio de 2013[6], de 28 de enero de 2016[7], de 2 de junio de 2016[8], de 6 de abril de 2017[9], de 14 de septiembre de 2017[10], de 10 de noviembre de 2017[11], de 26 de septiembre de 2018[12], de 28 de mayo de 2019[13], de 14 de junio de 2019[14] y de 29 de octubre de 2019[15] en las cuales, de manera uniforme, se ha señalado que la causal de pérdida de investidura por no tomar posesión del cargo pretende sancionar la ruptura del compromiso del elegido frente al electorado que depositó su confianza en él.

---

[6] Radicación: 17001-23-31-000-2012-00215-02(PI), C.P.: Guillermo Vargas Ayala.
[7] Radicación: 05001-23-33-000-2013-01271-01(PI, CP: Roberto Augusto Serrato Valdés.
[8] Radicación: 19001-23-23-003-2015-00496-01(PI), CP: Roberto Augusto Serrato Valdés.
[9] Radicación: 05001-23-33-000-2016-00444-01(PI), CP: Roberto Augusto Serrato Valdés.
[10] Radicación: 23001-23-33-000-2017-00091-01(PI), CP: María Elizabeth García González.
[11]Radicación: 6001-23-33-002-2016-00055-01(PI), CP: Oswaldo Giraldo López.
[12] Radicación: 11001-03-15-000-2018-02616-00(PI), CP: William Hernández Gómez.
[13] Radicación: 1001-03-15-000-2018-03883-01(PI), CP: William Hernández Gómez.
[14] Radicación: 11001-03-15-000-2018- 02615-00(PI)), CP: Alberto Montaña Plata.
[15] Radicación: 11001-03-15-000-2018-02616-01(PI), CP: Hernando Sánchez Sánchez.

51. En esa medida, aseveró que para la configuración de la causal de pérdida de investidura prevista en el numeral 3° del artículo 48 de la Ley 617 de 2000 debe acreditarse que, en efecto, el candidato se postuló, resultó elegido y no tomó posesión del cargo, lo cual resulta diferente a la participación en un cargo uninominal como es la alcaldía municipal. Luego, entonces, como el ciudadano Néstor Hubeimar Candela Reyes no participó en las elecciones en el concejo, mal podría considerarse que desatendió su deber de posesionarse y que defraudó la confianza de los votantes.

52. En desarrolló de la citada línea argumentativa, formuló las siguientes conclusiones:

> […] si el demandado no participó en las elecciones del concejo municipal, no podrá concluirse que desatendió su deber de posesión ni mucho menos que defraudó la confianza de los votantes. Dicho de otra forma, **si no existe una causal de pérdida de investidura relacionada con el desistimiento en la aceptación de la curul obtenida por el derecho personal previsto en el artículo 112 de la Constitución Política, no puede predicarse la aplicación de la causal señalada por la mesa directiva solicitante,** toda vez que, como bien lo señaló el demandado, esta se aplica a quienes, desde un principio, aspiraron al concejo municipal.
>
> Recuérdese que la jurisprudencia del Consejo de Estado ha sido enfática en señalar que, "en materia de pérdida de investidura, las conductas sancionables deben estar plenamente determinadas en la Constitución Política o en la ley "[…] con el ánimo de excluir cualquier tipo de arbitrariedad en la aplicación de los supuestos fácticos y normativos que realice el juez, quien deberá estar siempre sometido al espectro conductual **fijado por la literalidad de la prohibición o circunstancia causante de la pérdida de investidura** […]"; esto es, se debe verificar la materialización objetiva de la conducta típica reprochable."
>
> Y es que no puede ser otra la reflexión pues, en términos de la jurisprudencia del Consejo de Estado, la causal en mención se

materializa cuando **no se toma posesión del cargo para el cual fue elegido** que, indudablemente, debe ser el de concejal y no el de alcalde. (Destacado y subrayado es original).

53. Aseguró que hacer extensiva por analogía la causal de pérdida de investidura prevista en el numeral 3° del artículo 48 de la Ley 617 de 2000 a aquellos candidatos que acceden a una curul en el concejo por su derecho personal otorgado por la Constitución Política, desconoce la interpretación restrictiva y la taxatividad que caracteriza este medio de control.

54. Fue así cómo consideró que el ciudadano Néstor Hubeimar Candela Reyes sí podía renunciar a su derecho frente a la curul del concejo municipal de Tinjacá y, por tanto, no estaba obligado a posesionarse el 1° de enero de 2020, cuando se instaló dicha corporación y resaltó que, si bien tal decisión afecta la cifra repartidora, no es constitutiva de causal de pérdida de investidura, lo que sí podía dar lugar era a otro tipo de sanciones.

55. A continuación, centró su atención en los argumentos medulares de la demanda relativos a que la Mesa Directiva no podía adelantar el trámite de la denuncia, pues el ciudadano Néstor Hubeimar Candela Reyes no tomó posesión del cargo, para lo cual indicó:

> […] Ahora, la Mesa Directiva argumentó que la presentación del escrito presentado por el demandado no podía adelantarse porque para el 30 de diciembre de 2019 no fungía como concejal y no podía renunciar a un cargo del cual no había iniciado el periodo ni se había posesionado. Frente a este argumento basta señalar que, si bien el señor Candela Reyes anunció una renuncia irrevocable, también manifestó el desistimiento de la aceptación de la curul al concejo y anticipó que no tomaría posesión del cargo; en ese sentido, la interpretación natural y obvia que se le puede dar a este documento debe ser que, si no se había posesionado, su fin se dirigía a renunciar al derecho personal que le concedía el artículo 112 de la Constitución Política, nada más.
>
> También, la solicitante argumentó que el actual concejo municipal solo podía conocer de la renuncia si el demandado se hubiese posesionado en el cargo y, posteriormente, renunciado. Este argumento tampoco

> tiene vocación de prosperidad para lograr la pérdida de investidura solicitada porque, precisamente, el fin de la norma era aceptar o no la curul y esto fue lo que hizo el accionado, luego era innecesaria la posesión para después presentar la renuncia […].

56. Precisó que si bien es cierto que los ciudadanos pueden exigir a las autoridades que tomen posesión de su cargo, también lo es que, en casos como el analizado, tal requerimiento opera únicamente frente a quien accede a la curul a través del voto y no cuando la curul deriva del derecho personal previsto en el artículo 112 de la Constitución Política.

57. Así las cosas, concluyó que *«[…] (i) la curul obtenida no devino directamente del favor popular sino del derecho personal derivado de su participación en la elección de alcalde municipal y (ii) la causal de pérdida de investidura contenida en el numeral 3º del artículo 48 de la Ley 617 de 2000 se configura por la defraudación de la confianza del electorado, no será otro el resultado que no se configura el requisito de tipicidad y, por consiguiente, se deberá negar la solicitud presentada por la Mesa Directiva del Concejo Municipal de Tinjacá».*

I.6. El recurso de apelación interpuesto por el agente del Ministerio Público

58. El Procurador 45 Judicial II para Asuntos Administrativos, en su condición de agente del Ministerio Público e inconforme con la sentencia de primera instancia, presentó recurso de apelación y solicitó la revocatoria de la decisión judicial, para que, en su lugar, se accediera a la pérdida de investidura del ciudadano Néstor Hubeimar Candela Reyes[16].

59. En criterio de la vista fiscal, la imposibilidad de retracto, *«[…] se entiende incorporada en el conjunto normativo que regula la elección de voto popular»,* pues una vez en firme el acto que declaró la elección– ya sea que se trate de una elección directa o por mandato del artículo 112 de la Constitución- el candidato tiene la obligación de tomar posesión del cargo en las oportunidades previstas en la ley. Para el efecto, formuló los siguientes reparos:

> […] la tesis del Tribunal sostiene que sin la Resolución No. 2276 particularmente su artículo 2°, el candidato que obtuvo la segunda

[16] Archivo 33 del expediente digital.

votación a la alcaldía puede retractarse de aceptar la curul, lo cual eximiría de la obligación que tiene el elegido de tomar posesión del cargo. Sin embargo, frente a esta tesis se pueden presentar dos objeciones, a saber. En primer lugar, si se admite la posibilidad de retracto, ello no puede darse sino antes de que la correspondiente comisión escrutadora declare la elección de los concejales, pues si tal retractación ocurre con posterioridad, como ocurrió en el caso del concejal demandado en este proceso, ello resultaría ineficaz, por lo menos a los efectos de tal declaración de elección; es decir, a los efectos de establecer las personas que compondrán la corporación. Así, la "retractación" podría aceptarse o considerarse sólo si se presenta con anterioridad a la firmeza del acto de declaración de elección y no si se presenta con posterioridad, pues ello sería jurídicamente intrascendente.

En segundo lugar, la tesis del Tribunal también parte de la base de que existe la posibilidad de retracto solo para el concejal electo que obtuvo la segunda votación a la alcaldía, esto es quien ha sido elegido en la correspondiente corporación de elección popular mediante el derecho previsto en el artículo 25 de la Ley 1909 de 2018, pues este derecho, además de ser personal, es de carácter fundamental. Sin embargo, la naturaleza fundamental que pueda tener este derecho no puede llegar hasta la posibilidad de otorgar un privilegio a su titular, permitiéndole que una vez aceptada la curul y luego de declararse su elección junto con la de los demás concejales, pueda *"retractarse"* y, por esa vía, abstenerse de tomar posesión, pues el hecho de que haya sido elegido en virtud de ese derecho no tendría por qué constituirse en un factor de tratamiento diferenciado frente a los demás concejales, en el sentido de que sólo los demás, una vez se les haya declarado su elección adquirirían la obligación de tomar posesión, "sin posibilidad de retracto", pero no el elegido en el evento del artículo 25 de la ley 1909 de 2018, a quien por ese solo hecho no adquiría tal obligación.

La conclusión entonces es que no es la Resolución 2276 de 2019, expedida por el Consejo Nacional Electoral (art. 2°), la que impide el retrato del concejal, sino que tal previsión se deduce de la normativa prevista para los concejales cuya elección ha sido declarada,

> independientemente de si los elegidos desde el inicio fueron candidatos a la corporación, o si lo fueron a la alcaldía, pues una vez declarada su elección, todos adquieren la obligación de tomar posesión del cargo en las oportunidades previstas por la ley. O, en otro sentido, si se acepta la posibilidad de retracto, -entendida como la renuncia a la curul una vez declarada la elección, debe aceptarse para todos los elegidos, pues de lo contrario se establecerían discriminaciones o privilegios respecto de las obligaciones que los elegidos adquieren, entre otras, la de tomar posesión […].

60. Contrario a lo sostenido por el tribunal de primera instancia, considera que la causal prevista en el numeral 3° del artículo 48 de la Ley 617 de 2000 sí resulta aplicable a los candidatos designados por mandato de los artículos 112 de la Constitución y 25 de la Ley 1909 de 2018. Para sustentar dicha afirmación aseguró lo siguiente:

> […] En efecto, ni siquiera podría aducirse que la elección se dio de manera indirecta, pues, aunque es cierto que el candidato inicialmente se postuló a la alcaldía y no al Concejo, con la aceptación de la curul en virtud de lo previsto en el artículo 25 de la Ley 1909 de 2018 el propio candidato acepta que los votos obtenidos ahora tengan como propósito la obtención de esa curul. Y nótese que, en ambos casos, es decir, tanto en la elección cuando la persona desde el inicio se postula al Concejo Municipal como en el caso de su postulación a la alcaldía, lo que determina la elección son los votos depositados por los ciudadanos, pues si tal persona no hubiese obtenido la segunda votación a la alcaldía no tendría la opción de decidir si esos votos pueden ser “utilizados” para obtener una curul en la correspondiente Corporación de elección popular. En otras palabras, son los ciudadanos quienes en uno y en otro caso otorgan la curul en la respectiva Corporación y no la voluntad del elegido. Lo que sucede es que el momento o, mejor, el orden en que se produce el pacto político específico entre los ciudadanos y la persona elegida es diferente, pues mientras en el caso de la elección del concejal cuando desde el inicio éste se postuló al Concejo se produce el día de las votaciones, en el caso de que la postulación inicialmente haya sido para alcaldía, dicho pacto se consolida en el momento en que se hace uso de la opción

> prevista en el artículo 25 de la Ley 1909 de 2018, esto es, cuando el candidato que obtuvo la segunda votación a la alcaldía manifiesta su voluntad de aceptar la curul; pero se insiste en que en ambos casos hay pacto político que desde luego debe ser respetado por el elegido.

61. En esa medida, el agente del Ministerio Público considera que la causal de pérdida de investidura por no tomar posesión del cargo resulta aplicable no solo para los concejales elegidos sino, también, para los designados y ello, en modo alguno, implica hacer una interpretación extensiva de esa causal.

62. Para terminar, formula la siguiente reflexión:

> […] Si se aceptara que el concejal así elegido, pese a que libremente aceptó la curul no tuviera las mismas obligaciones que los demás declarados elegidos, como la de tomar posesión del cargo, habría que aceptar, también, que bien pudiere dicho concejal estar exento de cumplir otras, como la asistencia a las sesiones, en tanto para cumplir tales funciones tampoco existiría el pacto político entre el (sic) tal persona y los ciudadanos […]

I.7. Trámite del recurso de apelación

63. La magistrada a cargo de la sustanciación del proceso en primera instancia, mediante auto de 27 de agosto de 2020[17], concedió, en el efecto suspensivo, el recurso de apelación interpuesto por el agente del Ministerio Público.

64. Repartido el proceso en segunda instancia [fols. 25, cuaderno Consejo de Estado], el despacho sustanciador del proceso en esta instancia, a través de auto de 2 de octubre de 2020, admitió el recurso de apelación y corrió traslado de esa providencia, en los términos del artículo 14 de la Ley 1881 de 2018, a las partes y al agente del Ministerio Público [fols. 27 a 28, cuaderno Consejo de Estado].

65. Una vez notificada a las partes la precitada providencia judicial [fols. 29 a 35, cuaderno Consejo de Estado], únicamente presentó su intervención el acusado, para lo cual reiteró los argumentos esbozados en el escrito de contestación de la demanda en torno a la inaplicabilidad del numeral 3° del artículo 48 de la Ley 617

[17] Archivo 35 del expediente digital.

de 2000 y el artículo 2° de la Resolución 2276 de 2019 del Consejo Nacional Electoral.

66. El Procurador Quinto Delegado con funciones de intervención judicial ante esta Corporación, en esta oportunidad procesal, guardó silencio.

II. CONSIDERACIONES DE LA SALA

67. La Sala de Decisión, a efectos de resolver la presente controversia, abordará los siguientes aspectos: i) competencia de la Sala; ii) la legitimación en la causa por activa; (iii) la legitimación en la causa por pasiva; (iv) el planteamiento del problema jurídico a resolver; (v) los elementos de juicio aportados al proceso; (vi) la naturaleza jurídica de la institución de la pérdida de investidura, concepto y finalidad, para luego analizar; (vii) las particularidades del caso atendiendo el régimen jurídico introducido con el Acto Legislativo 2 de 2015 -Reforma de Equilibrio de Poderes- y la Ley 1909 de 2018 -Estatuto de la Oposición-, la Resolución 2276 de 2019 y las decisiones judiciales en esta materia; (viii) la causal específica prevista en el numeral 3° del artículo 48 de la Ley 617 de 2000, esto es, por no tomar posesión del cargo, de acuerdo con el nuevo marco jurídico introducido por el Acto Legislativo 2 de 2015 y la Ley 1909 de 2018 -Estatuto de la Oposición-; (ix) la excepción de inconstitucionalidad en el presente caso, y luego se pronunciará en relación con (x) el caso concreto, oportunidad en la que analizará si, en el caso que nos ocupa, se presentan los requisitos para la configuración de la causal de pérdida de investidura invocada (elementos objetivos y el subjetivo).

II.1. La competencia

68. Esta Sala de Decisión es competente para decidir esta controversia en virtud de lo dispuesto en el parágrafo 2° del artículo 48 de la Ley 617; en el artículo 13 del Acuerdo 80 expedido el 12 de marzo de 2019[18]; y en el artículo 150 del CPACA[19].

II.2. La legitimación en la causa por activa

---

[18] «Por el cual se expide el Reglamento Interno del Consejo de Estado».
[19] «Por la cual se expide el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo».

69. La Mesa Directiva del concejo municipal de Tinjacá (Boyacá) goza de legitimación en la causa por activa para incoar la presente demanda, dado que la pérdida de investidura es una acción pública por lo que puede ser ejercida por cualquier persona en ejercicio del derecho a participar en el control político[20] y, además, por mandato del legislador, las Mesas Directivas gozan de la atribución especial para presentar demandas de pérdida de investidura, de conformidad con los artículos 2° y 4 de la Ley 1881 de 2018.

II.3. La legitimación en la causa por pasiva

70. En el expediente reposa copia del acta parcial correspondiente al resultado de los escrutinios de la elección del concejo municipal de Tinjacá (Boyacá), realizada el 27 de octubre de 2019, en el cual consta que el ciudadano Néstor Hubeimar Candela Reyes fue designado como concejal por haber sido el candidato con segunda mayor votación a las elecciones a la Alcaldía de ese municipio, en aplicación del artículo 112 de la Constitución Política, en concordancia con el artículo 25 de la Ley 1909 de 2018.

71. Como consecuencia de lo anterior, el acusado, al ser designado como concejal, por ser el candidato con segunda mayor votación en las elecciones a la Alcaldía, luego de haber manifestado su aceptación para ocupar dicha curul, es sujeto pasivo del presente medio de control de pérdida de investidura.

II.4.- El planteamiento del problema jurídico

72. La Sala de Decisión debe entrar a determinar si en el presente caso se configuran los elementos objetivos y subjetivos para despojar de su investidura al ciudadano Néstor Hubeimar Candela Reyes, por haber incurrido en la causal de pérdida de investidura prevista en el numeral 3° del artículo 48 de la Ley 617 de 2000, esto es, por no haber tomado posesión del cargo dentro de los tres (3) días siguientes a la fecha de instalación del concejo municipal de Tinjacá (Boyacá).

II.5.- Lo probado en el proceso

73. En el proceso constan las siguientes pruebas documentales:

---

[20] SU- 516 de 2019.

