



Tribunal Administrativo de Boyacá

Sala Plena

Magistrada Ponente: Clara Elisa Cifuentes Ortiz

Tunja, agosto cinco (5) de dos mil veinte (2020)

Medio de Control: **Pérdida de Investidura**

Solicitante: Mesa Directiva del Concejo Municipal de Tinjacá

Demandado: Néstor Hubeimar Candela Reyes

Expediente: 15001-23-33-000-2020-01680-00

Procede la Sala Plena a proferir sentencia de primera instancia en el asunto de la referencia al no advertir causales de nulidad que invaliden lo actuado.

I. ANTECEDENTES.

I.1. La solicitud (Archivo No. 02):

La Mesa Directiva del Concejo Municipal de Tinjacá, integrada por Ugo Hernández Castellanos, John Jaime Buitrago Sierra y Cesar Augusto González, presentó solicitud ante este Tribunal con las siguientes pretensiones:

- Se declare la pérdida de investidura del señor Néstor Hubeimar Candela Reyes como Concejal del Municipio de Tinjacá para el periodo 2020 – 2023, por haber incurrido en la causal prevista en el numeral 3º del artículo 48 de la Ley 617 de 2000.
- Como consecuencia de lo anterior, se determine quién debe ocupar la curul dejada por el demandado, toda vez que esta obedece al derecho personal que le confirió el artículo 25 de la Ley 1909 de 2018.

El supuesto fáctico de la solicitud, fue el siguiente:

- El 27 de octubre de 2019 se llevaron a cabo las elecciones para autoridades locales y corporaciones públicas del orden territorial.

- *El señor Néstor Hubeimar Candela Reyes se presentó para el cargo de Alcalde Municipal de Tinjacá para el periodo 2020-2023 y obtuvo la segunda mejor votación.*
- *De conformidad con el artículo 25 de la Ley 1909 de 2018, la Comisión Escrutadora Municipal de Tinjacá le otorgó al demandado el término de 24 horas para manifestar por escrito si aceptaba la curul de concejal por haber obtenido la segunda mayor votación.*
- *Dentro de la oportunidad legal, el demandado presentó escrito, por medio del cual aceptó la curul del concejo; por tanto, se procedió a aplicar el artículo 263 de la Constitución Política y se declaró electo como concejal del Municipio de Tinjacá.*
- *El 30 de diciembre de 2019, el señor Néstor Hubeimar Candela presentó un escrito por el cual manifestó que no tomaría posesión al cargo de concejal.*
- *Con ocasión de lo anterior, la Presidenta del Concejo Municipal de Tinjacá, periodo 2016-2019, presentó consulta al Consejo Nacional Electoral a fin de que se le indicara qué se debía hacer ante tal eventualidad.*
- *El 1 de enero de 2020, se instaló y tomó posesión para el periodo constitucional 2020-2023, “acudiendo 6 Concejales de las 7 curules posibles”.*
- *El señor Néstor Hubeimar Candela Reyes, “elegido Concejal del Municipio de Tinjacá”, se abstuvo de tomar posesión del cargo.*

A juicio de la mesa directiva, es indudable la violación del artículo 48 de la Ley 617 de 2000, en tanto el demandado no acudió el día de la instalación del cabildo municipal, es decir, que la configuración de la causal ocurrió el 8 de enero de 2020, tiempo en el cual se cumplieron los tres días hábiles con los que contaba para acudir a su posesión.

Indicó que el trámite adelantado por el demandado el 30 de diciembre de 2019, no estaba permitido porque (i) para el periodo anterior no fungió como concejal del municipio, (ii) no podía renunciar a un cargo del cual no había iniciado el periodo 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 y, posteriormente, hubiese renunciado. A lo precedente, agregó:

*“De otro lado, nótese (...), que es su voluntad manifiesta sin lugar a equívocos la expresada en el escrito cuando dice “además NO TOMARE POSESION al cargo de CONCEJAL por el Municipio de **TINJACÁ BOYACÁ**, para el periodo de 2020 al 2023, argumentando asuntos personales que en nada justifican el deber y las obligaciones que contrajo al aceptar la curul.” (pág. 3)*

I.2. Auto admisorio:

En auto proferido el 9 de julio de 2020, se resolvió admitir en primera instancia la solicitud de pérdida de investidura presentada por la Mesa Directiva del Concejo Municipal de Tinjacá (Archivo No. 09).

I.3. Contestación de la demanda:

El señor Candela Reyes, a través de apoderado judicial, se opuso a la solicitud presentada por la Mesa Directiva del Concejo Municipal de Tinjacá (Archivo No. 12), toda vez que, a su juicio, se configuró el fenómeno de atipicidad y antijuridicidad de la conducta, así como la excepción de inconstitucionalidad respecto a la aplicación del numeral 3º del artículo 48 de la Ley 617 de 2020 y el artículo 2º de la Resolución No. 2276 de 2019 expedida por el Consejo Nacional Electoral.

Al contestar los hechos, indicó que, si bien es cierto que no tomó posesión del cargo de concejal, no por ello desconoció las disposiciones contenidas en los artículos 2 y 3 de la Resolución No. 2276 de 2019. Dijo que la actuación no fue antijurídica, es atípica y no afectó ningún derecho jurídicamente tutelado de su electorado, toda vez que apoyó la candidatura a la alcaldía y no al concejo municipal.

Los argumentos de defensa, fueron los siguientes:

- Solicitud de aplicación de la excepción de inconstitucionalidad sobre el numeral 3º del artículo 48 de la Ley 617 de 2000 y el artículo 2º de la Resolución No. 2276 de 2019 expedida por el Consejo Nacional Electoral:

Consideró que la aplicación del numeral 3º del artículo 48 de la Ley 617 de 2000 desconoce el artículo 112 de la Constitución Política respecto al derecho personal a

ocupar una curul en el concejo municipal y, además, la consecuente posibilidad que la Constitución le asigna para disponer de ese derecho subjetivo que es clasificado como fundamental.

Sostuvo que el numeral 3° citado, también asignaría un resultado diferente al establecido por la Constitución que se limita a advertir como única consecuencia jurídica que, en caso de la no aceptar la curul, se asignaría de acuerdo con la regla general de asignación prevista en el artículo 263 Superior.

Luego, hizo alusión a la excepción de inconstitucionalidad, para el efecto, citó el artículo 4° de la Constitución Política, las sentencias T-389 de 2009, T-808 de 2007 y T-424 de 2018 proferidas por la Corte Constitucional.

- De la acreditación de los presupuestos para la aplicación de la excepción de inconstitucionalidad del numeral 3° del artículo 48 de la Ley 617 de 2000 en el caso concreto:

Primero, hizo un análisis de la pérdida de investidura, luego, indicó que, de conformidad con la jurisprudencia del Consejo de Estado, en el ejercicio electoral se debe propender por la protección del derecho del elector por ser el sustento democrático de las instituciones, criterio que fue acogido por la Corte Constitucional en las sentencias C-247 de 1995 y SU-632 de 2017.

Posteriormente, adujo que (i) la causal fue contemplada para los aspirantes a corporaciones públicas de elección popular y que fueron electos para tal efecto; (ii) las personas que han sido elegidas por el voto popular como miembros de una corporación administrativa de carácter territorial, tienen el deber legal de tomar posesión del cargo dentro del término perentorio y (iii) de no posesionarse en término, incurren en causal de pérdida de investidura.

No obstante, resaltó que esas reglas de interpretación no son aplicables cuando se trata del artículo 112 de la Constitución Política, toda vez que se contrae a un derecho fundamental, innominado, autónomo y especial que se desprende del derecho a la participación política contenido en el artículo 40 ídem., en consecuencia, advirtió, aquel artículo es consustancial al derecho fundamental a la oposición política reconocido expresamente en el artículo 3° de la Ley 1909 de 2018. Por lo anterior, dijo, la consecuencia jurídica en caso de no aceptarse la curul, es asignarla

nuevamente de acuerdo con la regla general de asignación prevista en el artículo 263 ídem.

Aunado a lo anterior, discurrió que ni la Constitución ni la Ley 1909 de 2018 establecen restricciones expresas al derecho, en consecuencia, no existe ninguna prohibición al ejercicio del mismo y, por tanto, “no necesariamente está obligado a posesionarse cuando ha accedido a la curul por este medio” (pág. 10, archivo 12), es decir, el ordenamiento constitucional habilita a quien ostente el derecho a ejercerlo o no, incluso al momento de la posesión. Más adelante, indicó:

“La razón de esta afrenta constitucional deriva en que la hipótesis planteada ya no se protege en estricto sentido un derecho del electorado, porque este último no lo apoyó para acceder al concejo sino a la alcaldía. Ahora, el bien jurídico tutelado es el derecho fundamental del candidato mismo, por lo que aplicar la sanción por la causal mencionada vulneraría y cercenaría flagrantemente sus derechos fundamentales.” (pág. 11).

