



SALA PLENA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SALA ESPECIAL DE DECISIÓN No. 7

Consejera Ponente: STELLA CONTO DÍAZ DEL CASTILLO

Bogotá D. C., veintiuno (21) de mayo de dos mil dieciocho (2018)

Radicación: 11001-03-15-000-2018-00395-00
Demandante: Saúl Villar Jiménez
Demandado: Guillermo Abel Rivera Flórez
Naturaleza: Pérdida de Investidura

Agotado en el presente proceso el trámite judicial que dispone la Ley 1881 de 2018, la Sala Especial de Decisión No. 7 procede a dictar sentencia para decidir la solicitud de pérdida de investidura promovida por el ciudadano Saúl Villar Jiménez, en contra del señor Guillermo Abel Rivera Flórez.

I. ANTECEDENTES

1. La Demanda

El 8 de febrero de 2018, el señor Saúl Villar Jiménez solicitó que se decrete la pérdida de la investidura de congresista del señor Guillermo Abel Rivera Flórez y se ordene la cancelación de su credencial, por violación de lo dispuesto en los numerales 3° del artículo 183 constitucional y 7° del artículo 296 de la Ley 5ª de 1992.

1.1. Fundamentos fácticos

El actor apoya la solicitud en los siguientes hechos:

i) El señor Guillermo Abel Rivera Flórez integró la lista de los candidatos al Senado de la República, con la que el Partido Liberal obtuvo 17 curules en las elecciones adelantadas el 9 de marzo de 2014, para el periodo constitucional siguiente (2014-2108);

ii) el 19 de enero de 2018, la Mesa Directiva del Congreso de la República llamó al señor Rivera Flórez a ocupar la curul vacante por la renuncia de la Senadora Viviane Aleyda Morales Hoyos, en razón de ser el candidato que seguía en la lista, por orden de votación y

iii) el 24 de enero siguiente, el llamado respondió en el sentido de renunciar a la curul.

1.2. La causal

El actor invoca la causal de pérdida de investidura prevista en los numerales 3° del artículo 183 constitucional y 7° del artículo 296 de la Ley 5ª de 1992, así:

ARTÍCULO 183. Los congresistas perderán su investidura: (...)

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

ARTÍCULO 296. Causales. La pérdida de la investidura se produce: (...)

7. Por no tomar posesión del cargo dentro de los ocho (8) días siguientes a la fecha de instalación de las Cámaras, o a la fecha en que fueren llamados a posesionarse.

1.3. Razones de configuración de la causal

En la solicitud se explica que, conforme con el ordenamiento y los criterios jurisprudenciales de esta Corporación, la pertenencia a la lista de los candidatos no elegidos directamente, si bien confiere solamente la posibilidad de ser elegido, constituye una forma válida de adquirir la calidad de congresista y, por tanto, impone al candidato la obligación de tomar posesión del cargo,

cuando quiera que es llamado con esos fines, pues, de lo contrario, estaría “...cometiendo un fraude al elector (los 41.661 colombianos que en las urnas depositaron la confianza en él)” e incurriendo en causal de pérdida de investidura.

En ese orden, expone el solicitante, el señor Rivera Flórez incurrió en la causal de pérdida de investidura invocada porque i) “...su obligación era la de tomar posesión del cargo de Senador de la República... y posteriormente presentar renuncia al cargo de senador” y ii) “...el hecho de estar desempeñando el cargo de Ministro del Interior no es una causal de fuerza mayor válida para no asumir la responsabilidad que le delegó cerca de cuarenta y un mil seiscientos sesenta y un mil colombianos (41.661) en las urnas el pasado nueve (9) de marzo de 2014, y aquí con su declinación de asumir el cargo... el doctor Rivera Flórez está engañado (sic) y cometiendo fraude a su electorado” –fl. 5, c. ppal-.

2. Intervención pasiva

El demandado se opuso a las pretensiones, aceptó unos hechos y negó los demás. En su defensa, adujo la ausencia de los elementos que configuran la causal alegada, con fundamento en las siguientes razones:

2.1 No tiene la vocación de ser investido como congresista, porque i) con la sentencia del 8 de febrero de 2018, proferida por la Sección Quinta de esta Corporación, se anuló la curul 17 del Partido Liberal Colombiano, “a la que eventualmente podría haber sido llamado” por el hecho de ocupar el puesto 19 en la lista de candidatos y ii) “...el eventual llamamiento a ocupar la curul en el caso del demandado nunca existió ni tuvo efecto jurídico alguno”, por el decaimiento, en razón de la pérdida de los fundamentos de hecho y de derecho, acaecida por los efectos retroactivos de la sentencia que declaró la nulidad de la curul 17 del Partido Liberal, como lo demuestra el hecho que, en el pasado, ante la renuncia de los senadores Eugenio Enrique Prieto Soto y Viviane Aleyda Morales Hoyos, el Senado llamó a los señores Sofía Alejandra

Gaviria Correa y Guillermo Antonio Sanín Santos, quienes ocupaban los puestos 18 y 19 de la lista.

