



Radicación: 47001 23 33 000 2021 00025 01
Solicitante: Manuel Salvador Ospino Flórez

CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCIÓN PRIMERA

CONSEJERO PONENTE: OSWALDO GIRALDO LÓPEZ

Bogotá, D.C., primero (1) de diciembre de dos mil veintidós (2022)

Referencia: PÉRDIDA DE INVESTIDURA
Radicación: 47001-23-33-000-2021-00025-01
Solicitante: MANUEL SALVADOR OSPINO FLÓREZ
Concejal acusado: JESÚS ANTONIO MÉNDEZ ACUÑA

TESIS

Incorre en causal de pérdida de investidura la persona que aspiró por elección popular al cargo de alcalde municipal y por haber ocupado el segundo lugar en la votación manifestó su decisión de aceptar la curul al concejo municipal, pero sin justa causa no tomó posesión del cargo.

SENTENCIA SEGUNDA INSTANCIA

La Sala decide el recurso de apelación interpuesto por el señor Jesús Antonio Méndez Acuña en contra de la sentencia proferida el 11 de agosto de 2021 por el Tribunal Administrativo del Magdalena, mediante la cual decretó su desinvestidura como concejal del municipio de San Zenón, Magdalena, para el período constitucional 2020-2023.



I.- SÍNTESIS DEL CASO

1.1.- La causal de pérdida de investidura invocada¹

El señor Manuel Salvador Ospino Flórez solicitó se decretara la pérdida de investidura del señor Jesús Antonio Méndez Acuña, por considerar que incurrió en la causal prevista en el numeral 3 del artículo 48 de la Ley 617 de 2000.

1.2.- Los hechos que dan sustento a la causal alegada²

El actor informó que el señor Jesús Antonio Méndez Acuña fue designado como concejal del municipio de San Zenón, Magdalena, período 2020 - 2023, por haber obtenido la segunda votación en la elección para alcalde del mismo municipio, tal como consta en el acta de declaratoria de elección, formulario E-26 del 6 de septiembre de 2020.

Precisó que la elección para alcalde y concejales del municipio de San Zenón, Magdalena, para el período 2020-2023, se llevó a cabo el 30 de agosto de 2020 debido a que "*[...] las elecciones realizadas el 27 de octubre de 2019, fueron perturbadas, por la destrucción del material electoral, tomando el Consejo Nacional Electoral, la decisión de repetir las elecciones, y que con ocasión al COVID-19, se postergaron hasta la fecha antes indicada [...]*".

Anotó que la designación como concejal fue aceptada por el señor Méndez Acuña ante la Comisión Escrutadora Departamental del Magdalena.

¹ Visto en el índice 2 de la Sede Electrónica para la Gestión Judicial del proceso con radicado nro. 47001 23 33 000 2021 00025 01. "03. DEMANDA PÉRDIDA DE INVESTIDURA".

² Ibidem.



Sostuvo que, pese a que el señor Méndez Acuña aceptó la curul, el día 8 de septiembre de 2020 presentó ante la Registraduría Municipal de San Zenón un escrito en el que manifestó su voluntad de no tomar posesión del cargo para el que fue designado por virtud del artículo 25 de la Ley 1909 de 2018.

Narró que el 11 de septiembre de 2020 la Registraduría Municipal de San Zenón trasladó por competencia al concejo municipal de San Zenón el escrito presentado por el señor Jesús Antonio Méndez Acuña, y que el 19 de septiembre de 2020 esta última corporación expidió la Resolución nro. 01, *"Por la cual se acepta manifestación de no intención de tomar posesión del cargo de concejal municipal de San Zenón"*.

Señaló que, según acta 001 del 14 de septiembre de 2020, los concejales de San Zenón se reunieron para tomar posesión del cargo y que el señor Jesús Antonio Méndez Acuña no asistió.

Expuso que, en atención a lo anterior, el acusado está incurso en la causal de pérdida de investidura prevista en el numeral 3 del artículo 48 de la Ley 617 de 2000, sin que exista eximente de responsabilidad por fuerza mayor o caso fortuito.

2.- El señor Jesús Antonio Méndez Acuña no contestó la demanda de pérdida de investidura, tal como consta en el informe secretarial de fecha 5 de abril de 2021³.

³ Visto en el índice 2 de la Sede Electrónica para la Gestión Judicial del proceso con radicado nro. 47001 23 33 000 2021 00025 01. "11.PASE AL DESPACHO".



3.- La sentencia de primera instancia

El Tribunal Administrativo del Magdalena, en sentencia del 11 de agosto de 2021, dispuso⁴:

"[...]

Primero: Decretar la pérdida de investidura del señor Jesús Antonio Méndez Acuña, quien había aceptado la curul en el Concejo Municipal de San Zenón para el período 2020-2023, conforme a lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

Segundo: Comuníquese la presente decisión a la mesa directiva del Concejo Municipal de San Zenón (Magdalena), al Consejo Nacional Electoral y al Ministerio del Interior para lo de su cargo, de conformidad con el artículo 15 de la Ley 1881 de 2018.

Tercero: Niéguese las solicitudes de nulidad y de prejudicialidad que fueron presentadas por el accionado, por los argumentos esgrimidos en esta sentencia.

Cuarto: Si no fuera apelada la sentencia, se ordena su **archivo.**

[...]". (mayúsculas y negrillas originales)

Como razones de la decisión, indicó lo siguiente:

Respecto de la solicitud de nulidad presentada por el acusado⁵, consistente en que se incurrió en un error en su apellido, consideró que no tenía vocación de prosperidad, por cuanto "[...] las causales de nulidad que resultan insaneables están señaladas taxativamente en el artículo 133 del Código General del Proceso; y el yerro que se presentó en el sub examine, como lo es un error de apellido no vulnera en ninguna forma el debido proceso, máxime que el accionado fue notificado del auto admisorio de la demanda, identificado como el concejal Municipal de San Zenón – Magdalena a quien se le

⁴ Visto en el índice 2 de la Sede Electrónica para la Gestión Judicial del proceso con radicado nro. 47001 23 33 000 2021 00025 01. "42SentenciaPrimeraInstanciaDecreta".

⁵ Radicada en la fecha del 27 de mayo de 2021. Visto en el índice 2 de la Sede Electrónica para la Gestión Judicial del proceso con radicado nro. 47001 23 33 000 2021 00025 01. "23.1Escrito nulidad".



endilgó la pérdida de investidura conforme a las circunstancias de modo, tiempo y lugar planteadas en la misma [...]”.

En lo relacionado con la solicitud de prejudicialidad presentada por el señor Méndez Acuña⁶, sostuvo que “[...] *los procesos de nulidad electoral y de pérdida de investidura son de naturaleza distinta, pues el primero tiene como propósito decidir sobre la legalidad de una actuación electoral, mientras que el segundo es de carácter sancionatorio; de tal suerte, que pueden concurrir y adelantarse bajo una égida y trámite diferente, dando lugar inclusive a disparidad de decisiones como lo ha establecido el Consejo de Estado. Bajo este entendido, esta Corporación estima que debe denegarse la solicitud de prejudicialidad [...]”.*

Frente al fondo del asunto, anotó que se encontró acreditado que el señor Jesús Antonio Méndez Acuña manifestó por escrito del 6 de septiembre de 2020 la aceptación de la curul en el concejo municipal de San Zenón, atendiendo lo preceptuado por el artículo 25 de la Ley 1909 de 2018, y que no tomó posesión del cargo dentro de los tres días siguientes a la instalación del concejo municipal, en los términos del numeral 3 del artículo 48 de la Ley 617 de 2000.

Señaló que la aceptación de la curul no es susceptible de retractación, por lo que quien la acepta debe posesionarse dentro de los tres días siguientes a la fecha de instalación de la corporación, tal y como lo dispone el artículo 48 de la Ley 617 de 2000.

Precisó que “[...] *la facultad dispositiva del candidato al cargo de elección popular, para el caso que nos ocupa, llega hasta el momento de la declaratoria de la elección del alcalde municipal, escenario en el cual el ordenamiento jurídico le impone la carga de, en su calidad de segundo en las elecciones, determinar si*

⁶ Escrito radicado en la fecha del 26 de mayo de 2021. Visto en el índice 2 de la Sede Electrónica para la Gestión Judicial del proceso con radicado nro. 47001 23 33 000 2021 00025 01. “22.6 Solicitud de prejudicialidad”.



le asiste intención de ocupar la curul al concejo municipal o, caso contrario, declinar la misma, bien fuera de forma expresa o tácita [...]”.

En tal sentido, recalcó que, una vez manifestada la aceptación, la misma se torna irreversible debido a que prima el principio *pro electoratem*, pues el derecho se encuentra radicado no solo en cabeza de aquel que ha accedido al cargo público de elección popular, sino de los mismos electores que, a través del sufragio, ejercieron el derecho de participación democrática en la estructura administrativa estatal.

Estimó que la Resolución nro. 01 del 19 de septiembre de 2020, proferida por el presidente del concejo municipal de San Zenón, a través de la cual se aceptó la manifestación de no tomar posesión de la curul por parte del demandado, es contraria a las disposiciones que rigen la materia, por lo que no genera derecho alguno en favor del señor Jesús Antonio Méndez Acuña, como tampoco puede tenerse como causal de fuerza mayor su expedición o el retardo en su suscripción, teniendo en cuenta que ello no constituye un hecho externo, imprevisible o irresistible.

Anotó que “[...] Para la Sala tampoco son de recibo las razones aducidas en la demanda al alegar que la preceptiva contenida en el numeral 3 del artículo 48 de la Ley 617 de 2000 no le es aplicable por no acceder a la curul de concejo municipal por la vía del voto, sino por el derecho de oposición, teniendo en cuenta de que la disposición normativa que habilitó esta figura surgió en el año 2018, de tal suerte que mal podría prever la norma primigenia las circunstancias de facto que habrían de acontecer 18 años después. // Lo anterior no obsta para su plena aplicación, habida consideración de que el artículo 48 de la Ley 617 de 2000 no hace distinción alguna respecto de la modalidad de acceso al cargo, disponiendo de forma expresa y categórica la pérdida de investidura de aquellos que, siendo llamados a posesionarse, no lo hicieren dentro del término de 3 días siguientes a la instalación de la respectiva corporación [...]”.



En cuanto al elemento subjetivo, consideró que está acreditado, debido a que el candidato, al momento de integrarse a la contienda política, debió conocer las reglas y normas que la regulan, así como las consecuencias de sus actuaciones dentro de la misma, razón por la que no resulta procedente alegar su desconocimiento como fundamento para exonerarse de su aplicación.

Concluyó que, “[...] con la conducta asumida por el demandado, al aceptar de forma expresa la curul como concejal municipal por haber quedado en segundo puesto en las elecciones a la alcaldía municipal y no tomar posesión del cargo dentro de los tres (3) días siguientes a la instalación de la Corporación, bajo pretexto de haber manifestado su intención de no tomar posesión sin que medie causal de fuerza mayor que deba ser ponderada, se entiende como configurativa de la causal de pérdida de investidura, como se hará constar en la parte resolutive de esta sentencia [...]”.