(i) Acta de escrutinio parcial de las elecciones celebradas el 27 de octubre de 2019, en la cual se señala:

> […] **DECLARATORIA DE ELECCIÓN.**
>
> En consecuencia, se declaran electos como CONCEJALES del departamento de BOYACÁ, municipio de Tinjacá para el período 2020-2023, a los siguientes candidatos:
>
> […]

PARTIDO Y/O MOVIMIENTO POLÍTICO	CANDIDATO	CÉDULA
[…] 0012- MOVIMIENTO ALTERNATIVO INDÍGENA SOCIAL	CANDELA REYES NÉSTOR HUBEIMAR*	[…]

> *Teniendo en cuenta que al momento de realizar la declaratoria de Alcalde el segundo Candidato con mayor votación NÉSTOR HUBEIMAR CANDELA REYES, **manifestó por escrito la decisión de aceptar la curul al CONCEJO, se asigna dando aplicación al artículo 25 de la Ley 1909 de 2018. Por lo tanto, se restará una curul del número de curules a proveer**[21]». (Destacado de la Sala).

(ii) Escrito de 30 de diciembre de 2019, mediante el cual el señor Néstor Hubeimar Candela Reyes señala:

> […] Yo, NÉSTOR HUBEIMAR CANDELA REYES, identificado con cédula de ciudadanía número […] de Tinjacá, en cumplimiento al artículo 25 de la Ley 1909 de 09 de junio de 2018 “por medio de la cual se adoptan (sic) el estatuto de la oposición política y algunos derechos a las organizaciones políticas independientes” … los candidatos que ocuparon el segundo puesto en votación, deberán manifestar por

[21] Anexo 1 del archivo 3 del expediente digital.

escrito ante la comisión escrutadora competente, su decisión de aceptar o no la curul en las Asambleas Departamentales y Concejos Distritales y Municipales. **Aceptada la curul el 29 de octubre de 2019** al concejo municipal, **manifiesto a ustedes mi RENUNCIA IRREVOCABLE Y DESISTO DE LA ACEPTACIÓN DE LA CURUL AL CONCEJO por motivos personales, además NO TOMARÉ POSESIÓN al cargo de CONCEJAL** por el Municipio de Tinjacá –Boyacá, para el período 2020 al 2023, por el PARTIDO MOVIMIENTO ALTERNATIVO INDÍGENA Y SOCIAL- MAIS.

La presente se expide con copia a la Registraduría Nacional del Estado Civil […][22] (Destacado de la Sala).

(iii) Acta 001-20200 de 1 de enero de 2020 contentiva de la sesión inaugural del concejo municipal de Tinjacá (Boyacá) para el período constitucional 2020-2024 en la cual se evidencia que el ciudadano Néstor Hubeimar Candela Reyes no asistió a esa sesión ni tomó posesión del cargo[23].

(iv) Constancia expedida por la Directora de Gestión Electoral de la Registraduría Nacional del Estado Civil de 27 de abril de 2020, en la cual se señala:

> […] De acuerdo al requerimiento del Consejo Nacional Electoral efectuado mediante Oficio CNE-AIV-1261-2020 el 16 de abril de 2020, por competencia se solicitó a la Gerencia de Informática de la RNEC, aplicar nuevamente el sistema de cifra repartidora para asignar la curul en el Concejo Municipal de TINJACÁ-BOYACÁ, dando como resultado la siguiente información:

NOMBRE Y APELLIDOS DEL (A) CANDIDATO (A) ELEGIDO (A) PARA OCUPAR LA CURUL	NÚMERO DE IDENTIFICACIÓN	AGRUPACIÓN POLÍTICA
WILSON RICARDO CHACÓN GONZÁLEZ	[…]	PARTIDO ALIANZA SOCIAL INDEPENDIENTE

[22] Anexo 2 del archivo 4 del expediente digital.
[23] Anexo 4 del archivo 6 del expediente digital.

		ASI

(v) Concepto de la Comisión Nacional Electoral CNE-AIV-1390-2020 de 29 de abril de 2020, en el cual se da contestación a la consulta presentada por el presidente del concejo municipal de Tinjacá (Boyacá) sobre el mecanismo que se debe seguir para proveer la vacante del ciudadano Néstor Hubeimar Candela Reyes, en el cual se indica:

> […] De conformidad a lo dispuesto en el Concepto del 4 de febrero de 2020 de la Sala Plena del Consejo Nacional Electoral, emitido por el Honorable Magistrado Virgilio Almanza Ocampo, donde se expone: "CONSULTA DEL MECANISMO POR MEDIO DEL CUAL SE DEBE PROVEER LA VACANTE CON OCASIÓN DE LA FALTA ABSOLUTA DE MIEMBRO DE CORPORACIÓN PÚBLICA, EN VIRTUD DEL DERECHO PERSONAL OTORGADO POR LA LEY 1909 DE 2018" y atendiendo lo reglado en su numeral 4.4., bajo el cual se dispone entre otras lo siguiente:
>
> […] Cuando se declare la vacancia absoluta de un diputado y/o concejal, que haya accedido a la respectiva Corporación Pública en virtud del derecho personal otorgado por el artículo 25 de la Ley 1909 de 2018 y tal vacancia sea objeto de reemplazo se aplicará el siguiente procedimiento:
>
> […]
>
> 2. El Consejo Nacional Electoral, solicitará a la Registraduría Nacional del Estado Civil que certifique al Concejo Nacional Electoral, a qué partido y/o movimiento político le corresponde ocupar la curul y quién será el ciudadano que deba ocupar dicha curul, después de aplicar la redistribución de la totalidad de los escaños que componen la Corporación Pública incompleta, mediante el sistema de cifra repartidora, consagrado en el artículo 263 de la Constitución Política, situación que dará como resultado un nuevo umbral y una nueva cifra repartidora que únicamente tendrá efectos para la nueva composición de la Corporación Pública.

3. Con la información suministrada por la Registraduría Nacional del Estado Civil, el Consejo Nacional Electoral, informará al presidente de la Asamblea departamental o del Concejo Distrital y/o municipal, según sea el caso el nombre del candidato que debe ser llamado a ocupar, en reemplazo, la curul vacante.

4. El Presidente de la Asamblea departamental o del concejo Distrital y/o municipal, según sea el caso, comunicará la decisión de la Organización Electoral al partido y/o movimiento político que le corresponde ocupar la curul y al ciudadano elegido para que ocupe la curul y dará posesión al mismo, en los términos de ley.

Con fundamento en lo anterior, se hace necesario por parte de esta asesoría informarle que, **de acuerdo al procedimiento interno realizado, se estableció que en virtud del derecho otorgado por la Ley 1909 de 2018, el Partido y/o Movimiento Político al cual le correspondió la respectiva curul en el Municipio de Tinjacá-Boyacá es al Partido Alianza Social Independiente- ASI y el candidato que debe ser llamado a ocupar dicha curul** según votación obtenida será **WILSON RICARDO CHACÓN GONZÁLEZ**, identificado con número de cédula […] [24] (Destacado de la Sala).

74. Sentencia de tutela de 7 de julio de 2020, proferida por el Juzgado Promiscuo municipal de Tinjacá (Boyacá), número de radicado 2020- 00021, mediante la cual se ordena tutelar los derechos fundamentales a la participación política y el derecho a elegir y ser elegido del ciudadano Wilson Ricardo Chacón González; se ordenó a la mesa directiva del concejo municipal de Tinjacá a declarar, dentro de las 48 horas siguientes, la vacancia absoluta de la curul en la que no tomó posesión el ciudadano Néstor Hubeimar Candela Reyes, y al concejo de ese ente territorial para que, dentro de los cinco (5) días siguientes, proceda a llamar al candidato Wilson Ricardo Chacón González para que tome posesión del cargo de ese cuerpo colegiado[25].

II.6.- La naturaleza de la institución de pérdida de investidura: concepto y finalidad

[24] Archivo 18 del expediente digital.
[25] Archivo 12 del expediente digital.

75. La pérdida de investidura constituye una clara manifestación del *ius puniendi* del Estado, con el fin de juzgar la conducta de los servidores públicos de elección popular, llamada a cumplir un papel fundamental en la democracia participativa y deliberativa, pues con ella se busca preservar valores esenciales de la democracia como la defensa del interés general, el decoro, la rectitud, la lealtad, la imparcialidad, la eficacia, la eficiencia, la transparencia y la buena marcha del servicio público en el ejercicio de la representación popular.

76. Por su naturaleza sancionatoria se encuentra sujeta al respeto por los principios de legalidad, tipicidad, taxatividad y de aplicación restrictiva de las causales de pérdida de investidura; ello significa que no es posible su interpretación extensiva o analógica.

77. El juicio de pérdida de investidura es de naturaleza subjetiva, lo que significa que no resulta posible imponer una sanción sin hacer un análisis del elemento subjetivo o de la culpa, pues *«[…] en un Estado de Derecho los juicios sancionatorios, por regla general, no pueden operar bajo un sistema de responsabilidad objetiva, y las sanciones que se adopten en ejercicio del ius puniendi deberán verificar la ocurrencia de una conducta típica, antijurídica y culpable».*

78. En sentencia SU- 632 de 2017, la Corte Constitucional sentó las siguientes reflexiones sobre la materia:

> […] la pérdida de investidura es un mecanismo de control político de los ciudadanos y un instrumento de depuración en manos de las corporaciones públicas contra sus propios integrantes, cuando estos incurran en conductas contrarias al buen servicio, al interés general o a la dignidad que ostentan.
>
> En esencia, constituye una sanción ética y política que por su contenido es un mecanismo disciplinario revestido de las máximas garantías procesales y, por tanto, de naturaleza jurisdiccional. Esta posee unas características especiales que la distinguen de otros regímenes de responsabilidad de los servidores públicos, así como también de los

procesos penales, electorales, de responsabilidad fiscal, e incluso del proceso disciplinario realizado por la administración pública.

[…]

La declaratoria de pérdida de investidura acarrea una inhabilidad *permanente*, ya que el sancionado no puede volver a ejercer el cargo del que se le priva por sentencia judicial dictada al término de un proceso jurisdiccional de índole disciplinaria. Como se ha resaltado, la severidad de la pérdida de investidura se deriva de las consecuencias que el ordenamiento jurídico le asigna a la afectación de los derechos políticos de los electores, de ahí la entidad de los derechos que resultan limitados, dentro de los que se destaca el derecho a elegir y a ser elegido.

[…]

Teniendo en cuenta que la pérdida de investidura impone la prohibición perpetua de ejercer el derecho político a ser elegido popularmente, la jurisprudencia constitucional ha entendido que *"el procedimiento que se aplique en el juzgamiento sobre la procedencia de la pérdida de la investidura debe ser especialmente riguroso y respetuoso de las prerrogativas del demandado, en especial, los derechos al debido proceso y a participar en política y conformar el poder público"*

Es así como, en razón a su carácter sancionador, que se exige la plena observancia a las garantías y requisitos constitucionales del debido proceso, esto es, en armonía con el artículo 29 constitucional, en la medida que es uno de los procedimientos que se adelantan en virtud del "*ius puniendi estatal"* y el régimen de garantías aplicable. Sobre el particular en la SU-424 de 2016, este Tribunal concluyó que *"el análisis de responsabilidad que realiza el juez en el proceso sancionatorio de pérdida de investidura es subjetivo, pues en un Estado de Derecho los juicios que implican un reproche sancionador, por regla general, no pueden operar bajo un sistema de responsabilidad objetiva, y las sanciones que se adopten en ejercicio del ius puniendi deberán verificar la ocurrencia de una conducta regulada en la ley (principio de legalidad*

o tipicidad), contraria al ordenamiento jurídico (principio de antijuridicidad) y culpable".

Entonces, dentro de los elementos que se deben valorar en los procesos de pérdida de investidura se destaca la culpabilidad (dolo o culpa) de quien ostenta la dignidad, esto es, si el demandado conocía o debía conocer de la actuación que desarrolló y si su voluntad se enderezó a esa acción u omisión, aspecto que implica verificar si se está ante una situación de caso fortuito o fuerza mayor, o en general exista alguna circunstancia que permita descartar la culpa […]

II.7.- Las particularidades del caso atendiendo el marco jurídico introducido por el Acto Legislativo 2 de 2015 –Reforma de Equilibrio de Poderes-, la Ley 1909 de 2018- Estatuto de la Oposición- y la Resolución 2276 de 2019 del Consejo Nacional Electoral

79. El artículo 1° del Acto Legislativo 2 de 2015 *«Por medio del cual se adopta una reforma de equilibrio de poderes y reajuste institucional y se dictan otras disposiciones»* incorporó una modificación novedosa al artículo 112 de la Constitución Política al reconocer el *«derecho personal»* a ocupar una curul en la corporación pública respectiva al candidato que le siga en votos a quien la autoridad electoral declare elegido en el cargo de presidente y vicepresidente de la República, gobernador de Departamento, alcalde Distrital y alcalde Municipal. Indica la precitada disposición:

ARTÍCULO 1°. Adiciónense los incisos cuarto, quinto y sexto del artículo 112 de la Constitución Política, los cuales quedarán así:
[…]
El candidato que le siga en votos a quien la autoridad electoral declare elegido en el cargo de Presidente y Vicepresidente de la Republica, Gobernador de Departamento, Alcalde Distrital y **Alcalde municipal tendrá el derecho personal a ocupar una curul en el** Senado, Cámara de Representantes, Asamblea Departamental, Concejo Distrital y **Concejo Municipal,** respectivamente, **durante el periodo de la correspondiente corporación.**
Las curules así asignadas en el Senado de la Republica y en la Cámara de Representantes serán adicionales a las previstas en los artículos

171 y 176. Las demás curules no aumentarán el número de miembros de dichas corporaciones.

En caso de no aceptación de la curul en las corporaciones públicas de las entidades territoriales, la misma se asignará de acuerdo con la regla general de asignación de curules prevista en el artículo 263.

PARÁGRAFO TRANSITORIO. La asignación de las curules mencionadas en este artículo no será aplicable para las alecciones celebradas en el año 2015 […].

80. Dicha norma fue incorporada en los artículos 24 y 25 de la Ley 1909 de 2018 -Estatuto de la Oposición- el cual elevó a la categoría de derecho fundamental la oposición. A la luz de dicho compendio normativo esta goza de una especial protección del Estado y de las autoridades el cual permite proponer alternativas políticas, disentir, criticar, fiscalizar y ejercer libremente el control político a la gestión de gobierno, mediante los instrumentos señalados en esa norma, sin perjuicio de los derechos consagrados en otras leyes[26].

81. En las deliberaciones que se dieron al interior del Congreso[27] quedaron consignadas las siguientes consideraciones:

> […] El Acto Legislativo número 02 de 2015 incluyó dentro de esta norma y con el claro propósito de estimular el ejercicio de la oposición que de forma natural correspondería a quien ha perdido la elección, que los candidatos que le sigan en votos a quien la autoridad electoral declare elegido en el cargo de Presidente y Vicepresidente de la República, Gobernador de Departamento, Alcalde Distrital y Alcalde municipal tendrá el derecho personal a ocupar una curul en el Senado, Cámara de Representantes, Asamblea Departamental, Concejo Distrital y Concejo Municipal, respectivamente, durante el período de la correspondiente corporación. Las curules así asignadas en el Senado de la República y en la Cámara de Representantes serán adicionales a las previstas en los artículos 171 y 176. Las demás curules no aumentarán el número de miembros de dichas corporaciones. En caso de no aceptación de la curul en las corporaciones públicas de las

[26] Artículo 3° y 4° de la Ley 1909 de 2018.
[27] Gaceta 32 de 2017 de 1° de febrero de 2017: exposición de motivos al proyecto de ley estatutaria número 03 de 2017, por medio del cual se adopta el Estatuto de la Oposición, página 7.

entidades territoriales, la misma se asignará de acuerdo con la regla general de asignación de curules prevista en el artículo 263 […]

82. El artículo 25 de la Ley 1909 de 2018, reguló lo concerniente a las curules en las corporaciones públicas de elección popular de las entidades territoriales. A la luz de la citada norma, los candidatos que sigan en votos a quien la autoridad electoral declare elegidos en los cargos uninominales (esto es, gobernación, alcaldía distrital o municipal) deben manifestar por escrito su decisión de aceptar o no la curul en la corporación pública respectiva ante la comisión escrutadora competente. Señala el precepto:

[…] ARTÍCULO 25. Curules en las corporaciones públicas de elección popular de las entidades territoriales. Los candidatos que sigan en votos a quienes la autoridad electoral declare elegidos en los cargos de Gobernador de Departamento, Alcalde Distrital y Alcalde Municipal, tendrán derecho personal a ocupar, en su orden, una curul en las Asambleas Departamentales, Concejos Distritales y Concejos Municipales respectivos, durante el periodo de estas corporaciones. Con la organización política a que pertenezcan, podrán intervenir en las opciones previstas en el artículo 7 de esta ley y harán parte de la misma organización política.

Posterior a la declaratoria de elección de los cargos de Gobernador, Alcalde Distrital y Municipal y previo a la de las Asambleas Departamentales y Concejos Distritales y Municipales respectivamente, los candidatos que ocuparon el segundo puesto en votación **deberán manifestar por escrito ante la comisión escrutadora competente, su decisión de aceptar o no una curul en las Asambleas Departamentales y Concejos Distritales y Municipales.**

Otorgadas las credenciales a los gobernadores y alcaldes distritales y municipales, la autoridad electoral les expedirá, previa aceptación, las credenciales como diputados y concejales distritales y municipales a los que ocuparon los segundos puestos en la votación para los mismos cargos y aplicará la regla general prevista en el artículo 263 de la Constitución para la distribución de las curules restantes de Asambleas Departamentales y Concejos Distritales y Municipales.

Si no hay aceptación de la curul se aplicará la regla general prevista en el artículo 263 de la Constitución política para la distribución de todas

> las curules de Asambleas Departamentales y Concejos Distritales y Municipales por población (Destacado de la Sala).