2.2 Desde que asumió como Ministro del Interior renunció “...a la vocación de ser llamado a ocupar curul eventualmente (sic)”, incluyendo el llamado “...sobre el cual se pretende sustentar la pérdida de investidura”, como lo manifestó al Congreso de la República el 6 de julio de 2017, el 24 de enero de 2018 y lo ratificó el 12 de febrero siguiente, al punto que así lo aceptó el Senado al llamar al señor Roberto Ortiz Urueña, quien tenía el puesto siguiente al suyo en la lista de candidatos, a ocupar la curul de la senadora Sofía Alejandra Gaviria Correa, durante la licencia de maternidad.

Al respecto, aduce que i) el ordenamiento no prohíbe que se renuncie a la expectativa de ser llamado a ocupar una curul; ii) si la normatividad permite que el elegido renuncie a la curul, con mayor razón puede hacerlo quien simplemente tiene la expectativa de ser llamado, pues los deberes de este último son menos estrictos; iii) nada justifica la desigualdad en el trato al candidato con vocación de ser llamado, en el sentido de impedirle que renuncie a esa posibilidad, mientras al elegido se le permite la dimisión y, iv) en cuanto presentó oportunamente la renuncia, no resulta posible que se le conculquen sus derechos a la libertad, la igualdad, a elegir, ser elegido, el libre desarrollo de la personalidad, a escoger profesión y oficio, obligándolo a dejar el cargo de Ministro para imponerle el deber de posesionarse provisionalmente como Senador.

2.3 En tanto no tiene la vocación y no existe llamado con efectos vinculantes, lo que resulta contrario al ordenamiento es posesionarse sin el derecho a hacerlo.

2.4 El hecho de no haberse posesionado no afecta el principio de representación porque, además de que a los candidatos no elegidos no se les puede exigir el compromiso de posesionarse con el mismo rigor que a los elegidos, i) las curules pertenecen al partido, como invariablemente se

establece en el artículo 263 constitucional, los Actos legislativos 01 de 2003 y 02 de 2015 y su decisión individual “...no afecta la representación política ni la confianza de los electores, pues la lista asegura que los candidatos que le siguen en estricto orden mantengan el número de curules que obtuvo el partido en la elección popular”; ii) su renuncia no impide al Partido Liberal continuar promoviendo las bases programáticas y la representación confiada por los electores; iii) de haberse posesionado en la época en que fue llamado, “...sólo habría ejercido el segundo periodo de la última legislatura, del 16 de marzo al 20 de junio de 2018, tiempo durante el cual no habría alcanzado ni siquiera a lograr la aprobación de un proyecto de ley de su autoría”, además de que tampoco habría podido ejercer el control político sobre el Gobierno Nacional, por haber integrado el mismo en diferentes cargos, desde 2014 y iv) los electores no votaron por un programa específico del candidato Rivera Flórez, pues ello no es de la esencia de la elección de los congresistas.

2.5 En todo caso, no se acreditó la culpa o el dolo que estructura la responsabilidad subjetiva exigida por la Ley 1881 de 2018, la jurisprudencia unificada de la Corte Constitucional y de esta Corporación para decretar la pérdida de investidura, en cuanto no se demostró que hubiera actuado con descuido, negligencia o la intención de causar daño con la renuncia.

Finalmente, i) propuso la excepción de falta de legitimación en la causa por pasiva, fundada en que no tiene “...la investidura y tampoco la vocación para adquirirla” y ii) adujo la ausencia del requisito de procedibilidad, consistente en la acreditación de la investidura expedida por la Organización Nacional Electoral, sin la cual, a juicio del demandado, no resultaba posible siquiera admitir la demanda, al tenor de los artículos 1º, 5º de la Ley 1881 de 2018 y 278 de la Ley 5ª de 1992.

En relación con esto último hizo un llamado para que esta Corporación defina si “¿procede la acción de pérdida de investidura y en consecuencia del adelantamiento contra una persona que no tiene la investidura y tampoco la vocación de adquirirla?” –fl. 75-. En esa misma línea, señala que “...al cumplir

de manera estricta con el requisito de ley [aportar con la demanda la certificación expedida por la Organización Electoral] se evitaría el desgaste jurisdiccional de tramitar todo un proceso contra un sujeto que la ley no determina como sujeto pasivo de la acción de pérdida de investidura” –fl. 60-.

3. La audiencia pública

El 7 de mayo pasado, a las 2:30 p.m., se celebró audiencia pública a la que asistieron el ciudadano Saúl Villar Jiménez, el agente del Ministerio Público, doctor Andrés Mutis Vanegas, el señor Guillermo Abel Rivera Flórez y su apoderado, cuyas intervenciones verbales quedaron registradas en audio y en resúmenes escritos allegados en esa ocasión.