4.- El recurso de apelación presentado por el señor Jesús Antonio Méndez Acuña

Inconforme con la sentencia de primera instancia y dentro de la oportunidad procesal correspondiente, el señor Jesús Antonio Méndez Acuña interpuso recurso de apelación⁷ para que: (i) fuera revocada y, en su lugar, se profiera una nueva providencia en la que se denieguen las súplicas; (ii) se declare que se configuró el fenómeno de la atipicidad y antijuridicidad de la conducta y se aplique la excepción de inconstitucionalidad respecto del numeral 3 del artículo 48 de la Ley 617 de 2020 y del artículo 2 de la Resolución nro. 2276 de 2019 proferida por el Consejo Nacional Electoral, y (iii) que se declare que, si bien no tomó posesión del cargo de concejal, no desconoció las disposiciones contenidas en los artículos 2 y 3 de la Resolución 2276 de 2019, ya que

⁷ Visto en el índice 2 de la Sede Electrónica para la Gestión Judicial del proceso con radicado nro. 47001 23 33 000 2021 00025 01. “44RecursoApelacionSentencia”.



la actuación no afectó ningún derecho jurídicamente tutelado de su electorado, en la medida en que el apoyo que recibió fue por su candidatura a la alcaldía y no al concejo municipal.

Arguyó que la sentencia de primera instancia desconoció el principio de juez natural como elemento del derecho al debido proceso y al acceso a la administración de justicia, ya que el proceso cambió de magistrada en tres oportunidades, sin dejar constancia de ello en el expediente, ni notificar a las partes del cambio de ponente; situación que, a su juicio, hace nulo lo actuado por el Tribunal Administrativo del Magdalena.

Sostuvo que, “[...] teniendo en cuenta que la carta de aceptación a la curul como concejal (...) se presentó extemporáneamente, esta no tiene valor jurídico, es decir, no debió darle trámite la Comisión Escrutadora Departamental, es decir que mi poderdante NO aceptó la curul de concejal del Municipio de San Zenón, por haberla presentado por fuera de términos (sic) de la realización de la Audiencia de Escrutinios Departamentales, por tal razón, NO se podía posesionar como concejal del Municipio de San Zenón, como consecuencia de no tener la condición sine qua non de concejal electo NO se puede demandar por Pérdida de Investidura [...]”.

Agregó que el Tribunal Administrativo del Magdalena no debió dictar sentencia en este proceso porque en el mismo tribunal cursa la demanda de nulidad electoral radicada bajo el nro. 47001-23-33-000-2020-00704-00, en la que lo pretendido es que se defina si el señor Jesús Antonio Méndez Acuña aceptó o no la condición de concejal del municipio de San Zenón, Magdalena.

Relató que “[...] el 5 de septiembre de 2020, siendo las 5:21 pm, se procede a leer el Acta E-26, declaratoria de elección para alcalde, al señora GENOR BOLAÑO PADILLA, por el partido Conservador, acto seguido los miembros de la Comisión Escrutadora Departamental indican que no se puede escrutarse Concejo, hasta tanto no haya pronunciamiento del candidato Jesús Méndez de si acepta



o no la curul al concejo municipal por el término de 24 horas; por ende, se decreta el receso hasta el día de mañana domingo 6 de septiembre de 2020 a las 5:21 pm, es decir que LA COMISIÓN ESCRUTADORA GENERAL CERCENA LA OPORTUNIDAD DE ACEPTACIÓN O NO DEL CANDIDATO SEGUNDO EN VOTACIÓN, al ordenar reiniciar con los escrutinios 24 horas después de la declaración del alcalde, esta convocatoria errada a sección de escrutinios por un término superior a las 24 horas establecidas legalmente, lo correcto y lo reglamentado legalmente es que la comisión debió ordenar el inicio de los escrutinios del día 6 de septiembre de 2020, a las 9:00 am y no como erradamente convocan a las 5:21 pm, con este error procesal de convocatoria, cercenan la oportunidad de aceptar o no la curul del concejal [...]”.

Adujo que la Comisión Escrutadora General vulneró lo previsto por el artículo 43 de la Ley 1473 de 2011 que establece que los escrutinios generales que deben realizar los delegados del Consejo Nacional Electoral se iniciarán a las 9:00 a.m. del martes siguiente a las elecciones, en la capital del respectivo departamento, disposición que aplica por analogía a los eventos en que no sea posible terminar el escrutinio antes de la hora señalada.

Explicó que, según el artículo 25 de la Ley 1909 de 2018, 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, los concejos distritales y los concejos municipales, y que deberán manifestar por escrito ante la comisión escrutadora competente su decisión de aceptar o no una curul, actuación que solo se puede ejercer dentro de la audiencia pública de escrutinios y no por fuera de la hora de celebración, toda vez que, al realizarse por fuera de esta audiencia, se entiende como no presentada.

Precisó que nunca tuvo la intención de aceptar la curul como concejal del municipio de San Zenón y que el error de presentar el escrito de



aceptación fue involuntario y meramente de transcripción de la asistente que elaboró el documento, “[...] *por tal razón nos vimos en la obligación de presentar también extemporáneamente el escrito de subsanación del error involuntario [...]*”.

De otro lado, señaló que el artículo 25 de la Ley 1909 de 2018 no delegó la potestad de su reglamentación en el Consejo Nacional Electoral por lo que, cuando en el artículo 2 de la Resolución nro. 2276 de 2019 el Consejo Nacional Electoral “[...] *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 [...]*”.

Por lo anterior, consideró que no debe aplicarse por inconstitucional la expresión “y sin posibilidad de retracto” contenida en el artículo 2 de la mencionada Resolución nro. 2276 de 2019, expedida por el Consejo Nacional Electoral.

Frente a la causal de pérdida de investidura contenida en el numeral 3 del artículo 48 de la Ley 617 de 2000, señaló que ésta opera cuando el candidato elegido defrauda la confianza del electorado y la soberanía de la institución, para lo que se debe acreditar que se postuló y resultó electo al cargo en el cual no se posesionó.

Expresó sobre el particular lo siguiente:

[...] (i) el señor el señor JESÚS ANTONIO MÉNDEZ ACUÑA se postuló a la alcaldía municipal, no al Concejo Municipal de San Zenón - Magdalena; (ii) obtuvo la segunda mayor votación para la Alcaldía de San Zenón y (iii) en consecuencia, le asistía el derecho de aceptar o no la curul de dicha corporación.

(...)

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 el solicitante, toda vez que, esta se aplica a quienes, desde un principio, aspiraron al concejo municipal.

[...]”.

Concluyó que, “[...] 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 [...]”.

El recurso de apelación fue concedido por auto del 25 de enero de 2022⁸.

5.- Trámite de segunda

5.1. El expediente fue asignado a esta Sección por acta de reparto del 11 de febrero de 2022⁹ y por auto del 27 de mayo del mismo año, se admitió el recurso de apelación y se rechazaron por improcedentes las solicitudes probatorias efectuadas en esta instancia por la parte recurrente¹⁰.

⁸ Visto en el índice 2 de la Sede Electrónica para la Gestión Judicial del proceso con radicado nro. 47001 23 33 000 2021 00025 01. “48 2021-00025 MANUEL OSPINO – CONCEDE APELACIÓN”.

⁹ Visto en el índice 3 de la Sede Electrónica para la Gestión Judicial del proceso con radicado nro. 47001 23 33 000 2021 00025 01.

¹⁰ Visto en el índice 5 de la Sede Electrónica para la Gestión Judicial del proceso con radicado nro. 47001 23 33 000 2021 00025 01.



5.2. El expediente ingresó a despacho para fallo el 13 de junio de 2022¹¹.

II.- CONSIDERACIONES DE LA SALA

1.- Competencia de la Sección

Esta Sala es competente para conocer del recurso de apelación interpuesto contra las sentencias proferidas en procesos de pérdida de investidura de concejales y diputados, con base en lo previsto por el párrafo 2 del artículo 48 de la Ley 617 de 2000¹² y por el numeral 5 del artículo 13 del Acuerdo nro. 080 del 12 de marzo 2019¹³, emitido por la Sala Plena del Consejo de Estado, que regula la distribución de negocios entre las secciones¹⁴.

2.- Cuestión previa

Con el recurso de apelación el apoderado del acusado manifestó que se debe declarar la nulidad de lo actuado por el Tribunal Administrativo del Magdalena por cuanto "*[...] la demanda presentada por el señor MANUEL SALVADOR OSPINO FLÓREZ en nombre propio, tuvo tres Magistradas Ponente las cuales actuaron y fueron cambiadas sin dejar constancia alguna, ni notificar a las partes del cambio del Ponente (...). Al realizar un*

¹¹ Visto en el índice 9 de la Sede Electrónica para la Gestión Judicial del proceso con radicado nro. 47001 23 33 000 2021 00025 01.

¹² "Por la cual se reforma parcialmente la Ley 136 de 1994, el Decreto Extraordinario 1222 de 1986, se adiciona la Ley Orgánica de Presupuesto, el Decreto 1421 de 1993, se dictan otras normas tendientes a fortalecer la descentralización, y se dictan normas para la racionalización del gasto público nacional". El párrafo 2º del artículo 48, establece que corresponde al Consejo de Estado conocer en segunda instancia de las pérdidas de investidura que conozcan en primera instancia los Tribunales Administrativos.

¹³ Por medio del cual se compila y actualiza el reglamento interno del Consejo de Estado, publicado el 1º de abril de 2019 en el Diario Oficial número 50913.

¹⁴ "Artículo 13. Distribución de los procesos entre las Secciones. Para efectos de repartimiento, los asuntos de que conoce la sala de lo Contencioso Administrativo se distribuirán entre sus secciones atendiendo un criterio de especialización y de volumen de trabajo, así: Sección Primera: (...)5. El recurso de apelación contra las sentencias de los Tribunales sobre pérdida de investidura (...)".



repaso de las actuaciones procesales se observa que la demanda por reparto le correspondió conocer en primera instancia al TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DEL MAGDALENA DESPACHO 01 Magistrada Ponente: MARIBEL MENDOZA JIMÉNEZ, magistrada que presidió como tal la Audiencia inicial, en el encabezado de la sentencia proferida por el TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DEL MAGDALENA, el once (11) de agosto de dos mil veintiuno (2021), notificada el 30 de agosto de 2021, aparece como despacho ponente el 04 y como Magistrada ponente MARÍA VICTORIA QUIÑONEZ TRIANA, pero esta no firma el proveído, lo hace la magistrada Ponente la Dra. MARTHA LUCÍA MOGOLLÓN [...]”.

Al respecto, la Sala advierte que, en los términos del artículo 21 de la Ley 1881 de 2018¹⁵, en el marco de los procesos de pérdida de investidura debe aplicarse lo previsto por el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo y, en forma subsidiaria, el Código General del Proceso, en lo que sea compatible con la naturaleza de los procesos y actuaciones que correspondan a esta jurisdicción.

En materia de nulidades el artículo 208 del CPACA dispone que serán causales de nulidad en todos los procesos las señaladas en el hoy Código General del Proceso.