Enseguida, se pronunció sobre el cumplimiento de los presupuestos para aplicar la excepción de inconstitucionalidad del numeral 3º del artículo 48 de la Ley 617 de 2000. Para tal efecto, adujo que si bien el demandado aceptó la curul por haber obtenido la segunda mayor votación para la alcaldía, posteriormente, presentó en oportunidad el escrito de renuncia a la misma, manifestando su intención de no posesionarse, en ejercicio del derecho consagrado en el artículo 112 Superior, así como el previsto en el artículo 3 de la Ley 1909 de 2018, luego, a su juicio, como no se establecen restricciones expresas a este derecho, no estaba obligado a posesionarse cuando había accedido a la curul.

Por lo anterior, explicó que es inconstitucional la aplicación de la sanción de pérdida de investidura con fundamento en la causal tercera del artículo 48 de la Ley 617 de 2000, toda vez que vulneran los derechos anteriormente mencionados y la garantía del debido proceso.

Concluyó que no es posible la adecuación típica solicitada por el concejo municipal, comoquiera que la causal se refiere a la posesión de quienes, desde un principio, aspiraron al concejo municipal. En ese orden, como la reforma constitucional de 2015 introdujo un nuevo derecho fundamental en el artículo 112, se estableció un escenario distinto que reconoció un derecho personal al candidato que obtuvo la segunda mejor votación a la alcaldía municipal.

En ese sentido, advirtió una antinomia jurídica entre el numeral 3 del artículo 48 de la Ley 617 de 2000 y el artículo 112 constitucional, en la cual debe prevalecer este último.

A más de lo anterior, justificó la excepción de inconstitucionalidad del artículo 2º de la Resolución No. 2276 de 2019 expedida por el Consejo Nacional Electoral, en que la reglamentación y eventual limitación al derecho fundamental es de reserva legal y estatutaria como lo sostuvo la Corte Constitucional en la sentencia C-818 de 2011. Agregó que solo hasta la expedición de dicha resolución se establecieron expresas prohibiciones al ejercicio del derecho fundamental contenido en el artículo 112 superior que resulta ilegal al reglamentar un derecho fundamental, lo cual es de reserva del Congreso de la República por ley estatutaria.

Después, se detuvo en la atipicidad de la conducta. En su criterio, no puede hacerse la adecuación solicitada por el Concejo Municipal, en tanto la causal se refiere a la posesión de quienes, repitió, desde el inicio aspiraron a la Corporación.

Y, también, frente a la ausencia de antijuridicidad de la conducta, discurrió que no se satisface el requisito relativo al quebrantamiento sustancial de los deberes funcionales encargados al servidor público que afecten la consecución de los fines del Estado, toda vez que el demandado se amparó en el derecho fundamental, sin quebrantar la buena marcha de la función pública.

Finalmente, aseguró que no existió ninguna conducta dolosa ni gravemente culposa que se le pueda imputar.

I.4. Audiencia:

El 3 de agosto de 2020 se realizó la audiencia de que trata el artículo 12 de la Ley 1881 de 2020 con la presencia de la Sala Plena del Tribunal Administrativo de Boyacá; esta quedó debidamente grabada en audio y video en la Plataforma Digital Teams. Las partes y el Agente del Ministerio Público, intervinieron en los siguientes términos:

I.4.1. Mesa Directiva del Concejo Municipal de Tinjacá (min. 58:09)

A través de apoderada judicial, la parte solicitante reiteró los argumentos expuestos en el escrito introductorio.

I.4.2. Ministerio Público (min. 1:03:12):

El señor Procurador 45 Judicial II delegado ante esta Corporación, luego de referirse brevemente a la naturaleza de la acción judicial de pérdida de investidura, examinó en detalle la causal invocada por la parte actora y, afirmó que:

- *En los términos de la jurisprudencia constitucional, la pérdida de investidura constituye, de una parte, la herramienta mediante la cual el constituyente buscó asegurar el cumplimiento de las obligaciones de los representantes elegidos popularmente y, de otra, 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 política¹.*
- *En el marco de una democracia participativa, los ciudadanos pueden exigir a las autoridades que tomen posesión del cargo en el que han sido designados por voto popular, esto es, que cumplan la función para la cual fueron elegidos. De modo que, no se trata de un derecho que se pueda ejercer de forma discrecional.*
- *El hecho de que el demandado no haya sido candidato al concejo municipal, sino a la alcaldía del ente territorial, no modifica en nada la naturaleza del 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.*
- *No podría asegurarse desde ningún punto de vista, que el elegido tuviera la facultad de posesionarse o no, pues en la oportunidad prevista por el*

¹ En ese sentido, invocó la sentencia SU - 501 de 2015.

legislador, decidió aceptar libremente la curul que se asignaba, en virtud de lo dispuesto en el artículo 25 de la Ley 1909 de 2018.

- La Resolución No. 2276 de 2019 expedida por el CNE no resulta inconstitucional, en tanto, no reglamentó el derecho fundamental a la participación política. En la Ley 1909 prevé el derecho de los candidatos que sigan en votos al elegido como Alcalde Municipal para ocupar una curul en el Concejo Municipal, e indica la forma en que dicho derecho debe ejercerse.
- El elemento subjetivo se encuentra demostrado, pues el proceder del demandado configura culpa grave. A su juicio, la violación a la norma es manifiesta, en tanto la Ley 136 de 1994 establece, de manera precisa, la oportunidad en la que los concejales deben tomar posesión del cargo.

Por lo anterior, solicitó acceder a las pretensiones de la demanda.

1.4.3. Demandado (min. 1:20:03)

Se remitió a la contestación de la solicitud. Manifestó que no comparte la posición del Agente del Ministerio Público y la parte solicitante, toda vez que la interpretación de protección de los derechos de los ciudadanos no es aplicable al caso concreto en tanto nunca defraudó la voluntad de sus electores pues nunca se presentó al concejo municipal, lo hizo a la alcaldía.

Insistió que hasta el momento no se había reconocido el derecho personal de la oposición, además, afirmó, ha sido examinado como fundamental, de conformidad con el artículo 3º de la Ley 1909 de 2018. Destacó que configura una antinomia jurídica entre el artículo 3 del artículo 48 de la Ley 617 de 200 y el artículo 2 de la Resolución No. 2276 de 2019 y, por tanto, debe declararse la excepción de inconstitucionalidad. Remitió su intervención por escrito al correo indicado en la audiencia, lo cual fue constatado en tal oportunidad.

III. CONSIDERACIONES

Procede la Sala Plena del Tribunal Administrativo de Boyacá a resolver la solicitud de pérdida de investidura presentada por la Mesa Directiva del Concejo Municipal de Tinjacá contra el señor Néstor Hubeimar Candela Reyes.

3.1. Competencia:

De conformidad con el numeral 15 del artículo 152 de la Ley 1437 de 2011, la Sala Plena de este Tribunal es competente para conocer en primera instancia de las solicitudes de pérdida de investidura contra concejales. Lo anterior, en concordancia con el párrafo 2º del artículo 48 de la Ley 617 de 2000², que derogó el artículo 55 de la Ley 136 de 1994.

Igualmente, de conformidad con la sentencia C-247 del 1 de junio de 1995, el conocimiento del proceso corresponde a la Sala Plena del Tribunal Contencioso Administrativo de Boyacá en ejercicio de su función jurisdiccional.

3.2. De la naturaleza de la acción de pérdida de investidura:

La acción de pérdida de investidura fue prevista en el artículo 183 de la Constitución Política como una garantía constitucional que busca preservar la intangibilidad de la corporación en caso de que uno de sus miembros deba ser investigado con base en circunstancias que puedan conducir a la pérdida del cargo de elección popular. La Corte Constitucional al referirse a la naturaleza de esta acción especial, señaló:

*“...la pérdida de investidura tiene carácter sancionatorio. En cuanto comporta el ejercicio del **ius puniendi estatal**, esta institución está sujeta, de forma general, a los principios que gobiernan el debido proceso en materia penal, con las especiales modulaciones necesarias para el cumplimiento de los fines constitucionales. Esas modulaciones encuentran fundamento en las características propias de la institución, particularmente, en la gravedad de la sanción que se origina en la incursión en un conjunto muy variado de infracciones y la brevedad del término con el que cuenta el Consejo de Estado para emitir la decisión. Entonces, no se trata de un castigo cualquiera sino de uno excepcional, por esa razón, requiere de la plena observancia de las garantías y requisitos constitucionales del debido proceso dispuesto en el artículo 29 de la Constitución³...”⁴.*

² “ARTICULO 48. PERDIDA 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:

(...)

PARAGRAFO 2o. La pérdida de la investidura será decretada por el Tribunal de lo Contencioso Administrativo con jurisdicción en el respectivo departamento de acuerdo con la ley, con plena observancia del debido proceso y en un término no mayor de cuarenta y cinco (45) días hábiles, contados a partir de la fecha de la solicitud formulada por la mesa directiva de la asamblea departamental o del concejo municipal o por cualquier ciudadano. La segunda instancia se surtirá ante la sala o sección del Consejo de Estado que determine la ley en un término no mayor de quince (15) días.”