3.1. El actor, después de resumir los hechos y precisar que la causal de pérdida de investidura tiene que ver con la circunstancia de no haberse posesionado el demandado dentro de los 8 días siguientes al llamado del 19 de enero de 2018, fecha en que se lo llamó a posesionarse en la curul del Partido Liberal vacante por la renuncia de la senadora Viviane Aleyda Morales Hoyos, como está previsto en los numerales 3° del artículo 183 constitucional y 7° del artículo 296 de la Ley 5ª de 1992, expuso que el ejercicio de un cargo burocrático no puede anteponerse como razón válida para dejar de cumplir con los deberes que impone el hecho de postularse a la elección democrática, porque, además de no constituir fuerza mayor, la voluntad de ejercer aquél no puede primar sobre la expresión democrática de los electores que resultaría defraudada, como, a su juicio, ocurrió en el caso *sub judice*, dado que el demandado antepuso el ejercicio del cargo de Ministro al cumplimiento del mandato de más de 41.000 sufragantes.

En ese sentido, el actor puso de presente que el derecho del demandado a continuar ejerciendo como miembro del Gobierno Nacional no lo exoneraba del deber de posesionarse como senador, toda vez que para proteger la voz de la democracia, el ordenamiento solamente autoriza la renuncia en los casos en

que se cumple previamente el mandato del constituyente de posesionarse oportunamente.

Agregó que el demandado no declinó el llamado actual, en razón de que la renuncia i) se limitó al emplazamiento que se le hizo en el pasado, por la vacancia temporal de la curul de la senadora Sofía Alejandra Gaviria Correa y ii) solamente puede entenderse como definitiva cuando se expresa la voluntad de retirarse de la lista, ante el partido y el Consejo Nacional Electoral.

Finalmente, solicitó que, además de ordenarse la pérdida de investidura por la causal invocada, se compulsaran copias a las autoridades competentes para que se investigue el fraude al elector y se ordenara la devolución del dinero recibido por la reposición de los votos obtenidos por el candidato no posesionado.

3.2. Es de la opinión del señor Procurador Quinto Delegado ante esta Corporación que no se configuró la causal de pérdida de investidura invocada, porque, conforme con los precedentes jurisprudenciales de la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo y de la Corte Constitucional, al candidato no elegido, como ocurre en el caso concreto, se le debe dar un tratamiento diferente, proporcional a la expectativa que tiene a ser llamado, en virtud del cual no resulta posible que se le imponga la renuncia a su proyecto de vida, sus aspiraciones personales o se le afecte los derechos al libre desarrollo de la personalidad, a escoger libremente profesión y oficio, al trabajo, como ocurriría si se le impone el deber absoluto de posesionarse cuando quiera que sea llamado a ocupar una vacante.

Asimismo, para el Ministerio Público: i) no se configura el fraude a los electores si estos no eligieron al candidato, además de que el hecho de renunciar al llamado no constituye *per se* deslealtad con el partido; ii) no resulta posible exigir con el mismo rigor al demandado el compromiso de ocupar el cargo que asumen los candidatos elegidos; iii) no se acreditó el elemento subjetivo exigido por la Ley 1881 de 2018, en cuanto no se demostró

que el demandado haya incurrido en culpa o dolo con la negativa a posesionarse y iv) por la pérdida de la curul que le fue anulada por el Consejo de Estado al Partido Liberal, debe entenderse que no existía la vacante por la que se llamó a posesionar al demandado.

3.3. El demandado puso de presente que, en cuanto no fue elegido senador y ocupó el puesto 19 en la lista del Partido Liberal, le asisten los derechos de decidir libremente sobre su participación en el Gobierno Nacional, como en efecto lo hizo desde septiembre de 2014, en diferentes cargos y de renunciar a la expectativa que tenía a desempeñarse como congresista ante el eventual llamado.

Puso de presente que, lejos de la intención de defraudar al elector o vulnerar la lealtad con el partido, su renuncia se motivó en la defensa de la independencia de las ramas del poder público, la que podría verse comprometida, toda vez que desde el cargo de Senador no podría ejercer el adecuado control político sobre el Gobierno Nacional del que viene siendo parte y participar en el trámite de múltiples proyectos de ley, varios de ellos relacionados con la implementación de los Acuerdos de Paz, presentados en calidad de Consejero Presidencial y Ministro del Interior.

Adujo, además, que el 19 de enero de 2018 no tenía la vocación de ser investido como senador porque, desde el 6 de julio de 2017, renunció con efectos definitivos a esa posibilidad, como lo entendió el Senado de la República, en cuanto llamó al señor Roberto Ortiz Urueña, quien ocupaba el puesto siguiente al suyo en la lista del partido Liberal y se posesionó en la vacante temporal de la Senadora Sofía Gaviria Correa, sin que haya podido ejercerla durante el periodo de la licencia de maternidad, dada la pérdida de la curul sobreviniente por la nulidad declarada.

Sostuvo que el 19 de enero de 2018 no se lo debió citar a la posesión, dados los efectos de la renuncia y el llamado en esas condiciones resulta equivocado, carente de fundamentos y efectos, porque i) la Mesa Directiva del Senado

llamó a quien no tenía vocación para posesionarse y ii) ante la pérdida de la curul del Partido Liberal, anulada por el Consejo de Estado, debe entenderse que no existía la vacante en la que se originó el llamado.