A su vez, el artículo 133 del Código General del Proceso establece como causales de nulidad las siguientes:

"ARTÍCULO 133. CAUSALES DE NULIDAD. El proceso es nulo, en todo o en parte, solamente en los siguientes casos:

- 1. Cuando el juez actúe en el proceso después de declarar la falta de jurisdicción o de competencia.*

¹⁵ El cual dispone: "Para la impugnación de autos y en los demás aspectos no contemplados en esta ley se seguirá el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo y de forma subsidiaria el Código General del Proceso en lo que sea compatible con la naturaleza de los procesos y actuaciones que correspondan a la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo”.



2. *Cuando el juez procede contra providencia ejecutoriada del superior, revive un proceso legalmente concluido o pretermite íntegramente la respectiva instancia.*
3. *Cuando se adelanta después de ocurrida cualquiera de las causales legales de interrupción o de suspensión, o si, en estos casos, se reanuda antes de la oportunidad debida.*
4. *Cuando es indebida la representación de alguna de las partes, o cuando quien actúa como su apoderado judicial carece íntegramente de poder.*
5. *Cuando se omiten las oportunidades para solicitar, decretar o practicar pruebas, o cuando se omite la práctica de una prueba que de acuerdo con la ley sea obligatoria.*
6. *Cuando se omita la oportunidad para alegar de conclusión o para sustentar un recurso o descorrer su traslado.*
7. *Cuando la sentencia se profiera por un juez distinto del que escuchó los alegatos de conclusión o la sustentación del recurso de apelación.*
8. *Cuando no se practica en legal forma la notificación del auto admisorio de la demanda a personas determinadas, o el emplazamiento de las demás personas aunque sean indeterminadas, que deban ser citadas como partes, o de aquellas que deban suceder en el proceso a cualquiera de las partes, cuando la ley así lo ordena, o no se cita en debida forma al Ministerio Público o a cualquier otra persona o entidad que de acuerdo con la ley debió ser citado.*

Cuando en el curso del proceso se advierta que se ha dejado de notificar una providencia distinta del auto admisorio de la demanda o del mandamiento de pago, el defecto se corregirá practicando la notificación omitida, pero será nula la actuación posterior que dependa de dicha providencia, salvo que se haya saneado en la forma establecida en este código.

PARÁGRAFO. Las demás irregularidades del proceso se tendrán por subsanadas si no se impugnan oportunamente por los mecanismos que este código establece". (Resalta la Sala)

Por su parte, el artículo 135 del Código General del Proceso dispone que "(...) El juez rechazará de plano la solicitud de nulidad que se funde en causal distinta de las determinadas en este capítulo o en hechos que pudieron alegarse como excepciones previas, o la que se proponga después de saneada o por quien carezca de legitimación" (se resalta).



La Sala observa que sería del caso devolver el expediente para que fuera la primera instancia quien resolviera el incidente de nulidad propuesto; no obstante, como en este caso, el recurrente no expresó la causal de nulidad que considera se configura, ni conforme a lo manifestado en el escrito de apelación se advierte que esté sustentada en alguna de las causales enlistadas por el artículo 133 del Código General del Proceso, la Sala la rechazará de plano.

3.- Procedibilidad de la acción de pérdida de investidura

Para acreditar que el señor Jesús Antonio Méndez Acuña fue designado concejal del municipio de San Zenón, Magdalena, por el partido Centro Democrático para el período constitucional 2020-2023, el solicitante aportó copia del formulario E-26¹⁶, donde consta que se declararon electos como concejales de dicho municipio del departamento del Magdalena, para el citado período, entre otros, el señor Jesús Antonio Méndez Acuña; en su caso, atendiendo lo previsto por la Ley Estatutaria 1909 del 9 de julio de 2018¹⁷.

4.- Hechos probados

En el proceso está acreditado lo siguiente:

4.1. Mediante formulario E-26 del 5 de septiembre de 2020¹⁸, expedido por el Consejo Nacional Electoral, se declaró electo para el cargo de alcalde, para el período constitucional 2020-2023, al señor Genor Bolaño

¹⁶ En el cual se dejó la siguiente constancia: "Teniendo en cuenta que al momento de realizar la declaratoria de ALCALDE el segundo candidato con mayor votación JESÚS ANTONIO MÉNDEZ ACUÑA, 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".

¹⁷ "Por medio de la cual se adoptan el Estatuto de la Oposición Política y algunos derechos a las organizaciones políticas independientes".

¹⁸ Visto en el índice 2 de la Sede Electrónica para la Gestión Judicial del proceso con radicado nro. 47001 23 33 000 2021 00025 01. "03.3. E-26 ALCALDE"



Padilla por el partido Conservador Colombiano y, además, se consignó que “[...] *En concordancia con el Artículo 25 de la Ley 1909 del año 2018, el candidato JESÚS ANTONIO MENDEZ ACUÑA tendrá derecho personal a ocupar, en su orden, una curul al CONCEJO del municipio de Departamental – MAGDALENA [...]”*.

4.2. El 6 de septiembre de 2020, el señor Jesús Antonio Méndez Acuña presentó ante la Comisión Escrutadora Departamental del Magdalena escrito a través del cual manifestó la aceptación de la curul de concejal municipal de San Zenón, Magdalena, en los siguientes términos¹⁹:

*“[...] **JESÚS ANTONIO MÉNDEZ ACUÑA**, mayor de edad, identificado civilmente con la cédula de ciudadanía N° 5.097.623 expedida en San Zenón – Magdalena, candidato a la alcaldía municipal de San Zenón (Magdalena), por el partido CENTRO DEMOCRÁTICO, para las elecciones celebradas el pasado 30 de agosto de 2020, periodo constitucional 2020-2023; por medio del presente escrito, me permito respetuosamente manifestarle que **ACEPTO LA CURUL COMO CONCEJAL DEL MUNICIPIO DE SAN ZENON-MAGDALENA.***

Sírvase en consecuencia, darle el trámite correspondiente a la presente [...]”. (Negrillas originales)

4.3. El 8 de septiembre de 2020, el señor Jesús Antonio Méndez Acuña presentó ante la Registraduría Municipal de San Zenón un escrito a través del cual manifestó su intención de no tomar posesión del cargo de concejal del municipio de San Zenón, en los siguientes términos²⁰:

“[...]Respetuosamente me dirijo a usted, con el fin de manifestar que no es mi intención tomar posesión del cargo de concejal que me asiste según los derechos de la oposición, teniendo en cuenta que obtuve la segunda votación para el cargo de elección de alcalde avalado por el partido centro democrático con 3.180 sufragios.

¹⁹ Visto en el índice 2 de la Sede Electrónica para la Gestión Judicial del proceso con radicado nro. 47001 23 33 000 2021 00025 01. “03.2. Aceptación de Curul Concejal”

²⁰ Visto en el índice 2 de la Sede Electrónica para la Gestión Judicial del proceso con radicado nro. 47001 23 33 000 2021 00025 01. “03.5. Notificaciones y otros_compressed”.



Por lo anterior solicito que se poseione en mi lugar a quien le corresponda de acuerdo a los datos certificados por la Registraduría Nacional del Estado – Civil comisión escrutadora departamental [...]”.

Dicho escrito fue remitido por el registrador municipal de San Zenón, Magdalena, al concejo municipal de ese ente territorial²¹.

4.4. Acorde con el Acta nro. 01-2020 del 14 de septiembre de 2020, del concejo municipal de San Zenón, Magdalena²², en la mencionada fecha se llevó a cabo la instalación del concejo y la posesión de sus integrantes. En desarrollo del orden del día, se llamó a lista “[...] y contestaron (8) ocho de los (9) nueve concejales electos, los cuales fueron: Vicente Páramo Acuña, Omar Jiménez Guerrero, Meliza Martínez Ospino, Jorge Luis Martínez Márquez, Rubín Durán Yepes, Hernán Arévalo Dávila, Ezequiel Vidal Mantilla, Luis Alberto Gutiérrez Madrid y no asistió el Honorable Jesús Méndez Acuña [...]”. En atención a lo anterior y según el numeral quinto del acta referida, la posesión como concejales del municipio de San Zenón, Magdalena, se efectuó frente a ocho de los nueve elegidos.

4.5. Mediante la Resolución nro. 01 del 19 de septiembre de 2020²³, el presidente del concejo municipal de San Zenón, Magdalena, dispuso:

“[...] ARTÍCULO PRIMERO: *Aceptar la “MANIFESTACIÓN DE NO INTENCIÓN DE TOMAR POSESIÓN DEL CARGO DE CONCEJAL MUNICIPAL DE SAN ZENÓN”, presentada por el señor JESÚS ANTONIO MÉNDEZ ACUÑA, identificado con cédula No. 5.097.623 de San Zenón, Magdalena.*

ARTÍCULO SEGUNDO: *Esta aceptación es efectiva a partir de la fecha de promulgación de la presente resolución y deja sin efectos los actos de la solicitud o intención de aceptación a curul de CONCEJAL DEL MUNICIPIO DE SAN ZENÓN, MAGDALENA, previamente aceptada por el manifestante.*

²¹ *Ibidem.*

²² Visto en el índice 2 de la Sede Electrónica para la Gestión Judicial del proceso con radicado nro. 47001 23 33 000 2021 00025 01. “03.4. Actas concejo_compressed”

²³ Visto en el índice 2 de la Sede Electrónica para la Gestión Judicial del proceso con radicado nro. 47001 23 33 000 2021 00025 01. “03.5. Notificaciones y otros_compressed”.



Así mismo se fija en cartelera o gaceta del Concejo Municipal de San Zenón, Magdalena, para conocimiento.

ARTÍCULO TERCERO: *Esta resolución comienza a regir a partir de su expedición [...]". (Negrillas del original).*

4.6. El 23 de octubre de 2020, el director de gestión electoral de la Registraduría Nacional del Estado Civil certificó:

"[...] Conforme al concepto emitido en la Sala Plena por el Consejo Nacional Electoral el 04 de febrero de 2020, se estableció el mecanismo que debe surtir para proveer la vacante con ocasión de la falta absoluta de un miembro de corporación pública, en virtud del derecho personal otorgado por la Ley 1909 de 2018. Por lo anterior, la Registraduría Nacional del Estado Civil deberá "certificar al Consejo Nacional Electoral, a qué agrupación política y ciudadano le corresponde ocupar la curul, después de aplicar la redistribución de la totalidad de los escaños que componen la Corporación pública incompleta, mediante el sistema de cifra repartidora, consagrado en el artículo 263 de la Constitución Política, situación que dará como resultado un nuevo umbral y una nueva cifra repartidora que únicamente tendrá efectos para la nueva composición de la Corporación Pública [...]".

4.7. El 26 de octubre de 2020, el asesor de inspección y vigilancia del Consejo Nacional Electoral le informó al presidente del concejo municipal de San Zenón, Magdalena²⁴:

"[...] Con fundamento en lo anterior, se hace necesario por parte de esta asesoría informarle que, de acuerdo al procedimiento interno realizado, se estableció que en virtud al derecho otorgado por la Ley 1909 del 2018, el Partido y/o Movimiento Político al cual le correspondió ocupar la respectiva curul en el Municipio de San Zenón – Magdalena es al Partido Social de Unidad Nacional - PARTIDO DE LA U y el candidato que debe de ser llamado a ocupar dicha curul según votación obtenida será MARIO HERRERA ACUÑA identificado con número de cédula 5097537 [...]". (Mayúsculas del original).

