



CONSEJO DE ESTADO

SALA DE CONSULTA Y SERVICIO CIVIL

Consejero Ponente: Germán Bula Escobar

Bogotá, D.C., cinco (5) de septiembre de dos mil dieciocho (2018)

Radicación interna: 2399

Número Único: 11001-03-06-000-2018-00169-00

Referencia: Congresistas – Término constitucional y legal para la posesión del cargo. Consecuencias de su inobservancia. Proceso de pérdida de investidura

La señora Ministra del Interior, por solicitud expresa del Presidente del Senado de la República, formula a la Sala una consulta en relación con **(i)** el procedimiento a seguir en el evento de que una persona elegida como congresista no se poseione en la fecha prevista para la instalación de las Cámaras, ni dentro de los ocho (8) días siguientes, **(ii)** la manera de retirarla de la Corporación y **(iii)** los casos en los cuales procede el nombramiento de su reemplazo.

I. ANTECEDENTES

Manifiesta la consulta que la primera duda que le asiste a ese Ministerio radica en establecer cómo debe procederse administrativamente por parte de los Presidentes del Senado y la Cámara de Representantes, y sus respectivas Mesas Directivas, en los eventos en que una persona elegida como congresista no se poseione dentro de los ocho (8) días siguientes para tomar posesión del cargo, sin desconocer el debido proceso previsto en el artículo 29 de la Constitución Política.

Aduce que el artículo 299 de la Ley 5 de 1992 dispone que la Mesa Directiva de la respectiva Cámara debe realizar una evaluación de la situación del congresista incumplido y ordenar el envío de la solicitud motivada de pérdida de investidura sólo en los casos en que la decisión sea desfavorable.

En ese orden, plantea la inquietud sobre si la Mesa Directiva de la respectiva Cámara debe requerir a la persona para que informe y de ser el caso ejerza su derecho de defensa y contradicción en relación con las razones que le impidieron

tomar posesión, con el fin de evaluar si tales razones constituyen o no una causal de fuerza mayor, previo a la solicitud motivada de la pérdida de investidura dirigida al Consejo de Estado, conforme lo señala el artículo 299 ibídem.

O si por el contrario, con base en lo dispuesto en el numeral 7 del artículo 41 de la Ley 5 de 1992, el artículo 4 de la Ley 1881 de 2018 y el numeral 5 del artículo 237 de la Constitución Política, también se podría interpretar que la Mesa Directiva debe proceder a demandar la pérdida de investidura directamente y que el análisis de la fuerza mayor debe ser del resorte del proceso judicial en el Consejo de Estado, al ser dicha Corporación la competente para adoptar una decisión al respecto.

La segunda cuestión que se plantea en la consulta reside en que a juicio del Ministerio del Interior, no se encuentran jurídicamente definidos los pasos o el procedimiento que se debe seguir para desvincular o retirar de la Corporación a la persona que incurrió en la causal de pérdida de investidura.

Lo anterior, por cuanto no existe claridad normativa respecto de si es procedente declarar directamente *"la vacancia del empleo"* de quien no se posesionó en el término previsto en la ley, para continuar con el *"reemplazo del funcionario"* en caso de que sea procedente, o declarar la *"silla vacía"* con fundamento en los criterios previstos en el artículo 134 Superior. O si, por el contrario, es necesario esperar la sentencia que defina el proceso de pérdida de investidura y posteriormente tomar una decisión administrativa respecto del retiro o no del congresista.

Finalmente, el Ministerio plantea que no se tiene certeza sobre si es posible nombrar el reemplazo de un congresista, en el evento en que no se posesione dentro de la fecha prevista o los ocho (8) días siguientes, como consecuencia de encontrarse privado de la libertad por la supuesta realización de *"delitos comunes como el narcotráfico"* y que aún no haya sido condenado penalmente.

En efecto, si bien el inciso 2 del artículo 134 Constitucional establece que en ningún caso podrán ser reemplazados quienes sean condenados por delitos comunes relacionados actividades de narcotráfico, también lo es que no hay claridad respecto del caso de una persona que no se posesione por encontrarse privado de libertad por la realización de ese delito, pero que aún no se encuentra condenado sino con medida de aseguramiento.

Con base en las anteriores consideraciones, la señora Ministra del Interior formula las siguientes

PREGUNTAS:

1. *"¿Cuál debe ser el procedimiento a seguir por parte del Congreso de la República, cuando un miembro de la corporación declarado electo por el*

Consejo Nacional Electoral, no toma posesión dentro de los ocho (8) días siguientes a la fecha prevista en el ordenamiento constitucional?”