Manifestó que, en cuanto carece de la vocación que amerita el llamado, no es necesario justificar la no posesión en hechos constitutivos de fuerza mayor, siendo lo procedente que al efecto se analice cualquier otra causa que legitime su negativa, para el caso, la renuncia como expresión del ejercicio de los derechos fundamentales que le asisten.

A su juicio, no lesionó el interés jurídico tutelado con el deber de tomar posesión del cargo porque, aunado a que no tenía el derecho a posesionarse por carencia de vocación, con su participación en el Gobierno Nacional asumió un compromiso mayor frente a los electores y el partido, además de que el ejercicio de los cargos burocráticos no le reportan un beneficio individual mayor que la remuneración como senador.

Finalmente, agregó que, en cuanto se acreditó que actuó con diligencia y fines legítimos en el ejercicio del derecho de renuncia, no se reúne el elemento subjetivo, exigido por la Ley 1881 de 2018 para proceder con la pérdida de investidura.

4. Pruebas

Se decretaron, allegaron al proceso y trasladaron las siguientes pruebas documentales, sin que las partes las hayan tachado:

4.1. Copia de la Resolución n.º 3006 de 2014, proferida por el Consejo Nacional Electoral para declarar la elección de Senado de la República, por el período 2014-2018 y ordenar la expedición de credenciales –fls. 369 a 395, Anexo 1- y certificación del mismo órgano sobre la lista inscrita por el Partido Liberal para las elecciones del 9 de marzo de 2014, expedida el 5 de julio de 2017 -fls. 92 y 93-.

4.2. Copia de la comunicación dirigida, el 6 de julio de 2017, por el señor Guillermo Abel Rivera Flórez con el objeto de manifestar al Senado de la República la renuncia a la curul temporalmente vacante, por la licencia de maternidad de la Senadora Sofía Gaviria Correa –fl. 94-.

4.3. Copia de la comunicación del 19 de enero de 2018, con la que el Senado de la República llamó al señor Guillermo Abel Rivera Flórez a tomar posesión del cargo de Senador de la República –fl. 118-.

4.4. Copia de la respuesta que, el 24 de enero de 2018, el señor Guillermo Abel Rivera Flórez dio al Senado de la República, en el sentido de renunciar a la curul por la que fue llamado –fl. 119-.

4.5. Copia de la comunicación del 12 de enero de 2018, dirigida por el señor Guillermo Abel Rivera al Senado de la República con el objeto de dar alcance a la renuncia anterior –fl. 121-.

II. CONSIDERACIONES

1. Competencia

La Sala Especial de Decisión No. 7 es competente para conocer, en primera instancia, de la solicitud de pérdida de investidura de congresista presentada por el ciudadano Saúl Villar Jiménez en contra del señor Guillermo Abel Rivera Flórez, conforme con los artículos 184 y 237 constitucionales, 2° de la Ley 1881 de 2018 y el Acuerdo n.º 011 de 2018 de esta Corporación.

Siendo así, corresponde a esta Sala decidir si procede que se decrete la pérdida de investidura de congresista del señor Guillermo Abel Rivera Flórez, por el hecho de no haberse posesionado como Senador de la República, dentro de los ocho días siguientes al llamado que con ese fin se le hizo el 19

de enero de 2018, como se invoca en la solicitud o si, por el contrario, i) no procede la decisión de fondo por falta de requisitos de procedibilidad o ii) habrán de negarse las pretensiones, con fundamento en la falta de legitimación en la causa por pasiva y en la no acreditación de la causal invocada, en razón de la renuncia, como lo aduce el demandado.

2. Requisito de procedibilidad y legitimación en la causa por pasiva

Sostiene el demandado que la Ley 1881 de 2018 erigió la acreditación de congresista expedida por la Organización Electoral Nacional en requisito de procedibilidad, cuya ausencia impone el rechazo de la demanda y la declaración de falta de legitimación en la causa por pasiva.

Al respecto señaló el demandado:

“...surge con importancia mayúscula el requisito de procedibilidad, exigido por el artículo 5 de la Ley 1881, que establece el mínimo requisito que debe contener la solicitud o demanda de pérdida de investidura y sus anexos, cuando es presentada por un ciudadano... que en su literal b) exige la acreditación de la calidad de congresista o del que verdaderamente debe ser llamado, expedida por la Organización Electoral Nacional, pues es esta la autoridad que certifica con la calidad del término (dar certeza), quien es el que debe ser llamado (sic), así se evitaría lo que aquí ha sucedido que llamaron a quien no tenía esa vocación. No es un tema de tarifa legal, sino de certidumbre, más cuando no se está en ejercicio de la función legislativa, sino que se encuentra en la lista de inscritos no elegidos. Al cumplir de manera estricta con el requisito de ley, se evitaría el desgaste jurisdiccional de tramitar todo un proceso contra un sujeto que la ley no determina como sujeto pasivo de la acción de pérdida de investidura (falta de legitimación en la causal por pasiva), hecho que también constituye una excepción y así deberá ser decretada (...).”

Este problema no es de poca monta, sino que involucra un tema que no ha sido definido por la Corporación –al menos no expresamente- y admite sintetizarse en si “¿procede la acción de pérdida de investidura y en consecuencia del adelantamiento contra una persona que no tiene la investidura y tampoco la vocación de adquirirla?”