³ Sentencia C-247 de 1995.

⁴ Corte Constitucional. Sentencia SU-399 de 2012. MP. Humberto Antonio Sierra Porto.

A su vez, cuando se trata de diputados o concejales, sostuvo:

“5. Algunas reflexiones sobre el proceso y la sanción de pérdida de investidura.

(...)

También ha señalado que debido a su carácter sancionador el proceso de pérdida de la investidura **“debe surtirse con el pleno respeto y acatamiento de las instituciones que conforman la garantía del debido proceso y del derecho de defensa de las personas sujetas a investigación, pues según lo prescribe el artículo 29 superior, nadie podrá ser juzgado sino conforme a leyes preexistentes al acto que se le imputa, ante juez o tribunal competente y con observancia de la plenitud de las formas propias de cada juicio”**⁵.

Se ha reconocido igualmente que esta institución cumple diversas funciones dentro del orden constitucional vigente. Por un lado, es la herramienta mediante la cual el Constituyente buscó asegurar el cumplimiento del código ético de conducta de los miembros de las corporaciones de elección popular⁶, pero también debido a que se hace efectiva mediante una acción cuya titularidad es pública, se ha entendido que se trata del ejercicio de un derecho político y por lo tanto constituye uno de los mecanismos de la democracia participativa, en virtud del cual los ciudadanos pueden efectuar un control sobre los miembros de las corporaciones públicas representativas de acuerdo **con precisas causales de raigambre constitucional y legal, encaminadas todas, a preservar la integridad de la función de representación política que les ha sido encomendada.**⁷

Ahora bien, **debido a su índole sancionadora, la cual lleva aparejada una severa restricción de los derechos políticos, la pérdida de investidura está, como antes se dijo, sujeta a las garantías previstas para este tipo de procesos, entre las cuales se encuentra la tipicidad de las faltas y la prohibición de la**

⁵ Sentencias C-319 de 1994, C-247 de 1995, C-280 de 1996. En la última sentencia reseñada, la Corte declaró inexecutable el inciso segundo del numeral 2 del artículo 66 del anterior Código Disciplinario Único –Ley 200/95, por medio del cual el legislador otorgaba competencia al Procurador General de la Nación para adelantar investigaciones que culminaran con la sanción de pérdida de la investidura, de competencia del Consejo de Estado. Para la Corte, ese inciso violaba la Carta, pues, “en relación con los congresistas, la pérdida de investidura es un proceso jurisdiccional disciplinario autónomo de competencia exclusiva del Consejo de Estado, por lo cual no es supeditable a ningún tipo de pronunciamiento, tal y como la Corte lo ha señalado –Sent. C-037/96. La investigación no puede entonces ser atribuida al Procurador, pues se estaría afectando la competencia investigativa y decisoria autónoma del supremo tribunal de lo contencioso administrativo. En estos casos, la labor del Procurador es la de emitir los correspondientes conceptos (CP art. 278 ord. 2º), pues en relación con la pérdida de investidura, los congresistas gozan de fuero especial”.

⁶ Así fue considerado en el seno de la Asamblea Nacional Constituyente desde las primeras versiones que se propusieron de esta figura. En la exposición de motivos de la ponencia para primer debate se dijo, “Fue unánime la Comisión en considerar que el régimen de inhabilidades, incompatibilidades y conflicto de interés quedaría incompleto y sería inane si no se estableciera la condigna sanción. (...)Ponencia sobre la rama legislativa del poder público, presentada por lo delegatarios Álvaro Echeverri Uruburu, Hernando Yepes Arcila, Alfonso Palacio Rudas, Luis Guillermo Nieto Roa, Arturo Mejía Borda. Gaceta Constitucional N°79, página 17.

⁷ Corte Constitucional Sentencia SU – 1159 de 2003.

analogía y de las interpretaciones extensivas. (...)” (Subraya y negrilla fuera del texto)⁸.

Y, en la sentencia SU-424 de 2016, discurrió que su naturaleza es de carácter sancionatorio que tiene como finalidad “castigar a los miembros de las corporaciones públicas que incurran en conductas consideradas reprochables por ser incompatibles con la dignidad del cargo que ostentan”, por ello el juez de lo contencioso administrativo hace un análisis de reproche sobre un comportamiento, máxime porque se trata de un juicio ético que exige de los representantes elegidos un comportamiento recto, pulcro y transparente.

En otros términos, dijo el alto Tribunal, “el juez de pérdida de investidura juzga a los miembros de los cuerpos colegiados a partir de un código de conducta previsto en la Constitución que deben observar en razón del valor social y político de la investidura que ostentan.”.

En el mismo sentido, el Consejo de Estado⁹ ha señalado que se trata de una acción constitucional que se enmarca dentro de los principios de **taxatividad constitucional**, legalidad y sometimiento a las garantías del debido proceso; así, conforme a la primera, se incluyen las conductas constitutivas de pérdida de investidura que, a su vez, se encuentra gobernada por el principio de legalidad. En ese sentido, la preexistencia de las conductas que la originan **tiene interpretación restrictiva**.

En suma, el juicio sancionatorio confronta la conducta del demandado con el ordenamiento para determinar si se debe imponer la consecuencia jurídica contenida en la Constitución Política, sin que por ello se descarte el **análisis subjetivo**.

3.3. De los requisitos de la solicitud de pérdida de investidura:

Uno de los requisitos de la pérdida de investidura es la invocación de la causal por la cual se solicita y su debida explicación, exigencia que adquiere sentido especial en tanto, como se ha reseñado, hace parte de su aplicación el principio del debido proceso en materia penal, lo cual exige que la conducta endilgada **se encuentre**

⁸ Corte Constitucional. Sentencia T-935 de 2009. MP. Humberto Antonio Sierra Porto.

⁹ Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, sentencia del 8 de octubre de 2013, expediente 2011-1408, Consejero Ponente Doctor Gerardo Arenas Monsalve.

tipificada en el ordenamiento legal previamente y que tal imputación se haga al demandado de forma precisa. Explicó el Consejo de Estado:

*“...La revisión de la demanda presentada dentro de este asunto permite a la Sala concluir que ella cumple con los mencionados requisitos que, valga aclarar, no requieren de mayores formalidades ni rigorismos procesales, dada la estirpe constitucional y la naturaleza pública de la acción de pérdida de investidura, cuyo fin es juzgar la conducta del congresista, en orden a establecer si con ella ha dado lugar a la configuración de cualquiera de las causales constitucionalmente previstas para despojarlo de su investidura de parlamentario. Es por ello, precisamente, que **la única exigencia que reviste cierta complejidad, en razón de la gran trascendencia que tiene dentro de la solicitud, es la de indicar la causal por la cual se solicita la pérdida de la investidura y explicarla debidamente, con el fin de garantizar, de un lado, el derecho de defensa del demandado...**”¹⁰ Resaltado fuera de texto.*

Y, en cuanto a los alcances de interpretativos de la demanda de pérdida de investidura, también ha señalado el Consejo de Estado:

“4.3. ¿La hipótesis fáctica que sustenta el cargo formulado por el demandante se adecúa a la situación del demandado? (caso concreto)

(...)

Se reitera entonces que el demandante solicitó la pérdida de investidura del demandado con fundamento en una causal de incompatibilidad creada por el legislador para regular el desempeño de funciones públicas en las entidades territoriales...

*Conforme a todo lo expuesto anteriormente, la Sala advierte que en atención a la reserva constitucional de las causales de pérdida de investidura de los congresistas, **no es válido hacer extensiva al demandado** la causal de incompatibilidad establecida en los artículos 31 numeral 7 y 32 de la Ley 617 de 2000, pues de hacerlo, en clara violación del principio de supremacía constitucional y desconociendo el precedente jurisprudencial de la Corte Constitucional sobre el tema, se presentaría una grave y protuberante violación del derecho fundamental a participar en la conformación, ejercicio y control del poder político establecido en el artículo 40 de la Constitución, del cual es titular el señor ...*

*Así las cosas, **la causal de incompatibilidad que sirvió de fundamento a las pretensiones de la demanda**, y que al mismo tiempo es un motivo de inhabilidad para acceder al cargo de Congresista, **no resulta aplicable al aquí demandado** en virtud de las siguientes razones: i) las causales de pérdida de investidura de los Congresistas gozan de reserva constitucional, por tanto, está vedado establecer limitaciones más graves a los derechos civiles y políticos de los ciudadanos; ii) el legislador en el ejercicio de sus funciones está supeditado a la observancia del principio de supremacía de la Constitución, por ende, no puede contrariar ni modificar sus postulados; **iii) las disposiciones que consagran limitaciones a derechos fundamentales solo son susceptibles de interpretaciones restrictivas; por lo tanto, no admiten***

¹⁰ Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, Consejera Ponente: Carmen Teresa Ortiz de Rodríguez, sentencia de 24 de octubre de 2011, Radicación número: 11001-03-15-000-2010-01228-00(PI).

interpretaciones analógicas; y iv) cuando la propia Constitución establece un límite a un derecho fundamental y se reserva tal prerrogativa, cierra la posibilidad para que la ley, en su ámbito de competencia, pueda ser más restrictiva en esa materia... ”¹¹ (Subraya y negrilla fuera del texto).