2. *“¿Tiene que esperar el Congreso de la República a que el honorable Consejo de Estado decrete la pérdida de investidura, cuando se adelanta un proceso por pérdida de investidura, para hacer el llamamiento al candidato no elegido, que según el orden de inscripción o votación obtenida le siga en forma sucesiva y descendiente en la misma lista electoral, el cual fue declarado elegido por el Consejo Nacional Electoral, y no haya tomado posesión dentro del término previsto en el ordenamiento superior?”*
3. *“¿Quién es la autoridad competente para determinar la fuerza mayor con el fin de establecer si existe causal que justifique la no posesión del congresista declarado electo por el Consejo Nacional Electoral, dentro del término establecido para tal fin en el numeral 3 del artículo 183 de la Constitución Política de Colombia?”*
4. *“¿Se debe entender como fuerza mayor, el hecho de que un congresista declarado electo por el Consejo Nacional Electoral, no tome posesión por encontrarse privado de la libertad, por orden de un juez de la república en ejercicio de sus funciones por disposición, estando está (sic) vigente?”*

II. CONSIDERACIONES

A. Advertencia preliminar

Mediante comunicación SGE-CS-3184-2018 del 2 de agosto de 2018, el Secretario General del Senado de la República, que citó como sustento de su actuación los artículos 183 numeral 3 de la Constitución Política, 17 y 269, numeral 9, de la Ley 5 de 1992, ofició a la Presidencia del Consejo de Estado sobre la novedad de que el día 20 de julio de 2018 en la sesión plenaria de instalación formal del Congreso de la República *“no contestaron lista, ni tomaron posesión los Senadores electos – Resolución No. 1596 de 2018 Consejo Nacional Electoral- Aida Merlano Rebolledo y Luciano Marín Arango”*. Indicó, además, que para la época de la mencionada comunicación han transcurrido ocho (8) días siguientes a la fecha de instalación de las Cámaras y los *“Senadores electos Merlano y Márquez no han comparecido ante el señor Presidente para tomar posesión”*.

El Presidente del Consejo de Estado, mediante comunicación CE-PRESIDENCIA-PQRS-INT-2018-1857, remitió al Secretario General del Consejo de Estado el oficio aludido en precedencia, con el fin de que se procediera con el trámite respectivo.

Conforme a lo relatado, la Sala revisó el Sistema de Gestión Siglo XXI de la Rama Judicial y constató que mediante proceso radicado con el número 2018-02672-00 actualmente se adelanta la acción de pérdida de investidura en primera instancia, prevista en la Ley 1881 de 2018, contra la señora Aida Merlano Rebolledo. Igualmente, contra el señor Luciano Marín Arango se tramita la citada acción bajo el proceso radicado 2018-02673-00.

En cuanto a los procesos judiciales en curso, la Sala tiene establecido que no es procedente pronunciarse cuando la consulta tenga como objeto asuntos que versen sobre la misma materia o una sustancialmente conexa a la que se esté debatiendo en un proceso judicial.

La función consultiva asignada a esta Corporación en el numeral 3 del artículo 237 de la C.P., constituye una herramienta constitucional de colaboración interinstitucional, orientada a que el Gobierno Nacional pueda contar con un criterio jurídico objetivo e independiente para el mejor cumplimiento de las tareas administrativas a su cargo. En tal sentido, la Sala de Consulta y Servicio Civil, con base en el ordenamiento vigente, conceptúa jurídicamente sobre asuntos o materias administrativas que el Gobierno debe resolver dentro de su autonomía para la buena marcha de la Administración.

En efecto, cuando el objeto o aspectos de la consulta están siendo debatidos en sede judicial -y en el presente caso el proceso no ha finalizado; se encuentra apenas en su fase inicial-, la Sala tiene como norma general abstenerse de pronunciarse para no interferir en la función judicial que le compete privativamente a otros órganos, de acuerdo con la Constitución y la Ley. En esa medida, la Sala se referirá de manera general a los temas objeto de consulta sin aludir de forma particular a los aspectos que son objeto del proceso judicial, los cuales, por las razones anotadas, no son asuntos susceptibles de absolver por vía de la función consultiva, pues no es de su competencia determinar si en un caso concreto y particular se presentó una causal de pérdida de investidura.

B. Problema Jurídico

Del contexto fáctico de la consulta y de las preguntas formuladas se extraen los siguientes problemas jurídicos que la Sala debe resolver: *i) Acaecido el supuesto fáctico de no tomar posesión del cargo dentro del término constitucionalmente señalado para el efecto, ¿qué consecuencia jurídica se deriva para un congresista declarado elegido por la autoridad escrutadora competente, es decir, el Consejo Nacional Electoral? ii) Acaecido el hecho de no tomar posesión en el término previsto, ¿qué actuación debe adelantar la mesa directiva de la respectiva Cámara? iii) ¿A qué autoridad corresponde determinar la existencia de una causal de fuerza mayor que justifique la no posesión el Congresista elegido dentro del término constitucionalmente señalado? iv) ¿Puede el Presidente de la*

respectiva Cámara hacer el llamamiento al candidato no elegido para que ocupe la curul del Congresista elegido al que se le adelanta un proceso de pérdida de investidura porque no se posesionó dentro del término legal?

Para resolver la Sala analizará los siguientes aspectos: *i)* reglas sobre posesión de los congresistas, términos y consecuencia jurídica de la no posesión; *ii)* actuación de la Mesa Directiva de la respectiva Cámara en el evento de la no toma de posesión del congresista; *iii)* autoridad competente para determinar la existencia de fuerza mayor que justifique la no toma de posesión del congresista; *iv)* el llamamiento al candidato no elegido para ocupar la curul.

C. La posesión de los congresistas. Términos y consecuencia jurídica de la no posesión

1. Noción de posesión

En vigencia de la Constitución de 1886, las normas que regulaban la función pública y, en particular, la forma de ocupar y ejercer los cargos o destinos públicos, establecieron el requisito de la posesión previo al ejercicio del cargo. La Ley 4 de 1913, aún vigente, señaló en los artículos 250 y 251, en lo pertinente:

“Artículo 250. Los destinos públicos se proveen por la autoridad que en cada caso, designen las leyes, ordenanzas, acuerdos o reglamentos. En caso de silencio o duda, regirán las reglas siguientes: (...)