Es tal la certidumbre que mi representado no tiene la vocación de ser llamado a ocupar una curul en el senado, y por lo tanto no puede ser sujeto pasivo de la presente acción, en primer lugar por haber declinado la vocación de ser llamado ocupar (sic) la curul de senador, que cuando fue necesario suplir la vacante temporal por la licencia de maternidad de la Senadora Sofía Alejandra Gaviria Correa, fue llamado y tomó posesión el senador Roberto Ortiz Urueña, Senador que se encontraba ubicado el puesto (sic) 20 en la lista por el Partido Liberal, un escaño posterior a mi representado que era el 19 –fls. 60 y 65-.

En esos términos, los cuestionamientos del demandado se orientan a establecer que la solicitud de pérdida de investidura de congresista solamente puede admitirse para estudio cuando con ella se allega la acreditación expedida por el Consejo Nacional Electoral, porque, de no ser así, se permite que el proceso se adelante contra quien no tiene la investidura, fue llamado sin tener la vocación o la declinó, siendo que la persona llamada en esas circunstancias no puede ser sujeto pasivo de la acción de pérdida de investidura.

Al respecto, cabe señalar que la procedibilidad, entendida como la cualidad que hace procedente el acceso a la justicia conforme con las exigencias del ordenamiento, puede referirse tanto a requisitos procedimentales o adjetivos para el ejercicio de la acción¹, a los que se sujeta la admisión del asunto para trámite y decisión, como a los presupuestos sustantivos o motivos para la procedencia de las pretensiones promovidas, v. gr. la configuración de la causal de pérdida de investidura invocada.

En uno y otro caso, en tanto se trata de limitaciones a la garantía fundamental de acceso a la justicia, no resulta posible que los requisitos de procedibilidad se impongan para hacer nugatoria la garantía constitucional, conforme con la cual a los ciudadanos les asiste el derecho a que las pretensiones les sean tramitadas y resueltas de fondo, so pretexto de que se hagan prevalecer formalidades o ritualidades manifiestamente excesivas y, menos aún, se sustraiga del juicio del que se trata las decisiones de quienes son investidos y declinan el llamado.

En efecto, al tenor de lo dispuesto en los artículos 5°, 8° y 11 de la Ley 1881 de 2018, la acreditación de la calidad de congresista constituye un requisito formal para solicitar la pérdida de investidura, cuya inobservancia no se sanciona con la inadmisión, toda vez que esas disposiciones ponen en cabeza

¹ V.gr., algunos de los requisitos previos para demandar, de que trata el artículo 161 del C.P.A.C.A. y los requisitos para la procedibilidad de la tutela contra sentencias judiciales, según las sentencias C-590 de 2005 y SU-297 de 2015, de la Corte Constitucional.

del juez el deber de ordenar a quien corresponda que se completen o aclaren los requisitos o documentos exigidos, aún después de admitida la demanda. Carga que bien puede cumplir el solicitante con cualquier medio probatorio, como así lo tiene sentado la reiterada jurisprudencia de esta Corporación².

Ahora, la legitimación en la causa por pasiva tiene que ver con la posibilidad que una persona sea el sujeto pasivo de la relación jurídica sustancial objeto de la litis, para el caso, que ostente las condiciones que lo sujetan al juicio de pérdida de investidura. Y, en cuanto se trata de un presupuesto para decidir de fondo, como lo tiene sentado la reiterada jurisprudencia de esta Corporación, la falta de la legitimación conduce a que se nieguen las pretensiones, toda vez que en esa hipótesis el demandado no es quien debe soportar las pretensiones.

En ese orden, se pone de presente que, conforme con el artículo 183 constitucional, con el llamado que se hace a ocupar las vacantes temporales o definitivas en el Congreso el candidato queda investido de la calidad que lo hace sujeto pasivo de la acción de pérdida de investidura. Nada distinto puede entenderse, en cuanto esa norma prevé “[los congresistas perderán su investidura:... [p]or no tomar posesión del cargo dentro de los ocho días siguientes a la fecha de instalación de las Cámaras, o a la fecha en que fueren llamados a posesionarse”.

De donde, acreditado como está que el demandado fue llamado a ocupar una vacante en el Senado de la República, siguiendo el orden de la votación obtenida por la lista electoral del Partido Liberal, carecen de fundamento los reparos sobre la falta de legitimación en la causa por pasiva. Legitimación que no se desvirtúa por el hecho de la renuncia o el decaimiento aducidos por el demandado, en cuanto orientadas esas razones a justificar la no posesión y no a desvirtuar que efectivamente fue llamado a ocupar una curul vacante.

² Cfr. Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, sentencia del 27 de septiembre de 2016, ponente Alberto Yepes Barreiro, radicación 11001031500020140386600 (PI), entre otras.