Entonces, los requisitos esenciales de la solicitud son dos, primero, que se indique la causal por la cual se solicita la pérdida de investidura y, segundo, que esta contenga la debida explicación, pero, adicionalmente, ya al momento de su examen de fondo, resultan prohibidas las extensiones o interpretaciones analógicas.

Al revisar el escrito presentado por la Mesa Directiva del Concejo Municipal de Tinjacá, se observa que estos dos requisitos se encuentran satisfechos, toda vez que se hizo énfasis en que el demandado incurrió en **la causal prevista en el numeral 3° del artículo 48 de la Ley 617 de 2000** que corresponde a aquella que da lugar a la sanción cuando no se toma posesión del cargo dentro de los tres 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. La Sala contraerá su análisis a ella.

3.4. Hechos probados:

La Mesa Directiva del Concejo Municipal de Tinjacá, considera que debe declararse la pérdida de investidura del señor Néstor Hubeimar Candela Reyes, por las siguientes razones:

1. “el Concejal elegido” no acudió el día de la instalación del cabildo municipal.
2. Si bien el demandado presentó escrito ante el concejo municipal del periodo anterior el 30 de diciembre de 2019 manifestando que renunciaba al cargo, este trámite no podía adelantarse porque **1)** para el periodo anterior el accionado no fungió como Concejal del Municipio de Tinjacá; **2)** no podía renunciar a un cargo del cual no había iniciado periodo y muchos menos posesionado y **3)** el actual concejo solo podía conocer de la renuncia si el demandado se hubiese posesionado “en el cargo para el cual fue elegido” y posteriormente hubiese renunciado.

¹¹ Consejo de Estado. Sala Plena de lo Contencioso Administrativo. CP: Jaime Orlando Santofimio Gamboa. 22 de enero de 2013. Radicación: 11-001-03-15-000-2011-01312-00 (PI) Actor: Iván Rafael Acosta Guillen. Demandado: Eduardo José Castañeda Murillo. Asunto: Acción de Pérdida de Investidura

3. En el escrito presentado, el demandado adujo asuntos personales “que en nada justifican el deber y las obligaciones que contrajo al aceptar la curul.”

En el plenario se encuentran probados los siguientes hechos:

El 27 de octubre de 2019 al suscribirse el Formulario E-26 CON, por el cual se declararon electos los concejales del Municipio de Tinjacá para el periodo 2020-2023, se dejó la siguiente constancia:

“Teniendo en cuenta que al momento de realizar la declaratoria de ALCALDE el segundo Candidato con mayor votación NESTOR 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.” (Archivo No. 3).

El 30 de diciembre de 2019, el señor Néstor Hubeimar Candela Reyes presentó al Concejo Municipal de Tinjacá escrito en los siguientes términos:

“...en cumplimiento del artículo 25 de la ley 1909 del 09 de julio del 2018 (...). 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 periodo 2020 al 2023, por el PARTIDO MOVIMIENTO ALTERNATIVO INDÍGENA Y SOCIAL – MAIS” (Archivo No. 4)

En virtud de lo anterior, el 31 de diciembre de 2019, la Presidenta de esa Corporación presentó solicitud de concepto al Consejo Nacional Electoral (Archivo No. 5).

El 1 de enero de 2020, según el Acta No. 001, se procedió a la posesión de los concejales elegidos para el periodo constitucional 2020 – 2023 y se eligió a la Mesa Directiva de la Corporación (Archivo No. 6).

El 29 de abril de 2020, el Concejo Nacional Electoral, conformidad con el concepto de 4 de febrero de 2020 proferido por la Sala Plena del Consejo Nacional Electoral con ponencia del Magistrado Virgilio Almanza Ocampo informó al Presidente del Concejo Municipal de Tinjacá lo siguiente:

“...se hace necesario por parte de esta asesoría informarle que, de acuerdo al procedimiento interno realizado, se estableció que en virtud al derecho otorgado por la Ley 1909 del 2018, el Partido y/o Movimiento al cual le

correspondió ocupar la respectiva curul en el Municipio de Tinjacá – Boyacá es al Partido Alianza Social Independiente – ASI (...)” (Archivo No. 18).

Con ocasión del concepto expedido por la Sala Plena del Consejo Nacional Electoral, la Registraduría Nacional del Estado Civil, procedió a aplicar nuevamente el sistema de cifra repartidora para asignar la curul en el concejo municipal (Pág. 33 del Archivo No. 12).

De conformidad con lo anterior, no queda duda que **(i)** el señor Néstor Hubeimar Candela Reyes se postuló al cargo de **Alcalde** del Municipio de Tinjacá; **(ii)** obtuvo la segunda mayor votación y **(iii)** en virtud de derecho que le asistía por el artículo 25 de la Ley 1909 de 2018, aceptó una curul en el concejo de la misma entidad territorial.

3.5. De la Resolución No. 2276 de 2019 expedida por el Consejo Nacional Electoral y la potestad reglamentaria:

Reposa en el expediente, como prueba traída por la demandante (archivo 18) el Oficio CNE_AIV-1390-2020 suscrito por el Asesor de Inspección y Vigilancia del Consejo Nacional Electoral, dirigido al Presidente del Concejo Municipal de Tinjacá fechado 29 de abril de 2020, en el cual refiere el concepto expedido el 4 de febrero de 2020 por el Consejo Nacional Electoral, con ponencia del Magistrado Virgilio Almanza Ocampo, e informó que, efectuado el procedimiento interno en virtud del derecho otorgado por la Ley 1909 de 2018, en reemplazo del ahora demandado debía llamarse a Wilson Ricardo Chacón González del Partido Alianza Social Independiente.

La Resolución No. 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, “en ejercicio de sus atribuciones constitucionales y legales, en especial de las conferidas por el numeral 1, 3 y 4 del artículo 265 de la Constitución Política, los artículos 11 y 12 del Decreto ley 2241 de 1986”, en el artículo 2º dispuso:

*“Artículo 2º. 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 (2º) 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.*”

En el acta de escrutinio respectiva y E-26 que declare la elección de alcalde distrital y/o municipal y gobernador, deberá dejarse constancia de qué candidato ocupó el segundo (2º) lugar en votación, darse lectura de la misma en la correspondiente audiencia.

(...)" (Resaltado fuera de texto).

Esta resolución estableció dos presupuestos importantes: (i) que el candidato, dentro de las 24 horas siguientes, deberá manifestar si acepta o no la curul y (ii) que la decisión se adoptará **sin posibilidad de retracto**.

Por su parte, el artículo 112 de la Constitución Política, adicionado por el artículo 1º del Acto Legislativo 2 de 2015¹², dispuso:

“ARTICULO 112. Los partidos y movimientos políticos con personería jurídica que se declaren en oposición al Gobierno, podrán ejercer libremente la función crítica frente a este, y plantear y desarrollar alternativas políticas. Para estos efectos, se les garantizarán los siguientes derechos: el acceso a la información y a la documentación oficial, con las restricciones constitucionales y legales; el uso de los medios de comunicación social del Estado o en aquellos que hagan uso del espectro electromagnético de acuerdo con la representación obtenida en las elecciones para Congreso inmediatamente anteriores; la réplica en los mismos medios de comunicación. Los partidos y movimientos minoritarios con personería jurídica tendrán derecho a participar en las mesas directivas de los cuerpos colegiados, según su representación en ellos.

Una ley estatutaria reglamentará íntegramente la materia.

<Inciso adicionado por el artículo 1 del Acto Legislativo 2 de 2015. El nuevo texto es el siguiente:> **El 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 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.**

<Inciso adicionado por el artículo 1 del Acto Legislativo 2 de 2015. El nuevo texto es el siguiente:> 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.

<Inciso adicionado por el artículo 1 del Acto Legislativo 2 de 2015. El nuevo texto es el siguiente:> **En caso de no aceptación de la curul en las**

¹² “por medio del cual se adopta una reforma de equilibrio de poderes y reajuste institucional y se dictan otras disposiciones”

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.” (Resaltado fuera de texto)

La norma constitucional fue replicada en la Ley 1909 de 2018 “Por medio de la cual se adoptan el Estatuto de la Oposición Política y algunos derechos a las organizaciones políticas independientes”, la cual estableció el marco general para el ejercicio y la protección especial del derecho a la oposición de los partidos y movimientos políticos con personería jurídica que, en los términos del artículo 3º, “es un derecho fundamental autónomo que goza de especial protección por el Estado y las autoridades públicas”. Concretamente, en el artículo 25 previó:

*“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 7º 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.” (Resaltado fuera de texto)

La Corte Constitucional, al adelantar la revisión constitucional de esta ley en la sentencia C-018 de 2018, declaró la exequibilidad del artículo 25 con fundamento en que se trataba de la reproducción del inciso 4 del artículo 112 superior¹³.