Artículo 251. Ningún funcionario entrará a ejercer su cargo sin prestar juramento de sostener y defender la Constitución, y de cumplir los deberes que le incumban. Esto es lo que se llama posesión del empleo o bien, tomar posesión de él (...)”¹ (Se resalta).

En vigencia de la Constitución de 1991, el artículo 122 dispone:

“Artículo 122. No habrá empleo público que no tenga funciones detalladas en ley o reglamento, y para proveer los de carácter remunerado se requiere que estén contemplados en la respectiva planta y previstos sus emolumentos en el presupuesto correspondiente

Ningún servidor público entrará a ejercer su cargo sin prestar juramento de cumplir y defender la Constitución y desempeñar los deberes que le incumben.
(...)” (Subrayamos).

¹ Esta norma corresponde a lo previsto en el artículo 65 de la Constitución Política de 1886.

Sobre la naturaleza jurídica de la posesión, la Sección Quinta del Consejo de Estado ha manifestado que no constituye un acto administrativo² sino una solemnidad para que los servidores públicos ejerzan el cargo para el que han sido nombrados, designados o elegidos³.

De las normas y de la jurisprudencia citadas se sigue que nadie puede posesionarse de un cargo para el cual no ha sido nombrado, elegido, llamado o, en general, designado previamente por la autoridad competente, pues lógica y cronológicamente dicho acto jurídico debe preceder a la posesión.

En consecuencia, la posesión es una diligencia solemne en la que el servidor público elegido, nombrado, llamado o, en general, designado para ejercer un cargo, jura formalmente cumplir con la Constitución Política, la ley, los reglamentos, las funciones y los deberes del respectivo cargo.

2. Posesión de los congresistas

Como se sabe, los miembros de los cuerpos colegiados de elección directa, entre ellos los Congresistas, representan al pueblo y son responsables políticamente ante la sociedad y frente a sus electores del cumplimiento de las obligaciones propias de su investidura. (Art. 133 CP), de allí que su posesión para desempeñar sus funciones revista una solemnidad especial.

En la Ley 5 de 1992, "*Por la cual se expide el Reglamento del Congreso; el Senado y la Cámara de Representantes*", lo relacionado con la posesión de los Congresistas integra el Título I "Del Congreso Pleno", Capítulo I "De la Integración, Inauguración y Funciones". Se destaca para este concepto que para la sesión inaugural del periodo del Congreso de la República:

- i)* El día 20 de julio a partir de la 3 pm, los senadores y representantes presentes en el Salón Elíptico se constituirán en Junta Preparatoria (art. 12);
- ii)* Se procederá a llamar a lista a los senadores y representantes de "cuya elección se tenga noticia oficial" (art. 13). Esta norma debe interpretarse en concordancia con lo dispuesto en el artículo 60 *ibídem* que dispone:

"ARTÍCULO 60. INTEGRACIÓN Y FUNCIONES. Previa a la sesión inaugural de las Cámaras Legislativas, la autoridad electoral enviará a cada una de ellas la lista de los Congresistas electos, quienes deberán identificarse ante el Presidente de la Junta

² Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta, Sentencia del 5 de septiembre de 2013, expediente 54001-23-31-000-2012-00097-01.

³ "[6] Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta. Sentencia de 4 de septiembre de 2008, Rad. 11001-03-28-000-2006-00193-00, M.P. Filemón Jiménez Ochoa".

Preparatoria. Con posterioridad se hará ante el Presidente de la correspondiente Cámara”.

iii) Establecido el quórum para deliberar el presidente de la Junta Preparatoria designará una comisión de congresistas para que “informe al Presidente de la República que el Congreso pleno se encuentra reunido para su instalación constitucional” (art. 14);

iv) Las sesiones del congreso serán instaladas “conjunta y públicamente por el Presidente de la República” (art. 15);

v) El acto de instalación se efectuará poniéndose de pie los miembros de la Junta para dar respuesta afirmativa, a la siguiente pregunta formulada por quien presida la reunión: “¿Declaran los Senadores y Representantes presentes, constitucionalmente instalado el Congreso de la República y abiertas sus sesiones?” (Art. 15);

vi) Instaladas las sesiones del Congreso, el Presidente de la Junta Preparatoria jurará ante sus miembros de la siguiente manera: “Invocando la protección de Dios, juro ante esta Corporación sostener y defender la Constitución y leyes de la República, y desempeñar fielmente los deberes del cargo” (Art. 16);

vii) A su vez, el artículo 17 de la Ley 5 dispone:

“ARTÍCULO 17. POSESIÓN DE LOS CONGRESISTAS. Posteriormente, el Presidente de la Junta Preparatoria tomará el juramento de rigor a los Congresistas presentes. Con ello se cumplirá el acto de la posesión como requisito previo para el desempeño de sus funciones y se contestará afirmativamente a la siguiente pregunta:

Invocando la protección de Dios, ¿juráis sostener y defender la Constitución y las leyes de la República, y desempeñar fielmente los deberes del cargo?