²⁴ Visto en el índice 2 de la Sede Electrónica para la Gestión Judicial del proceso con radicado nro. 47001 23 33 000 2021 00025 01. "28.2 CNE-AIV-2325-2020 (1) – CURUL REEMPLAZO CONCEJAL ".



4.8. Conforme con el acta nro. 19 del Concejo Municipal de San Zenón, Magdalena, el 6 de noviembre de 2020 tomó posesión de la curul vacante el señor Mario Herrera Acuña²⁵.

4.9. El secretario del Concejo Municipal de San Zenón, Magdalena, certificó²⁶:

"[...] EL SUSCRITO SECRETARIO GENERAL DE LA CORPORACIÓN -CONCEJO MUNICIPAL DE SAN ZENÓN, MAGDALENA, EN USO DE SUS ATRIBUCIONES Y FUNCIONES

CERTIFICA

Que, revisado el archivo documental del Concejo Municipal de San Zenón, Magdalena, de conformidad con la petición solicitada, se puede establecer que:

- 1. El Concejo Municipal de San Zenón, Magdalena, se instaló el día catorce (14) de septiembre de 2020, con ocho (8) de los Nueve (9) concejales, no asistiendo a la convocatoria y plenaria el Honorable Concejal Jesús Antonio Méndez Acuña.*
- 2. Que el día Quince (15) de septiembre de 2020, se hizo traslado por parte de la Registraduría municipal del Estado Civil por competencia al Honorable Concejo Municipal de San Zenón, Magdalena, sobre la NO ACEPTACIÓN DE LA CURUL DE CONCEJAL por parte del Honorable Concejal Jesús Antonio Méndez Acuña. Así mismo ese día el Honorable Concejal Jesús Antonio Méndez Acuña, presentó escrito de "MANIFESTACION DE NO INTENCION DE TOMAR POSESION DEL CARGO DE CONCEJAL MUNICIPAL DE SAN ZENON".*
- 3. Que la presidencia del Concejo Municipal de San Zenón, Magdalena, mediante Resolución No.01 de fecha 19 de septiembre de 2020 toma la decisión de "ACEPTAR UNA MANIFESTACION DE NO INTENCION DE TOMAR POSESION DEL CARGO DE CONCEJAL MUNICIPAL DE SAN ZENON".*
- 4. Que la corporación durante las sesiones inaugurales fue instalada con ocho (8) miembros de la Honorable corporación, como consta en las actas de sesión plenaria No.01 de fecha 14 de septiembre de 2020, No.02 de fecha 15 de septiembre de 2020 y No.03 de fecha 19 de septiembre de 2020.*
- 5. Que el Honorable concejal Jesús Antonio Méndez Acuña, no manifestó por escrito justificación de ausencia a las sesiones plenarias e inaugurales.*
- 6. De conformidad con la información documentada en el archivo del concejo municipal, el señor Jesús Antonio Méndez Acuña, NO tomó Posesión al cargo de Concejal del Municipio de San Zenón, Magdalena, como consta en el acta No.01 de fecha 14 de septiembre de 2020 [...]" (Mayúsculas sostenidas del original).*

²⁵ Visto en el índice 2 de la Sede Electrónica para la Gestión Judicial del proceso con radicado nro. 47001 23 33 000 2021 00025 01. "27.2 ACTA 019 DE 2020 – POSESION H. MARIO HERRRERA ACUÑA".

²⁶ Visto en el índice 2 de la Sede Electrónica para la Gestión Judicial del proceso con radicado nro. 47001 23 33 000 2021 00025 01. "03.6. CERTIFICACIÓN CONCEJO".



5.- Análisis de la Sala

Se solicitó decretar la pérdida de investidura del señor Jesús Antonio Méndez Acuña, designado concejal del municipio de San Zenón, Magdalena, período constitucional 2020 - 2023, luego de obtener la segunda votación para la elección de alcalde del mismo municipio, y se le endilga estar incurso en la causal prevista en el numeral 3 del artículo 48 de la Ley 617 de 2000, que dispone:

"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 (...)"*.

Acorde con la jurisprudencia de la Corporación, la finalidad de esta causal es garantizar el principio democrático de representación política porque obliga a los miembros de las corporaciones públicas elegidos popularmente a asumir el ejercicio del mandato que le confirió el pueblo a través de su voto, so pena de la sanción prevista en la ley²⁷.

²⁷ Consejo de Estado. Sala Plena de lo Contencioso Administrativo. Sentencia del 28 de mayo de 2019. C.P. William Hernández Gómez. Expediente radicación nro. 11001 03 15 000 2018 03883 01; Consejo de Estado. Sala Plena de lo Contencioso Administrativo. Sentencia del 9 de junio de 2022. C.P. Oswaldo Giraldo López. Expediente radicación nro. 08001-23-33-000-2020-00573-01.



Al efecto, se ha explicado que el elegido contrae un compromiso con sus electores y con la institución, por lo que no tomar posesión *“implica una ruptura del pacto político existente entre el elector o la institucionalidad y el elegido, llamado o designado, elemento fundamental de la democracia representativa; es decir, esta causal exige que la confianza depositada por el elector (...) no resulte frustrada por la decisión unilateral e injustificada del representante o senador [concejal] de no presentarse a la posesión del cargo sin que medie fuerza mayor que así lo avale”*²⁸.

Esta Sección también ha dicho que, de la disposición en cita, se desprende que *“(...) los ciudadanos que han sido elegidos 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 ella, so pena de incurrir en causal de pérdida de investidura. Esta consecuencia, sin embargo, no opera cuando medie **fuerza mayor** que impida al elegido cumplir con tal obligación”*²⁹.
(negrillas originales)

En el asunto bajo análisis, la parte solicitante de la pérdida manifestó que el hecho de que el acusado no hubiera sido elegido para el cargo de concejal no lo eximía del deber de tomar posesión del mismo una vez aceptó la designación.

Por su parte, el acusado sostiene lo siguiente: **(i)** que por el hecho de no tomar posesión del cargo de concejal no desconoció las disposiciones contenidas en los artículos 2 y 3 de la Resolución 2276 de 2019, ya que la actuación no afectó ningún derecho jurídicamente tutelado de su electorado, en la medida que el apoyo que recibió fue por su candidatura

²⁸ *Ibíd.*

²⁹ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Primera. Sentencia del 10 de noviembre de 2017. C.P. Oswaldo Giraldo López. Expediente radicación nro. 66001-23-33-002-2016-00055- 01 (PI).



a la alcaldía y no al concejo municipal; **(ii)** como la carta de aceptación a la curul de concejal se presentó extemporáneamente ésta no tiene valor jurídico, es decir, la Comisión Escrutadora Departamental no debió darle trámite y, por ende, no podía tomar posesión del cargo de concejal; **(iii)** que el Tribunal Administrativo del Magdalena no debió dictar sentencia en este proceso porque en el mismo tribunal cursa la demanda de nulidad electoral radicada bajo el nro. 47001-23-33-000-2020-00704-00, en la que lo pretendido es que se defina si el señor Jesús Antonio Méndez Acuña aceptó o no la condición de concejal del municipio de San Zenón, Magdalena; **(iv)** que la Comisión Escrutadora General cercenó la oportunidad de aceptación de la curul de concejal al ordenar reiniciar los escrutinios 24 horas después de la declaración del alcalde; **(v)** que la Comisión Escrutadora General vulneró lo previsto por el artículo 43 de la Ley 1473 de 2011, que establece que los escrutinios generales que deben realizar los delegados del Consejo Nacional Electoral se iniciarán a las 9:00 a.m. del martes siguiente a las elecciones, en la capital del respectivo departamento, disposición que aplica por analogía a los eventos en que no sea posible terminar el escrutinio antes de la hora señalada; **(vi)** que nunca tuvo la intención de aceptar la curul como concejal del municipio de San Zenón y que el error de presentar el escrito de aceptación fue involuntario y meramente de transcripción de la asistente que elaboró el documento, “[...] *por tal razón nos vimos en la obligación de presentar también extemporáneamente el escrito de subsanación del error involuntario [...]*”; **(vii)** que el artículo 25 de la Ley 1909 de 2018 no delegó la potestad de su reglamentación en el Consejo Nacional Electoral, por lo que, cuando, en el artículo 2 de la Resolución nro. 2276 de 2019, el Consejo Nacional Electoral “[...] *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 (...)*” y que **(viii)** debe inaplicarse por inconstitucional la expresión “*y sin posibilidad de retracto*” contenida en el artículo 2 de la Resolución nro. 2276 de 2019, expedida por el Consejo Nacional Electoral.



Frente al reparo relacionado con el numeral (iii), consistente en que el Tribunal Administrativo del Magdalena no debió dictar sentencia en este proceso de pérdida de investidura porque en el mismo tribunal cursaba la demanda de nulidad electoral identificada con el nro. 47001-23-33-000-2020-00704-00, en el que lo debatido era si el señor Jesús Antonio Méndez Acuña aceptó o no la condición de concejal del municipio de San Zenón, Magdalena, la Sala observa que la demanda de nulidad electoral fue fallada el 23 de febrero de 2022, por lo que, en sede de apelación, no corresponde analizar si había lugar o no a la prejudicialidad.

No obstante, se advierte que el Tribunal negó la solicitud de prejudicialidad con fundamento en que “[...] *los procesos de nulidad electoral y de pérdida de investidura son de naturaleza distinta, pues el primero tiene como propósito decidir sobre la legalidad de una actuación electoral, mientras que el segundo es de carácter sancionatorio; de tal suerte, que pueden concurrir y adelantarse bajo una égida y trámite diferente, dando lugar inclusive a disparidad de decisiones como lo ha establecido el Consejo de Estado. Bajo este entendido, esta Corporación estima que debe denegarse la solicitud de prejudicialidad [...]*”.

Frente a lo manifestado por el Tribunal cabe agregar que, en los términos de lo previsto por el parágrafo del artículo primero de la Ley 1881 de 2018, *“se garantizará el non bis in idem. Cuando una misma conducta haya dado lugar a una acción electoral y a una pérdida de investidura de forma simultánea, el primer fallo hará tránsito a cosa juzgada sobre el otro proceso en todos los aspectos juzgados, excepto en relación con la culpabilidad del Congresista, cuyo juicio es exclusivo del proceso de pérdida de investidura.// En todo caso, la declaratoria de pérdida de investidura hará tránsito a cosa juzgada respecto del proceso de nulidad electoral en cuanto a la configuración objetiva de la causal”*.