Para la Sala no es dable el entendimiento en el sentido que el hecho de haber renunciado a la vocación deslegitima al llamado como sujeto pasivo de la acción de pérdida de investidura, toda vez que, conforme con el numeral 3° del artículo 183 constitucional, la persona que es llamada a posesionarse como congresista, por ese hecho es sujeto pasivo de la acción y las razones invocadas para no hacerlo son susceptibles de control judicial a través de ese medio procesal.

3. Estudio de la causal invocada

Es criterio jurisprudencial unánime que la acción que se resuelve es de naturaleza judicial, autónoma y de carácter sancionatorio; se adelanta por solicitud de la Mesa Directiva de la Cámara correspondiente o de cualquier ciudadano, con fundamento en alguna de las causales establecidas taxativamente en el ordenamiento jurídico y la competencia para decretarla recae en esta Sala, con la finalidad de *“...garantizar a los gobernados que las personas a quienes se ha distinguido con tan alta dignidad no abusarán de su poder, aprovechándolo para alcanzar sus fines personales, pues la actividad a ellos encomendada debe estar exclusivamente al servicio del bien público”*³.

También, se tiene por sentado que la acción pública de pérdida de investidura representa una ampliación de los mecanismos democráticos puestos a disposición de la ciudadanía para velar porque se preserve la dignidad que el ordenamiento le confiere a la calidad de congresista.

La acción de la que se trata se desdobra al menos en las siguientes dimensiones i) es un mecanismo de participación democrática que busca, en este caso, asegurar que los congresistas como representantes del pueblo se atengan a las fronteras fijadas por el ordenamiento constitucional y ii) la ciudadanía habilitada constitucionalmente para promover la acción pública de pérdida de investidura la ejerce ante un órgano de naturaleza jurisdiccional, en

³ Cfr. Corte Constitucional, Sentencia C-497 de 1994, ponente José Gregorio Hernández Galindo y Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, Sentencia del 5 de noviembre de 2014, ponente Stella Conto Díaz del Castillo, radicación 110010315000201200900-00 (2012-00899 y 2012-00960 acumulados), entre otras.

el marco de un proceso sancionatorio en desarrollo del cual el referente de control es estrictamente el establecido en la Constitución y la ley, que se adelanta bajo estricta aplicación de las garantías del debido proceso y en el que el juez se contrae a verificar si se configuraron o no las causales expresa y taxativamente previstas en la Constitución, invocadas para la desinvestidura.

En el caso concreto, el actor solicitó la pérdida de investidura con fundamento en la causal prevista en los numerales 3° del artículo 183 constitucional y 7° del artículo 296 de la Ley 5ª de 1992, consistente en no haberse posesionado el señor Guillermo Abel Rivera Flórez dentro de los 8 días siguientes al 19 de enero de 2018, fecha en que fue llamado a posesionarse. A juicio del actor, la renuncia del demandado no lo eximió del cumplimiento del deber de posesionarse, toda vez que el ordenamiento autoriza la dimisión durante el ejercicio del cargo, no antes y la declinación en esas circunstancias lesiona el derecho de participación democrática, en cuanto se defrauda a los electores.

El demandado, por su parte, adujo en su defensa que i) carecía de la vocación para ser llamado como lo hizo el Senado de la República el 19 de enero de 2018, en razón de la renuncia presentada y aceptada previamente y ii) el llamado quedó sin efectos a partir de la sentencia de esta Corporación que anuló la curul 17 del Partido Liberal.

Los elementos probatorios allegados al proceso ofrecen certeza sobre los siguientes hechos:

i) el señor Guillermo Abel Rivera Flórez no fue elegido Senador de la República en las elecciones para el periodo constitucional 2014-2018, empero sí ocupó el puesto 19, con 41.851 votos, de la lista con la que el Partido Liberal obtuvo 17 curules en el Senado –Resolución n.º 3006 de 2014, proferida por el Consejo Nacional Electoral para declarar la elección de Senado de la República para el período 2014-2018 y ordenar la expedición de credenciales –fls. 369 a 395, Anexo 1- y Certificación del Consejo Nacional Electoral, expedida el 5 de julio de 2017 -fls. 92 y 93-.

ii) El 6 de julio de 2017, el señor Guillermo Abel Rivera Flórez presentó ante el Congreso de la República “*renuncia a la curul*” de senador, en los siguientes términos –se destaca-: “*en virtud del artículo 275 de la Ley 5ª de 1992, presento renuncia a ocupar la curul de Senador de la República por el Partido Liberal 2014-2018, que temporalmente me correspondería en la hipótesis de la licencia de maternidad concedida a la Honorable Senadora Sofía Gaviria Correa en los términos del párrafo transitorio del artículo 134 de la Constitución Política*” –fl. 94-.

iii) El 19 de enero de 2018, el Senado de la República, a través del Secretario General, llamó al señor Guillermo Abel Rivera Flórez a tomar posesión del cargo, en virtud de la vacancia generada por la renuncia de la senadora Viviane Aleyda Morales Hoyos, así:

*Siguiendo instrucciones del Presidente del Senado de la República, y en cumplimiento a lo establecido en el Reglamento Interno del Congreso, procedemos a hacer **EL LLAMADO** –artículo 278, Ley 5ª de 1992- a tomar posesión del cargo de Senador de la República, dentro de los ocho (8) días siguientes al recibo del comunicado. Dicha posesión tendría efectos por el resto del periodo Constitucional 201-2018.*