Este juramento se entenderá prestado para todo el período constitucional. Quienes con posterioridad se incorporen al Congreso, deberán posesionarse ante el Presidente de la Cámara respectiva para asumir el ejercicio de sus funciones”.

Dada la alta investidura que ostentan, la posesión de los congresistas es una ceremonia solemne, establecida de manera detallada en el Reglamento del Congreso, la cual deberá tener lugar al momento de la sesión inaugural del Congreso de la República el 20 de julio cada cuatro años.

3. La no posesión en el término previsto y su consecuencia jurídica: la pérdida de investidura

La trascendencia del acto de posesión de los congresistas es tal, que la Constitución Política tiene establecida por su omisión la consecuencia jurídica más gravosa para un congresista: la pérdida de la investidura. Dispone, en lo pertinente, el artículo 183 CP:

“ARTICULO 183. Los congresistas perderán su investidura:

(...)

3. Por no tomar posesión del cargo dentro de los ocho días siguientes a la fecha de instalación de las Cámaras, o a la fecha en que fueren llamados a posesionarse.

Parágrafo.

Las causales 2 y 3 no tendrán aplicación cuando medie fuerza mayor”.

Como puede advertirse la Carta Política establece, directamente, un supuesto de hecho: falta de posesión del congresista dentro de los ocho días siguientes a la fecha de instalación de las Cámaras, o a la fecha en que fueren llamados a posesionarse; y una consecuencia jurídica: pérdida de investidura⁴. Frente a tan gravosa situación, la misma Carta dispone que la fuerza mayor es causal de justificación de la omisión del congresista de no posesionarse en los términos fijados.

Debe recordarse que el antecedente de la pérdida de la investidura de los congresistas se encuentra en el artículo 13 del Acto Legislativo Número 1 de 1979, que instituyó por primera vez en el país la pérdida de la investidura, y contempló que esta sería decretada por el Consejo de Estado⁵.

En la Asamblea Constituyente, el asunto fue retomado bajo la finalidad de dignificar la condición de congresista, de ahí la iniciativa de que dado *“el altísimo nivel”* que supone ese mandato las consecuencias de la violación de los deberes, funciones y responsabilidades inherentes al cargo debían corresponderse con una sanción igualmente drástica. La subcomisión encargada de articular la propuesta, al considerar la regulación de la institución pretendió, pues, recuperar el prestigio del Congreso⁶, lo que originó el artículo 183 CP.

⁴ El supuesto jurídico es la “hipótesis de cuya realización dependen las consecuencias jurídicas establecidas por la norma. La citada definición revela el carácter necesario del nexo entre la realización de la hipótesis y los deberes y derechos que el precepto respectivamente impone y otorga. Las consecuencias a que da origen la producción del supuesto pueden consistir en el nacimiento, la transmisión, la modificación o la extinción de facultades y obligaciones”. GARCÍA MAYNEZ, Eduardo. Introducción al Estudio del Derecho. Editorial Porrúa. S.A., México. Trigésimo segunda edición, 1980. Pág. 172 y s.s. (Subraya la Sala).

⁵ Acto Legislativo declarado inexecutable en su momento por la Corte Suprema de Justicia.

⁶ Gaceta Constitucional No.79 del 22 de mayo de 1991

A su vez, los artículos 184⁷ y 237⁸, numeral 5, de la Constitución Política, otorgaron la competencia al Consejo de Estado de decretar la pérdida de investidura de los congresistas, tal como en su momento había sido establecido por el Acto Legislativo 1 de 1979. La mesa directiva de la respectiva cámara o cualquier ciudadano podrá solicitar la pérdida de la investidura.

Expuesto lo anterior, y dada la pregunta formulada en la consulta, corresponde determinar qué actuación debe adelantar la respectiva mesa directiva ante la no posesión del congresista.

D. Actuación de la Mesa Directiva de la respectiva Cámara en el evento de la no toma de posesión del congresista

El capítulo XI del Reglamento del Congreso se denomina “Del Estatuto del Congresista” que incluye una sección 5 “pérdida de investidura” que comprende los artículos 296 a 304. En el artículo 296 se establecen las causales de pérdida de investidura y en el numeral 7 ibídem, se relaciona la descrita en el numeral 3 del artículo 183 CP, arriba transcrita.

En el texto original de la Ley 5 de 1992, los artículos 297 y 298 regulaban “causales de previo pronunciamiento judicial” y “causales de previo pronunciamiento congresional”, y se establecía un “procedimiento interno – garantías”, artículo 302, que debían observar las respectivas Cámaras.

Al respecto, es preciso recordar que los mencionados artículos, y otras normas de la sección 5 arriba citada, fueron declarados inexequibles por la Corte Constitucional en la sentencia C – 319 de 1994. Frente a la actuación de la Mesa Directiva de las Cámaras, el procedimiento previo y la garantía del debido proceso aplicable sobre las “causales de previo pronunciamiento congresional”, entre las que se encuentra la relativa a la no toma de posesión, resulta pertinente transcribir el pronunciamiento de la Corte:

- **“El requisito del previo procedimiento congresional cuando una de las Cámaras, a través de su Mesa Directiva, solicita la pérdida de investidura, con base en una de las restantes causales (artículos 298, 302 y 303)**

Análoga declaración de inexequibilidad pronunciará la Corte en relación con lo preceptuado en los artículos 298, 302 y 303 de la Ley 5a. de 1992, en cuanto que,

⁷ “Artículo 184. La pérdida de la investidura será decretada por el Consejo de Estado de acuerdo con la ley y en un término no mayor de veinte días hábiles, contados a partir de la fecha de la solicitud formulada por la mesa directiva de la cámara correspondiente o por cualquier ciudadano.”