83. La Corte Constitucional, mediante sentencia C-018 de 2018[28], al ejercer el control de constitucionalidad previo, oficioso, automático e integral del proyecto de ley que pasaría a convertirse en el Estatuto de la Oposición consideró que dicha norma era un desarrollo directo del artículo 112 constitucional, y en ella sostuvo:

> […] Por lo demás, el artículo 25 del PLEEO es un desarrollo directo de los incisos 4º y 6º del artículo 112 Superior, adicionado por el Acto Legislativo 02 de 2015. En primer lugar, el legislador estatutario estableció que "*los candidatos que sigan en votos a quienes la autoridad electoral declare elegidos en los cargos de Gobernador de Departamento, Alcalde Distrital y Alcalde Municipal, tendrán derecho personal a ocupar, en su orden, una curul en las Asambleas Departamentales, Concejos Distritales y Concejos Municipales respectivos, durante el periodo de estas corporaciones*", ello reproduce el inciso 4º del artículo 112 por lo que no genera problema de constitucionalidad alguno. A su vez, señala que en dichas corporaciones colegiadas harán parte de la organización política a la cual pertenecen, es decir, tal como sucede con el candidato a presidente y vicepresidente el legislador estatutario busca fortalecer el ejercicio de la oposición política canalizada a través de partidos y movimientos políticos y no recurriendo al ejercicio personalista de la política.
>
> Los siguientes tres incisos del artículo 25 bajo revisión incorporan las reglas procedimentales para la distribución de las curules, habida cuenta de que a diferencia de lo que sucede en el inciso 2º del artículo 112 tratándose de las curules otorgadas al candidato que le siga en votos al presidente y vicepresidente de la República electos, el constituyente no previó una regla determinada para la distribución de dichas curules en los Concejos y Asambleas. En primer lugar, se establece que el candidato que siga en votación al gobernador de departamento o alcalde municipal o distrital electo, deberá manifestar su voluntad de acceder a la curul en la asamblea o el concejo municipal

[28] M.P. Alejandro Linares Cantillo.

o distrital respectivamente. El inciso 6º del artículo 112 superior, señala la consecuencia derivada de la "*no aceptación de la curul en las corporaciones públicas de las entidades territoriales* […]", de donde razonablemente se infiere que entre la certificaciones de los resultados electorales por parte de la autoridad electoral y el otorgamiento de la curul en la asamblea o el concejo debe mediar una aceptación, de donde se sigue que el requisito de *manifestar por escrito ante la comisión escrutadora competente, su decisión de aceptar o no una curul en las Asambleas Departamentales y Concejos Distritales y Municipales,* incorporado en el PLEEO bajo análisis se encuentra dentro de las competencias del legislador estatutario.

Por su parte, el inciso tercero del artículo 25 señala que una vez otorgadas las curules en la asamblea, concejo municipal o distrital, según corresponda, se procederá al cálculo de las demás curules en los términos del artículo 263 de la Constitución. Así, este inciso tampoco se opone a lo dispuesto en la Constitución Política, en la medida, en que a diferencia de lo que sucede con las curules en senado y cámara, el constituyente no previó un aumento en el número de miembros de dichas corporaciones colegiadas, como tampoco previó la modificación expresa del sistema de reparto de curules en dichas corporaciones, por lo cual, de una lectura sistemática de la Constitución debe entenderse que el reparto se hace de conformidad con el artículo 263 superior, tal y como lo hace en este caso el legislador estatutario.

Finalmente, el último inciso del artículo 25 señala como consecuencia de la no aceptación de la curul la aplicación de *"la regla general prevista en el artículo 263 de la Constitución política para la distribución de todas las curules de Asambleas Departamentales y Concejos Distritales y Municipales por población*", este inciso tampoco plantea problema constitucional alguno, en la medida en que reproduce el inciso sexto del artículo 6º del artículo 112, otorgándole a la no aceptación de la curul por parte del candidato derrotado la misma consecuencia que ya había sido prevista por el constituyente […].

84. Resulta claro, entonces, que el legislador estatutario, en desarrollo directo del artículo 112 de la Constitución Política, le brinda la oportunidad al candidato con

segunda mayor votación en las elecciones uninominales (en este caso la Alcaldía)- de poder ocupar una curul en la respectiva corporación pública -(en este caso en el concejo)-, lo cual permite que dichos candidatos tengan representación visible en el cuerpo colegiado con el fin de que se puedan convertir en una fuerza alternativa de oposición, puedan presentar iniciativas de interés regional y ejercer el control político; así se garantiza la representación popular de la fuerza política vencida.

85. En este sentido, resulta importante traer a colación las consideraciones esgrimidas en el proyecto de Acto Legislativo 7 de 2014 *«Por medio del cual se reforman los artículos 112, 171, 176, 299 y 312 de la Constitución Política de Colombia. [Candidatos a cargos uninominales como congresistas]»*[29] en el cual se invocaron las siguientes motivaciones:

> […] Con el artículo 1º se ordena introducir en el artículo 112 de la Constitución Política vigente un inciso final. De aprobarse este proyecto, tal como lo esperamos, los candidatos a los cargos de Presidente y Vicepresidente de la República, Gobernador de Departamento, Alcaldes de Distrito y Municipio que sigan en votos a quienes la Organización Electoral declare elegidos en estos cargos, tendrán asiento en el Senado, en la Cámara de Representantes, en la Asamblea Departamental, en los Concejos Distritales y Concejos Municipales respectivos, durante el periodo para el cual se hizo la correspondiente elección.
>
> **De esa manera se aumenta con una curul el número de Senadores, Representantes, Diputados, Concejales Municipales y Concejales Distritales, con el ánimo de profundizar y extender la representación popular en tanto un conjunto de ciudadanos, aquellos que votaron por el candidato no elegido, la adquieren en las corporaciones de origen popular así: a nivel nacional en el Senado, a nivel regional en la Cámara, a nivel departamental en las**

[29] «Por medio del cual se reforman los artículos 112 171, 176, 299 y 312 de la Constitución Política de Colombia». Gacetas 369 de 2014 (publicación del proyecto de acto legislativo) y 438 del 2014 (publicación de la ponencia de primer debate). El autor del citado proyecto fue el senador Eduardo Enríquez Maya. Cabe destacar que de forma paralela se tramitó la reforma de equilibrio de poderes del acto legislativo 2 de 2015, en el cual se incorporó la reforma al artículo 112 de la Constitución, con ocasión de la proposición presentada por el senador Eduardo Enríquez Maya. (página 34 de la Gaceta 765 del 2014).

Asambleas, a nivel distrital y municipal en los Concejos Distritales y Concejos Municipales.

Con la normatividad vigente, quienes votan por el candidato que pierde la elección prácticamente depositan un voto ineficaz, porque este candidato desaparece de la vida política y esta circunstancia desanima al elector y es causa, entre otras, de la abstención electoral. Se pretende, en cambio del régimen actual, darle pleno valor al voto ciudadano, pues no solo el ciudadano que vota por un candidato que resulta ganador tendrá representación visible, sino que la tendrán también los ciudadanos cuyos candidatos siguen en votos. Es obvio que los elegidos representan al pueblo sin distinción de ninguna clase entre quienes votaron a su favor o a favor de otros que no resultaron elegidos, pero se aspira con estas modificaciones a que las ideas y planteamientos que se hacen en las campañas electorales no se diluyan y puedan tener eco y posibilidad de realización.

En ese orden de ideas, estamos hablando de una representación tangible, visible y eficaz de un universo compuesto de ciudadanos que depositan su voto, pero que sus ideas no se materializan, sino que las ven perderse, desperdiciarse y no ser utilizadas. Y, por supuesto, nos estamos refiriendo a la participación que pueden y deben tener aquellos ciudadanos que exponen criterios y métodos distintos en la conducción del Gobierno, en la concepción de la representación democrática y en el manejo de los bienes del Estado.

De ese modo, **buscamos que también tenga representación visible y eficaz quien sufraga pero no logra que sus candidatos sean elegidos**. A través de la fórmula que proponemos al Congreso y a la opinión pública, **podrán analizarse las ideas y proyectos que un líder expuso en la respectiva campaña electoral, y el programa no escogido por el electorado puede contar y ser estimado como una alternativa legítima** y, al mismo tiempo, se abre a los candidatos la oportunidad de contribuir desde las corporaciones públicas al ejercicio del poder político, como conductores políticos y jefes de la oposición, si es del caso.

Obsérvese que la Constitución Política garantiza el derecho de los partidos y movimientos políticos con personería jurídica a declararse en oposición al Gobierno y, posteriormente a esta declaración, pueden ejercer la función crítica, y planear y desarrollar alternativas políticas. Si bien el derecho a la oposición se consagró explícitamente, los instrumentos para hacerla efectiva son apenas el acceso a la información y a la documentación oficial, el uso de los medios de comunicación del Estado, del espectro electromagnético y la réplica en los mismos medios de comunicación.

Dejó de mencionarse un derecho que surge por generación espontánea de las elecciones y de las posiciones políticas distintas a la oficial o a la mayoritaria. Se trata del derecho de los candidatos perdedores en las elecciones a tener representación visible y eficaz en las corporaciones y a plantear inquietudes y proyectos sobre la manera como debe conducirse el Gobierno y cómo deben solucionarse los problemas que ordinariamente atraviesa la comunidad. No hacer efectivo este derecho constituye un deterioro de la representatividad que en los países desarrollados cada día se aumenta y profundiza.

Las últimas experiencias son reflejo de varias inconsistencias y contradicciones. Los candidatos perdedores en elecciones uninominales no llegan a las corporaciones públicas y carecen de espacios oficiales en los cuales puedan expresar libre y permanentemente sus opiniones. Este sistema priva a la comunidad de una contribución eficiente y de conocimientos respecto del papel que deben desempeñar los partidos políticos y sus directores en el desenvolvimiento de la administración pública y el desarrollo de la vida política.

Los candidatos a la Presidencia, a la Vicepresidencia, a las gobernaciones y las alcaldías que no fueron elegidos a pesar de contar con guarismos importantes de votación se esfuman, y con ellos los planteamientos y programas que en razón de las jornadas electorales expusieron públicamente a la comunidad.

> **El derecho a integrar las corporaciones públicas es *intuitu personae*, es decir, se concede por los atributos personales y por los votos que la ciudadanía deposita a favor del candidato. Por este motivo, no es susceptible de transferirse a ninguna persona como consecuencia de la función electoral que lo genera. El titular de este derecho no puede ser reemplazado y la renuncia, en el evento de presentarse, le haría perder la respectiva curul con la consiguiente responsabilidad política de quien así actúa**. (Destacado de la Sala).

86. Ahora bien, el Consejo Nacional Electoral expidió la Resolución 2276 del 11 de junio de 2019 «*Por medio de la cual se establecen medidas para la aplicación del artículo 25 de la Ley 1909 de 2018»,* la cual dispuso:

> […] **ARTÍCULO SEGUNDO: OPORTUNIDAD PARA ACEPTAR LA CURUL EN LA CORPORACIÓN PÚBLICA.-** "Dentro de las 24 horas siguientes a la declaratoria de elección de los cargos de gobernador, alcalde distrital y/o municipal y previo a la de las asambleas departamentales y concejos distritales y/o municipales respectivamente, los candidatos que ocuparon el segundo (2) puesto en votación, deberán manifestar por escrito, por una sola vez **y sin posibilidad de retracto,** su decisión de aceptar o no una curul en las asambleas departamentales y concejos distritales y/o municipales. (Destacado y subrayado es nuestro).

87. La expresión *«[…] y sin posibilidad de retracto»,* contenida en el artículo 2° de la Resolución 2276 de 2019 fue demandada ante esta jurisdicción. En dicha oportunidad, la demandante señaló que ese precepto normativo fue expedido con violación del preámbulo y los artículos 13, 150 numerales 1º y 2º de la Constitución Política; 25 de la Ley 1909 de 2018; y 137 de la Ley 1437 de 2011. Para la actora el Consejo Nacional Electoral se excedió en el ejercicio de la potestad reglamentaria, al usurpar una competencia del legislador estatutario.

88. Cabe poner de presente que la Sección Quinta del Consejo de Estado, mediante sentencia de 16 de diciembre de 2020[30], declaró ajustada a derecho la expresión «[…] *sin posibilidad de retracto»,* contenida en el artículo 2 de la Resolución 2276 del 11 de junio de 2019[31].

89. En primer lugar, el Consejo de Estado, con miras a resolver el problema jurídico, hizo un análisis de la naturaleza de la facultad constitucional en cabeza del Consejo Nacional Electoral, y en ella señala:

> […] Así entonces, la Constitución Política otorgó facultades reglamentarias a la autoridad electoral en los aspectos mencionados en el artículo transcrito, pero, tal como lo señaló la Procuradora Delegada, esa potestad no es autónoma, sino que se encuentra subordinada a lo dispuesto en la Constitución y la ley, por lo que para ejercerla, se requiere un asunto previo, definido por el legislador; y, si bien quien posee principalmente esta atribución reglamentaria es el presidente de la República, la Carta Política la extendió a autoridades administrativas diferentes, como en este caso, al Consejo Nacional Electoral[32].

90. La Sección Quinta de esta Corporación concluye que: (i) el Consejo Nacional Electoral por mandato constitucional tiene a su cargo la suprema inspección y vigilancia de la organización electoral, por lo que en ejercicio de dichas atribuciones puede expedir las normas de carácter operativo y administrativo en asuntos de su competencia; (ii) la Ley 1909 de 2018 si bien no hizo referencia a la posibilidad de retracto, lo concerniente a la aceptación o no de la curul incide en el reparto de las curules de la respectiva corporación, y (iii) el precepto de análisis es una norma de carácter operativo o técnico que permite garantizar el cumplimiento de los derechos y garantías de los diferentes partidos, movimientos y grupos de ciudadanos que participan en la contienda electoral.

---

[30] Consejo de Estado, Sección Quinta, sentencia de 16 de diciembre de 2010, número de radicado: 11001-03-28-000-2019-00060-00 (acumulados), actor: Sofía Villamir Quiroz y otros, demandado: Consejo Nacional Electoral.

[31] En dicha sentencia también se analizó si el Consejo Nacional Electoral, al expedir el parágrafo 2° del artículo 2° de la Resolución 2276 de 2019 se excedió en el ejercicio de la potestad reglamentaria, en relación con la prohibición de tener en cuenta los votos en blanco para efectos del artículo 25 de la Ley 1909 de 2018.

[32] Cita es original de la providencia: Sobre este particular, se puede consultar la Sentencia C-1005 de 2008, de la Corte Constitucional. M.P. Humberto Antonio Sierra Porto; en la que se analiza la Demanda de inconstitucionalidad contra los artículos 8 (d), 11 parágrafo 2º y 19 de la Ley 1101 de 2006 *"por la cual se modifica la Ley 300 de 1996 – Ley General de Turismo – y se dictan otras disposiciones".*

91. Adicionalmente señaló lo que se transcribe *in extenso:*

> […] La situación referida, de entrada, para la Sala no constituye exceso en su potestad reglamentaria, pues como se indicó en precedencia, la reserva de ley en materias específicas, como la que corresponde a funciones electorales, se ha otorgado puntualmente al Legislador Estatutario, lo cual no se advierte desconocido ya que, en el caso concreto, fue precisamente éste, quien expidió el que ahora se conoce como el Estatuto de la Oposición o Ley 1909 de 2018 y en consecuencia, la reglamentación de la función electoral que sí correspondía al CNE, debe verificarse en entornos de detalles técnicos, administrativos o logísticos que contribuyen al ejercicio democrático[33], como en efecto ocurrió.
>
> A este respecto, se tiene que la ley estatutaria que reguló la autoridad electoral, estableció que *"(…) posterior a la declaratoria de elección de los cargos de Gobernador, Alcalde Distrital y Municipal y previo a la de las Asambleas Departamentales y Concejos Distritales y Municipales respectivamente, los candidatos que ocuparon el segundo puesto en votación, deberán manifestar por escrito ante la comisión escrutadora competente, su decisión de aceptar o no una curul en las Asambleas Departamentales y Concejos Distritales y Municipales".* (la subraya es de la Sala).
>
> Para la Sala, evidentemente el legislador estatutario no contempló de manera expresa la posibilidad o no de retracto frente a la decisión que manifieste el candidato que, en comicios para elecciones uninominales de gobernador o alcalde, obtenga el segundo lugar en las votaciones, respecto de su derecho personal a acceder a una curul en la asamblea o concejo correspondiente; sin embargo, ello no significa que haya excedido sus facultades; pues no incluyó un aspecto nuevo frente a lo legislado estatutariamente, sino que su establecimiento contribuye a los fines de la norma estatutaria ya que con ella se materializa lo referente a la aceptación o no de la curul en el término indicado, que es precisamente la disposición del legislador.

---

[33] Cita es original de la providencia: Consejo de Estado, Sección Quinta, providencia del 10 de diciembre de 2019, Rad. 11001-03-28-000-2019-00060-00. M.P. Lucy Jeannette Bermúdez Bermúdez.

Lo anterior, significa que aunque expresamente la norma estatutaria no hace referencia directa a la posibilidad de retracto, como sí lo hizo la autoridad electoral, no se evidencia en ello una función legislativa sino relativa a la operatividad como órgano de control y vigilancia de los partidos, movimientos y grupos significativos de ciudadanos.

La Corte Constitucional[34] definió la potestad reglamentaria como *"... la producción de un acto administrativo que hace real el enunciado abstracto de la ley para encauzarla hacia la operatividad efectiva en el plano de lo real";* y agregó que *"tal facultad se concreta en la expedición de las normas de carácter general que sean necesarias para la cumplida ejecución de la ley. Toda facultad de regulación que tenga como contenido expedir normas para la cumplida ejecución de las leyes, pertenece, en principio, por atribución constitucional, al Presidente de la República, sin necesidad de que la ley así lo determine en cada caso. Dentro del sistema de fuentes de nuestro ordenamiento jurídico, la potestad reglamentaria tiene un lugar propio. Por virtud de ella el Presidente de la República expide normas de carácter general, subordinadas a la ley y orientadas a permitir su cumplida aplicación. Tales normas revisten, además, una forma especial, y se expiden con la firma del Presidente y el Ministro o Director de Departamento Administrativo del ramo".*

Alto Tribunal que a su vez se refirió a la constitución de 1991, y precisó que con ella se *"introdujo respecto de ciertas materias y para determinados órganos un sistema de reglamentación especial. Se trata de ámbitos de regulación, que por expreso mandato de la Constitución se asignan a otros órganos constitucionales, al margen de la potestad reglamentaria del presidente. Tal es el caso (…) Consejo Nacional Electoral, [que] de acuerdo con el artículo 265 de la Constitución, tiene, de conformidad con la ley, entre sus atribuciones especiales, la de "reglamentar la participación de los partidos y movimientos políticos en los medios de comunicación social del Estado.".*

Frente a este particular, se pronunció la Sección Quinta, en sentencia del 30 de octubre de 2014, dentro del radicado No. 11001-03-28-

[34] Cita es original de la providencia: Corte Constitucional, sentencia C-805 de 2001, M.P. Rodrigo Escobar Gil.