De otro lado, en lo relacionado con los argumentos del recurrente señalados en los numerales (ii), (iv), (v) y (vi) que anteceden, se tiene que fueron examinados en el proceso de nulidad electoral de única instancia identificado con el radicado nro. 47001-23-33-000-2020-00704-00 que se tramitó en el Tribunal Administrativo del Magdalena³⁰. Sobre ese particular, consultada la Sede Electrónica para la Gestión Judicial del referido proceso, se encontró que la acción pública de nulidad electoral radicada bajo el número 47001-23-33-000-2020-00704-00, fue decidida en única instancia el 23 de febrero de 2022 por el Tribunal Administrativo del Magdalena³¹, en el siguiente sentido:

*"[...]Primero: **Deniégase** (sic) las pretensiones de nulidad electoral planteadas por el señor Jorge Luis Niño Gutiérrez contra el acto de elección de los concejales del Municipio de San Zenón para el periodo 2020-2023 dentro de los procesos aquí acumulados, de acuerdo con las razones expuestas en esta providencia.*

***Segundo: Notifíquese** este proveído a las partes y al Ministerio Público conforme a lo ordenado en el artículo 289 de la Ley 1437 de 2011, en concordancia con lo dispuesto en el artículo 205 de esa misma ley, modificado por el artículo 52 de la Ley 2080 de 2021 [...]"*

Como fundamento de la decisión, y específicamente, respecto al señor Jesús Antonio Méndez Acuña, se indicó³²:

*"[...] **2.5.4 Aceptación del cargo de concejal y prohibición de retracto.***

Sostiene la parte demandante en el caso del radicado 2020-00704 que en este caso procede la declaratoria de nulidad electoral reclamada, toda vez que la Comisión Escrutadora con el umbral y matriz de dispersión asignó 8 curules cuando la provisión de cargos correspondía a 9 dignidades, puesto que el señor Jesús Antonio Méndez Acuña —segunda mayor votación para alcalde— no tenía intención de aceptar la curul de concejal, por tanto, "tiene que aplicarse la regla general prevista en el artículo 263 de la Constitución para la distribución de las curules restantes".

³⁰ Visto en el índice 57 de la Sede Electrónica para la Gestión Judicial del proceso con radicado nro. 47001 23 33 000 2020 00700 00 acumulado 47001 23 33 000 2020 00704 00.

³¹ *Ibídem.*

³² *Ibídem.*



El artículo 112 de la Constitución Política fue adicionado por el Acto Legislativo 2 de 2015 (...).

Obsérvese que la norma constitucional y legal admiten que los candidatos que sigan en votos a los elegidos puedan obtener un escaño en la asamblea o en el concejo, por ello, una vez se establezcan los ganadores de los cargos de autoridad local, los que ocuparon los segundos puestos deberán manifestar por escrito su aceptación o no de la curul.

El Consejo Nacional Electoral mediante reglamentación contenida en la Resolución 2276 de 11 de junio de 2019 estableció medidas para la aplicación del artículo 25 de la ley citada precedentemente.

En el artículo 2 se dispuso sobre la oportunidad para aceptar la curul en la corporación pública (...).

De la regla transcrita claramente se observa que los candidatos que ocuparon el segundo puesto deben manifestar por escrito su aceptación o no, sin que haya posibilidad de retracto para que luego la Comisión Escrutadora proceda a declarar la elección de los diputados y concejales, de ahí que se exija al candidato con la segunda mayor votación a que deba expresar o manifestar claramente su intención de aceptar o no, pues luego de su declaración no solo no hay lugar a retractarse sino que se debe declarar la elección de los mencionados integrantes de las corporaciones públicas restando la curul asignada.

(...)

De acuerdo con lo expuesto normativa y jurisprudencialmente, se resulta claro para este Tribunal que una vez el candidato con la segunda mayor votación da su asentimiento para ocupar un cargo en una de las corporaciones públicas, no puede retractarse, pues no solo garantiza el funcionamiento de la organización electoral, sino que permite se pueda efectuar la aplicación de la cifra repartidora.

Ahora bien, sostiene la parte actora que ante la Comisión Escrutadora Departamental se presentaron dos comunicaciones —en momentos diferentes— de aceptación, la primera y de no aceptación, la segunda, sin embargo, deja entrever que no debe tenerse en cuenta el primer mensaje —aceptación del cargo—, comoquiera que aquella no se presentó dentro del término “de las 24 horas siguientes a la declaratoria de la elección de alcalde”.

En la página 4 del acta de escrutinio de la Comisión Departamental se indica lo siguiente:

Siendo las 5:21 pm se procede a leer el Acta E-26, declaratoria de elección para Alcalde, al señor Genor Bolaño Padilla, por el partido Conservador. Indican que no se puede escrutarse concejo hasta tanto no haya pronunciamiento del candidato Jesús Méndez de si acepta o no la curul al concejo municipal por el término de 24 horas; por ende, se decreta el



receso hasta el día de mañana domingo 6 de septiembre de 2020 a las 5:21 pm. Siendo la fecha y hora, se reanuda la diligencia de escrutinio, Acto seguido, se deja constancia que siendo las 5:15 pm, por secretaría, el apoderado del candidato Jesús Méndez, doctor Humberto Díaz Costa, presenta escrito de aceptación de la curul al concejo habiendo ocupado el segundo lugar en la elección a la alcaldía del municipio de San Zenón (Magdalena) de conformidad con lo dispuesto al artículo 25 de la Ley 1909 de 2018. En el transcurso de la diligencia, siendo las 5:55 pm, el mismo apoderado radicó otro escrito en el que el candidato manifiesta No aceptar la curul al concejo, siendo esta última en contradicción a lo señalado en el artículo 2º de la Resolución 2276 de 2019 emitida por el Consejo Nacional Electoral en el que se manifiesta que habiéndose aceptado la curul, no existe posibilidad de retracto, y al concepto emitido el día 4.

De acuerdo con lo transcrito, se observa que a partir de las 5:21 p.m., del 5 de septiembre de 2020 se da lectura al acta E-26 declaratoria de la elección para alcalde, indicando que no se puede escrutarse el concejo hasta que haya pronunciamiento del candidato Jesús Antonio Méndez Acuña sobre la aceptación o no de la curul de concejal, por lo que se suspende aquella audiencia para reanudarla veinticuatro horas después.

La parte actora, con la demanda, aportó copia de las minutas de ingreso a las instalaciones donde se efectuaba el escrutinio departamental, allí se observa que fueron ingresando poco a poco a partir de las 5 de la tarde los integrantes de la mentada comisión y servidores de la RNEC, de tal manera que para cuando se presentó la carta de aceptación —según obra en el expediente 5:15p.m—, por el señor Méndez Acuña, es claro que dicha comunicación se hizo dentro del plazo de las 24 horas siguientes, pues aquel plazo contaba para este y no para declarar la elección del indicado señor, de tal suerte no cabe duda que este candidato hizo expresa su voluntad de aceptación, ahora que con posterioridad en esa misma audiencia haya presentado otra comunicación de no aceptación —recibida a las 5:55 p.m.—, no impide a la comisión escrutadora obedecer lo dispuesto normativamente, esto es, una vez aceptada la curul no hay lugar a retracto, ni siquiera bajo el entendido que se trató de un error involuntario de quien elaboró o " transcribió aquel documento, pues era obligación de quien lo suscribía leerlo antes de radicarlo, es decir, se pretende se declare la nulidad de un acto electoral alegando su propia torpeza, principio de imposible aplicación por el juez, máxime cuando así se reconoce por la parte actora (...).

Nótese entonces que el primero de los escritos —referido a la aceptación de la curul— si fue presentado, aun cuando quien lo firmó no haya leído su contenido, pero tal situación se escapa a la realidad probatoria, puesto que independientemente de si se trató de un error, equivocación u omisión, lo cierto es que se pretende darle validez a este para obtener una ventaja, cuando está claro que hubo la aceptación y que no había lugar a retracto, por ello le declararon su elección, por lo que aquella comisión procedió en consecuencia a otorgar las restantes curules —8— que se encontraban en disputa dada la aceptación de la curul por el señor Méndez Acuña, situación que lleva a negar la pretensión de nulidad



electoral aducida en la demanda con radicado 2020-00704 [...]”. (se destaca).

Conforme con lo anterior, los cargos enlistados en los numerales (ii), (iv), (v) y (vi) fueron estudiados en el proceso de nulidad electoral, por lo que se configuró el fenómeno de la cosa juzgada frente a los mismos.

Valga indicar que, acorde con lo señalado por el artículo 139 del CPACA, en el medio de control de nulidad electoral cualquier persona podrá pedir la nulidad de los actos de elección por voto popular o por cuerpos electorales. Y que “(...) *En elecciones por voto popular, las decisiones adoptadas por las autoridades electorales que resuelvan sobre reclamaciones o irregularidades respecto de la votación o de los escrutinios, deberán demandarse junto con el acto que declara la elección. El demandante deberá precisar en qué etapas o registros electorales se presentan las irregularidades o vicios que inciden en el acto de elección*”.

Ahora bien, manifestó el apoderado del acusado, en el recurso de apelación, relacionados específicamente en los numerales (vii) y (viii), que la expresión “*y sin posibilidad de retracto*” contenida en el artículo 2 de la Resolución nro. 2276 debe inaplicarse por inconstitucionalidad, con fundamento en que el artículo 25 de la Ley 1909 de 2018 no delegó la potestad de su reglamentación en el Consejo Nacional Electoral. Al respecto, la Sala observa que tal expresión fue demandada en el medio de control de nulidad electoral, y la Sección Quinta de esta Corporación, en sentencia del 16 de diciembre de 2020, estimó que la autoridad electoral no excedió la potestad reglamentaria, y para ello analizó lo siguiente³³:

[...] La situación referida, de entrada, para la Sala no constituye exceso en su potestad reglamentaria, pues como se indicó en

³³ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Quinta. Sentencia del 16 de diciembre de 2020. C.P. Lucy Jeannette Bermúdez Bermúdez. Expediente radicación nro. 11001 03 28 000 2019 00060 00 (Ppal. Acumulados).



precedencia, la reserva de ley en materias específicas, como la que corresponde a funciones electorales, se ha otorgado puntualmente al Legislador Estatutario, lo cual no se advierte desconocido ya que, en el caso concreto, fue precisamente éste, quien expidió el que ahora se conoce como el Estatuto de la Oposición o Ley 1909 de 2018 y en consecuencia, la reglamentación de la función electoral que sí correspondía al CNE, debe verificarse en entornos de detalles técnicos, administrativos o logísticos que contribuyen al ejercicio democrático, como en efecto ocurrió.

(...)

Para la Sala, evidentemente el legislador estatutario no contempló de manera expresa la posibilidad o no de retracto frente a la decisión que manifieste el candidato que, en comicios para elecciones uninominales de gobernador o alcalde, obtenga el segundo lugar en las votaciones, respecto de su derecho personal a acceder a una curul en la asamblea o concejo correspondiente; sin embargo, ello no significa que haya excedido sus facultades; pues no incluyó un aspecto nuevo frente a lo legislado estatutariamente, sino que su establecimiento contribuye a los fines de la norma estatutaria ya que con ella se materializa lo referente a la aceptación o no de la curul en el término indicado, que es precisamente la disposición del legislador.

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

(...)

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

Conforme con lo anotado, la Sala concluye que no le asiste razón al recurrente respecto de los cargos de la apelación enlistados en los numerales (vii) y (viii).



Resta por señalar que el reparo contenido en el numeral (i) será abordado a continuación, cuando se analice la configuración de la causal de pérdida de investidura.

Para el efecto la Sala examinará:

5.1. Requisitos para la configuración del elemento objetivo de la causal

De la literalidad de la disposición que establece la causal invocada, se desprende que deben estar reunidos los siguientes elementos:

(i) Que el acusado haya sido designado como concejal.

(ii) Que no se poseione en el cargo dentro de los tres (3) días siguientes a la fecha de la instalación del concejo o a la fecha en que sean llamados a posesionarse.