⁸ “Artículo 237. Son atribuciones del Consejo de Estado: (...) 5. Conocer de los casos sobre pérdida de la investidura de los congresistas, de conformidad con esta Constitución y la ley.

respecto de las otras causales previstas en el artículo 296 ibídem, pretenden condicionar el proceso de pérdida de investidura, a adelantarse por el Consejo de Estado, a los resultados con que culminare el procedimiento tramitado internamente por el Congreso que, a ese fin, instituyen, con el carácter de 'presupuesto previo de procedibilidad' ante el máximo Tribunal de lo Contencioso Administrativo.

En el contexto del procedimiento previo a seguirse en el Congreso, que dichas normas instituyen, las mismas confieren a las Cámaras respectivas la atribución de calificar la ocurrencia de las causales y de hacer *las correspondientes declaraciones* (artículos 298 y 302). Igualmente, conceden al "*pleno de cada corporación legislativa*", la atribución de calificar "*las violaciones del régimen de inhabilidades, incompatibilidades y conflicto de intereses*"... *previo informe de la Comisión de Ética y Estatuto del Congresista* (artículo 298, numeral 1o.) Para lo cual además, instituyen "*Las Comisiones encargadas de conocer y dictaminar sobre el proceder de los Congresistas*" (artículo 303).

Lo allí preceptuado no sólo recorta la competencia incondicionada y exclusiva que tiene el Consejo de Estado, tratándose de una cualquiera de las causales que constitucionalmente originan la pérdida de investidura, sino que además, comporta flagrante desconocimiento de la competencia que la Constitución Política ha radicado, únicamente, en la Mesa Directiva de la Cámara correspondiente y no en la Plenaria de las Cámaras, ni en las Comisiones a que aluden las normas demandadas.

Por tal razón la Corte los declarará inexecutable". (Subraya la Sala).

De lo expuesto es evidente que el único órgano competente para pronunciarse sobre las causales de pérdida de investidura, y sobre las posibles causales de justificación, y para decretar la condigna sanción, es el Consejo de Estado, por lo que ningún órgano constituido, judicial o administrativo, puede arrogarse dicha competencia expresa y taxativa conferida por la Constitución.

Así las cosas, en el juicio de constitucionalidad realizado en la citada sentencia, se declararon exequibles los artículos 299 y 300, relativos a aspectos instrumentales de la solicitud de pérdida de investidura, a saber:

ARTICULO 299. Solicitud obligatoria de la mesa directiva. *(En los eventos indicados) si la decisión fuere desfavorable al Congresista, la respectiva Mesa Directiva tendrá la obligación de enviar, (al día siguiente), la solicitud motivada para que sea decretada por el Consejo de Estado la pérdida de la investidura. A la solicitud se anexarán las actas y documentos del caso. (Los apartes entre paréntesis fueron declarados inexecutable en la sentencia C – 299 de 1994).*

La norma dispone la obligación, radicada en la Mesa Directiva de la Cámara correspondiente, según el artículo 184 CP, para que eleve ante el Consejo de

Estado la solicitud motivada de pérdida de la investidura, acompañada de las actas y documentos del caso. La disposición en comento se complementa, actualmente, con el artículo 4 de la Ley 1881 de 2018 *“por la cual se establece el procedimiento de pérdida de la investidura de los congresistas, se consagra la doble instancia, el término de caducidad, entre otras disposiciones”*:

“ARTÍCULO 4. Cuando la solicitud sea formulada por la Mesa Directiva de la Cámara a la cual pertenezca el Congresista, esta deberá ser enviada a la Secretaría General del Consejo de Estado, junto con toda la documentación correspondiente”.

De lo expuesto se tiene que frente a la situación fáctica de no posesión de los congresistas en los términos del artículo 183 numeral 3 y la Ley 5 de 1992, la Mesa directiva de la correspondiente Cámara no debe adelantar un pronunciamiento previo que implique asimismo un procedimiento a seguir, sino que simplemente ante tal supuesto de hecho, acreditado por el Secretario de la correspondiente Cámara, deberá solicitar ante el Consejo de Estado la pérdida de investidura respecto del congresista implicado, mediante escrito enviado a la secretaría general del Tribunal Supremo de lo Contencioso Administrativo, junto con la documentación que soporta el acaecimiento del mencionado hecho.

E. Autoridad competente para determinar la existencia de fuerza mayor que justifique la no toma de posesión del congresista

Con base en lo expuesto, y de manera principal con sujeción a los artículos 184 CP y 299 de la Ley 5 de 1992, así como a la Ley 1881 de 2018, es el Consejo de Estado la única autoridad competente para tramitar el proceso y decretar o no la pérdida de investidura.

La Sala resalta que el proceso de pérdida de investidura tiene carácter sancionatorio y es *“un juicio de responsabilidad subjetiva. La acción se ejercerá en contra de los congresistas que, con su conducta dolosa o culposa, hubieren incurrido en una de las causales de pérdida de investidura establecidas en la Constitución”*, según se establece en el artículo 1 de la Ley 1881 de 2018.