0002014-00009-00[35], en la que, con base en la referida sentencia de constitucionalidad, señaló que aun cuando la potestad reglamentaria de manera general se encuentre atribuida al Presidente de la República y contenida en el artículo 189 numeral 11 de la Norma Fundamental, el Consejo Nacional Electoral se encuentra facultado, para desarrollar ciertas disposiciones generales dentro de su ámbito de acción, es decir en aquellos asuntos de carácter electoral y que, si bien la facultad regulatoria del Consejo Nacional Electoral es restringida y limitada por cuanto debe ejercerse de acuerdo con los preceptos legales y constitucionales[36] que rigen la materia que se pretenda desarrollar, pueden determinarse sus límites y, para el efecto concluyó que **el CNE puede expedir normas que no refieran a aspectos subordinados de la ley, a condición de que se trate de asuntos técnicos de mero detalle sobre la organización electoral.**

[…]

De la comparación de los apartes normativos (ley estatutaria y resolución reglamentaria), se advierte que el acto expedido por el CNE, pretendió, como correspondía, regular la disposición estatutaria y para el efecto, debe partirse de la finalidad de ésta, que no es otra que la de *"dotar de eficacia el voto ciudadano, permitiendo que el segundo candidato más votado pueda acceder a la corporación pública correspondiente"*[37]; situación que no se altera con la disposición objeto de análisis, pues, la labor del ente regulador no es transcribir los aparte de la norma, en este caso estatutaria, sino de regular sus alcances, de modo que no haya confusión e incertidumbre frente a sus repercusiones, en aplicación del principio del efecto útil de las normas[38], como en este caso, que a pesar

---

[35] Cita es original de la providencia: Magistrada Ponente: Lucy Jeannette Bermúdez Bermúdez.
[36] Cita es original de la providencia: En dicha oportunidad, se realizó la siguiente cita: sentencia C-1005/08. Existen leyes que han sido formuladas por el Legislador de manera tan detallada y los temas en ellas contenidos han sido desarrollados en forma tan minuciosa, que prima facie no habría espacio para una regulación ulterior. La facultad reglamentaria no es absoluta y debe ejercerse dentro de las fronteras que marcan la Constitución y la Ley, teniendo por objeto contribuir a la concreción de la ley, encontrándose, por consiguiente, subordinada a lo dispuesto por ella sin que sea factible alterar o suprimir su contenido ni tampoco reglamentar materias cuyo contenido esté reservado al Legislador
[37] Cita es original de la providencia: Consejo de Estado, Sección Quinta, sentencia del 12 de noviembre de 2020. Rad. 2019-00253-02. M.P. Rocío Araújo Oñate.
[38] Cita es original de la providencia: Ibídem.

de no contemplar la expresión cuestionada, con ella se materializa lo referente a la aceptación o no de la curul en el término indicado.

En el asunto concreto, se tiene que la ley estatutaria al respecto, únicamente se refirió a la obligación de manifestar por escrito ante la comisión escrutadora competente, su decisión de aceptar o no una curul; y, si bien no hizo manifestación alguna sobre la posibilidad o no de retracto respecto de tal expresión, lo cierto es que ello incide directamente en el reparto de las curules, pues en el caso de asambleas y concejos, dicha aceptación constituye la disminución de un escaño a asignar en la votación obtenida directamente en los comicios de cada corporación.

No es un asunto desligado de la disposición que se reguló, esto es, del artículo 25 de la Ley 1909 de 2018 y, a juicio de la Sala está directamente relacionado con lo allí dispuesto, que se reflejan en la situación que en la práctica se presenta frente a la actividad electoral, que además de estar conectada con esa disposición y con las facultades constitucionales asignadas; se entiende a su vez, acorde con lo dispuesto en el Código Electoral que, en lo que respecta al CNE, en su artículo 11 señaló, como se indicó en líneas previas, que la autoridad electoral en comento, tiene a su cargo la suprema inspección y vigilancia de la organización electoral y, en el ejercicio de estas atribuciones, le corresponde expedir las medidas necesarias para su debido cumplimiento.

Así, teniendo en cuenta que la competencia del CNE comporta la expedición de normas de carácter operativo y administrativo en temas propios de su competencia, se puede afirmar que tiene la facultad de expedir reglas, con esas características, relacionadas con la materialización de todo lo referente a la aceptación o no de la curul en el término indicado, lo cual, como se dijo, incide directamente en el reparto de las curules de la respectiva corporación; además, **la autoridad electoral tiene la competencia para velar por el cumplimiento de las normas sobre partidos y movimientos**

políticos y por el desarrollo de los procesos electorales en condiciones de plenas garantías[39].

La Sala concluye que dicha reglamentación corresponde a la función de regular el desarrollo de procesos electorales, de normas de carácter operativo, expedidas por el CNE, para garantizar el cumplimiento de derechos y garantías de los diferentes partidos, movimientos y grupos de ciudadanos que participan en la contienda electoral en igualdad de condiciones, que en el caso particular ayudan a materializar el ejercicio de la aceptación de las curules obtenidas por derecho propio.

En ese sentido, no encuentra la Sala razones suficientes para declarar la nulidad de la expresión censurada, por cuanto, a pesar de no estar contemplada expresamente en la norma que se regula**, no se acreditó que con ella el CNE se hubiera extralimitado en sus competencias, pues de las normas constitucionales y legales citadas, se tiene que la inclusión de aquella en la resolución parcialmente demandada no es ajena a la materia y que contribuye a los fines de la misma**; máxime, si se tienen en cuenta que los argumentos esbozados en las demandas frente a este punto se limitaron únicamente al posible exceso de la facultad reglamentaria, el cual no está acreditado en el caso concreto y no es posible extender el estudio a argumentos adicionales. (Destacado de la Sala).

92. Así las cosas, del análisis de los elementos normativos y jurisprudenciales anunciados, es posible extraer las siguientes reglas:

(i) Por mandato constitucional surge el derecho personal al candidato que le siga en votos de decidir si acepta o no el llamado, según lo disponen los artículos 112 de la Constitución Política, en concordancia con el 25 de la Ley 1909 de 2018. En este sentido, el ordenamiento constitucional le otorga al candidato que obtuvo la segunda mayor votación en las elecciones al cargo uninominal -entiéndase presidente, vicepresidente, gobernador departamental o alcalde distrital o municipal- la oportunidad de manifestar su decisión de aceptar o no un escaño en

[39] Cita es original de la providencia: Sobre este particular, se puede consultar la sentencia del 30 de octubre de 2014, de la Sección Quinta, dentro del radicado No. 11001-03-28-0002014-00009-00, M.P. Lucy Jeannette Bermúdez Bermúdez.

la corporación pública respectiva, de tal manera que depende de su voluntad la consolidación de su derecho.

(ii) El candidato debe manifestar oportunamente la aceptación dentro de las 24 horas siguientes a la declaratoria de elección del cargo uninominal, por escrito y sin posibilidad de retracto ante la comisión escrutadora competente, según lo dispone el artículo 2° de la Resolución 2276 de 11 de junio de 2019- cuya presunción de legalidad nunca ha sido desvirtuada, al punto que esta jurisdicción declaró ajustada a derecho dicha expresión como quedó analizado-.

(Iii) La sentencia de 16 de diciembre de 2020, proferida por la Sección Quinta del Consejo de Estado, mediante la cual declaró la legalidad de la expresión «[…] *y sin posibilidad de retracto»,* contenida en el artículo 2° de la Resolución 2276 de 2019 es de obligatorio cumplimiento[40] y tiene efectos erga omnes en relación con la causa petendi analizada, tal y como lo dispone el artículo 189 del CPACA, cuyo tenor literal es el siguiente:

> [….] **ARTÍCULO 189.** ***Efectos de la sentencia.*** La sentencia que declare la nulidad de un acto administrativo en un proceso tendrá fuerza de cosa juzgada *erga omnes*. La que niegue la nulidad pedida producirá cosa juzgada *erga omnes* pero solo en relación con la *causa petendi* juzgada. Las que declaren la legalidad de las medidas que se revisen en ejercicio del control inmediato de legalidad producirán efectos *erga omnes* solo en relación con las normas jurídicas superiores frente a las cuales se haga el examen.
>
> Cuando por sentencia ejecutoriada se declare la nulidad de una ordenanza o de un acuerdo distrital o municipal, en todo o en parte, quedarán sin efectos en lo pertinente sus decretos reglamentarios […].

(iv) Para la Sala, la imposición de un plazo temporal y, con ello, la prohibición de retracto cumple las siguientes finalidades razonables: (i) en primer lugar, garantiza el buen funcionamiento de la organización electoral y con ello el cumplimiento de la Constitución Política que reconoce un derecho a favor del candidato que resultó derrotado en las elecciones uninominales; (ii) permite que en los tiempos y en la oportunidad prevista en la norma se puede efectuar la aplicación de la cifra

---

[40] Cabe destacar que el contenido de dicha providencia fue notificada el 18 de diciembre de 2020 y la última constancia secretaria señala que se ordenó el archivo de dicho proceso.

repartidora y con ello tener certeza de quién va a resultar beneficiario de dicha prerrogativa constitucional. En esa medida, no resulta admisible que el concejal designado de forma caprichosa acepte la curul y luego desista, más aún si está en juego la representación de los derechos de la oposición. Valga resaltar que la reforma constitucional introducida con el Acto Legislativo 02 de 2015 fue concebida para garantizar los derechos de la oposición la cual es vista no solo como *«[…] (i) una garantía institucional para las organizaciones políticas que participan en el sistema democrático que se declaren en oposición al Gobierno, por lo que se erige en un límite a las competencias legislativas*[41]*»;* sino también *«(ii) un derecho fundamental de todos los ciudadanos a participar en el control del poder político»*[42] y, (iii) finalmente, redunda en la seguridad jurídica electoral que debe brindar el Consejo Nacional Electoral.

(v) Presentada dicha aceptación, al candidato le asiste el deber de tomar posesión de su cargo, o lo que es lo mismo, prestar el juramento de cumplir y defender la Constitución, por cuanto dicho acto solemne lo vincula directamente con sus deberes, derechos y responsabilidades institucionales y, no hacerlo dentro de la oportunidad prevista por la ley- que para el caso de los concejales debe realizarse en la instalación del concejo o dentro de los tres (3) días siguientes- podría acarrear la muerte política, salvo que medie fuerza mayor.

(vi) Resulta reprochable, entonces que, una vez efectuada la manifestación de aceptación, el llamado-designado no se posesione en el cargo, toda vez que con ello se afecta el principio de representación democrática y los derechos de la oposición los cuales no pueden quedar a su arbitrio.

(vii) En el *sub judice*, quedó demostrado que el ciudadano Néstor Hubeimar Candela Reyes aceptó expresamente su curul dentro de la oportunidad prevista en el artículo 2° de la Resolución 2276 de 2019, en ejercicio del derecho reconocido en la Ley 1909 de 2018.Lo anterior, llevó al Consejo Nacional Electoral a declarar la elección del concejal Néstor Hubeimar Candela Reyes. Para la Sala, la prerrogativa prevista en el artículo 112 de la Carta Fundamental no puede ser interpretada como una excepción al deber de tomar posesión del cargo en los términos y oportunidades previstos en la ley, pues la norma constitucional no estableció ninguna limitante en dicho sentido.

---

[41] C- 018 de 2018.
[42] Ibídem.

(ix) La fuerza mayor es el único supuesto que contempla el artículo 48 de la Ley 617 de 2000 como causal eximente de la obligación de tomar posesión en el cargo. Aparece definida en el artículo 64 del Código Civil *como «el imprevisto a que no es posible resistir, como un naufragio, un terremoto, el apresamiento de enemigos, los actos de autoridad ejercidos por un funcionario público, etc.*». Para su configuración, es necesario que el hecho que impida la posesión provenga de una causa extraña que sea externa, imprevisible e irresistible capaz de determinar y justificar el incumplimiento del deber u obligación de tomar posesión del cargo.

II.8. La causal específica de pérdida de investidura prevista en el numeral 3° del artículo 48 de la Ley 617 de 2000 y su interpretación a la luz del marco jurídico previsto en el Acto Legislativo 2 de 2015 y el Estatuto de la Oposición

93. El tribunal de primera instancia, con apoyo en diversos pronunciamientos de esta Corporación sobre la interpretación de la causal de pérdida de investidura por no tomar posesión del cargo, afirma que esta tiene su razón de ser en el compromiso que adquiere el elegido con sus electores y, en esa medida no resulta aplicable para el caso de la designación de curules en ejercicio del derecho personal previsto en los artículos 112 de la Constitución Política y 25 de la Ley 1909 de 2018, pues el requisito indispensable para su configuración se contrae a que la persona se postule a un cargo en una corporación pública de elección popular, lo cual es diferente a la participación en un cargo uninominal como es el de alcalde.

94. Fue así cómo entiende que no resulta posible hacer extensiva la causal de pérdida de investidura a los concejales que acceden a una curul en el concejo en ejercicio del derecho personal previsto en los artículos 112 de la Carta Política, pues ello desconoce la interpretación restrictiva y la taxatividad que caracteriza este medio de control.

95. Por su parte, el Procurador 45 Judicial II para Asuntos Administrativos considera que la causal de pérdida de investidura prevista en el numeral 3° del artículo 48 de la Ley 617 de 2000 sí resulta aplicable para los concejales designados en virtud del derecho personal previsto en la Constitución Política y la

Ley 1909 de 2018 y, ello en modo alguno, implica hacer una interpretación extensiva o analógica de esta causal.

96. Finalmente, plantea que la interpretación del tribunal podría llevar al extremo de considerar que el concejal designado en virtud de la prerrogativa constitucional estaría exento de cumplir otras obligaciones que les asiste, como la asistencia de sesiones, lo cual no resulta admisible en un Estado de derecho.

97. La Sala debe inicialmente señalar que la causal de pérdida de investidura por no tomar posesión del cargo aparece prevista en el artículo 48, numeral 3°, de la Ley 617 de 2000, que es del siguiente tenor:

> […] **ARTÍCULO 48. Pérdida de investidura de diputados, concejales municipales y distritales y de miembros de juntas administradoras locales.** Los diputados y concejales municipales y distritales y miembros de juntas administradoras locales perderán su investidura:
> […]
> 3. **Por no tomar posesión del cargo dentro de los tres (3) días siguientes a la fecha de instalación de las asambleas o concejos, según el caso**, o a la fecha en que fueren llamados a posesionarse.
> […]
> **Parágrafo 1º**. **La**s **causales** 2 y **3 no tendrán aplicación cuando medie fuerza mayor**.
> […].” (Negrillas fuera de texto).

98. En efecto, como quedó analizado con anterioridad, el Acto Legislativo 2 de 2015 introdujo una nueva modalidad de acceder a la condición de miembro de una corporación pública de elección popular, la cual es entendida como una garantía a favor de quien obtenga la segunda mayor votación en las elecciones uninominales (entiéndase en el cargo de presidente, vicepresidente, gobernador departamental, alcalde distrital o municipal) a obtener una curul en la corporación pública electoral respectiva sea en el senado, la cámara de representantes, la asamblea departamental o los concejos con el fin de que dicha fuerza política que obtuvo una votación importante en términos cualitativos tenga representación en los cuerpos colegiados representativos y si es del caso, poder actuar como fuerza de la oposición.

99. En esa medida, si bien la jurisprudencia de esta Corporación ha señalado que esta causal tiene su razón de ser en el compromiso que adquiere el elegido con sus electores, lo cierto es que el correcto entendimiento de la nueva dinámica constitucional debe permitir aceptar que ella aplica no solo cuando el incumplimiento del deber proviene de la persona electa sino también del designado-llamado que se realiza por mandato de los artículos 112 Constitucional y 24 y 25 de la Ley 1909 de 2018 -Estatuto de la Oposición-.

100. En este sentido y, a partir de una integración de las normas jurídicas, resulta posible afirmar que cuando el numeral 3° del artículo 48 de la Ley 617 de 2000 estatuye, como una de las causales de pérdida de investidura para los concejales, la consistente en no tomar posesión del cargo dentro de los tres (3) días siguientes a la fecha de instalación del concejo, comprende también a los servidores públicos de elección popular designados-llamados por mandato del artículo 112 Constitucional. Para la Sala, el nuevo referente constitucional no puede ser tenido, en modo alguno, como una excepción al régimen jurídico en esta materia.

101. Esta interpretación, en modo alguno, implica desconocer el carácter restrictivo y de prohibición de la analogía que caracteriza este medio de control. Al respecto, cabe destacar que la Corte Constitucional, mediante sentencia C-473 de 1997, con ponencia del doctor Eduardo Cifuentes Muñoz, se refirió a la importancia que se dio en los debates de la Asamblea Nacional Constituyente de hacer extensiva la sanción de pérdida de investidura a los miembros de las corporaciones públicas de elección popular de las entidades territoriales. Ello, en atención a que la trasgresión al buen código de conducta exigía sanciones más severas que la sanción disciplinaria en cabeza de la Procuraduría General de la Nación.

102. Para esta Sala de Decisión, la hermenéutica del tribunal podría llegar al extremo de considerar que los designados-llamados por mandato del artículo 112 Superior quedarían exentos de cumplir con los deberes y obligaciones de la Carta Política y, en esa medida, ajenos al control político que ejercen los ciudadanos a través del juicio de pérdida de investidura el cual es concebido como «[…] *instrumento de depuración en manos de las corporaciones públicas contra sus*

propios integrantes, cuando estos incurran en conductas contrarias al buen servicio, al interés general o a la dignidad que ostentan».