Ahora, el artículo 265 de la C.P., modificado por el artículo 12 del Acto Legislativo 1 de 2009, estableció que “El Consejo Nacional Electoral **regulará**, inspeccionará, vigilará y controlará toda la actividad electoral de los partidos y movimientos políticos, de los grupos significativos de ciudadanos, de sus representantes legales, directivos y **candidatos**, garantizando el cumplimiento de los principios y deberes que a ellos corresponden, y gozará de autonomía presupuestal y administrativa”, además de las atribuciones especiales que en el mismo cuerpo normativo se consagraron.

603. Por lo demás, el artículo 25 del PLEEO es un desarrollo directo de los incisos 4° y 6° 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 4° 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.

604. 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 2° 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 Consejos 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 o distrital respectivamente. El inciso 6° 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.

605. 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.

606. 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 6° 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.

Al respecto, la Sección Quinta del Consejo de Estado en la sentencia proferida el 24 de junio de 2010 en el proceso con radicación 11001-03-28-000-2009-00051-00 y ponencia de la Consejera Doctora María Nohemi Hernández Pinzón, indicó:

*“Ahora bien, muy similar a la Potestad Reglamentaria del Presidente de la República, es la Facultad Reglamentaria que desde la misma Constitución se reconoce a determinados órganos o autoridades públicas. Esa facultad de reglamentación, además de responder a la misma teleología, esto es a la necesidad de procurar **la efectiva realización de la ley**, entendida en sentido material, también se rige por el mismo esquema de restricciones, entre las que se cuentan la imposibilidad de ocuparse de asuntos que tengan reserva legal, o de desbordar los precisos límites que le ha debido fijar el legislador. Sobre lo último ha sido clara la Doctrina Constitucional en señalar que “...un elemento esencial para que se pueda ejercer la facultad reglamentaria **es la de la preexistencia de un contenido material legislativo que sirva de base para el ejercicio de dicho potestad...**”³.*

Así, el constituyente o el legislador, según sea el caso, cuando entrega a cualquier órgano del Estado la facultad de reglamentar cierta materia, debe hacerlo con la previa determinación de un contenido normativo mínimo, que desde luego servirá de punto de referencia para que la entidad habilitada expida la reglamentación correspondiente, que permitirá llenar de contenido la materia en cuestión, así como para que esa decisión administrativa pueda ser objeto de un control jurisdiccional efectivo, en caso de que sobre el acto administrativo respectivo se interponga la acción pública de nulidad.

*Para la Corte Constitucional el ejercicio de Facultades Reglamentarias por parte de la administración, resulta viable en la medida que “...las disposiciones legales establezcan **criterios inteligibles, claros y orientadores dentro de los cuales ha de actuar la administración** de tal forma que se preserven los principios básicos de un estado social y democrático de derecho...”⁴. No es admisible, por tanto, que la reglamentación que pueda llegar a expedir una autoridad pública, **se haga por fuera del marco normativo que le sirve de punto de referencia**, y mucho menos que pueda llevarse a cabo con detrimento de la división de poderes acogida por la Constitución Política de 1991, **de modo que la reglamentación termine cobijando materias ajenas a aquella para la que fue habilitado el órgano respectivo, o incluso contrariando los parámetros jurídicos establecidos en normas de rango superior.***

El Consejo Nacional Electoral es uno de los órganos que fue habilitado directamente por el constituyente para autorregularse. En el artículo 265 Constitucional, además de precisarse las funciones a cargo de esta entidad de la Organización Electoral, se le permitió “Darse su propio reglamento” (num. 11), lo cual aparece reiterado, incluso antes de la vigencia de la Constitución Política de 1991, por el Decreto 2241 del 15 de julio de 1986 “Por el cual se adopta el Código Electoral”, que sobre las funciones a desarrollar por dicha entidad previó: “Expedir su propio reglamento de trabajo” (Art. 12 num. 10).” (Resaltado fuera del texto original).

A su turno, en sentencia proferida el 22 de enero de 2015 en el proceso radicado con el número 11001-03-28-000-2013-00030-00 y con ponencia de la Doctora Susana Buitrago Valencia, se explicó:

*“La Sala observa que con la Reforma Política adoptada en el año 2009 se ampliaron considerablemente las funciones del CNE, ya que expresamente se determinó que cuenta con **facultades de reglamentación**, inspección, vigilancia y **control** sobre la actividad de las organizaciones políticas.*

*En cuanto a **la facultad reglamentaria no debe confundirse con la potestad reglamentaria** que el artículo 189 numeral 11 de la Constitución radica exclusivamente en el Presidente de la República, quien para ello puede expedir los decretos, resoluciones y demás actos administrativos necesarios para desarrollar y hacer efectivas las leyes de la República, que por su grado de abstracción en todos los casos no cuentan con los detalles suficientes para que se cumplan.*

*La facultad reglamentaria del CNE es, contrario sensu, una habilitación que le entregó el constituyente a esa entidad de la Organización Electoral con el fin de que pueda expedir los reglamentos necesarios para hacer efectivas las atribuciones constitucionalmente asignadas, **para lo cual debe cuidarse de no abarcar terrenos que tengan reserva de ley -ordinaria o estatutaria- y que por ello sean del resorte exclusivo del legislador, o de asuntos que corresponda desarrollar al Presidente de la República en ejercicio de la potestad reglamentaria.***

En cuanto a la facultad reglamentaria del CNE la Corte Constitucional expresó:

“[E]n materia de potestad reglamentaria existe una cláusula general de competencia en cabeza del Presidente de la República, pero la Constitución ha previsto, de manera excepcional, facultades de reglamentación en otros órganos constitucionales.

Esas facultades especiales de reglamentación, ha dicho la Corte, encuentran su fundamento en la autonomía constitucional que tienen ciertos órganos, y están limitadas, materialmente, por el contenido de la función a cuyo desarrollo autónomo atienden y, formalmente, por las previsiones que la Constitución haya hecho sobre el particular.

*Desde esta perspectiva formal, la potestad reglamentaria que constitucionalmente tienen asignada ciertos órganos constitucionales se **limita a aquellos ámbitos expresamente mencionados en la Constitución**, sin que, por consiguiente, respecto de determinadas materias sea posible afirmar la concurrencia de dos competencias reglamentarias, la general propia del Presidente de la República y la especial, **que sin estar expresamente atribuida**, se derivaría del carácter autónomo del órgano que la ejerce. No, de acuerdo con la Constitución **las competencias reglamentarias especiales son aquellas expresamente conferidas por la Constitución y por fuera de ese ámbito,***

la potestad reglamentaria para la cumplida ejecución de las leyes corresponde al Presidente de la República.¹⁴

Así, la facultad reglamentaria con que el constituyente inviste al CNE está prevista con la finalidad de proveer sobre “la reglamentación de aspectos técnicos y de mero detalle”¹⁵, vinculados con las funciones que debe cumplir.” (Resaltado fuera de texto)

En ese 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.

Revisado el artículo 25 de la Ley 1909 de 2018 **no se observa que se haya delegado la potestad de reglamentar la disposición transcrita al Consejo Nacional Electoral**, como sí ocurrió, por ejemplo, en los artículos 13¹⁶ a 15¹⁷ de dicha ley

¹⁴ Corte Constitucional. Sentencia C-307 de 30 de marzo de 2004. M.P. Rodrigo Escobar Gil, Manuel José Cepeda Espinosa y Alfredo Beltrán Sierra.

¹⁵ Corte Constitucional. Sentencia C-089 de 3 de marzo de 1994. Corte Constitucional. Sentencia C-089 de 3 de marzo de 1994. M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

¹⁶ “Artículo 13. **Acceso a los medios de comunicación social del Estado y los que hacen uso del espectro electromagnético.** Sin perjuicio de los espacios institucionales para la divulgación política otorgados a todos los partidos y movimientos políticos con personería jurídica, la Autoridad Electoral asignará entre las organizaciones políticas con representación en las corporaciones públicas de elección popular que se declaren en oposición, espacios adicionales en medios de comunicación social del Estado y los que hacen uso del espectro electromagnético. Para radio y televisión, se hará de la siguiente manera:

(...)

h) **La Autoridad Electoral reglamentará la materia.**”

¹⁷ Artículo 14. **Acceso a medios de comunicación en instalación del Congreso.** En la instalación de las sesiones del Congreso por parte del Presidente de la República, luego de la transmisión oficial, las organizaciones políticas declaradas en oposición al Gobierno nacional tendrán un tiempo de veinte (20) minutos para presentar sus observaciones y dar a conocer los planteamientos alternativos, en los mismos medios de comunicación social utilizados para la transmisión oficial. De no ser posible construir un acuerdo entre las organizaciones políticas declaradas en oposición, el tiempo será distribuido en proporción a su representación en el Congreso.