Por tanto, es en dicho proceso donde se examinarán las causales alegadas tanto como los hechos justificativos eventuales (v.gr. fuerza mayor), se decretarán, practicarán y valorarán las pruebas, y finalmente se adoptará la decisión a la que haya lugar, con observancia plena del debido proceso.

En consecuencia, solicitada la pérdida de investidura del congresista *“Por no tomar posesión del cargo dentro de los ocho días siguientes a la fecha de instalación de las Cámaras, o a la fecha en que fueren llamados a posesionarse”*, la causal justificativa de fuerza mayor deberá alegarse y probarse en el proceso, cuya

competencia exclusiva recae en el Consejo de Estado que, por lo mismo, es la única autoridad a la que corresponde valorar tales circunstancias.

F. Causales para el llamamiento al candidato no elegido para ocupar la curul

El artículo 134 de la Constitución Política, modificado por los actos legislativos 01 de 2009 y 02 de 2015, establece lo siguiente:

“Artículo 134. Los miembros de las Corporaciones Públicas de elección popular no tendrán suplentes. Solo podrán ser reemplazados en los casos de faltas absolutas o temporales que determine la ley, por los candidatos no elegidos que según el orden de inscripción o votación obtenida, le sigan en forma sucesiva y descendente en la misma lista electoral.

En ningún caso podrán ser reemplazados quienes sean condenados por delitos comunes relacionados con pertenencia, promoción o financiación a grupos armados ilegales o actividades de narcotráfico; dolosos contra la administración pública; contra los mecanismos de participación democrática, ni por Delitos de Lesa Humanidad. Tampoco quienes renuncien habiendo sido vinculados formalmente en Colombia a procesos penales por la comisión de tales delitos, ni las faltas temporales de aquellos contra quienes se profiera orden de captura dentro de los respectivos procesos.

Para efectos de conformación de quórum se tendrá como número de miembros la totalidad de los integrantes de la Corporación con excepción de aquellas curules que no puedan ser reemplazadas. La misma regla se aplicará en los eventos de impedimentos o recusaciones aceptadas.

Para efectos de conformación de quórum se tendrá como número de miembros la totalidad de los integrantes de la Corporación con excepción de aquellas curules que no puedan ser reemplazadas. La misma regla se aplicará en los eventos de impedimentos o recusaciones aceptadas.

Si por faltas absolutas que no den lugar a reemplazo los miembros de cuerpos colegiados elegidos en una misma circunscripción electoral quedan reducidos a la mitad o menos, el Consejo Nacional Electoral convocará a elecciones para llenar las vacantes, siempre y cuando falten más de veinticuatro (24) meses para la terminación del periodo.

PARÁGRAFO TRANSITORIO. *Mientras el legislador regula el régimen de reemplazos, se aplicarán las siguientes reglas: i) Constituyen faltas absolutas que dan lugar a reemplazo la muerte; la incapacidad física absoluta para el ejercicio del cargo; la declaración de nulidad de la elección; la renuncia justificada y aceptada por la respectiva corporación; la sanción disciplinaria consistente en destitución, y la pérdida de investidura; ii) Constituyen faltas temporales que dan lugar a reemplazo, la licencia de maternidad y la medida de aseguramiento privativa de la libertad por delitos distintos a los mencionados en el presente artículo.*

La prohibición de reemplazos se aplicará para las investigaciones judiciales que se iniciaron a partir de la vigencia del Acto Legislativo número 01 de 2009, con excepción del relacionado con la comisión de delitos contra la administración pública que se aplicará para las investigaciones que se inicien a partir de la vigencia del presente acto legislativo". (Subraya la Sala).

La Sala en el concepto 2364 de 2017, analizó la norma transcrita y señaló que contiene la figura conocida como la "silla vacía", que buscó responsabilizar a los partidos políticos cuando sus integrantes fueran condenados por ciertos delitos, tales como la pertenencia, promoción o financiación a grupos armados ilegales o actividades de narcotráfico; los dolosos contra la administración pública; los que atentan contra los mecanismos de participación democrática, y los de Lesa Humanidad. En esta dirección, en el informe de ponencia para primer debate del proyecto de Acto Legislativo 02 de 2015 se señaló:

"Así entonces, la introducción de esta norma en el ordenamiento jurídico se convierte en una medida que acentúa la depuración de las Corporaciones Públicas, lo que trae como consecuencia que aquellas tengan un reajuste institucional en su interior que a su turno también implicará un mejor ejercicio del Poder Público y un equilibrio en su ejecución.