103. Como se indicó anteriormente, el candidato designado - llamado a ocupar una curul por mandato del artículo 112 Superior, le asiste el deber de tomar posesión del cargo, una vez producida la aceptación, pues a través de dicho acto jurídico solemne queda vinculado jurídicamente con sus deberes, derechos y sus responsabilidades y la mencionada prerrogativa constitucional no puede ser vista como una excepción a la obligación de tomar posesión del cargo dentro de las oportunidades previstas en la ley.

104. En este sentido, no se advierte la existencia de una posible antinomia entre el artículo 48, numeral 3°, de la Ley 617 de 2000 y el artículo 112 superior, dado que el derecho personal que le asiste al candidato en aplicación del mecanismo estatuido en la norma constitucional no resulta incompatible con el régimen jurídico previsto para los concejales que señala que, es causal de pérdida de investidura, no tomar posesión del cargo en los términos y oportunidades señalados en la ley.

105. Resulta importante destacar lo dicho por la Sala Plena de esta Corporación, mediante sentencia de 28 de mayo de 2019[43] en la cual se señaló que la causal de pérdida de investidura por no tomar posesión del cargo resulta aplicable para proteger el pacto político que existe entre el elector o la institucionalidad y el elegido**,** llamado **o designado,** elemento fundamental de la democracia representativa, al señalarse:

[43] Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, Radicación número: 11001-03-15-000-2018-03883-01(PI), actor: Mesa Directiva de la Cámara de Representantes, demandado: SEUXIS PAUCIAS HERNÁNDEZ SOLARTE, MP: William Hernández Hernández. Cabe poner de presente que, el señor Seuxis Paucias Hernández Solarte obtuvo su curul como Representante a la Cámara como consecuencia de la implementación del Acuerdo de Paz suscrito entre el Gobierno Nacional y el grupo armado FARC. En el referido Acto Legislativo se estableció que, en caso de que el Partido Fuerza Alternativa Revolucionaria del Común-FARC[43] no alcanzara el umbral de la votación válida para las Cámaras del Congreso, tendría derecho a cinco curules en el Senado de la República y cinco en la Cámara de Representantes. En esta decisión, la Sala Plena analizó si el acusado incurrió en la causal de pérdida de investidura por no tomar posesión del cargo prevista en el numeral 3° del artículo 183 de la Constitución Política. El acusado sostenía que se encontraba en una situación constitutiva de fuerza mayor, toda vez que fue capturado con fines de extradición por orden de la Fiscalía General de la Nación.

[…] es necesario precisar que el ejercicio de toda función pública es un derecho que finalmente se revierte en un deber;[44] por lo tanto, el inciso 2. ° del artículo 122 de la Constitución Política regula que «[…] ningún servidor público entrará a ejercer su cargo sin prestar juramento de cumplir y defender la Constitución y desempeñar los deberes que le incumben […]». En consecuencia, para ejercer el cargo de congresista y cumplir el mandato recibido, debe tomarse posesión de este y prestarse juramento de rigor.[45]

En principio podría indicarse que los servidores públicos solo pueden ser objeto de reproche sancionatorio en virtud de su cargo y a partir del momento en que se posesionen. Sin embargo, el constituyente estableció para los congresistas[46] una causal específica por la defraudación del mandato popular, con la que sanciona la conducta de aquel representante o senador que no tome posesión en el momento de la instalación de la respectiva cámara o dentro de los ocho (8) días siguientes a este hecho, o a su llamamiento a ocupar la curul, según el caso.

Esta causal busca garantizar el principio democrático de representación política, porque obliga al congresista a asumir el ejercicio del mandato que le confirió el pueblo a través de su voto, so pena de la sanción allí prevista. En efecto, es claro que el congresista **contrae un compromiso con sus electores o representados** y con la institución, por lo tanto, debe posesionarse en su cargo porque este acto lo vincula jurídicamente con sus deberes, sus derechos y sus altas responsabilidades institucionales (art. 133 de la Constitución Política).

Esta Sala Plena de lo Contencioso Administrativo considera, además, que no hacerlo implica una ruptura del pacto político existente **entre el elector o la institucionalidad y el elegido, llamado o designado, elemento fundamental de la democracia representativa**;[47] es decir,

---

[44] Cita es original de la providencia: Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, concepto de 12 de diciembre de 2007, radicación 11001-03-06-000-2007-00102-00(1872), solicitante ministro del Interior y de Justicia.
[45] Cita es original de la providencia: Art. 17 de la ley 5 de 1992
[46] Cita es original de la providencia: Y otros miembros de corporaciones de elección popular.
[47] Cita es original de la providencia: Sala Plena de lo Contencioso Administrativo. Sentencia del 8 de septiembre de 1992 (sin número se expediente). Citado en la sentencia C-507 de 1994.

esta causal exige que la confianza depositada por el elector, o como en este caso por la institucionalidad en el marco de un acuerdo de paz, no resulte frustrada por **la decisión unilateral e injustificada del representante o senador** de no presentarse a la posesión del cargo, sin que medie fuerza mayor que así lo avale.[48] (Destacado y subrayado es original de la sentencia).

106. En igual sentido, la Sala Plena de esta Corporación, mediante sentencia de 29 de octubre de 2019[49], expresó:

[…] 74. La precitada causal debe ser analizada, por un lado, desde el elemento objetivo que comprende el estudio de tipicidad, orientada a determinar si el congresista incurrió en la conducta reprocha por la norma constitucional; y, por el otro, desde el elemento subjetivo que comprende el juicio de culpabilidad, con el objeto de establecer si el demandado es culpable de la conducta objetiva o si, por el contrario, se configuró una situación eximente de responsabilidad.

75. Ahora bien, la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, mediante sentencias proferidas el 17 de octubre de 2000, el 23 de abril de 2001 y el 28 de mayo de 2019, explicó que para la configuración de la causal de desinvestidura supra se debe determinar: i) si se trata de una persona que resultó electa como congresista o ii) si se trata de una persona que, por su vocación, **es "[…] llamada a posesionarse** […]" como tal.

76. Bajo el primer supuesto, la configuración de la causal de desinvestidura requiere el estudio de los siguientes elementos: i) Que el demandado haya sido elegido congresista; ii) que el elegido no haya tomado posesión del cargo dentro de los ocho (8) días siguientes a la fecha de instalación de las Cámaras; y iii) que la falta de posesión no sea atribuible a un hecho constitutivo de fuerza mayor.

---

[48] Sentencia SU-632 de 2017 de la Corte Constitucional

[49] Consejo de Estado, Sala Plena, sentencia de 29 de octubre de 2019, número de radicado: 11001-03-15-000-2018-02616-01(PI), actor: CÉSAR AUGUSTO CASTRO ESCOBAR Y MESA DIRECTIVA DEL SENADO DE LA REPÚBLICA, demandado: AIDA MERLANO REBOLLEDO, M.P: Hernando Sánchez Sánchez.

77. Bajo el segundo supuesto, la configuración de la causal requiere la acreditación de los siguientes cuatro elementos**: i) Que el demandado tenga la vocación de llamado**; ii) que haya sido llamado a tomar posesión del cargo de congresista; iii) que el llamado haya dejado de tomar posesión del cargo dentro de los ocho (8) días siguientes al llamamiento que se le haya efectuado; y iv) que la falta de posesión no sea atribuible a un hecho constitutivo de fuerza mayor.

78. En el caso sub examine, la Sala observa que los hechos y la conducta con base en los cuales se solicita la desinvestidura de la demandada atienden al primer supuesto previsto en la norma. En ese orden de ideas, previo a estudiar los elementos referidos supra, se realizará el estudio del marco normativo y los desarrollos jurisprudenciales de la fuerza mayor y los elementos para su configuración.

107. Así las cosas, para la Sala, el Agente del Ministerio Público acierta en sus afirmaciones cuando indica que la causal de pérdida de investidura prevista en el numeral 3° del artículo 48 de la Ley 617 de 2000 sí resulta aplicable para los concejales designados en virtud del derecho personal previsto en el artículo 112 de la Constitución Política y 25 de la Ley 1909 de 2018, pues a partir de una interpretación sistemática- finalística[50] del ordenamiento jurídico es posible afirmar que ellos tienen el deber de tomar posesión del cargo, dentro del término perentorio previsto en la norma, so pena de incurrir en la causal de pérdida de investidura.

---

[50] La Corte Constitucional, en sentencia C- 1026 de 2001 dijo: «[…] 8- También esta Corte ha señalado que la autonomía que la Carta *"reconoce a la interpretación legal o judicial tiene como límite la arbitrariedad y la irrazonabilidad de sus respectivos resultados"*(sentencia C-301/93); esto es, los frutos del ejercicio hermenéutico deben ser razonables. En este sentido, expresó la Corporación que *"cuando el efecto de la interpretación literal de una norma conduce al absurdo o a efectos contrarios a la finalidad buscada por la propia disposición, es obvio que la norma, a pesar de su aparente claridad, no es clara, porque las decisiones de los jueces deben ser razonadas y razonables. El intérprete tiene entonces que buscar el sentido razonable de la disposición dentro del contexto global del ordenamiento jurídico-constitucional conforme a una interpretación sistemática-finalista"* (sentencia C-011/94). El contenido mismo del concepto de "razonabilidad" ha sido explorado por la Corte, que en sentencia C-530/93, dijo que éste *"hace relación a que un juicio, raciocinio o idea esté conforme con la prudencia, la justicia o la equidad que rigen para el caso concreto. Es decir, cuando se justifica una acción o expresión de una idea, juicio o raciocinio por su conveniencia o necesidad".* En otras palabras, se trata de garantizar que, en cada caso, la interpretación de las disposiciones jurídicas se lleve a cabo acudiendo a un criterio finalista, que tome en cuenta las metas y objetivos establecidos en la Carta, de acuerdo con los criterios "pro-libertatis" y "pro-homine", derivados de la filosofía humanista que inspira el constitucionalismo colombiano».

II.9. La excepción de inconstitucionalidad en el sub examine

108. El Tribunal Administrativo de Boyacá inaplicó por inconstitucionalidad la expresión *«[…] y sin posibilidad de retracto»,* contenida en el artículo 2° de la Resolución 2276 de 2019, al considerar que el Consejo Nacional Electoral no tenía competencia para determinar consecuencias jurídicas que el artículo 25 de la Ley 1909 de 2018 no previó ni, tampoco, para reglamentar aspectos inherentes al ejercicio de un derecho fundamental por tratarse de una materia sujeta al principio de reserva de ley estatutaria.

109. Por su parte, el Agente del Ministerio Público en su recurso de apelación señala que una vez queda en firme el acto que declara la elección, surge el deber de todos los concejales electos, sin ninguna distinción, de tomar posesión en la oportunidad prevista en la Ley 617 de 2000, esto es, con independencia de si se trata de una elección directa o que el concejal fue designado en virtud del derecho previsto en el artículo 25 de la Ley 1909 de 2018.

110. Inicialmente debe la Sala señalar que con la entrada en vigencia de la Constitución Política de 1991 y a partir del nuevo paradigma constitucional se plasmó el principio de supremacía constitucional en el artículo 4° según el cual la Carta Política es norma de normas, la cual ocupa una posición de máxima jerarquía dentro del sistema de fuentes del derecho y, en caso de incompatibilidad entre una norma constitucional con otra de inferior jerarquía prevalece la primera sobre estas[51].

---

[51] La Corte Constitucional, mediante sentencia C- 054 de 2016, dijo: «El artículo 4º de la Constitución establece el principio de supremacía constitucional, a partir de dos reglas definidas. La primera, que confiere a la Constitución el carácter de norma de normas, lo que impone su máxima condición jerárquica en el sistema de fuentes de derecho. La segunda, que determina una regla interpretativa según la cual ante la incompatibilidad entre las normas constitucionales y otras de inferior jerarquía, prevalecen aquellas. Con todo, debe resaltarse que la relación entre la Constitución y las demás fuentes de derecho, conforme al mencionado principio fundante del modelo constitucional, no se restringen a una simple definición jerárquica, sino que, antes bien, la supremacía de la Carta Política implica diferentes funciones dentro del orden jurídico, las cuales deben ser adecuadamente distinguidas y explicadas a efectos de resolver el problema jurídico antes expuesto. 6.1. El principio de supremacía constitucional tiene una función *jerárquica*, lo cual conlleva dos consecuencias. En primer lugar, implica la imposibilidad de predicar en el orden jurídico normas que tengan un nivel superior a la Constitución. Esto implica, a su vez, que aquellas normas que hacen parte del bloque de constitucionalidad en sentido estricto, en los términos del inciso primero del artículo 93 C.P., alcancen el mismo nivel jerárquico de la Constitución, pero no una escala superior que la subordine, por lo que son disposiciones integradas más no superpuestas a la Carta Política. La segunda faceta de la función jerárquica es la de servir de parámetro para la validez formal y material de las normas que integran el ordenamiento jurídico. Las previsiones que conforman el contenido orgánico de la Constitución determinan el régimen de competencias para la producción normativa (por ejemplo, la cláusula general de competencia legislativa del Congreso de que trata el artículo 150 C.P.), al igual que los aspectos esenciales que guían el procedimiento para dicha actividad de creación del derecho legislado, así como de los

111. El ordenamiento jurídico colombiano adoptó un modelo de control mixto, pues al lado del control que ejerce la Corte Constitucional vía acción pública de inconstitucionalidad, las autoridades judiciales, de oficio o a solicitud de parte y con efectos *inter partes* pueden inaplicar una norma de inferior jerarquía cuando adviertan su incompatibilidad con una norma de la Carta Política[52].

112. A la Corte Constitucional se le confió el control de constitucionalidad de las normas (artículo 241 de la Carta Política) y al Consejo de Estado conocer de las demandas de nulidad por inconstitucionalidad de los decretos dictados por el Gobierno Nacional, cuya constitucionalidad no corresponda a la Corte Constitucional (artículo 237 Superior).

113. La excepción de inconstitucionalidad no ha sido objeto de desarrollo legislativo, y en esa medida la jurisprudencia constitucional y de esta Corporación han cumplido un papel importante para determinar los requisitos para su aplicación.

114. Así, la jurisprudencia constitucional ha considerado que la excepción de inconstitucionalidad tiene una doble dimensión: desde una perspectiva procesal es entendida como la **facultad** de los operadores jurídicos – o herramienta- en tanto que no requiere ser alegada pero también se configura como un **deber** de los jueces de inaplicar la disposición normativa que resulte contraria a la Constitución. En este sentido, se ha señalado:

> […]. La jurisprudencia constitucional ha definido que "la excepción de inconstitucionalidad es una facultad o posibilidad (o si se quiere, una

---

reglamentos. Estas disposiciones constitucionales conforman el marco de referencia para la validez formal de las normas jurídicas.
[…]
6.2. La supremacía constitucional también encuentra una función *directiva*, derivada de la regla de interpretación contenida en el artículo 4º C.P. Como es bien sabido, de una misma disposición jurídica, esto es, del texto de la regla correspondiente, pueden derivarse diferentes contenidos normativos que pueden tener significados diversos e incluso divergentes. Esto debido a que el derecho es expresado en lenguaje natural y, por lo mismo, está caracterizado por la ambigüedad y la vaguedad de sus formulaciones idiomáticas.[5] A su vez, desde un punto de vista más general y basado en la filosofía del lenguaje,[6] la definición específica de cualquier expresión y, entre ellas el lenguaje jurídico, está delimitada y condicionada por el contexto en que esta se encuentra y que es utilizado por los intérpretes del texto escrito, bien sea que tome la forma de derecho legislado o de precedente judicial».

[52] Consejo de Estado, Sección Quinta, sentencia de 9 de febrero de 2017, número de radicado: 11001-03-28-000-2014-00112-00, actor: ZOILO CÉSAR NIETO DÍAZ, demandado: JAIME BUENAHORA FEBRES Y ANA PAOLA AGUDELO GARCÍA, REPRESENTANTES A LA CÁMARA POR LA CIRCUNSCRIPCIÓN INTERNACIONAL, MP: Lucy Jeannette Bermúdez Bermúdez.

herramienta) de los operadores jurídicos, en tanto no tiene que ser alegada o interpuesta como una acción; pero se configura igualmente como un deber en tanto las autoridades no pueden dejar de hacer uso de ella en los eventos en que detecten una clara contradicción entre la disposición aplicable a un caso concreto y las normas constitucionales". En consecuencia, esta herramienta se usa con el fin de proteger, en un caso concreto y con efecto inter partes, los derechos fundamentales que se vean en riesgo por la aplicación de una norma de inferior jerarquía y que, de forma clara y evidente, contraría las normas contenidas dentro de la Constitución Política[53] […]

115. Así mismo, la jurisprudencia de la Corte Constitucional ha considerado que dicha figura no tiene aplicación cuando la norma ha sido objeto de control abstracto de constitucionalidad y declarada exequible. Así, en sentencia C-600 de 1998[54] se dijo:

> […] En efecto, en el caso de los fallos en los que la Corte Constitucional declara la exequibilidad de un precepto, a menos que sea ella relativa y así lo haya expresado la propia sentencia -dejando a salvo aspectos diferentes allí no contemplados, que pueden dar lugar a futuras demandas-, se produce el fenómeno de la cosa juzgada constitucional, prevista en el artículo 243 de la Constitución. Y, entonces, si ya por vía general, obligatoria y **erga omnes** se ha dicho por quien tiene la autoridad para hacerlo que la disposición no quebranta principio ni precepto alguno de la Carta Política, carecería de todo fundamento jurídico la actitud del servidor público que, sobre la base de una discrepancia con la Constitución -encontrada por él pero no por el Juez de Constitucionalidad- pretendiera dejar de aplicar la norma legal que lo obliga en un proceso, actuación o asunto concreto.