Examinados en el caso concreto, se observa:

- **El acusado fue designado como concejal:** Está acreditado en el proceso que el señor Jesús Antonio Méndez Acuña fue designado concejal del municipio de San Zenón, Magdalena, por el partido Centro Democrático, para el período constitucional 2020-2023, por haber obtenido la segunda mayor votación para el cargo de alcalde, y al manifestar por escrito que aceptaba la curul al concejo, según consta en el formulario E- 26 CON expedido por la Registraduría Nacional del Estado Civil.

Al respecto, el artículo 25 de la Ley 1909 de 2018, *“por medio del cual se adopta el Estatuto de la Oposición Política y algunos derechos a las organizaciones políticas independientes”*, dispuso:



"[...] 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 [...]"

Del inciso tercero de la precitada norma se desprende que, solo una vez se manifiesta la aceptación, la autoridad electoral le expide la credencial de concejal a quien ocupó el segundo puesto en las votaciones de alcalde municipal.

La Corte Constitucional, en la sentencia C- 018 del 4 de julio de 2018, al efectuar la revisión de constitucionalidad del Proyecto de Ley Estatutaria Nro. 03/17 Senado-006/17 Cámara, "Por medio del cual se adopta el Estatuto de la Oposición Política y algunos derechos a las organizaciones políticas independientes", declaró exequible el precitado artículo, y al efecto analizó lo siguiente:



"[...] 41. Como lo señalaron distintas intervenciones, advierte la Corte que el PLE Estatuto de la Oposición está relacionado con contenidos del Acuerdo Final, particularmente con su punto 2. Este punto se denomina "Participación política: Apertura democrática para construir la paz" y, según el mismo Acuerdo Final, parte de la idea de que para la construcción y consolidación de la paz se requiere "[u]na ampliación democrática que permita que surjan nuevas fuerzas en el escenario político para enriquecer el debate y la deliberación alrededor de los grandes problemas nacionales y, de esa manera, fortalecer el pluralismo y por lo tanto la representación de las diferentes visiones e intereses de la sociedad, con las debidas garantías de participación e inclusión política".

42. El punto 2 del Acuerdo Final se desarrolla en tres ejes, a saber: (i) "[d]erechos y garantías plenas para el ejercicio de la oposición política en general, y en particular para los nuevos movimientos que surjan luego de la firma del Acuerdo Final. Acceso a medios"; (ii) "[m]ecanismos democráticos de participación ciudadana, incluidos los de participación directa, en los diferentes niveles y diversos temas"; y (iii) "[m]edidas efectivas para promover una mayor participación en la política nacional, regional y local de todos los sectores, incluyendo la población más vulnerable, en igualdad de condiciones y con garantías de seguridad".

(...) el artículo 25 del PLEEO es un desarrollo directo de los incisos 4º y 6º del artículo 112 Superior, adicionado por el Acto Legislativo 02 de 2015. En primer lugar, el legislador estatutario estableció que "los candidatos que sigan en votos a quienes la autoridad electoral declare elegidos en los cargos de Gobernador de Departamento, Alcalde Distrital y Alcalde Municipal, tendrán derecho personal a ocupar, en su orden, una curul en las Asambleas Departamentales, Concejos Distritales y Concejos Municipales respectivos, durante el periodo de estas corporaciones", ello reproduce el inciso 4º del artículo 112 por lo que no genera problema de constitucionalidad alguno. A su vez, señala que en dichas corporaciones colegiadas harán parte de la organización política a la cual pertenecen, es decir, tal como sucede con el candidato a presidente y vicepresidente el legislador estatutario busca fortalecer el ejercicio de la oposición política canalizada a través de partidos y movimientos políticos y no recurriendo al ejercicio personalista de la política.

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 2º del artículo 112 tratándose de las curules otorgadas al candidato que le siga en votos al presidente y vicepresidente de la República electos, el constituyente no previó una regla determinada para la distribución de dichas curules en los 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 6º del artículo 112 superior, señala la consecuencia derivada de la "no aceptación de la curul en las corporaciones públicas de las entidades territoriales [...]", de donde razonablemente se infiere que entre la certificaciones de los resultados electorales por parte de la autoridad electoral y el otorgamiento de la curul en la asamblea o el concejo debe mediar una aceptación, de donde se sigue que el requisito de manifestar por escrito ante la comisión escrutadora competente, su decisión de aceptar o no una curul en las Asambleas Departamentales y Concejos Distritales y Municipales, incorporado en el PLEEO bajo análisis se encuentra dentro de las competencias del legislador estatutario.

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 6º del artículo 112, otorgándole a la no aceptación de la curul por parte del candidato derrotado la misma consecuencia que ya había sido prevista por el constituyente.

[...]".

Conforme con lo anterior, la Sala concluye que este requisito se cumple, por cuanto el señor Jesús Antonio Méndez Acuña ocupó el segundo puesto en la votación para alcalde del municipio de San Zenón, Magdalena, período 2020 – 2023, y manifestó por escrito su decisión de aceptar la curul al concejo municipal como derecho que le otorgó el Estatuto de la Oposición y, por ello, la Registraduría Nacional, mediante el formulario E-26, lo declaró electo como concejal de ese municipio.



- Que no se haya posesionado en el cargo dentro del término señalado en la ley:

Frente a este elemento se tiene que, en el Acta nro. 01-2020 del 14 de septiembre de 2020 del concejo municipal de San Zenón, Magdalena, consta que se instaló y tomaron posesión del cargo los concejales electos con excepción del señor Jesús Antonio Méndez Acuña.

La Sala estima pertinente precisar cuándo se entiende materializado el acto de posesión de los concejales y para ello ha distinguido³⁴:

"[...] El artículo 35 de la Ley 136 de 2 de junio de 1994³⁵, regula tanto la instalación de los concejos municipales como la elección de sus funcionarios así:

*"[...] **Artículo 35. Elección de funcionarios. Los concejos se instalarán y elegirán a los funcionarios de su competencia en los primeros diez días del mes de enero correspondiente a la iniciación de sus períodos constitucionales, previo señalamiento de fecha con tres días de anticipación. (...).***

[...]” (Negrillas y subrayas fuera de texto).

Una vez instalados los concejos municipales y en consonancia con el artículo 122 Superior, el artículo 49 de la Ley 136 establece que los concejales se posesionarán en sus cargos ante el presidente de la respectiva corporación (...).

De igual forma, en cuanto a estos actos de posesión de los concejales y de instalación de los concejos, en sentencias de 27 de abril de 2006³⁶ y de 19 de junio de 2008³⁷, la Sala precisó:

³⁴ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Primera. Sentencia del 28 de enero de 2021. C.P. Nubia Margoth Peña Garzón. Expediente radicación nro. 68001-23-33-000-2020-00032-01 (PI).

³⁵ “[...] Por la cual se dictan normas tendientes a modernizar la organización y el funcionamiento de los municipios [...]”.

³⁶ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, sentencia de 27 de abril de 2006, número único de radicado 23001-23-31-000-2004-00059-02, consejero ponente doctor Camilo Arciniegas Andrade.

³⁷ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, sentencia de 19 de junio de 2008, número único de radicado 70001-23-31-000-2006-00531-01, consejero ponente doctor Camilo Arciniegas Andrade.



"[...] Para resolver, *debe precisarse que la posesión es el acto de prestar ante el funcionario el juramento que ordena el artículo 122 de la Constitución Política. De este acto da fe un acta, suscrita por quien toma el juramento y quien lo pronuncia. Sin esta solemnidad no puede entrarse a servir ningún cargo. La posesión es una declaración de voluntad administrativa, que tiene consecuencias jurídicas*³⁸.

La instalación es un acto de la Corporación como tal y que se celebra por una sola vez, al iniciarse el período constitucional.

A su **turno**, la iniciación del período de sesiones supone el acto de instalación en que debieron posesionarse sus miembros [...]" (Negrillas y subrayas fuera de texto).

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, categoría 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**³⁹. [...]" (Negrillas y subrayas originales en la providencia).

El acusado alega que, comoquiera que se postuló para la alcaldía de San Zenón, no para el concejo municipal, no tenía el deber de posesionarse en el cargo de concejal, puesto que la curul obtenida no devino directamente del favor popular, sino del derecho personal derivado de su participación en la elección de alcalde municipal, por lo que no se configura la causal de pérdida de investidura contenida en el numeral 3 del artículo 48 de la Ley 617 de 2000.

Sobre la materia, la Sala ha precisado lo siguiente⁴⁰:

³⁸ Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, Concepto de 16 de marzo de 1993, expediente núm. 501, consejero ponente doctor Humberto Mora Osejo.

³⁹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, sentencia de 9 de marzo de 2017, número único de radicado 76001-23-33-007-2016-00267-01(PI), consejero ponente doctor Carlos Enrique Moreno Rubio (E). Ver también: Corte Constitucional, sentencia C-247 de 1995, y Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, Concepto núm. 1135 de 22 de julio de 1998.

⁴⁰ Consejo de Estado. Sala Plena de lo Contencioso Administrativo. Sentencia del 9 de junio de 2022. C.P. Oswaldo Giraldo López. Expediente radicación nro. 08001-23-33-000-2020-00573-01.



"[...] la vocación que adquiere quien ocupa el segundo lugar en las elecciones para alcalde, de ser designado en el concejo, deriva precisamente de la confianza que depositó en esa persona el electorado, y del carácter que adquiere como persona representativa en la oposición; precisamente para que tenga la posibilidad de expresar con criterio de autoridad los argumentos que le llevaron al segundo lugar en las votaciones, en representación de las personas que depositaron su voto a favor, el Estatuto de la Oposición ha previsto que se manifieste sobre la aceptación o no de la curul que se le ofrece. No se trata entonces de un derecho personal derivado de su participación en la elección a alcalde, sino de una posición que adquiere como consecuencia de la confianza que le deposita el elector y que le lleva precisamente a ocupar el cargo, de aceptarlo, para la defensa de las ideas que le ha expuesto a sus electores. La decisión positiva, además, afecta la composición del concejo, como quiera que las curules asignadas no varían, y por lo tanto quedará un aspirante por fuera, no obstante que hubiese alcanzado los votos suficientes para integrar el cuerpo colegiado.

Bajo este contexto, la Sala estima que, quien aspira a ocupar un cargo de elección popular, está sometido en principio al régimen propio de la investidura para la cual pretende ser elegido; por lo tanto, si se postula para alcalde, está sometido al régimen de dicho cargo. No obstante, una vez el candidato que obtuvo la segunda votación para alcalde acepta la designación como concejal, acepta con ello las reglas que rigen a los concejales, pues la posición que ahora ocupa es exactamente la misma de quienes aspiraron a estas curules, y su origen es igualmente idéntico; lo que lleva a uno y otro a ocupar la curul es el voto del electorado, que lo deposita para la defensa de las ideas que expone el candidato; y que, tratándose de la elección de alcalde, de antemano sabe que la aspiración de su candidato lo puede ser para la alcaldía, si ocupa el primer lugar, o para el concejo, si es el segundo [...]"

Los razonamientos anteriores permiten deducir que, quien acepta la designación como concejal porque ha quedado en segundo lugar en la votación para la alcaldía, queda a partir de ese momento sujeto a todas las causales de pérdida de investidura que taxativamente estén previstas para los concejales, precisamente porque, a partir del momento de la aceptación, ya tiene vocación de desempeñarse en ese cargo, y no en otro, en condiciones de igualdad con los demás concejales.