Lo anterior, teniendo en cuenta que, se presentó vacancia definitiva en una de las curules que ostenta el Partido Liberal Colombiano -artículo 275 ley 5ª 1992- y que, según certificación expedida por el Consejo Nacional Electoral, usted es quien tiene ese derecho –fl. 118-.

iv) El 24 de enero de 2018, el señor Guillermo Abel Rivera Flórez respondió al llamado en el sentido de renunciar, como en efecto lo expresó en esa oportunidad:

El pasado viernes 19 de enero recibí comunicación en la cual me informan del llamado a ocupar una curul en el Honorable Senado de la República como consecuencia de la vacancia definitiva que se presenta debido a la renuncia por parte de la Senador Viviane Morales Hoyos del Partido Liberal. Como es de público conocimiento desde el 1º de junio de 2017, me estoy desempeñando como Ministro del Interior luego del generoso ofrecimiento por parte del Presidente de la República.

El ejercicio de este cargo implica un compromiso personal e institucional que debo terminar de cumplir, especial en el liderazgo que, desde este Ministerio, hemos asumido en la construcción de una paz estable y duradera.

Por lo anterior, me veo en la obligación de declinar la dignidad de ocupar una curul en el Senado de la República –fl. 119-.

v) El 12 de enero de 2018, esto es, 4 días después de presentada la solicitud de pérdida de investidura, el señor Rivera Flórez manifestó ante el Senado de la República que, en cuanto la renuncia presentada el 6 de julio de 2007 “...tuvo el alcance de renunciar a la vocación de ser llamado...”, no debió ser llamado a ocupar la vacante el 19 de enero de 2018 y tampoco deberá serlo “...ante cualquier otra eventual vacancia absoluta o temporal que sugieran que yo deba ser llamado a ocupar una curul” –fl. 121-.

La valoración conjunta de esos elementos probatorios permite concluir que i) el 19 de enero de 2018 el señor Rivera Flórez tenía la vocación para ser llamado a posesionarse como Senador, como en efecto se lo llamó en esa fecha; ii) el candidato respondió oportunamente al llamado, en el sentido de renunciar y iii) el llamado no perdió sus efectos por la nulidad de la curul 17 del partido Liberal, declarada por esta Corporación.

En efecto, la comunicación del 6 de julio de 2017 no deja dudas en cuanto a que el señor Rivera Flórez renunció específicamente al llamado que se le hizo a ocupar la vacante temporal por la licencia de maternidad de la Senadora Sofía Gaviria Correa. No resulta posible extender el alcance de su decisión a otros llamados y menos aún entenderse la decisión definitiva de no aceptar el llamado a ocupar vacantes futuras, como lo habilitaba el hecho de integrar la lista electoral del Partido Liberal para el período 2014-2018.

Ello es así, porque, en cuanto expresión libre de la autonomía de la voluntad, a la renuncia no pueden atribuirse efectos no manifestados por quien declara esa voluntad. Admitir lo contrario equivaldría a trasladar al destinatario de la

renuncia la facultad para disponer de los derechos del interesado, más allá del querer manifestado.

Ese mismo entendimiento se observa en las actuaciones del Senado de la República, en cuanto, con posterioridad a la renuncia del 6 de julio de 2017, llamó nuevamente al candidato Rivera Flórez a ocupar una curul, esta vez la que quedó vacante por la renuncia de la Senadora Viviane Aleyda Morales Hoyos.

En ese orden, la posesión del señor Roberto Ortiz Urueña, siguiente en la lista, antes que desvirtuar la vocación del demandado para ser llamado nuevamente, como se hizo el 19 enero de 2018, confirma el entendimiento en el sentido que la no aceptación anterior se limitó a la curul de la Senadora Sofía Gaviria Correa, vacante temporalmente por la licencia de maternidad.

La Sala pone de presente que, si bien, *stricto sensu*, la acción por la que se procede no tiene como objeto enjuiciar la legalidad o validez del llamado hecho por el Senado de la República, no es dable el entendimiento en el sentido que el llamado del 19 de enero de 2018 era errado, infundado y no vinculante, como lo aduce el demandado, dado que lo que se acompasa con la no aceptación manifestada con anterioridad por el demandado y las actuaciones del Senado, es que la declinación solamente comprendió el llamado a ocupar la vacante temporal en julio de 2017.

Ese mismo entendimiento viene a ser ratificado por el hecho que, antes que oponerse a la posesión con fundamento en la falta de vocación, el demandado asumió como válido el nuevo llamamiento, al punto que decidió no aceptarlo, como lo manifestó el 24 de enero siguiente. En tanto no puede renunciarse a lo que no se tiene, lo que se acompasa con esa nueva declinación es el reconocimiento de la vocación que para entonces ostentaba el demandado.

Asimismo, para la Sala, carece de fundamento la ineficacia del llamamiento alegada por el demandado con fundamento en la nulidad de la curul 17 del

Partido Liberal, toda vez que el llamado tenía que ver con la posesión en la curul 12, esto es aquella a la que renunció la Senadora Viviane Aleyda Morales Hoyos.