116. En armonía con la jurisprudencia constitucional esta Corporación[55] de manera pacífica ha señalado que para la procedencia de la excepción de inconstitucionalidad deben concurrir al menos los siguientes requisitos:

---

[53] SU-132 de 2013, Magistrado Ponente: ALEXEI JULIO ESTRADA.
[54] Magistrado Ponente: Dr. JOSE GREGORIO HERNANDEZ GALINDO.
[55] Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta, 25000-23-24-000-2001-00985-02 (17173), actor: MUNICIPIO DE BELLO Y OTROS, demandado**:** MINISTERIO DE HACIENDA Y CREDITO PUBLICO, M.P.: MARTHA TERESA BRICEÑO DE VALENCIA. La Corte Constitucional, en sentencia T- 681 de 2016 sobre este aspecto dijo «[…] 5.2. Dicha facultad puede

> […] 1. La existencia de una o más leyes o actos administrativos que se consideran contrarios a la Constitución Política. 2. La indicación de una o varias normas constitucionales que se consideran violadas. 3. Que se explique de qué manera se viola la norma o normas constitucionales. 4. Que esa violación sea evidente, grave y ostensible. Adicionalmente, es requisito que no se haya producido un fallo de exequibilidad respecto de la ley o acto que se acusa, esto es, en el que haya declarado que la norma está conforme con la disposición constitucional.

117. Ahora bien, en relación con la excepción de ilegalidad, la jurisprudencia constitucional ha señalado[56] que:

> […] se circunscribe entre nosotros a la posibilidad que tiene un juez administrativo de inaplicar, dentro del trámite de una acción sometida a su conocimiento, un acto administrativo que resulta lesivo del orden jurídico superior. Dicha inaplicación puede llevarse a cabo en respuesta a una solicitud de nulidad o de suspensión provisional formulada en la demanda, a una excepción de ilegalidad propiamente tal aducida por el demandado, o aun puede ser pronunciada de oficio. Pero, en virtud de lo dispuesto por la norma sub exámine tal y como ha sido interpretado en la presente decisión, tal inaplicación no puede ser decidida por autoridades administrativas, las cuales, en caso de asumir tal conducta, podrían ser demandadas a través de la acción de cumplimiento, que busca, justamente, hacer efectivo el principio de obligatoriedad y de presunción de legalidad de los actos administrativos.

---

ser ejercida de manera oficiosa o a solicitud de parte cuando se está frente a alguna de las siguientes circunstancias:(i) La norma es contraria a las cánones superiores y no se ha producido un pronunciamiento sobre su constitucionalidad, toda vez que "*de ya existir un pronunciamiento judicial de carácter abstracto y concreto y con efectos erga omnes, la aplicación de tal excepción de inconstitucionalidad se hace inviable por los efectos que dicha decisión genera, con lo cual cualquier providencia judicial, incluidas las de las acciones de tutela deberán acompasarse a la luz de la sentencia de control abstracto que ya se hubiere dictado*; (ii) La regla formalmente válida y vigente reproduce en su contenido otra que haya sido objeto de una declaratoria de inexequibilidad por parte de la Corte Constitucional o de nulidad por parte del Consejo de Estado, en respuesta a una acción pública de inconstitucionalidad o nulidad por inconstitucionalidad según sea el caso; o, (iii) En virtud, de la especificidad de las condiciones del caso particular, la aplicación de la norma acarrea consecuencias que no estarían acordes a la luz del ordenamiento *iusfundamental*. En otras palabras, *"puede ocurrir también que se esté en presencia de una norma que, en abstracto, resulte conforme a la Constitución, pero no pueda ser utilizada en un caso concreto sin vulnerar disposiciones constitucionales».*

[56] Sentencia C- 037 de 2000.

118. En el *sub judice*, la Sala evidencia que la Resolución 2276 de 2019 fue expedida por el Consejo Nacional Electoral, en ejercicio de las atribuciones constitucionales y legales, en especial, las conferidas por el numeral 1°, 3° y 4° del artículo 265 de la Constitución Política y los artículos 11 y 12 del Decreto Ley 2241 de 1986, tal y como se evidencia en la parte considerativa en la cual se señaló:

> […] Que de acuerdo al mandato constitucional el Consejo Nacional Electoral tiene como atribución velar por el desarrollo de los procesos electorales en condiciones de plenas garantías.
>
> Que, por mandato del artículo 209 constitucional, la función administrativa está al servicio de los intereses generales y se desarrolla con fundamento en los principios de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad.
>
> Que el artículo 265 constitucional dispone que el Consejo Nacional Electoral, de oficio, o por solicitud, tiene la atribución de revisar escrutinios y los documentos electorales concernientes a cualquiera de las etapas del proceso administrativo de elección con el objeto de que se garantice la certeza de los resultados […]

119. De lo anterior resulta posible colegir que la Constitución Política previó un sistema de reglamentación especial en cabeza de ciertas entidades como el Consejo Nacional Electoral para *«el cabal ejercicio de la función electoral*[57]*».* En otras palabras, dicha entidad tiene a su cargo la expedición de normas de naturaleza operativa y administrativa para regular temas que son de su competencia[58].

120. Para la Sala, la citada resolución fue expedida de conformidad con la facultad constitucional prevista en los artículos 265 y 266 de la Constitución Política y, en esa medida, no se evidencia una contradicción evidente o palmaria con los postulados de la Carta Política, puesto que el mismo Estatuto Superior faculta a ciertos órganos del Estado, como el Consejo Nacional Electoral, a expedir actos de contenido normativo «[…] *para el cabal ejercicio de la función electoral,*

---

[57] C-301 de 2004.
[58] C- 1081 de 2005. También puede verse la sentencia C- 102 de 2018.

siempre que tal facultad se entienda circunscrita a la regulación de "... aspectos técnicos y de mero detalle[59]*».*

121. Adicionalmente, cabe destacar que, si bien para la fecha en que se profirió el fallo de primera instancia y, en él, se inaplicó por inconstitucionalidad el aparte *«[…] y sin posibilidad de retracto»* contenido en el artículo 2° de la Resolución 2276 de 2019, no existía un pronunciamiento de la jurisdicción contencioso administrativa sobre su legalidad, en la actualidad la Sección Quinta de esta Corporación, mediante sentencia de 16 de diciembre de 2020, encontró ajustada a derecho dicha expresión. Dicha sentencia goza del atributo de cosa juzgada erga omnes frente a *la causa petendi* juzgada y es de obligatorio cumplimiento para las autoridades y los particulares.

122. En dicha oportunidad, como quedó analizado con anterioridad, esta Corporación examinó los mismos motivos que llevaron al Tribunal de primera instancia a aplicar la excepción de inconstitucionalidad del referido aparte, esto es, los relacionados con la falta de competencia y la violación al principio de reserva legal y, la conclusión fue negar las pretensiones de la demanda, al considerar que el Consejo Nacional Electoral tiene competencia para *«[…]regular el desarrollo de procesos electorales, de normas de carácter operativo, expedidas por el CNE, para garantizar el cumplimiento de derechos y garantías de los diferentes partidos, movimientos y grupos de ciudadanos que participan en la contienda electoral en igualdad de condiciones, que en el caso particular ayudan a materializar el ejercicio de la aceptación de las curules obtenidas por derecho propio».*

123. En este sentido, no resulta aplicable la excepción de inconstitucionalidad sobre la expresión *«[…] y sin posibilidad de retracto»,* contenida en el artículo 2° de la Resolución 2276 de 2019 en tanto si bien es cierto que al momento en que se expidió la sentencia de primera instancia objeto de reproche, la decisión de la Sección Quinta del Consejo de Estado no había sido proferida, también lo es que dicho acto administrativos se expidió con fundamento en las competencias que tenía el Consejo Nacional Electoral, órgano investido de facultades de reglamentación para regular temas de su competencia[60].

---

[59] C- 307 de 2004, Magistrados Ponentes: Magistrados Ponentes: Dr. RODRIGO ESCOBAR GIL, Dr. MANUEL JOSE CEPEDA ESPINOSA y Dr. ALFREDO BELTRAN SIERRA.
[60] C-1081 de 2005.

124. Sumado a lo anterior, dicha figura tiene un carácter subsidiario frente al análisis de legalidad que efectúe esta jurisdicción lo que implica que, lo decidido por la Sección Quinta de esta Corporación mediante sentencia de 16 de diciembre de 2020 hace tránsito a cosa juzgada *erga omnes* en relación con la *causa petendi* juzgada y resulta de obligatorio cumplimiento.

125. En consecuencia, la Sala revocará la sentencia apelada, en cuanto declaró de oficio la excepción de inconstitucionalidad sobre la expresión *«[…] y sin posibilidad de retracto»,* contenida en el artículo 2° de la Resolución 2276 de 2019, de conformidad con las razones expuestas, como en efecto así se dispondrá en la parte motiva de esta providencia.

II.10.- El caso concreto: análisis de los elementos para la configuración de la causal prevista en el numeral 3° del artículo 48 de la Ley 617 de 2000

126. La Sala procederá a analizar si en el presente caso se estructuran o no los presupuestos exigidos para la configuración de la causal de pérdida de investidura por no tomar posesión del cargo. Es importante señalar que, de aceptarse la configuración de los elementos objetivos, la Sala establecerá el juicio de culpabilidad.

127. De acuerdo con los precedentes jurisprudenciales de esta Corporación y para el caso en concreto, para la configuración de la causal alegada es necesario el cumplimiento de los siguientes requisitos:[61]

(i) Primer presupuesto: que el candidato haya sido elegido, designado-llamado **(en el marco del artículo 112 de la Constitución y 25 de la Ley 1909 de 2018-Estatuto de la Oposición-);**

(ii) Segundo presupuesto: que el elegido, **llamado-designado por mandato del artículo 112 de la Constitución y 25 de la Ley 1909 de 2018** (a quien le asiste el derecho de manifestar por escrito, ante la comisión escrutadora competente su decisión de aceptar o no la curul en la corporación pública de elección popular y

---

[61] Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, sentencia de 24 de octubre de 2011, radicación 11001-0315-000-2010-01228-00(Pi), actor Jorge Eliecer Peña Pinilla, Accionado Miguel Jesús Arenas Prada. También puede consultarse la sentencia de la Sala Plena, Radicación número: 11001-03-15-000-2018-03883-01(PI), actor: MESA DIRECTIVA DE LA CÁMARA DE REPRESENTANTES, demandado: SEUXIS PAUCIAS HERNÁNDEZ SOLARTE, MP: William Hernández Gómez.

en la oportunidad prevista en el ordenamiento jurídico) no haya tomado posesión del cargo dentro de los tres (3) días siguientes a la fecha de instalación de las asambleas o concejos, según el caso, o a la fecha en que fueren llamados a posesionarse;

(iii) Tercer presupuesto: que la falta de posesión no sea atribuible a un caso de fuerza mayor;

(iv) Cuarto presupuesto: que quede demostrado el elemento subjetivo

(i) Análisis del primer presupuesto: que el candidato haya sido designado (en el marco del artículo 112 de la Constitución Política y 25 de la Ley 1909 de 2018- Estatuto de la Oposición-)

128. En relación con el primer presupuesto, se encuentra demostrado que el ciudadano Néstor Hubeimar Candela Reyes fue designado como concejal, tal y como consta en el acta de escrutinio parcial de las elecciones celebradas el 27 de octubre de 2019, debido a que alcanzó la segunda mayor votación en las elecciones uninominales a la Alcaldía y manifestó por escrito la decisión de aceptar la curul a dicha corporación pública de elección popular. En este sentido, se cumplió el primer requisito.

(ii) Análisis del segundo presupuesto: que el designado no haya tomado posesión del cargo dentro de los tres (3) días siguientes a la fecha de instalación del concejo, o a la fecha en que fueren llamados a posesionarse

129. En segundo lugar, según se constata con el Acta 001 -20200 de 1° de enero de 2020 que da cuenta de la sesión inaugural del concejo municipal de Tinjacá (Boyacá) para el período constitucional 2020-2024 y en la cual se dejó consignado el juramento y toma de posesión de los concejales elegidos, el ciudadano Néstor Hubeimar Candela Reyes no tomó posesión de su cargo, ni lo hizo dentro de los tres (3) días siguientes a la instalación de la asamblea.

(iii) Análisis del tercer presupuesto: que la falta de posesión no sea atribuible a un caso de fuerza mayor

130. En tercer lugar y, en relación con la fuerza mayor como causal eximente del deber legal de tomar posesión en procesos de pérdida de investidura, la Sala Plena del Consejo de Estado, mediante sentencia de 29 de octubre de 2019[62], expresó lo siguiente:

> […] 80. Visto el artículo 1º de la Ley 95 de 2 de diciembre de 1890, sobre reformas civiles, que subrogó el artículo 64 del Código Civil, "[…] Se llama fuerza mayor o caso fortuito el imprevisto a que no es posible resistir, como un naufragio, un terremoto, el apresamiento de enemigos, los actos [i.e] de autoridad ejercidos por un funcionario público, etc. […]" (Destacado fuera de texto).
>
> 81. La definición legal establece un concepto unitario y conjunto de las instituciones procesales que han sido denominadas como causa extraña, al punto de señalar que el caso fortuito y la fuerza mayor se constituyen por un "[…] imprevisto a que no es posible resistir […]". No obstante lo anterior, la jurisprudencia del Consejo de Estado ha diferenciado las dos figuras.
>
> 82. La Sala Plena de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, mediante sentencia proferida el 28 de mayo de 2019, consideró que la configuración del fenómeno jurídico de fuerza mayor debía cumplir tres requisitos, a saber: imprevisibilidad, irresistibilidad y exterioridad. La sentencia los precisó de la siguiente manera:
>
> 83. La imprevisibilidad significa que "[…] quien aduce el hecho como constitutivo de fuerza mayor estuvo impedido para actuar con el fin de evitar sus consecuencias porque no podía prever con anterioridad su ocurrencia; es decir, que no había alguna razón especial para que el sujeto pensara que se produciría el acontecimiento que configura la fuerza mayor. La Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia, explica que el hecho imprevisible es aquel "que dentro de las circunstancias normales de la vida, no sea posible contemplar por anticipado su ocurrencia […]".

---

[62] Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, sentencia de 29 de octubre de 2019, Radicación número: 11001-03-15-000-2018-02616-01(PI), actor: CÉSAR AUGUSTO CASTRO ESCOBAR Y MESA DIRECTIVA DEL SENADO DE LA REPÚBLICA, demandado: AIDA MERLANO REBOLLEDO, MP: Hernando Sánchez Sánchez.

84. La irresistibilidad implica que "[…] el cumplimiento de la obligación se torne imposible pese a la conducta prudente adoptada por el sujeto. Es decir, hace referencia a que quien alegue la fuerza mayor debe probar que la situación que invoca conllevó la imposibilidad de cumplir o de obrar de manera diferente a como lo hizo; por lo tanto, no se trata de una simple dificultad sino de un verdadero obstáculo insuperable […]".

85. La exterioridad o extrañeza significa que "[…] no puede alegar esa causa quien ha contribuido con su conducta a la realización del hecho alegado; es decir, el afectado no puede haber intervenido en la situación que le imposibilitó cumplir su deber u obligación, de forma que no haya tenido control sobre la situación ni injerencia en esta. Por esa razón el acontecimiento no puede ser imputable a la persona […]". Señala, además, que la exterioridad se concreta en que el acontecimiento o circunstancia que se invoca como causa extraña, también debe resultarle ajeno jurídicamente a quién lo alega; es decir, quien lo alega no debe tener control sobre la situación, ni injerencia en la misma y no debe tener el deber jurídico de responder.

86. Por el otro, la Corte Constitucional, mediante sentencias SU-501 de 6 de agosto de 2015 y SU-632 de 12 de octubre de 2017 ha abordado de manera casi idéntica el estudio de los elementos para la configuración de la fuerza mayor, al señalar que se deben cumplir los tres requisitos indicados supra.

87. La Sala Plena precisa que corresponde al juez, en cada caso concreto, verificar si el hecho que se alega como constitutivo de fuerza mayor fue imprevisible, irresistible y externo.

131. En este sentido, la Sala debe determinar si la copia del escrito de 30 de diciembre de 2019, mediante el cual el señor Néstor Hubeimar Candela Reyes manifiesta su «**RENUNCIA IRREVOCABLE Y DESISTO DE LA ACEPTACIÓN DE LA CURUL AL CONCEJO <u>por motivos personales</u>, además NO TOMARÉ POSESIÓN al cargo de CONCEJAL** por el Municipio de Tinjacá –Boyacá, para el período 2020 al 2023, por el PARTIDO MOVIMIENTO ALTERNATIO INDÍGENA Y SOCIAL- MAIS» es constitutiva de fuerza mayor.

132. Para la Sala, no existe duda que dicha manifestación no es un hecho constitutivo de fuerza mayor, pues tal y como lo ha reconocido esta Sección en otras oportunidades, *«[…] siempre que en una decisión intervenga la libertad para adoptarla, per se, se descarta la imprevisibilidad e irresistibilidad, pues estas suponen la ocurrencia de un imprevisto al que es imposible resistir*[63]*».*

133. Resulta evidente, entonces, que el acusado fue quien voluntariamente se puso en la alegada imposibilidad jurídica de ocupar el cargo de concejal y, en esa medida no se trata de un hecho externo que fuera imprevisible e irresistible, pues «[…] *solo constituye una manifestación de no tomar posesión del cargo para el cual fue elegido, la cual si bien es libre y debe ser aceptada como una expresión (negativa) del derecho fundamental a la conformación del poder político, trae como consecuencia por expreso mandato de la ley la pérdida de investidura de quien la realiza*[64]*».*

134. Esta Sección prohíja las consideraciones esgrimidas en la sentencia de 16 de febrero de 2012[65] (criterio a su vez reiterado en providencia de 28 de enero de 2016[66]) en la cual al referirse al valor de la renuncia en procesos de perdida de investidura se señaló:

---

[63] Sentencia proferida el 30 de agosto de 2002, dentro del proceso identificado con el número 8046, C. P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo.
[64] Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, veinte (20) de junio de dos mil trece (2013). Rad. No: 17001-23-31-000-2012-00215-02(PI).
[65] CONSEJO DE ESTADO, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, sentencia de 16 de febrero de 2012, Radicación número: 25000-23-15-000-2011-00213-01(PI), CP.: Marco Antonio Velilla (E).
[66] Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, Radicación número: 05001-23-33-000-2013-01271-01(PI), Actor: RODRIGO DE JESÚS MUNERA ZAPATA, demandado: CARLOS ALIRIO MUÑOZ LÓPEZ, MP: Roberto Augusto Serrato Valdés. Cabe destacar que, la Corte Constitucional, mediante SU- 632 de 2017, al seleccionar la acción de tutela interpuesta en contra de dicha providencia judicial, dijo: "Para esta Corporación es claro que anteponer un proyecto político individual antes que privilegiar el mandato de los electores, recientemente ha sido reprochado por el Consejo de Estado bien sea por vía de nulidad electoral o mediante pérdida de investidura. La razón que ha llevado a consolidar esta posición jurídica ha sido el entendimiento de los principios que irradian la cultura política y ciudadana en este país, los cuales han permitido al máximo juez de lo contencioso administrativo entender que: *(i)* los cargos públicos no pueden ser empleados como catapulta política para concretar otros escaños a corto plazo; *(ii)* existe un deber por parte del elegido de respetar la confianza y el voto dado por el elector; y *(iii)* la facultad de poder renunciar a un cargo para aspirar inmediatamente a otro puede llegar a afectar la imparcialidad, moralidad y trasparencia en el uso de recursos públicos.
Ahora bien, esta postura en ningún momento anula o extingue el derecho del elegido al libre desarrollo de la personalidad, trabajo u autonomía, por cuanto la renuncia en toda circunstancia debe ser aceptada como una expresión (negativa) del derecho fundamental a la conformación del poder político y, por ende, su presentación debe conllevar a su aceptación; cosa distinta es que por expreso mandato de la ley pueda acarrear sanciones de carácter político-disciplinarias por contrariar el compromiso celebrado con los electores.
Debe tenerse en cuenta que actualmente la jurisprudencia del Consejo de Estado ha unificado criterios respecto a las consecuencias jurídicas de: (i) no posesionarse en un cargo de elección

[…] Según se desprende de la anterior definición legal, la situación constitutiva de la fuerza mayor debe ser un hecho extraño a quien la alega, totalmente imprevisible e irresistible, capaz de determinar y justificar el incumplimiento o inejecución de determinado deber u obligación por parte de éste. En razón de su carácter imprevisible e irresistible, la fuerza mayor es considerada en nuestro ordenamiento jurídico como causa eximente de responsabilidad, por cuanto viene a justificar el incumplimiento de la correspondiente obligación.