Por consiguiente, no le asiste razón al acusado al considerar que los elementos estructurales de la causal no se configuran en su caso, ya que aceptó de manera expresa la designación como concejal, por lo que estaba



en la obligación de cumplir en lo sucesivo los deberes que el cargo le impone; uno de los cuales era posesionarse, ya sea dentro de los tres (3) días siguientes a la fecha de la instalación del concejo, o a la fecha en que fueren llamados para ello.

Por lo tanto, al estar probado que el señor Méndez Acuña no tomó posesión como concejal, este requisito también se acredita.

Por otra parte, el parágrafo primero del artículo 48 de la Ley 617 de 2000 establece un eximente de responsabilidad para la causal que aquí se endilga, consistente en que no se configura cuando medie fuerza mayor; así lo precisó la Corte Constitucional en la sentencia SU-632 de 2017 al señalar:

"[...] 4.4. La fuerza mayor como eximente de responsabilidad de cara a la causal de pérdida de investidura por incumplimiento del deber de posesión en el cargo

Como se indicó, el artículo 48 de la Ley 617 de 2000 establece los casos en los cuales los diputados, concejales municipales y distritales y miembros de juntas administradoras locales pueden perder su investidura. El numeral 3 indica que una de las causales para recibir la sanción es no tomar posesión del cargo dentro de los tres días siguientes a la instalación de la respectiva Corporación. Por su parte, el parágrafo 1º de dicha norma establece que la causal citada no tendrá aplicación cuando medie fuerza mayor.

La fuerza mayor, como eximente de responsabilidad, está señalada en el artículo 64 del Código Civil (subrogado por artículo 1º de la Ley 95 de 1890), el cual dispone que: "[s]e llama fuerza mayor o caso fortuito, el imprevisto a que no es posible resistir, como un naufragio, un terremoto, el apresamiento de enemigos, los autos de autoridad ejercidos por un funcionario público. etc.". Esta causal, por tanto, requiere para obrar como justificación reunir un conjunto de características, las cuales son básicamente: (i) que el hecho sea irresistible; (ii) que sea imprevisible y (iii) que sea externo respecto del obligado.

(...)

En este orden de ideas, es claro para la Corte que para que se constituya la causal de exoneración descrita en el parágrafo 1º del



artículo 48 de la Ley 617 de 2000, es necesario que se presente el fenómeno de fuerza mayor, el cual para su configuración requiere que quien alega la existencia de la misma pruebe que la decisión fue externa, es decir, no intervino la voluntad del interesado en su adopción, ni haya tenido control sobre la situación.

[...].”

La fuerza mayor se trata entonces de un eximente de responsabilidad que busca romper el nexo para la estructuración de la causal; en consecuencia, la Sala pasa a determinar si en este evento la conducta del acusado está justificada en fuerza mayor y, para ello, recuerda que la jurisprudencia de esta Corporación ha entendido el concepto en la forma señalada en la legislación civil, así⁴¹:

*“[...] 80. Visto el artículo 1.º de la Ley 95 de 2 de diciembre de 1890, sobre reformas civiles, que subrogó el artículo 64 del Código Civil, “[...] Se llama **fuerza mayor o caso fortuito** el imprevisto **a que no es posible resistir**, como un naufragio, un terremoto, el apresamiento de enemigos, los actos [i.e.] de autoridad ejercidos por un funcionario público, etc. [...]” (Destacado fuera de texto).*

81. La definición legal establece un concepto unitario y conjunto de las instituciones procesales que han sido denominadas como causa extraña, al punto de señalar que el caso fortuito y la fuerza mayor se constituyen por un “[...] imprevisto a que no es posible resistir [...]”⁴². No obstante lo anterior, la jurisprudencia del Consejo de Estado ha diferenciado las dos figuras [...]”.

En esa medida, la fuerza mayor es una situación imprevisible que es imposible de resistir, por lo que dicho concepto envuelve las características de imprevisible, irresistible y exterior. Así se ha explicado⁴³:

⁴¹ Consejo de Estado. Sala Plena de lo Contencioso Administrativo. Sentencia del 29 de octubre de 2019. C.P. Hernando Sánchez Sánchez. Expediente radicación nro. 11001-03-15-000-2018-02616- 01 (PI). (Acumulados 11001-03-15-000-2018-02616-01 y 11001-03-15-000-2018-02672-00).

⁴² Es importante resaltar que en el derecho internacional no se distingue entre el concepto de fuerza mayor y caso fortuito. Se trata de la misma figura, entendida como el imprevisto a que no es posible resistir.

⁴³ *Ibíd.*



"[...]"

82. La Sala Plena de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, mediante sentencia proferida el 28 de mayo de 2019⁴⁴, consideró que la configuración del fenómeno jurídico de fuerza mayor debía cumplir tres requisitos, a saber: imprevisibilidad, irresistibilidad y exterioridad. La sentencia los precisó de la siguiente manera:

83. La **imprevisibilidad** significa que "[...] quien aduce el hecho como constitutivo de fuerza mayor estuvo impedido para actuar con el fin de evitar sus consecuencias porque no podía prever con anterioridad su ocurrencia; es decir, que no había alguna razón especial para que el sujeto pensara que se produciría el acontecimiento que configura la fuerza mayor. La Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia, explica que el hecho imprevisible es aquel «que dentro de las circunstancias normales de la vida, no sea posible contemplar por anticipado su ocurrencia [...]».

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

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

En asunto bajo examen, el concejal electo no alegó ningún hecho constitutivo de fuerza mayor, puesto que se limitó a indicar, en el escrito radicado el 8 de septiembre de 2020, que "(...) no es mi intención tomar posesión del cargo de concejal que me asiste según los derechos de la

⁴⁴ Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo; sentencia proferida el 28 de mayo de 2019; proceso identificado con el número único de radicación 110010315000201803883-01; Consejero Ponente, doctor William Hernández Gómez.



oposición, teniendo en cuenta que obtuve la segunda votación para el cargo de elección de alcalde avalado por el partido centro democrático con 3.180 sufragios. // Por lo anterior solicito que se posesione en mi lugar a quien le corresponda de acuerdo a los datos certificados por la Registraduría Nacional del Estado – Civil comisión escrutadora departamental”.

De modo que lo que se comprueba es que el señor Méndez Acuña decidió de manera voluntaria no posesionarse como concejal, sin mencionar razón alguna para ello; lo que, a todas luces, no constituye fuerza mayor, por no tener la característica de imprevisible, ni comportar el requisito de irresistible.

Se reitera entonces que, una vez el concejal acusado manifestó que ocuparía la curul, de conformidad con el artículo 25 del Estatuto de la Oposición, le asistía el deber legal de tomar posesión del cargo; de manera que, contrario a lo sostenido por el acusado, se acredita el elemento objetivo de la causal de pérdida de investidura.

4.3. Elemento subjetivo

Así como el elemento objetivo de la pérdida de investidura corresponde al principio de tipicidad del derecho sancionador del Estado, el elemento subjetivo de esta acción pública tiene que ver con la culpabilidad.

La Corte Constitucional, en la sentencia SU-424 de 2016, explicó que, *“(...) debido al carácter sancionatorio de la pérdida de investidura, esta figura “está sujeta, de manera general a los principios que gobiernan el debido proceso en materia penal, con las modulaciones especiales que son necesarias para la realización de sus fines constitucionales. En ese orden de ideas, las garantías básicas del debido proceso, son aplicables*



*en estos trámites, siempre bajo una interpretación adecuada a los fines propios que lo caracterizan*⁴⁵.

En la referida sentencia la Corte precisó que “*los principios del derecho sancionatorio incluyen el principio de legalidad, tipicidad, aplicación de la ley más favorable, non bis in ídem, y la presunción de inocencia hasta no ser declarado culpable. De este último principio, se ha derivado el principio de culpabilidad, que en el ámbito penal hace referencia a la necesidad de demostrar una responsabilidad subjetiva en la comisión de un delito*”⁴⁶. (destacado en la providencia)

El elemento subjetivo de la pérdida de investidura deriva de la presunción de inocencia, que tiene su fundamento en el artículo 29 Superior; la culpabilidad implica que deba estar acreditada la responsabilidad subjetiva del acusado para la estructuración de la causal. Por tal razón, la culpabilidad, consiste en efectuar un juicio de reproche sobre la conducta del implicado⁴⁷.

Con la entrada en vigencia de la Ley 1881 del 15 de enero de 2018 y la modificación introducida por la Ley 2003 de 2019, el análisis de la conducta debe hacerse bajo los parámetros de dolo o culpa grave. El primer concepto atañe a la intención positiva de realizar la conducta que lesiona el interés jurídico; entretanto, el segundo está ligado a la diligencia debida para el desarrollo de determinada actividad.

Al respecto, el artículo 63 del Código Civil define la culpa grave así: “(...) *no manejar los negocios ajenos con aquel cuidado que aun las personas negligentes o de poca prudencia suelen emplear en sus negocios propios*”,

⁴⁵ Corte Constitucional. Sentencia SU- 424 del 11 de agosto de 2016. M.P. Gloria Stella Ortíz Delgado.

⁴⁶ *Ibíd.*

⁴⁷ Corte Constitucional. Sentencia C-181 del 13 de abril de 2016. M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado.



y el dolo como *“la intención positiva de inferir injuria a la persona o propiedad de otro”*.

En este caso, la demanda se radicó el 25 de enero de 2021⁴⁸ y, por ende, ya había entrado en vigencia la Ley 2003 del 19 de noviembre de 2019, que modificó el artículo 1 de la Ley 1881 de 2018⁴⁹, que dispuso que el proceso sancionatorio de pérdida de investidura es un juicio de responsabilidad subjetiva, y que la acción se ejercerá contra los congresistas [*léase para el caso concejal*] que con su conducta dolosa o gravemente culposa hubieran incurrido en una de las causales de pérdida de investidura previstas en la Constitución.

A su turno, el artículo 22 de la Ley 1881 de 2018 estableció que las disposiciones contenidas en esta ley se aplicarán en lo que sea compatible a los procesos de pérdida de investidura de concejales y diputados.

De contera, el caso debe de estudiarse a la luz de dicha regla, toda vez que este proceso judicial sancionatorio implica en la actualidad un juicio de responsabilidad subjetivo que obliga al juzgador a hacer un análisis de la culpabilidad del investigado⁵⁰.

La Sala estima que el concejal acusado incurrió en la causal de pérdida de investidura, pues su actuación fue negligente ya que, pese a que indica que no tenía la intención de aceptar la curul, el hecho es que manifestó de manera expresa su aceptación de la misma y luego de ello, sin aducir razones de fuerza mayor, no tomó posesión del cargo, por lo que no obró

⁴⁸ Visto en el índice 1 de la Sede Electrónica para la Gestión Judicial del proceso con radicado nro. 47001 23 33 000 2021 00025 01.

⁴⁹ *“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”*.