Parágrafo. **La Autoridad Electoral reglamentará la materia**, así como las condiciones en que este derecho pueda extenderse al ejercicio de la oposición a las administraciones departamentales, distritales y municipales, siempre garantizando condiciones de equidad y proporcionalidad en relación espacios, tiempos y medios utilizados por los gobiernos locales.

Artículo 15. **Acceso a medios de comunicación en alocuciones presidenciales.** Cuando el Presidente de la República haga alocuciones oficiales en medios de comunicación que usan el espectro electromagnético, las organizaciones políticas declaradas en oposición al Gobierno nacional, tendrán en el transcurso de las siguientes cuarenta y ocho (48) horas, en los mismos medios, con igual tiempo y horario, espacios para controvertir la posición del Gobierno. Esta opción tendrá un límite de tres veces en el año. De no ser posible construir un acuerdo entre las organizaciones políticas declaradas en oposición, el tiempo será distribuido en proporción a su representación en el Congreso.

Parágrafo. **La Autoridad Electoral reglamentará la materia**, así como las condiciones en que este derecho pueda extenderse al ejercicio de la oposición a las administraciones departamentales, distritales y municipales.”

estatutaria que conciernen, esencialmente, al acceso a medios de comunicación, en concordancia con el numeral 10 del artículo 265 de la Constitución Política.

En tales condiciones, cuando la resolución del CNE determinó que una vez aceptada la curul como consecuencia del derecho dado a la oposición, no existía posibilidad de retracto, asumió una competencia que no era de su resorte, obsérvese que los artículos 112 Superior y 25 de la Ley 1909 de 2018, establecen, únicamente:

1. El candidato debe obtener la segunda mayor votación en las elecciones a la alcaldía, gobernación o presidencia.
2. La aceptación ocupar una curul en la corporación de su nivel tiene un término - 24 horas -.

Entonces, la resolución del CNE, so pretexto de establecer “medidas” para la aplicación del artículo 25 de la Ley 1909 de 2018, no podía agregar consecuencia o limitación que la ley no contempló.

Adicionalmente, si este derecho ha sido aceptado como fundamental a la luz del artículo 3o del Estatuto de la Oposición, bien cabría considerar que una decisión del CNE no puede, en manera alguna, reglamentar el ejercicio de un **derecho fundamental**.

En ese orden de ideas, no desconoce la Sala Plena que el Consejo Nacional Electoral tiene la facultad de **regular** asuntos relativos a los candidatos, partidos, movimientos políticos, entre otras; sin embargo, dicha prerrogativa **no puede extenderse a determinar fijar restricciones que la ley estatutaria no le ha otorgado y menos establecer condiciones que la ley no previó**.

La expresión “y sin posibilidad de retracto” 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 un derecho fundamental** que, ni por asomo, está prevista en la ley ni mucho menos en la Constitución Política.

En otros términos, esta autoridad electoral no podía reglamentar aspectos inherentes al ejercicio del derecho, máxime si se trataba de la potestad que tenía el candidato de

aceptar o no la curul en el concejo municipal. Recuérdese que el artículo 3º de la ley estatutaria en comento, estableció con claridad que la oposición es un **derecho fundamental autónomo** que goza especial protección del Estado y las autoridades públicas.

Así las cosas, como la Constitución Política ni la ley previeron que, si el candidato ejerció el derecho a ocupar una curul en la Corporación perdía la posibilidad de retractarse, es decir, tal restricción al derecho no fue contemplada en la **ley estatutaria** menos podía hacer el CNE mediante un acto administrativo.

En conclusión, se inaplicará por inconstitucionalidad, para el caso concreto, la expresión “y sin posibilidad de retracto” contenido en el artículo 2º de la Resolución No. 2276 de 2019 expedida por el Consejo Nacional Electoral.

3.5. Sobre la causal prevista en el numeral 3º del artículo 48 de la Ley 617 de 2000:

El numeral 3º del artículo 48 de la Ley 617 de 2000, prevé:

*“ARTICULO 48. PERDIDA 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. Las causales 2 y 3 no tendrán aplicación cuando medie fuerza mayor.” (Se destaca)

Sea lo primero recordar que, como se precisó al inicio de esta providencia, **las causales de pérdida de investidura son de aplicación restrictiva y no permiten aplicaciones analógicas o por extensión.** Sobre los alcances de esta causal la jurisprudencia ha diseñado la siguiente línea interpretativa.

En la sentencia SU-501 de 2015 proferida por la Corte Constitucional, se indicó que esta causal hace referencia **al compromiso que adquiere el representante con sus**

electores y con la institución, razón por la cual debe posesionarse cuando se instala la Corporación de la que hará parte; ello, discurrió, porque la posesión vincula jurídicamente al representante con sus deberes, derechos y altas responsabilidades institucionales. A más de lo anterior, indicó:

*“61. Adicionalmente, el Consejo de Estado¹⁸ ha explicado la necesidad de distinguir entre el momento en el que se adquiere la investidura y el momento en el que inicia el ejercicio de las funciones del cargo. **La investidura se adquiere como consecuencia del resultado del escrutinio general y con base en el cual las autoridades competentes hacen la declaratoria de elección y expiden las credenciales correspondientes.** Por su parte, el desempeño de las funciones públicas asignadas, implica la toma previa de la posesión en el cargo, mediante el juramento en los términos que señala la ley.¹⁹*

62. Así mismo, la jurisprudencia del Consejo de Estado ha señalado respecto a la mencionada causal, que el representante popular debe exponer las razones que le impidieron cumplir con su obligación constitucional con los electores, las cuales deben corresponder a situaciones de fuerza mayor. Lo anterior, por cuanto no basta con expresar “la simple dificultad que pueda tener (...) el llamado para tomar posesión del cargo legislativo en un momento dado”, por lo tanto, deben exponerse razones que lleven a concluir que existió fuerza mayor.²⁰ Y en tal caso, la Mesa Directiva de la corporación debe evaluar la excusa y aceptarla, pues en caso de que no se configure una causal de fuerza mayor, debe rechazarla y comunicar tal decisión para la posesión.

63. De esta manera, la acreditación de esta causal requiere la comprobación de la falta de posesión del representante popular dentro del plazo indicado, y que ello no hubiere ocurrido por una situación de fuerza mayor.”

A su vez, en la sentencia SU-632 de 2017, sostuvo que, comoquiera que la posesión vincula jurídicamente al representante, no tomar posesión **genera la pérdida de confianza de los electores en el candidato y correlativamente el incumplimiento de las promesas electorales**, lo cual debe acarrear una sanción de orden político que restablezca la responsabilidad quebrantada.

En efecto, al hacer alusión a la sentencia C-427 de 1995, sostuvo que **se contrae un compromiso con los electores y con la institución, es por esto que debe posesionarse al momento de la instalación y, su omisión, conlleva a la ruptura del mentado pacto político existente entre el elector y el elegido.**

¹⁸ Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, Concepto 1135 del 22 de julio de 1998, C. P. Cesar Hoyos Salazar.

¹⁹ Ídem.

²⁰ Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, sentencia del 13 de noviembre de 2001. C.P. Tarsicio Cáceres Toro.

Por su parte, el Consejo de Estado ha desarrollado esta causal de pérdida de investidura así:

En la sentencia proferida el 20 de junio de 2013²¹, se indicó que, las personas que han sido elegidas por el voto popular **como miembros de una corporación administrativa de carácter territorial**, tienen el deber legal de tomar posesión del cargo dentro del término perentorio previsto en la norma, so pena de incurrir en causal de pérdida de investidura, sin embargo, esta no opera cuando medie fuerza mayor.

Este criterio fue retomado en las sentencias proferidas (i) el 28 de enero de 2016, en el proceso radicado con número 05001-23-33-000-2013-01271-01(PI), (ii) el 2 de junio de 2016, radicación 19001-23-23-003-2015-00496-01(PI) y (iii) el 6 de abril de 2017, radicación 05001-23-33-000-2016-00444-01(PI), las tres con ponencia del Consejero Doctor Roberto Augusto Serrato Valdés.

Luego, en la sentencia proferida el 14 de septiembre de 2017, en el proceso con número de radicación 23001-23-33-000-2017-00091-01(PI) y ponencia de la Consejera Doctora María Elizabeth García González, se explicó:

“Así las cosas, de conformidad con lo establecido en el artículo 122 de la Constitución Política en consonancia con lo dispuesto en el artículo 49 de la Ley 136, todos los servidores públicos, ategoría a la cual pertenecen los concejales, deberán posesionarse de manera previa al ejercicio de su cargo, o lo que es lo mismo, prestar juramento de cumplir y defender la Constitución y desempeñar los deberes correspondientes, por cuanto es tal acto el que los vincula directamente con sus deberes, derechos y responsabilidades institucionales.