Al respecto es pertinente citar el siguiente aparte contenido en la sentencia proferida el 30 de agosto de 2002, dentro del proceso identificado con el número 8046, C. P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo:

"En otras palabras, qué de imprevisible tiene que una persona, que se dedica a una actividad única en determinado municipio, decida también, por su propia voluntad, participar en una elección para concejal?. Y qué de irresistible tiene no renunciar o mantenerse en un cargo de elección popular? **Siempre que en una decisión intervenga la libertad para adoptarla, per se, se descarta la imprevisibilidad e irresistibilidad, pues esta supone la ocurrencia de un imprevisto al que es imposible resistir.**

Decidir "correr el riesgo" de suministrar el combustible, bajo la consideración de estar exonerado por ser proveedor único, conlleva la decisión de asumir las consecuencias que de ello se derivan, como por

---

popular dentro del término fijado en la ley o la constitución para hacerlo; (ii) renunciar ante la autoridad competente antes de la posesión para aspirar a otro cargo público o empleo, o (iii) posesionarse en un cargo de elección popular y posteriormente renunciar para postularse a otro que coincida así sea parcialmente en el mismo periodo constitucional. En los dos primeros eventos la Sección Primera del Consejo de Estado ha precisado que se constituye una causal de pérdida de investidura, mientras que en el tercero la Sección Quinta del Consejo de Estado ha precisado que se presentaría una causal de nulidad electoral.
En suma, de lo expuesto puede observarse que el Consejo de Estado al momento de ponderar cuál derecho debe primar entre la protección de un proyecto político individual y el respeto al pacto político realizado con los votantes, se ha inclinado por darle mayor prevalencia al segundo. Sobre el particular, vale la pena resaltar como la providencia que declaró la nulidad electoral de la gobernadora de la Guajira Oneida Pinto precisó como en dicha tensión deben ponderarse los derechos de la totalidad de las partes involucradas, pero siempre reconociendo que *"no puede perderse de vista que el derecho del elegido es el derecho del elector y que, por ende, en esta materia el principio pro homine opera a favor del segundo y no del primero, lo que se traduce en pro hominum (humanidad), pro electoratem (electorado) o pro sufragium (electores)».*

ejemplo, colocarse en una causal de incompatibilidad. Luego, decidir, voluntariamente, seguir suministrando el combustible y, al mismo tiempo, desempeñarse como Concejal, no fue un imprevisto al que es imposible resistir, sino todo lo contrario, una situación, a todos luces previsible."

La imprevisibilidad que es propia de la figura, se presenta cuando resulta totalmente imposible visualizar o contemplar el hecho con anterioridad a su ocurrencia. Para establecer qué es lo previsible, se hace necesario considerar las circunstancias particulares del caso concreto a fin de verificar cuáles son las previsiones normales que habrían de exigirse a quien alega en su beneficio ese fenómeno liberatorio.

En tratándose de la obligación que asumen las personas que han sido elegidas por el voto popular como miembros de una corporación administrativa de carácter territorial, en el sentido de tomar posesión del cargo dentro del término perentorio establecido en el artículo 48 de la ley 617 de 2000, el parágrafo de ese mismo artículo admite como causal exonerativa o exculpativa de responsabilidad, la ocurrencia de un hecho de fuerza mayor, en el entendido de que el incumplimiento de esa obligación no le es jurídicamente imputable ni puede dar lugar a que se declare la pérdida de la investidura, con las gravosas consecuencias señaladas por el ordenamiento jurídico.

La fuerza mayor, en estos casos, se produce entonces cuando el hecho exógeno al concejal elegido es imprevisible e irresistible y se traduce en la imposibilidad absoluta de dar cumplimiento a la obligación ya mencionada. En tales circunstancias el hecho de la falta de posesión dentro de la oportunidad legal, no puede subsumirse en la causal de pérdida de investidura prevista en el artículo 48 numeral 3° de la Ley 617 de 2000, por tratarse de una omisión plenamente justificada.

En ese orden de ideas, la ocurrencia de una situación fáctica constitutiva de fuerza mayor, traslada al interesado la carga de demostrar que el fenómeno por él alegado, además de corresponder a una causa extraña, imprevisible e irresistible, le impidió el cumplimiento

de la obligación de tomar posesión dentro de los tres (3) días hábiles siguientes a la fecha de la instalación de las sesiones del Concejo Distrital. (…)

135. Así las cosas, no es posible considerar que se configuró para el acusado una situación constitutiva de fuerza mayor que le eximiera del cumplimiento del deber legal de tomar posesión en el cargo de concejal en las oportunidades previstas por el ordenamiento jurídico.

(iv) Análisis del cuarto presupuesto. El elemento subjetivo: dolo o culpa grave

136. Inicialmente, debe señalarse que el artículo 1° de la Ley 1881 de 2018, modificado por el artículo 4° de la Ley 2003 de 2019 exige que la conducta del servidor público de elección popular se cometa a título de dolo o culpa grave, al indicar:

> **[…] ARTÍCULO 1o.** <Artículo modificado por el artículo 4 de la Ley 2003 de 2019. El nuevo texto es el siguiente:> El proceso sancionatorio de pérdida de investidura es un juicio de responsabilidad subjetiva. **La acción se ejercerá en contra de los congresistas que, con su conducta dolosa o gravemente culposa**, hubieren incurrido en una de las causales de pérdida de investidura establecidas en la Constitución.
>
> Se observará el principio del debido proceso conforme al artículo 29 de la Constitución Política.
>
> **PARÁGRAFO.** Se garantizará el non bis in idem. Cuando una misma conducta haya dado lugar a una acción electoral y a una pérdida de investidura de forma simultánea, el primer fallo hará tránsito a cosa juzgada sobre el otro proceso en todos los aspectos juzgados, excepto en relación con la culpabilidad del Congresista, cuyo juicio es exclusivo del proceso de pérdida de investidura.
>
> En todo caso, la declaratoria de pérdida de investidura hará tránsito a cosa juzgada respecto del proceso de nulidad electoral en cuanto a la configuración objetiva de la causal. (Destacado de la Sala).

137. Esta Sección[67], acogiendo los derroteros jurisprudenciales de la Corte Constitucional en sentencia SU-424 de 2016[68] ha realizado el abordaje del aspecto subjetivo en los siguientes términos:

> […] resulta evidente que los elementos objetivos de la causal se hallaron presentes en los hechos judicializados en el caso *sub lite* sin que se haya sido esgrimido argumento alguno capaz de evitar la tipificación de dicha inhabilidad. Acreditada así la estructuración fáctica de la causal de pérdida de investidura prevista en el artículo 43, numeral 3, de la Ley 136, modificado por el artículo 40 de la Ley 617, debe abordarse el juicio subjetivo de imputación de responsabilidad.
>
> En cuanto al análisis subjetivo de la conducta desplegada por el señor **MARIO HINESTROZA ANGULO**, en medio del respeto a sus garantías al Debido Proceso sancionatorio y en aras de establecerse si en aquélla estuvo presente o no el elemento de la culpabilidad en los términos explicados, se recuerda y reitera lo considerado recientemente por la Corte Constitucional en su sentencia SU424 de 2016:
>
> "[…] 33. De este capítulo resultan relevantes las siguientes conclusiones:
>
> - La pérdida de investidura es una acción pública[69], **que comporta un juicio de naturaleza ética que tiene como propósito proteger la dignidad del cargo que ocupan los miembros de cuerpos colegiados**, y permite imponer como sanción no solo la desvinculación de un congresista de su cargo de elección popular, **sino también la imposibilidad futura de volver a ocupar un cargo de la misma**

---

[67] Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, consejera ponente María Elizabeth García González, sentencia de 25 de mayo de 2017, número único de radicado 81001-23-39-000-2015-00081-01(PI).

[68] La Corte Constitucional indicó que el análisis del elemento subjetivo exige analizar si *«[…] se configura el elemento de culpabilidad (dolo o culpa) de quien ostenta la dignidad, esto es, atiende a las circunstancias particulares en las que se presentó la conducta y analiza si el demandado conocía o debía conocer de la actuación que desarrolló y si su voluntad se enderezó a esa acción u omisión»* y, en este sentido se debe determinar *«[…] si a pesar de que ésta aparezca acreditada, existe alguna circunstancia que excluya la responsabilidad del sujeto, bien sea porque haya actuado de buena fe o, en caso de que la causal lo admita, se esté ante una situación de caso fortuito o fuerza mayor, o en general exista alguna circunstancia que permita descartar la culpa».*

[69] Cita es original del texto: Corte Constitucional Sentencia SU-1159 de 2003. M.P. Manuel José Cepeda Espinosa.

naturaleza, si éste llega a incurrir en alguna de las causales de procedencia de la figura señaladas en la Carta Política.

- Son causales de pérdida de investidura[70]: el incumplimiento de los deberes inherentes a su cargo, la violación del régimen de inhabilidades e incompatibilidades[71]; la indebida destinación de dineros públicos[72]; el conflicto de intereses[73] y el tráfico de influencias debidamente comprobado[74].

- **La gravedad de la sanción que se impone, exige que el proceso de pérdida de investidura se lleve a cabo con observancia del debido proceso, particularmente, de los principios *pro homine*, *in dubio pro reo*, de legalidad (las causales son taxativas y no hay lugar a aplicar normas por analogía), objetividad, razonabilidad, favorabilidad, proporcionalidad y culpabilidad.**

34. Los presupuestos anteriores permiten a la Corte concluir que el análisis de responsabilidad que realiza el juez en el proceso sancionatorio de pérdida de investidura es subjetivo, pues en un Estado de Derecho los juicios que implican un reproche sancionador, por regla general, no pueden operar bajo un sistema de responsabilidad objetiva, y las sanciones que se adopten en ejercicio del *ius puniendi* deberán verificar la ocurrencia de una conducta regulada en la ley (principio de legalidad o tipicidad), contraria al ordenamiento jurídico (principio de antijuridicidad) y culpable.

Así pues, en lo aquí pertinente, tras verificar la configuración de la causal, el juez de pérdida de investidura examina si en el caso particular se configura el elemento de culpabilidad (dolo o culpa) de quien ostenta la dignidad, esto es, atiende a las circunstancias

---

[70] Cita es original del texto: Art. 183 de la Carta Política. Sin embargo, otra causal también es la consagrada en el artículo 110 constitucional relacionada con la prohibición a quienes desempeñan funciones públicas, de hacer contribuciones a partidos, candidatos o movimientos políticos.
[71] Cita es original del texto: Art. 179 (El numeral 8 de este artículo fue modificado por el Acto Legislativo 01 de 2003); 180, 181 y 183 de la Constitución Política.
[72] Cita es original del texto: Art. 183 de la Constitución Política.
[73] Cita es original del texto: Art. 182 y 183 de la Constitución Política.
[74] Cita es original del texto: Art. 183 C.P. Al respecto puede consultarse la sentencia C-207 de 2003. M.P. Rodrigo Escobar Gil.

particulares en las que se presentó la conducta y analiza si el demandado conocía o debía conocer de la actuación que desarrolló y si su voluntad se enderezó a esa acción u omisión.

En ese sentido, el juez de este proceso sancionatorio debe determinar si se configura la causal y si a pesar de que ésta aparezca acreditada, existe alguna circunstancia que excluya la responsabilidad del sujeto, bien sea porque haya actuado de buena fe o, en caso de que la causal lo admita, se esté ante una situación de caso fortuito o fuerza mayor, o en general exista alguna circunstancia que permita descartar la culpa.

[…]

Así pues, en el primero de estos se juzga la ruptura del pacto político existente entre el elector y el elegido, que es un elemento fundamental de la democracia representativa. **En efecto, cuando el candidato se presenta ante el electorado hace una declaración de no estar incurso en causal de inhabilidad que impida su elección y si tal declaración no es cierta, el elegido viola ese pacto político, evento en el que procede la pérdida de la investidura, cuya finalidad es preservar la legitimidad de las instituciones de la sociedad política.**

[…]

85. Así, la Sala encuentra que la sanción de pérdida de investidura impuesta por la Sala Plena del Consejo de Estado a los ahora accionantes generó un defecto sustantivo en la sentencia porque omitió la aplicación de una norma claramente aplicable al caso. **En efecto, como se vio en los fundamentos jurídicos 24 a 34 de esta providencia, el proceso sancionador de pérdida de investidura exige la aplicación del principio de culpabilidad, pese a lo cual ese elemento no fue valorado en los procesos y, por el contrario, se impuso la responsabilidad objetiva en este asunto.** Son cuatro las premisas que apoyan esa conclusión:

La primera: en virtud de lo dispuesto en el artículo 29 Superior, por regla general, los procesos sancionadores proscriben la responsabilidad objetiva. En efecto, salvo algunos casos propios del derecho administrativo sancionador en los que aún se ha admitido la responsabilidad únicamente por el resultado, en los procesos que tienen por objeto reprochar y castigar la realización de una conducta prohibida o restringida, la valoración de la culpa es determinante e ineludible, pues no hay pena ni sanción sin culpa. **En consecuencia, si el proceso de pérdida de investidura impone la sanción más gravosa para el ejercicio del derecho a ser elegido de un ciudadano y el derecho a elegir al candidato del electorado, tal es la prohibición vitalicia a aspirar a cargos de elección popular, es lógico entender que las garantías del debido proceso sancionador también deben ser aplicadas al proceso de pérdida de investidura. Luego, el principio de culpabilidad en el proceso de pérdida de investidura constituye una norma aplicable, de inevitable observancia.**

La segunda: el hecho de que una misma causal de inhabilidad pueda interpretarse y aplicarse a la misma situación fáctica en dos procesos distintos (el de nulidad electoral y del pérdida de investidura), exige reglas de coherencia y certeza en el derecho que otorgue un sentido útil a la autonomía de los procesos diseñados para el efecto. **De esta manera, la diferencia sustancial, y no solo formal, entre los procesos electoral y de pérdida de investidura, consistiría en valorar el tipo de reproche a efectuar, pues mientras en el primero la consecuencia puede medirse únicamente por el resultado, en el segundo es indispensable evaluar la conducta y la intención en la producción del resultado. Dicho en otras palabras, mientras el juicio electoral evalúa la adecuación de la causal de inhabilidad en forma objetiva (estaba o no estaba inhabilitado), el juicio constitucional de pérdida de investidura analiza la adecuación de la causal de inhabilidad en forma subjetiva, esto es, con culpa del demandado (sabía o debía saber que estaba inhabilitado).**

La tercera: la Sala Plena del Consejo de Estado impuso la sanción de pérdida de investidura a los accionantes **sin valorar la ausencia de**

culpa en la configuración de la causal de inhabilidad aplicada. Por la conducta asumida por los demandantes en este caso es fácil inferir que se inscribieron al cargo de elección popular con la convicción de que no se encontraban inhabilitados para su ejercicio. Las sentencias reprochadas soslayaron el hecho de que los accionantes no solo fueron diligentes en la averiguación del estado actual de la jurisprudencia en torno a la interpretación de la causal en debate, sino también actuaron con sujeción al precedente vigente y vinculante de la Sección Quinta del Consejo de Estado.

[…]

La cuarta: si como se expuso anteriormente, en el proceso de pérdida de investidura deben aplicarse los principios del derecho sancionatorio, dado que la sanción impone la restricción perpetua de los derechos políticos, era obligatorio dotar de amplias garantías el procedimiento jurisdiccional. **En ese sentido, en virtud del artículo 29 de la Constitución, que dispone el principio de presunción de inocencia, del cual se desprende la culpabilidad, es necesario verificar culpa o dolo en la conducta reprochable para imponer el castigo de inhabilitación para ser elegido a perpetuidad, razón por la cual la jurisprudencia del Consejo de Estado ha indicado que el proceso de pérdida de investidura se desarrolla en el ámbito de la responsabilidad subjetiva** […]"[75] (Negrillas y subrayas por fuera de texto).

El proceso de pérdida de investidura exige, entonces, a partir de estos claros parámetros, la observancia del derecho fundamental al debido proceso del demandado, particularmente, de los principios *pro homine*, *in dubio pro reo*, de legalidad (las causales son taxativas y no hay lugar a aplicar normas por analogía), objetividad, razonabilidad, favorabilidad, proporcionalidad y culpabilidad.