Adicional a lo anterior, la sanción a los partidos políticos por la ampliación de la silla vacía a delitos contra la Administración Pública hace que aquellos adopten filtros en la escogencia de los candidatos. Así, en ese control previo, se garantizará que el ejercicio del poder público se realice por personas decorosas lo que permite que el poder no se desborde en favor de intereses personales sino que se ejecute en beneficio del interés general, manteniendo de esta forma un equilibrio del Poder Público".⁹

Asimismo, la norma persigue disciplinar a los partidos políticos, según se desprende de los debates que se presentaron durante la discusión en el Congreso del proyecto que dio lugar a la expedición del Acto Legislativo 02 de 2015:

"Para complementar los esfuerzos de democratización e institucionalización de los partidos, se propone avanzar también en la lucha contra la corrupción, para lo cual la reforma también establece la implementación de la Silla Vacía para los delitos dolosos contra la administración pública, como mecanismo no solo sancionatorio para los partidos, que no hagan el análisis y seguimiento de las calidades y antecedentes del candidato necesarios para dar su aval y presentarlo dentro de su lista, sino que constituye en sí mismo un estímulo para la disciplina de partidos, en la medida en que obliga a establecer dinámicas internas para la selección de los candidatos".¹⁰

⁹ Ponencia para primer debate en segunda vuelta al proyecto de Acto Legislativo 153 de 2014 Cámara, 18 de 2014 Senado. Gaceta del Congreso del 13 de mayo de 2015.

¹⁰ Informe de ponencia para primer debate al proyecto de Acto Legislativo 18 de 2014.

El mecanismo de la silla vacía constituye entonces una sanción tanto para los partidos políticos, como para los titulares de las curules. Así, en la ponencia para primer debate en segunda vuelta se estableció:

“Desde la vigencia del Acto Legislativo número 01 de 2009, el Constituyente derivado estableció que aquellos miembros de Corporaciones Públicas que incurrieran en delitos de pertenencia, promoción o financiación a grupos armados ilegales o actividades de narcotráfico, contra los mecanismos de participación democrática y de lesa humanidad en ningún caso podrían ser reemplazados en su cargo. Esta prohibición fue denominada la silla vacía, constituida como una sanción para los titulares de los escaños y, en suma, para los partidos políticos, puesto que las curules que habían obtenido a través de los sufragios electorales, a partir de la vigencia de esa norma, quedan sin titular lo que a su turno significa que la representación del partido político se disminuye y, en consecuencia, su poder de decisión político también se afecta”.

Por su parte, la Sección Quinta del Consejo de Estado concluyó en el 2013:

“Inmediatamente, en el inciso siguiente se prohibió reemplazar a los miembros de una corporación pública de elección popular, “cuando sobre ellos recaiga orden de captura dentro de un proceso penal al cual se le vincule formalmente por delitos relacionados con pertenencia, promoción o financiación a/o por grupos armados ilegales, de narcotráfico, delitos contra los mecanismos de participación democrática o de lesa humanidad”, esto es, se estableció una regla distinta a la anterior, pues tales faltas no admiten suplir la vacante y además, se castiga tanto a quien ocupaba la curul como al partido, pues a éste último se le impone la sanción conocida con el nombre de la silla vacía.

(...)

Luego, en el mismo párrafo se alude a las renunciadas no justificadas con ocasión a la vinculación formal por delitos relacionados con la pertenencia, promoción o financiación a/o por grupos armados ilegales, de narcotráfico o delitos contra los mecanismos de participación democrática o de lesa humanidad, la cual trae como consecuencia la pérdida de su calidad de congresista, diputado, concejal y edil y la imposibilidad de ser reemplazado. Con este aparte de la norma el constituyente quiso evitar que los partidos eludieran su responsabilidad para ser objeto de la sanción de la silla vacía, esto es, con o sin dimisión en razón a las acciones graves anteriormente señaladas no hay lugar al reemplazo, por lo tanto, los efectos son para el acusado y para la colectividad a la que pertenece”.¹¹

¹¹ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Quinta. Sentencia del 5 de septiembre de 2013. Radicación número: 54001-23-31-000-2012-00097-01.

Ahora bien, en lo que respecta al alcance del efecto de la silla vacía, es decir la prohibición de reemplazar al servidor público¹², el artículo 134 C.P. dispone que en ningún caso podrán ser reemplazados:

1. Quienes sean condenados por delitos comunes relacionados con pertenencia, promoción o financiación a grupos armados ilegales o actividades de narcotráfico; dolosos contra la administración pública; contra los mecanismos de participación democrática, ni por Delitos de Lesa Humanidad. Tampoco quienes renuncien habiendo sido vinculados formalmente en Colombia a procesos penales por la comisión de tales delitos, y
2. Aquellos contra quienes se profiera orden de captura dentro de los respectivos procesos mencionados en el numeral anterior, toda vez que tal evento no dará lugar a faltas temporales.

Por otra parte, en caso de producirse una falta absoluta del congresista por pérdida de investidura, este podrá ser reemplazado por el candidato no elegido que según el orden de inscripción o votación obtenida, le siga en forma sucesiva y descendente en la misma lista electoral.

En una secuencia lógica y procesal, primero deberá decretarse la pérdida de investidura para que se produzca la falta absoluta del congresista. Debe recordarse que dicho proceso es sancionatorio y de responsabilidad subjetiva, por lo que se presume la inocencia del procesado hasta que judicialmente se demuestre lo contrario (art. 29 CP). Ejecutoriada la sentencia que decreta la pérdida de investidura se comunicará a la Mesa Directiva de la Cámara correspondiente, al Consejo Nacional Electoral y al Ministerio del Interior, para lo de su cargo (artículo 15, L. 1881 de 2018), por lo que solo a partir de ese momento podría llamarse al candidato no elegido para que ocupe la correspondiente curul.