Con fundamento en ello, la Sala reitera que los elementos configurantes de esta causal de pérdida de investidura, así como las condiciones bajo las cuales debe verificarse su presencia, son los siguientes:

(i) Que el candidato, una vez declarado concejal electo por la autoridad electoral competente y obtenida su curul, no se posesione en dicho cargo dentro de los tres días hábiles siguientes a la fecha de la instalación del respectivo cabildo municipal o distrital.

(ii) O que, el candidato a concejal, a pesar de no haber sido declarado electo por la autoridad electoral competente ni obtenida su curul en las elecciones territoriales, sea llamado a posesionarse en dicho cargo por la respectiva Mesa Directiva del cabildo municipal o distrital al cual aspiró –en aras de cubrir una vacancia por falta absoluta ocurrida con posterioridad- y, aún así, no se posesione dentro de los tres días hábiles siguientes a esta fecha del llamado.

²¹ Radicación 17001-23-31-000-2012-00215-02(PI), C.P. Dr. Guillermo Vargas Ayala.

(iii) *En cualquiera de los dos escenarios anteriores, cuando haya sido una situación de fuerza mayor la causa de la omisión de posesionarse en el término previsto ante el presidente de la corporación o quien haga sus veces, no se configurará esta causal.” (Se resalta)*

A su turno, en la sentencia proferida el 10 de noviembre de 2017 con ponencia del Doctor Oswaldo Giraldo López, radicación 66001-23-33-002-2016-00055-01(PI), también se hizo énfasis, en “los ciudadanos que han sido elegidos por el voto popular como miembros de una corporación administrativa de carácter territorial.” (Subrayas fuera del original).

También en la sentencia proferida el 26 de septiembre de 2018 con ponencia del Doctor William Hernández Gómez, radicación 11001-03-15-000-2018-02616-00(PI), se resaltó que la finalidad de la causal es sancionar la ruptura voluntaria del **compromiso del elegido frente al electorado que depositó su confianza en él**, además, se dijo:

“En principio podría indicarse que los servidores públicos solo pueden ser objeto de reproche sancionatorio en virtud de su cargo, a partir del momento en que se posesionen. Sin embargo, el constituyente estableció para los congresistas²⁶ una causal específica por la defraudación del mandato popular, con la que sanciona la conducta de aquel representante electo 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 democrático²⁷ 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. La Corte Constitucional en sentencia C-247 de 1995 indicó que es claro que el congresista **contrae un compromiso con sus electores** 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. Por su parte, el Consejo de Estado señala que de no hacerlo, ello implica una ruptura del pacto político existente entre el elector y el elegido, elemento fundamental de la democracia representativa.²⁸*

Lo anterior, en consonancia con lo normado en la Carta Política, según la cual el elegido es responsable políticamente ante la sociedad y frente a sus electores (art. 133); es decir, esta causal exige que la confianza depositada por el elector no resulte frustrada por la decisión del elegido de no presentarse a la posesión del cargo para el cual fue escogido, sin que medie fuerza mayor que así lo avale.”

En línea con lo anterior, en la sentencia de 28 de mayo de 2019 con ponencia del mismo consejero (radicación 11001-03-15-000-2018-03883-01(PI)), al estudiar la

misma causal en el caso de los congresistas, se advirtió que esta "...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"; además, "esta causal exige que la confianza depositada por el elector, (...) 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."

*A más de lo anterior, en la sentencia proferida el 14 de junio de 2019 con ponencia del Consejero Doctor Alberto Montaña Plata (radicación 11001-03-15-000-2018-02615-00(PI)), se recabó en que no posesionarse **afecta los derechos del elector y la legitimidad de la democracia representativa, cuando el incumplimiento del deber proviene de la persona electa**, sin que medie fuerza mayor "puesto que, en el caso del candidato llamado a ocupar una curul por razones distintas del hecho de haber sido elegido por voto popular, resulta claro que la legitimación del ejercicio de representación democrática debe ponderarse frente al legítimo derecho que le asiste al designado para decidir si se posesiona, al punto que, como lo tiene decidido la Corporación, el hecho de no aceptar, en esas circunstancias, no constituye causal de pérdida de investidura. Sin embargo, debe aclararse que, deberán valorarse las circunstancias de cada caso concreto en que se genera la renuncia."*

*Y, finalmente en la sentencia proferida el 29 de octubre de 2019 con ponencia del Consejero Doctor Hernando Sánchez Sánchez, dentro del proceso radicado con el número 11001-03-15-000-2018-02616-01(PI), se reiteró que esta causal tiene su razón de ser **en el compromiso que adquiere el elegido con sus electores y con la institución** y debe ser analizada, por un lado, desde el elemento objetivo que comprende el estudio de tipicidad, orientada a determinar si se incurrió en la conducta reprochada y, por el otro, desde el elemento subjetivo que comprende el juicio de culpabilidad.*

*De acuerdo con la línea jurisprudencial antes referida, deviene claro que la causal de pérdida de investidura opera **cuando el candidato elegido defrauda la confianza del electorado y la soberanía de la institución**, para esto, deberá acreditarse que, en efecto, se postuló y resultó electo al cargo en el cual no se posesionó.*

En el caso bajo examen, debe precisarse que **(i)** el señor Néstor Candela Reyes se postuló a la **alcaldía municipal**, no al Concejo Municipal de Tinjacá; **(ii)** obtuvo la segunda mayor votación para la Alcaldía de Tinjacá y **(iii)** en consecuencia, le asistía el **derecho** de aceptar o no la curul de dicha corporación.

Lo anterior significa que, si los electores apoyaron al demandado, inicialmente, a la alcaldía y no a aquella corporación (concejo), su decisión no se fundamentaba en la confianza del electorado sino en un **derecho personal** de obtener o no la curul.

Precisamente, sobre la connotación de este derecho personal, la Doctora Lucy Jeannette Bermúdez Bermúdez en el salvamento de voto a la sentencia proferida el 25 de abril de 2019 en el proceso radicado con el número 11001-03-28-000-2018-00074-00, afirmó:

*“la posibilidad de aceptar el cargo, entendida como un derecho personal, **responde a una dinámica completamente distinta**, por cuanto en este evento **no** se busca asegurar la voluntad electoral de los sufragantes frente a la elección de una determinada dignidad, sino de conceder la posibilidad a los representantes de una fuerza política identificada en términos cuantitativos (por el número de votos) de constituirse en un espacio diferente como voceros de una facción opuesta a la del gobierno legítimamente constituido.*

(...)

*Por último está la designación de curules que se realiza en ejercicio del “derecho personal” embebido en los artículos 112 Constitucional y 24-25 de la Ley 1909 de 2018 (Estatuto de la Oposición). Claramente **no se trata de una “elección directa”, toda vez que la contienda electoral que le precede tiene por objeto la provisión de cargos unipersonales**, entiéndase Presidente y Vicepresidente de la República, gobernador departamental y **alcalde distrital o municipal**. Tampoco se subsume en la tipología que he resuelto llamar “designación nominativa”, porque no se perfila hacia la ocupación de curules que la Constitución reserva a una determinada agrupación política, habida cuenta que la curul “de oposición” tiene nombre propio, y emerge del reconocimiento de la representatividad de una fuerza política encarnada por el ciudadano que se ve aupado por un hecho político, como es la calidad factual que denota **obtener la segunda votación más alta en la pugna por alguna de las reputadas representaciones unipersonales**.*

*En este caso la configuración del mentado “derecho personal”, a lo sumo podría ser el producto de una **consecuencia indirecta**, cuya materialización en el seno de la corporación pública **de ninguna manera puede ser entendida como la expresión unívoca de la voluntad popular**, sino como el otorgamiento de una garantía del control político y en el sistema de pesos y contrapesos que conjuga oficialismo, independencia y oposición legítimamente constituida.”*
(Resaltado fuera de texto)

Así mismo, en la sentencia antes citada, proferida el 14 de junio de 2019 con ponencia del Doctor Alberto Montaña Plata, se analizó la solicitud de pérdida de investidura de aquellos excombatientes que estaban llamados a ocupar una curul aun cuando no habían obtenido ningún voto. Este se desató de la siguiente forma:

“95. Con fundamento en las pruebas anteriores, es posible concluir que, el señor Luciano Marín Arango no tomó posesión de su cargo dentro de los 8 días siguientes a la instalación del congreso y no se presentó excusa alguna de su inasistencia a la posesión.

96. Sin embargo, esa conclusión fáctica debe examinarse a la luz de las razones públicas, que expresó el invocado para no posesionarse ante el Congreso de la República.

97. Para dilucidar con mayor claridad este planteamiento, debe señalarse que las solicitudes del ciudadano Daniel Silva Orrego y de la Mesa Directiva del Senado de la República se orientaron a que se declarara la pérdida de investidura del señor Iván Luciano Márquez Marín Arango, **con fundamento en los criterios aplicables para los senadores elegidos mediante voto popular.**

98. De ahí que, la percepción de los solicitantes carezca de sustento jurídico, si se considera que en el proceso quedó acreditado que, el Partido Fuerza Alternativa Revolucionaria del Común–FARC no alcanzó el umbral de la votación válida, pues ninguno de sus candidatos inscritos resultó electo por voto popular.