---

[75] Cita es original del texto: Corte Constitucional, sentencia SU424 de 11 de agosto de 2016, Magistrada ponente Gloria Stella Ortiz Delgado. Providencia ratificada recientemente por la Sala en sentencia de 9 de marzo de 2017, radicado nro. 76001-23-33-007-2016-00267-01(PI), Consejero ponente Carlos Enrique Moreno Rubio (E).

Se recuerda que, desde la perspectiva de los fines constitucionales que se protegen, es clara la autonomía sustancial entre el juicio de pérdida de investidura y el electoral: "[…] **el primero, conlleva la ponderación de la ética pública y los derechos del elegido, pues su núcleo de protección es la dignidad que implica el mandato otorgado en ejercicio de la democracia**; y el segundo, pondera la regularidad del proceso democrático y los derechos de los elegidos y los electores, es decir, busca preservar la validez del voto popular […]".[76]

Es en ese entorno en el cual debe escudriñarse la conducta desplegada por el demandado -la celebración de un contrato público-, en aras de establecer si él **sabía** o **debía saber** que estaba inhabilitado para inscribirse y ser elegido Concejal del Municipio de Arauca (Arauca), pues el asunto se contrae a demostrar que optó por inscribirse y participar de los comicios, muy a pesar de que **conocía** o **debía conocer** esa actuación vetada para los ciudadanos que pretendieran inscribirse y ser elegidos Concejales, esto es, la intervención en la celebración de contratos con entidades públicas dentro del año anterior a su elección.

Cabe señalar que la Corte Constitucional en la sentencia SU-501 de 6 de agosto de 2015 (Magistrada ponente doctora Myriam Ávila Roldán), señaló que como quiera que en los procesos de pérdida investidura no es posible calificar el grado de culpabilidad (dolo, culpa grave o leve), y por tanto tampoco es posible modular la sanción, se requiere acreditar un mínimo de culpabilidad para que sea impuesta la sanción.

En efecto, al respecto sostuvo:

"[…] 51. Sobre este especial énfasis, la jurisprudencia ha delimitado varios de los aspectos más relevantes que caracterizan al proceso de pérdida de investidura como un *proceso jurisdiccional especial*. No obstante, existen ciertos elementos de la pérdida de investidura que no han sido fijados por la doctrina constitucional debido a la escasa regulación que la propia Constitución realizó sobre su procedimiento, el cual, adicionalmente, debe ser observado con estricto rigor dado su

[76]Cita es original del texto: Ídem.

carácter estricto y restringido. Como explicó la sentencia C-237 de 2012[77] "*la pérdida de la investidura tiene a la Constitución de 1991 como fuente principalísima en su regulación, lo que hace relevante el hecho que algunas de las disposiciones constitucionales tienen eficacia jurídica directa*".

52. Así por ejemplo, se ha controvertido la necesidad de establecer el grado de culpabilidad del procesado, teniendo en cuenta que se trata de un proceso que juzga el incumplimiento de obligaciones disciplinarias sobre la conducta del representante popular.[78] **En efecto, en el proceso de pérdida de investidura no es posible calificar el grado de culpabilidad (dolo, culpa grave o leve), y por tanto tampoco es posible modular la sanción**, pues como ha señalado la jurisprudencia constitucional, se trata de un sistema que establece una sanción de manera *rígida* y única, la pérdida de investidura.

53**. Para la Corte, la justificación de esta particularidad del sistema de responsabilidad de la pérdida de investidura se deriva de su carácter excepcional dentro de "*ius puniendi estatal*"[79], carácter cuya excepcionalidad deriva en una sanción *rígida* en el que se requiere el mínimo de culpabilidad para que sea impuesta la sanción** más severa a los derechos políticos. En síntesis, tratándose del proceso de pérdida de investidura, se trata de un sistema excepcional de juzgamiento de carácter político-disciplinario el cual establece una sanción *rígida* y única, la pérdida de la investidura […] (Negrillas fuera de texto)".

---

[77] Cita es original del texto: M.P. Humberto Antonio Sierra Porto.

[78] Cita es original del texto: Sobre esta discusión vale la pena resaltar la aclaración de voto del Consejero de Estado Hugo Fernando Bastidas Barcenas a la sentencia de pérdida de investidura PI-2009-00708-00, en la que señaló que la acción de pérdida de investidura tiene *un carácter punitivo* dentro del cual es necesario *la comprobación previa de los elementos subjetivos de la falta*. En el voto concurrente se señaló: "*[l]a acción de pérdida de investidura debe desencadenar un proceso gobernado por esos principios, en especial, el principio de presunción de inocencia. El dolo y la culpa son lo incorrecto de una conducta que, por ende, merece el reproche jurídico pertinente, vale decir, la condigna sanción. Imponer una sanción solo por el mero resultado es injusto.*" En igual sentido, Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, sentencia del 23 de marzo de 2010, radicado PI 11001-03-15-000-2009-00198-00, C.P. Hugo Fernando Bastidas Barcenas.

[79] Cita es original del texto: Sentencias SU-400 de 2012 (M.P. Adriana M. Guillén Arango) y SU-399 de 2012 (M.P. Humberto Antonio Sierra Porto).

Precisado lo anterior**, el abordaje del aspecto subjetivo requiere el análisis del dolo y la culpa, entendido el primero como la intención positiva de lesionar un interés jurídico, entretanto la segunda atañe a un concepto que está ligado a la diligencia debida para el desarrollo de determinada actividad.**

Para llegar a definir si una conducta se cometió con dolo o con culpa, deben analizarse los elementos que constituyen el aspecto subjetivo de la misma, los cuales corresponden al conocimiento tanto de los hechos como de la ilicitud, esto es, si el sujeto **conocía o debía conocer** que su comportamiento resultaba contrario al ordenamiento jurídico.

En los casos en los cuales se pruebe que el demandado conocía plenamente que su comportamiento era constitutivo de una causal de pérdida de investidura, estaríamos ante una situación de total intención en la realización de la misma y, por ende, de un grado de culpabilidad doloso. En aquellos eventos en los que se concluya que el sujeto no conocía la ilicitud de su conducta, pero que en virtud de la diligencia requerida para el desarrollo de su actividad debía saber que la misma resultaba contraria a derecho, se está ante un comportamiento culposo, de no mediar sólidas circunstancias que se lo hubieran impedido.

Para definir este elemento subjetivo entonces, el análisis de la conducta debe dirigirse a establecer si el señor **MARIO HINESTROZA ANGULO** conocía o debía conocer que la suya era constitutiva de inhabilidad, con miras a determinar si existió dolo o culpa en su comportamiento.

En el caso del dolo, el objeto de prueba corresponde a determinar el **pleno conocimiento** que tiene el sujeto sobre que determinada conducta (en este caso la celebración del contrato), genera la inhabilidad, pues ante dicho conocimiento, la ejecución de la conducta demuestra la intención en la misma.

Entretanto para determinar si la conducta fue culposa, tiene que estar demostrado, al menos, que el sujeto **debía conocer** su ilicitud en virtud de la diligencia que para la inscripción como candidato al Concejo del Municipio de Arauca (Arauca), le era menester desplegar.

Ahora bien, para establecer esta diligencia acudiremos a los presupuestos señalados en el artículo 63 del Código Civil, el cual prevé:

"**ARTICULO 63. *CULPA Y DOLO*.** La ley distingue tres especies de culpa o descuido.
Culpa grave, negligencia grave, culpa lata, es la que consiste en no manejar los negocios ajenos con aquel cuidado que aun las personas negligentes o de poca prudencia suelen emplear en sus negocios propios. Esta culpa en materias civiles equivale al dolo.
Culpa leve, descuido leve, descuido ligero, es la falta de aquella diligencia y cuidado que los hombres emplean ordinariamente en sus negocios propios. Culpa o descuido, sin otra calificación, significa culpa o descuido leve. Esta especie de culpa se opone a la diligencia o cuidado ordinario o mediano.
El que debe administrar un negocio como un buen padre de familia, es responsable de esta especie de culpa.
Culpa o descuido levísimo es la falta de aquella esmerada diligencia que un hombre juicioso emplea en la administración de sus negocios importantes. Esta especie de culpa se opone a la suma diligencia o cuidado.
El dolo consiste en la intención positiva de inferir injuria a la persona o propiedad de otro".

En el caso concreto, la revisión de los requisitos y el marco normativo que rige el cargo al cual se aspira, es una obligación general para quien pretende acceder a la función pública, incluso en los eventos de elección popular, sin embargo el **entendimiento** de dichos requisitos debe analizarse de acuerdo con las condiciones personales del sujeto, esto es el grado de formación, su profesión, las circunstancias que lo rodearon, así como a los actos que haya realizado para conocer dicho marco normativo, por ejemplo solicitar conceptos o asesorarse frente a la configuración o no de la referida inhabilidad, para con base en ello, determinar si se obró con el cuidado requerido y así definir si su conducta es culposa o si, por el contrario, se está ante una situación de buena fe exenta de culpa que impida el reproche subjetivo de su obrar.

Esta conducta corresponde, según el citado artículo 63, a la falta de cuidado que los hombres emplean ordinariamente en los negocios propios. La Ley 136 establece en su artículo 42 las calidades o requisitos positivos con los que debe contar un candidato para ser elegido Concejal Municipal, esto es, ser ciudadano en ejercicio y haber nacido o ser residente del respectivo municipio o de la correspondiente área metropolitana durante los seis (6) meses anteriores a la fecha de la inscripción o durante un período mínimo de tres (3) años consecutivos en cualquier época.

A su vez, en su artículo 43, esta Ley prevé las inhabilidades o requisitos negativos de los que debe carecer el candidato al Concejo para ser elegido y ejercer la curul, dentro de las cuales se encuentra, como ya se ha explicado, haber intervenido en el año anterior a las elecciones, en la celebración de contratos con entidades públicas en interés propio o de terceros, para ser ejecutados en el mismo Municipio al cual aspira a ser Concejal.

Ambos tipos de requisitos son de obligatoria observancia, revisión y análisis previos por parte de todo ciudadano que pretenda ser elegido Concejal Municipal. Esa, es una diligencia que surge como debida en el ordinario transcurrir del proceso de inscripción del respectivo candidato, siéndole por demás **exigible** en medio de las normales medidas de cuidado y precaución que tenía que adelantar para llegar a la certeza del cumplimiento de los mismos y, por ende, de una candidatura reglamentaria y sometida a las condiciones legales para ejercer el cargo de Cabildante.

Al respecto, el artículo 9º del Código Civil, según el cual, *"la ignorancia de las leyes no sirve de excusa"*, fue objeto de examen de constitucionalidad por la Corte Constitucional, que en dicha ocasión explicó lo siguiente, que ahora de prohíja:

"[…] Precisamente la disposición que hoy se cuestiona, fue demandada como contraria al contenido del artículo 16 de la Carta anterior, que implícitamente recogía el principio de igualdad. Y al desechar el cargo, dijo la Corte Suprema, en fallo elaborado por el Magistrado Luis Carlos

Sáchica: "*Es la igualdad jurídica, que otorga iguales facultades e impone idénticos deberes, y da igual protección a unos y a otros. Esto es, se repite, una igualdad de derechos y no de medios. Si no*

se acepta este principio, se rompe la unidad y uniformidad del orden jurídico, atomizado en múltiples estatutos particulares, o sea, en un sistema de estatutos privados privilegiados (…)

(…) ***Excluir de la obediencia de la ley a quien la ignora equivale a establecer un privilegio a su favor violatorio de la igualdad constitucional y generador del caos jurídico****".*[80]

[…]

Es claro, desde luego, que el deber jurídico implícito en la ficción supone, a la vez, una obligación ineludible a cargo del Estado: promulgar las leyes, **pues sólo a partir de ese acto se hace razonable la efectividad de las consecuencias jurídicas que pueden seguirse de su inobservancia.**

No puede desprenderse de lo anterior que la educación juegue un papel insignificante en el conocimiento del derecho y en el cumplimiento de los deberes que de él se desprenden (aunque a menudo se utiliza para evadirlos sin dejar rastro). Por esa razón, entre otras, el derecho a acceder a ella ocupa un lugar importante en la Carta. **Pero no puede argüirse razonablemente que quienes carecen de educación o tienen dificultades para conocer la ley, se encuentran imposibilitados para conocer sus deberes esenciales y que por tanto deban ser relevados de cumplirlos** […]"[81] (Negrillas fuera de texto) […]

138. En el *sub examine*, la Sala considera que el acusado estaba en condiciones de comprender el hecho o la circunstancia configurativa de la causal de pérdida de investidura, pues lo cierto es que el concejal demandado tuvo la capacidad cognitiva para conocer y comprender su actuar. En efecto, se pudo constatar que

---

[80] Cita es original del texto: Corte Suprema de Justicia, Sala Plena, marzo 30 de 1978.
[81] Cita es original del texto: Corte Constitucional, sentencia C-651 de 1997, Magistrado ponente Carlos Gaviria Díaz.

el incumplimiento de la obligación de tomar posesión dentro del término previsto en la ley es el resultado de una serie de actos libres y conscientes del accionado que van desde su intención de presentarse como alcalde al municipio de Tinjacá, su decisión de aceptar la curul al concejo municipal con el objetivo de emprender un proyecto político desde dicho cuerpo colegiado de representación popular en ejercicio del derecho reconocido en el artículo 112 de la Constitución Política y 25 de la Ley 1909 de 2018 (lo que dio lugar a que el Consejo Nacional Electoral declarara su elección) y, luego, presentar escrito de renuncia, a pesar de que el Estatuto de la Oposición y la Resolución 2276 de 2019 del Consejo Nacional Electoral no solo imponían un límite temporal para que el candidato con segunda mayor votación manifieste por escrito su decisión de aceptar o no la curul, sino también impedía la posibilidad de retracto.

139. Para la Sala de Decisión resulta reprochable que el señor Néstor Hubeimar Candela Reyes, luego de haber expresado su decisión de aceptar la curul por haber sido el candidato con segunda mayor votación en las elecciones de la Alcaldía, no haya tomado posesión del cargo, afectando con ello el principio de representación democrática y los derechos de la oposición.

140. Además, el ciudadano Néstor Hubeimar Candela Reyes incurrió en inexcusable negligencia, al desconocer el contenido del artículo 2° de la Resolución 2276 de 2019 que prohíbe el retracto, el cual al momento de los hechos gozaba de presunción de legalidad que reviste los actos administrativos.

141. Para la Sala, la culpa evidenciada en este proceso es la propia de las personas negligentes o de poca prudencia en el manejo de sus negocios, es una culpa grave, que desconoce normas constitucionales y legales (artículo 112 de la Constitución Política, 25 de la Ley 1909 de 2018 y la Resolución 2276 de 2019 del Consejo Nacional Electoral), de un lado, porque la ignorancia de la ley no sirve de excusa al tenor del artículo 9° del Código Civil y, por el otro, porque son disposiciones que regulan el ejercicio del cargo, por lo que se encuentra acreditado el grado de culpabilidad previsto en el artículo 1° de la Ley 1881 de 2018, modificado por el artículo 4° de la Ley 2003 de 2019.

142. Sumado a lo anterior, tal y como lo ha reconocido esta Sección en otras oportunidades, quien pretenda aspirar a un cargo de elección popular debe hacer una revisión de los requisitos y el marco normativo que rige para el cargo; sin

embargo el entendimiento de dichos requisitos debe analizarse de acuerdo con las condiciones personales del sujeto, esto es el grado de formación, su profesión, las circunstancias que lo rodearon; e, igualmente, se tendrán en cuenta los actos que haya realizado para conocer dicho marco normativo, por ejemplo solicitar conceptos o asesorarse frente a la configuración o no de la respectiva causal, para con base en ello, determinar si se obró con el cuidado requerido y así definir si su conducta es culposa o si, por el contrario, se está ante una situación de buena fe exenta de culpa que impida el reproche subjetivo de su obrar[82].

143. Analizados los medios de convicción aportados al proceso, la Sala echa de menos la existencia de algún interés del acusado en averiguar la situación jurídica en la que se encontraba, por ejemplo, mediante la solicitud de conceptos ante las autoridades competentes de cara a informarse sobre el régimen jurídico aplicable a su situación particular, lo cual constituye una conducta inexcusable y, en consecuencia, gravemente culposa.

144. Así las cosas, al constatarse el cumplimiento de los requisitos objetivos y subjetivos para la configuración de la causal, la Sala revocará la sentencia de primera instancia y, en su lugar decretará la pérdida de investidura del ciudadano Néstor Hubeimar Candela Reyes, por incurrir en la causal prevista en el numeral 3° del artículo 48 de la Ley 617 de 2000, como en efecto así se dispondrá en la parte resolutiva de esta providencia.

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

F A L L A:

PRIMERO: REVOCAR la sentencia apelada proferida por la Sala Plena del Tribunal Administrativo de Boyacá.

---

[82]Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso, Sección Primera, número único de radicación: 13001-23-33-000-2018-00738-01, actor: JIMMY JOSÉ CRUZATE RAMÍREZ, demandados: RAFAEL ANTONIO TEHERÁN LORA, LIBARDO VEGA PACHECO, RAFAEL PALMERA SULBARÁN Y HORACIO AVILA MEJÍA. CP: Roberto Augusto Serrato Valdés. Criterio a su vez reiterado por el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, sentencia de 16 de mayo de 2019, número único de radicado 81001-23-39-000-2016-00056-01, Consejera Ponente: Nubia Margoth Peña Garzón.

SEGUNDO: En su lugar, **DECRETAR** la pérdida de investidura del ciudadano Néstor Hubeimar Candela Reyes.

TERCERO: En firme esta providencia, **COMUNICAR** esta decisión a la Mesa Directiva del concejo municipal de Tinjacá (Boyacá), al Consejo Nacional Electoral y a la Registraduría Nacional del Estado Civil, para lo de su competencia.

CUARTO: Ejecutoriada esta providencia, devuélvase el expediente al Tribunal de origen.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE, COMUNÍQUESE Y CÚMPLASE,

Se deja constancia que la anterior providencia fue leída, discutida y aprobada por la Sala en la sesión de la fecha.

HERNANDO SÁNCHEZ SÁNCHEZ
Presidente
Consejero de Estado

OSWALDO GIRALDO LÓPEZ
Consejero de Estado

NUBIA MARGOTH PEÑA GARZÓN
Consejera de Estado

ROBERTO AUGUSTO SERRATO VALDÉS
Consejero de Estado

P:5