Con base en las anteriores consideraciones

III. LA SALA RESPONDE:

PREGUNTAS:

1. *¿Cuál debe ser el procedimiento a seguir por parte del Congreso de la República, cuando un miembro de la corporación declarado electo por el*

¹² Entiende la Sala que la consulta se refiere a las faltas absolutas y no se solicita la opinión en relación con las faltas temporales, asunto que ameritaría un análisis detenido del parágrafo transitorio del artículo 134 C.P., respecto de lo que allí se dispone sobre el particular.

Consejo Nacional Electoral, no toma posesión dentro de los ocho (8) días siguientes a la fecha prevista en el ordenamiento constitucional?"

Ante el supuesto de hecho planteado en la pregunta, la Mesa Directiva de la respectiva Cámara deberá solicitar ante el Consejo de Estado la pérdida de investidura respecto del congresista que no toma posesión, mediante escrito enviado a la secretaría general del Tribunal Supremo de lo Contencioso Administrativo, junto con la documentación que acredite el hecho en que se funde la solicitud. Lo anterior, en cumplimiento de los artículos 183, numeral 3, de la Constitución Política, 299 y 300 de la Ley 5 de 1992 y 4 de la Ley 1881 de 2018.

2. *"¿Tiene que esperar el Congreso de la República a que el honorable Consejo de Estado decreta la pérdida de investidura, cuando se adelanta un proceso por pérdida de investidura, para hacer el llamamiento al candidato no elegido, que según el orden de inscripción o votación obtenida le siga en forma sucesiva y descendiente en la misma lista electoral, el cual fue declarado elegido por el Consejo Nacional Electoral, y no haya tomado posesión dentro del término previsto en el ordenamiento superior?"*

Para que se produzca la falta absoluta del congresista deberá decretarse la pérdida de investidura. Dicho proceso es sancionatorio y de responsabilidad subjetiva, por lo que se presume la inocencia del procesado hasta que judicialmente se demuestre lo contrario (art. 29 CP). Ejecutoriada la sentencia se comunicará a la Mesa Directiva de la Cámara correspondiente, al Consejo Nacional Electoral y al Ministerio del Interior, para lo de su cargo (artículo 15, L. 1881 de 2018). Solo a partir de ese momento podría llamarse al candidato no elegido para que ocupe la correspondiente curul.

3. *"¿Quién es la autoridad competente para determinar la fuerza mayor con el fin de establecer si existe causal que justifique la no posesión del congresista declarado electo por el Consejo Nacional Electoral, dentro del término establecido para tal fin en el numeral 3 del artículo 183 de la Constitución Política de Colombia?"*
4. *"¿Se debe entender como fuerza mayor, el hecho de que un congresista declarado electo por el Consejo Nacional Electoral, no tome posesión por encontrarse privado de la libertad, por orden de un juez de la república en ejercicio de sus funciones por disposición, estando está (sic) vigente?"*

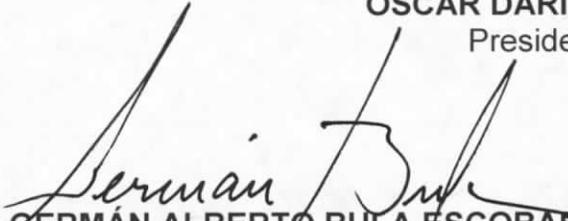
El Consejo de Estado, en sede contenciosa, es la única autoridad competente para tramitar el proceso y decretar o no la pérdida de investidura, según lo disponen los artículos 184 y 237 de la Constitución Política y 299 de la Ley 5 de 1992, así como la Ley 1881 de 2018. Por tanto, es en esta corporación judicial donde se

examinarán las causales alegadas tanto como los hechos justificativos eventuales (v.gr. fuerza mayor), se decretarán, practicarán y valorarán las pruebas y, finalmente, se adoptará la decisión a la que haya lugar, con observancia plena del debido proceso.

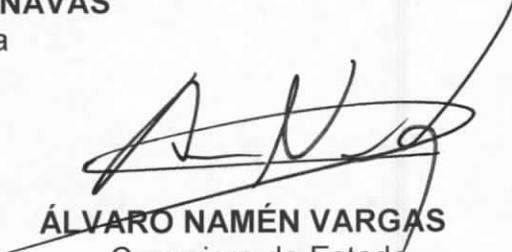
Remítase a la señora Ministra del Interior y a la Secretaría Jurídica de Presidencia de la República.



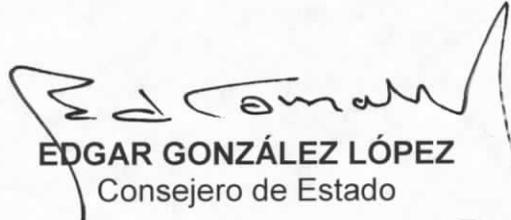
OSCAR DARÍO AMAYA NAVAS
Presidente de Sala



GERMÁN ALBERTO BULA ESCOBAR
Consejero de Estado



ÁLVARO NAMÉN VARGAS
Consejero de Estado



EDGAR GONZÁLEZ LÓPEZ
Consejero de Estado



LUCÍA MAZUERA ROMERO
Secretaria de la Sala

6 SET. 2018

LEVANTADA LA RESERVA LEGAL MEDIANTE OFICIO NO. OFI18-35176-OAJ-1400 DE FECHA 5 DE SEPTIEMBRE DE 2018