⁵⁰ Consejo de Estado. Sala Plena de lo Contencioso Administrativo. Sentencia del 8 de octubre de 2019. C.P. Alberto Montaña Plata. Expediente radicación nro. 11001 03 15 000 2018 02417 01 (PI).



con la diligencia debida para establecer si, luego de aceptar la curul de concejal de manera expresa, podía renunciar a la misma y no tomar posesión; y tampoco se observa que su conducta esté justificada en la buena fe calificada, por las razones que pasan a explicarse:

Aunque, al tenor del artículo noveno del Código Civil, la ignorancia de la ley no sirve para excusar su transgresión, hay por lo menos dos eventos en los cuales sí se configura una razón que puede justificar la conducta prohibida, porque implican que el accionado actúa con buena fe calificada y en presencia de un error invencible, verbigracia: (i) cuando los jueces han interpretado la disposición de una manera y luego modifican su criterio, lo que puede afectar el principio de confianza legítima, y (ii) cuando, precisamente para evitar esa ignorancia, la persona se asesora de un profesional idóneo y éste le aconseja mal; ello siempre y cuando no haya claridad en relación con el punto que se discute para la configuración de la causal de pérdida de investidura, dado que, si ésta es clara, no supe la falta de diligencia el hecho de solicitar un concepto.

En este caso, el acusado no expuso ningún argumento para demostrar que su conducta estuvo amparada en la jurisprudencia de esta Corporación o que hubiese solicitado conceptos y asesorías y éstas fueran idóneas, lo que implica que su actuar no estuvo amparado en la buena fe calificada proveniente de un error invencible.

Valga indicar que no basta para exonerarse argumentar la buena fe simple, pues quien aspira a ser elegido a un cargo de elección popular está en la obligación de conocer y asesorarse adecuadamente de los deberes que el cargo le impone, cuáles son las causales de inhabilidad, incompatibilidad y de conflicto de intereses, más cuando se trata de verificar que no se incurra en conductas que tienen como consecuencia la nulidad de la elección, o la pérdida de investidura.



Cabe también precisar que, comoquiera que la culpabilidad – elemento subjetivo de la pérdida de investidura - consiste en efectuar un juicio de reproche sobre la conducta del implicado, no niega la Sala que ella puede justificarse cuando éste actúa con el convencimiento de que su conducta es ajustada al ordenamiento jurídico; pero ese convencimiento supone que el implicado ha incurrido en ella por *error invencible*, es decir, aquél que es común a muchos y del cual no es posible sustraerse, ya que, al tenor del artículo noveno del Código Civil, *la ignorancia de la ley no sirve de excusa*.

Es esa la razón por la cual la Sala exige que, para acreditar esta falta de conocimiento, el actor no alegue simplemente que obró de buena fe, sino que debe acreditar que obró de buena fe calificada, motivado por un error invencible, en la medida en que actuó de conformidad con la jurisprudencia que estaba vigente para la época, o que se asesoró adecuadamente de abogados idóneos, no obstante, lo cual, incurrió en la conducta reprochable.

Por lo dicho, queda acreditado dentro del proceso que la conducta del acusado fue culpable, a título de culpa grave, como quiera que se trató de la manifestación de no posesionarse en el cargo de concejal, que no estuvo respaldada en buena fe calificada, proveniente de error invencible.

Por último, en el primer cargo enlistado en el recurso de apelación, el recurrente alegó que el hecho de no haber tomado posesión como concejal no afectó ningún derecho jurídicamente tutelado de su electorado, en la medida que el apoyo que recibió fue por su candidatura a la alcaldía y no al concejo, agregando que no defraudó la confianza de los electores porque no fue elegido popularmente como concejal y por ello le asistía el derecho de renunciar a la curul antes de posesionarse; sin embargo, la Sala recuerda que, como se explicó líneas atrás, la finalidad de la causal endilgada es garantizar el principio democrático de



representación política porque obliga a quienes fueron elegidos popularmente a asumir el ejercicio del mandato que les confirió el pueblo a través del voto, de modo que no tomar posesión del cargo implica una ruptura del pacto político entre los electores y el elegido.

Si bien es cierto, como lo aduce el acusado, que no fue elegido popularmente para el cargo de concejal, sino que su aspiración fue para fungir como alcalde, también lo es que en el proceso está acreditado que manifestó a la autoridad electoral la voluntad de aceptar la curul, y, en razón a dicha aceptación, fue que se le designó en el cargo; por lo que, una vez declarado concejal, le asistía el deber legal de posesionarse.

Adicionalmente, no puede perderse de vista que, al tenor de lo establecido por el artículo 25 de la Ley 1909 de 2018 y la Resolución 2276 de 2019, el señor Méndez Acuña tuvo la libertad de no aceptar la curul de concejal a la que tenía derecho a aspirar por haber obtenido la segunda votación a la alcaldía del municipio; pero, una vez hizo uso del mismo, ya no podía declinar, sino solo por causas constitutivas de fuerza mayor.

Sobre este punto, valga traer a colación el procedimiento que debe seguirse para hacer efectivo el ejercicio del derecho otorgado por el artículo 25 de la Ley 1909 de 2018, el cual está regulado en la Resolución nro. 2276 del 11 de junio de 2019, expedida por el Consejo Nacional Electoral, que dispuso:

"[...] Que la Ley 1909 de 2018 adoptó el Estatuto de la oposición política y algunos derechos a las organizaciones políticas independientes, dentro de los cuales se contempló en su artículo 25 que los candidatos que sigan en votos a quienes la autoridad electoral declare elegidos en los cargos de gobernador de departamento, alcalde distrital y/o alcalde municipal, tendrán derecho personal a ocupar, en su orden, una curul en las asambleas departamentales, concejos distritales y/o concejos municipales respectivos, durante el período de estas corporaciones.



Que es necesario establecer el procedimiento y las reglas mediante las cuales se haga efectivo el ejercicio del derecho otorgado, sin que ello afecte el desarrollo correcto, ininterrumpido, público, transparente e imparcial de los escrutinios que se realicen con ocasión de las elecciones de autoridades locales.

En mérito de lo expuesto, el Consejo Nacional Electoral

DISPONE:

ARTÍCULO PRIMERO: DESARROLLO DE LOS ESCRUTINIOS Y DECLARATORIA DE ELECCIÓN DE ALCALDES Y GOBERNADORES. - *Las comisiones escrutadoras del orden auxiliar, municipal, distrital y departamental, deben realizar el cómputo de votos de las elecciones de autoridades locales estrictamente en el siguiente orden: 1. Alcaldía; 2. Gobernación; 3. Concejo Distrital o Municipal; 4. Asamblea Departamental 5. Junta Administradora Local, si las hubiere.*

Una vez culminado el cómputo total de votos para la totalidad de cargos y corporaciones, y resueltas las correspondientes reclamaciones, si no hubiese apelaciones a las decisiones adoptadas, las Comisiones Escrutadoras del orden municipal, distrital o departamental deberán declarar, según su competencia, los candidatos electos como Alcalde y Gobernador. No se podrá declarar la elección de las corporaciones públicas de Asamblea y Concejo hasta tanto no finalice el escrutinio y la declaratoria de elección de los cargos uninominales.

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

En el acta de escrutinio respectiva y E-28 que declare la elección de alcalde distrital y/o municipal y gobernador, deberá dejarse constancia de que candidato ocupó el segundo (2º) lugar en votación, darse lectura de la misma en la correspondiente audiencia.

La manifestación de que trata el presente artículo, y dentro del término señalado, podrá hacerse ante la comisión escrutadora encargada de realizar la declaratoria de elección del cargo uninominal, o ante la comisión escrutadora competente para declarar las corporaciones públicas.



PARÁGRAFO PRIMERO: *Si vencido el plazo señalado, el candidato que siga en votos a quienes la autoridad electoral declare elegidos en los cargos de gobernador de departamento alcalde distrital y/o alcalde municipal, no existe manifestación de aceptación o no de la curul en la corporación pública en el término establecido se entenderá que no se acepta la respectiva curul, y se dejará la constancia en la correspondiente acta escrutinio.*

PARAGRAFO SEGUNDO: *En caso de que el voto en blanco o promotores de este, obtengan la segunda votación en las elecciones de cargos uninominales, la misma no será tenida en cuenta para los efectos del artículo 25 de la Ley 1909 de 2018 y de lo estipulado en el presente acto administrativo.*

PARÁGRAFO TERCERO: *La Registraduría Nacional del Estado Civil incorporará lo dispuesto en el artículo 25 de la Ley 1909 de 2018 y en el presente artículo, en el Formulario de Inscripción de la candidatura uninominal E-6, de forma clara y precisa para conocimiento de los candidatos.*

ARTICULO TERCERO: DECLARATORIA DE ELECCIÓN DE LAS CORPORACIONES PÚBLICAS. - *Vencido el término de que tratan los artículos anteriores, la Comisión Escrutadora reanudará la diligencia de escrutinios y declarará los candidatos electos para las corporaciones públicas de concejo municipal y/o distrital, o asamblea departamental, según su competencia, así:*

EN CASO DE ACEPTACIÓN: *Otorgará la respectiva credencial como diputados y concejales distritales y/o municipales a quienes ocuparon los segundos puestos en la votación para gobernador y alcalde, respectivamente, y a continuación procederá a aplicar la regla general prevista en el artículo 263 de la Constitución para la distribución de los curules restantes de asambleas departamentales y concejos Distritales y/o Municipales.*

EN CASO DE NO ACEPTACIÓN: *Aplicará la regla general prevista en el artículo 263 de la Constitución Política para la distribución de la totalidad las curules de Asambleas Departamentales y Concejos Distritales y/o Municipales por población.*

[...]". (Negrillas originales, subrayas ajenas)

Por las razones anotadas, comoquiera que, en uso del derecho establecido en el Estatuto de la Oposición, el acusado aceptó la curul de concejal; y, sin que mediara una razón constitutiva de fuerza mayor, decidió no tomar posesión del cargo, están reunidos los elementos objetivo y subjetivo para



la configuración de la causal; en consecuencia, se confirmará la sentencia de primera instancia.

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

FALLA

PRIMERO: RECHAZAR DE PLANO la solicitud de nulidad presentada por el recurrente, por las razones expuestas en precedencia.

SEGUNDO: DECLARAR la ocurrencia del fenómeno jurídico de la cosa juzgada frente a los cargos enlistados en los numerales (ii), (iv), (v) y (vi), según lo explicado en la parte motiva de esta providencia.

TERCERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 11 de agosto de 2021, por el Tribunal Administrativo del Magdalena, por las razones explicadas en la parte motiva.

CUARTO: Ejecutoriada esta providencia, remítanse las diligencias al Tribunal de origen.



Radicación: 47001 23 33 000 2021 00025 01
Solicitante: Manuel Salvador Ospino Flórez

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

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE, COMUNÍQUESE Y CÚMPLASE,

ROBERTO AUGUSTO SERRATO VALDÉS

Presidente
Consejero de Estado

OSWALDO GIRALDO LÓPEZ

Consejero de Estado

NUBIA MARGOTH PEÑA GARZÓN

Consejera de Estado

HERNANDO SÁNCHEZ SÁNCHEZ

Consejero de Estado

CONSTANCIA: La presente providencia fue firmada electrónicamente por los integrantes de la Sección Primera en la sede electrónica para la gestión judicial SAMAI. En consecuencia, se garantiza la autenticidad, integridad, conservación y posterior consulta, de conformidad con la ley.