99. Siendo así, es dable deducir que al demandado no le resulta aplicable la causal invocada en la misma forma exigida a los senadores electos, porque no fue elegido por voto popular. Por tanto, **no posesionarse al cargo no defrauda la confianza de votante alguno. No hay ruptura del pacto político entre el elector y el elegido.** En cambio, sí hay un pacto político entre el Estado Colombiano y las FARC-EP, que sirvió como fundamento de la asignación de la curul en cuestión.

(...)

106. Por estas razones, y en observancia de los criterios jurisprudenciales de la Corporación atrás reseñados, la Sala concluye que al señor Iván Luciano Márquez Marín Arango **le asistía el derecho a aceptar o declinar el llamamiento a posesionarse**, tal como ocurre con los candidatos citados a ocupar las curules vacantes por faltas absolutas o temporales -en los casos en que la ley autoriza el reemplazo-, pues, no resulta justificable que, para efectos del llamado a posesionarse haya recibido el mismo trato, dispuesto en el ordenamiento, para los aspirantes con vocación a reemplazar a los electos y que de cara a la pérdida de investidura, por el hecho de no atender ese llamamiento, se le dé un tratamiento distinto.

(...)

136. Una de las finalidades de la sanción de pérdida de investidura por incurrir en la causal 3 del artículo 183 constitucional, es **proteger al electorado de nuevos fraudes a su confianza.** En el caso de los congresistas designados en aplicación del Acto Legislativo 3 de 2017, el propósito de la sanción es diferente, pues **su dignidad se adquiere por vía distinta a la elección popular.**”

Si bien el caso concreto acabado de citar no constituye precedente para este por la diferencia en los supuestos fácticos, es importante para dilucidar el requisito sine qua non para que se configure la causal de pérdida de investidura, este es, que la falta de posesión se **derive de la omisión frente al cargo en el que participaron los votantes y no por otras razones.**

Lo anterior, para significar que, el requisito indispensable para que se configure la causal de pérdida de investidura, se contrae a que **la persona que se postule a un cargo de una corporación de voto popular**, lo que resulta diferente a la participación del cargo uninominal como es el de alcalde municipal.

En ese orden de ideas, 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.”²²

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**

²² Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, sentencia de 19 de septiembre de 2018, radicación 25000-23-42-000-2016-02966-01(PI), Consejero Ponente Doctor Hernando Sánchez Sánchez.

posesión del cargo para el cual fue elegido²³ que, indudablemente, debe ser el de concejal y no el de alcalde.

Lo anterior, sumado a que pretender, por analogía, hacer extensiva la causal a aquellos candidatos que acceden a una curul en el concejo por su derecho personal otorgado por la Constitución, desconoce la interpretación restrictiva y la taxatividad que caracteriza este medio de control, en la medida que, como se trata de la restricción al derecho a elegir y ser elegido, “las causales deben ser taxativas y **no admiten interpretaciones extensivas o analógicas** por plausibles que estas sean”²⁴.

Como corolario de lo expuesto, la Sala considera que el señor Néstor Candela Reyes **podía renunciar a su derecho frente 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 edilicia. Si bien, como lo precisó el CNE tal decisión, es decir, aceptar o no el derecho a ejercer la curul afecta la cifra repartidora, tal conducta no es la que regula la causal de pérdida de investidura, es decir, no da lugar a tal sanción, tal conducta podría dar lugar a otro tipo de acciones, seguramente, pero no a la que ahora se pide aplicar. Preciso la Corte Constitucional en reciente pronunciamiento “...38. En cuanto a los congresistas, en lo sustancial, el Legislador carece de competencia para modificar o ampliar las causales de pérdida de investidura²⁵ o las consecuencias de su declaratoria, al tratarse de asuntos con reserva constitucional²⁶ ...”²⁷

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

²³ Consejo de Estado, Sección Primera, sentencia de 20 de junio de 2013, radicación 17001-23-31-000-2012-00215-02, Consejero Ponente Doctor Guillermo Vargas Ayala.

²⁴ Consejo de Estado, Sección primera, sentencia de 15 de junio de 2018, radicación 25000-23-36-000-2017-01888-01(PI), Consejera Ponente Doctora María Elizabeth García González.

²⁵ “no puede la ley restringir ni ampliar las causales establecidas por la Constitución como determinantes de pérdida de investidura, esto es, las señaladas por los artículos 110 y 183 de la Carta”: sentencia C-280/96. “La acción de pérdida de investidura es una acción constitucional que se enmarca dentro de los principios de taxatividad constitucional, de legalidad, y sometimiento a las garantías del debido proceso. Así, conforme al principio de taxatividad, la Constitución incluye las conductas de los parlamentarios constitutivas de causales de pérdida de investidura”: sentencia C-207/03.

²⁶ “La ley en materia de pérdida de investidura se limita a reglamentar y desarrollar los mandatos constitucionales, siendo muy reducido el espacio que tiene para regular temas al margen de la Constitución”: sentencia C-237/12.

²⁷ Sentencia C-027 de 2020

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.

Esta Sala que no comparte el criterio expuesto por el Agente del Ministerio Público, en la medida que, siempre que no esté previsto en la Constitución o la ley, toda persona puede determinar si ejerce o no un derecho, no se trata de una imposición que deba ser acatada sin ninguna excepción.

En efecto, 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 que se estudia, tal requerimiento opera **únicamente** frente a quien accede a la curul a través del voto, pero no es exigible al derecho a la oposición, razonablemente, si esa hubiera sido la intención del legislador, ni siquiera hubiera dada la oportunidad para decidir al segundo en las elecciones, si accede o no a ello, simplemente lo habría considerado elegido, considera esta Sala se trata de un **derecho personal fundamental** que le asiste únicamente al candidato.

Además, en línea con los argumentos del Ministerio Público, aceptar la restricción del derecho que prevé la resolución expedida por el Concejo Nacional Electoral, sería tanto como permitir que, en virtud de una **facultad** reglamentaria, se crearan otras causales de pérdida de investidura que solo deben ser determinadas por la ley.

En conclusión, comoquiera 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.

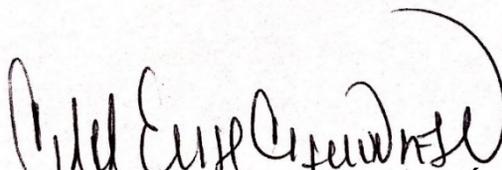
Por lo expuesto, el Tribunal Contencioso Administrativo de Boyacá, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

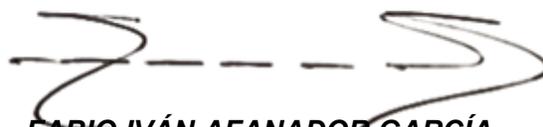
FALLA

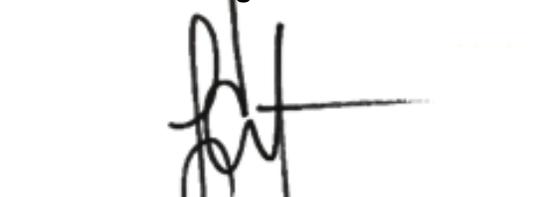
- 1. Inaplicar por inconstitucionalidad para el caso concreto el aparte “y sin posibilidad de retracto” contenido en el artículo 2º de la Resolución No. 2276 de 2019 “por medio de la cual se establecen medidas para la aplicación del artículo 25 de la Ley 1909 de 2018” expedida por el Consejo Nacional Electoral.**
- 2. Negar la pérdida de investidura de Néstor Hubeimar Candela Reyes solicitada por la Mesa Directiva del Concejo Municipal de Tinjacá, por las razones vertidas en esta sentencia.**
- 3. En firme esta providencia archívese el expediente.**

Esta providencia fue estudiada y aprobada en Sala Plena según consta en acta de la misma fecha.

Notifíquese y cúmplase.


CLARA ELISA CIFUENTES ORTÍZ
Magistrada


FABIO IVÁN AFANADOR GARCÍA
Magistrado


LUÍS ERNESTO ARCINIEGAS TRIANA
Magistrado

Medio de Control: **Pérdida de Investidura**
Solicitante: Mesa Directiva del Concejo Municipal de Tinjacá
Demandado: Néstor Hubeimar Candela Reyes
Expediente: 15001-23-33-000-2020-01680-00



JOSÉ A. FERNÁNDEZ OSORIO
Magistrado



ÓSCAR ALFONSO GRANADOS NARANJO
Magistrado



FELIX ALBERTO RODRÍGUEZ RIVEROS
Magistrado

HOJA DE FIRMAS
Medio de Control: **Pérdida de Investidura**
Solicitante: Mesa Directiva del Concejo Municipal de Tinjacá
Demandado: Néstor Hubeimar Candela Reyes
Expediente: 15001-23-33-000-2020-01680-00