Aunado a lo anterior, habrá de considerarse que el término constitucional en el que debía posesionarse el señor Rivera Flórez venció antes de la declaración de nulidad de la curul 17 y, asimismo, que la causal de pérdida de investidura procede por la no posesión dentro de ese término, como en efecto ocurrió.

En esa misma línea, aunque se entienda que la sentencia que decide la nulidad produce efectos hacia el pasado, materialmente no resulta posible retrotraer totalmente las cosas al estado anterior a la elección anulada, por ejemplo, desconocer absolutamente los efectos de la posesión y la función pública ejercida por quien ostentaba esa curul, dada la imposibilidad de deshacer esos efectos en el tiempo.

Establecido, como está, que el señor Guillermo Abel Rivera Flórez respondió oportunamente, esto es el 24 de enero de 2018, al llamado que se le hizo el día 19 anterior, en el sentido de renunciar, procede que la Sala analice si la renuncia efectivamente enervó el deber de posesionarse que recaía sobre el llamado.

Para esta Sala, resulta claro que, conforme con las disposiciones de los numerales 3° del artículo 183 constitucional y 7° del artículo 296 de la Ley 5ª de 1992, el llamado a posesionarse que se hace a los integrantes de las listas electorales, por orden de votación, atribuye la investidura de congresista que puede despojarse a través de la acción de la que se trata, asimismo que la pérdida procede por el hecho de no haberse posesionado la persona dentro los 8 días siguientes al llamado.

La jurisprudencia de la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo tiene por sentado que⁴:

i) entre los elegidos y los candidatos que tienen la vocación de ser llamados a ocupar vacantes existen diferencias sustanciales, en tanto estos últimos solamente tienen una expectativa que se concreta con el llamado, por cuya virtud no resulta posible que se les imponga los deberes exigibles a los elegidos;

ii) a los candidatos al Congreso de la República no elegidos, con vocación de ser llamados a ocupar las vacantes temporales o definitivas, les asiste el derecho de decidir si aceptan el llamado;

iii) de no aceptar el llamado definitivamente, si bien, *stricto sensu*, no puede renunciar al cargo como si se tratara de un congresista en servicio, el candidato puede *“...presentar un escrito de no aceptación definitivo del llamamiento a ejercer el cargo, de la misma manera que un empleado nombrado para un empleo presenta un escrito de no aceptación del nombramiento cuando esa es su voluntad”*⁵ y,

iv) en lo que toca con la toma de posesión, resulta reprochable que se deje al arbitrio de los llamados la invocación de criterios subjetivos para extender el plazo constitucional de 8 días, toda vez que con ello se afecta el principio de participación democrática, protegido con el numeral 3° del artículo 183 constitucional, razón por la que de no poder posesionarse y no mediar fuerza mayor, la persona llamada no puede invocar excusas con ese fin y, por tanto, – se destaca- *“...no le queda otra alternativa que la de no aceptar definitivamente el llamamiento, que tiene cierta similitud con la no aceptación del nombramiento que se hace en vía administrativa, con lo cual deja a las Directivas de la Corporación en la posibilidad de hacer el llamamiento a otro*

⁴ Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, sentencia del 13 de noviembre de 2001, ponente Tarsicio Cáceres Toro, radicación 11001-03-15-000-2001-0133-01(PI).

⁵ Sala Plena, sentencia del 13 de noviembre de 2001, ya citada.

*candidato de la mencionada lista en el orden que establece nuestro régimen jurídico, previa la aceptación de tal manifestación de voluntad*⁶.

Criterios que la Sala acoge en el caso concreto porque, aunado a la similitud de los elementos fácticos y jurídicos entre el caso decidido en aquella oportunidad y el que ahora ocupa la atención, esos criterios se acompasan con la naturaleza de la expectativa que les asiste a los candidatos a ocupar las vacantes, si se considera que:

i) a los integrantes de la lista electoral para el Congreso de la República les asiste la mera expectativa a ser llamados, siguiendo el orden de inscripción o votación obtenida, en forma sucesiva y descendente, a ocupar las vacantes, temporales o definitivas, que se presenten en las curules de la misma lista, por las situaciones previstas en el artículo 134 constitucional, modificado por los Actos Legislativos 01 de 2009 y 02 de 2015, este último vigente en la época de los hechos *sub judice*.

ii) El candidato que recibe el llamado a ocupar la curul vacante, por su parte, se encuentra a mitad de camino entre la mera expectativa y la consolidación de los derechos a los que se accede a partir de la posesión y, por tanto, tiene a su favor una expectativa legítima, esta sí protegida por el ordenamiento, como lo tiene sentado la jurisprudencia de esta Corporación⁷ y de la Corte Constitucional⁸.

⁶ *Ibídem*.

⁷ Cfr., -se destaca- “Ahora, es necesario considerar que la constitución del derecho en algunos casos, depende de un hecho simple, susceptible de realizarse en un solo momento, mientras que en el mayor número de ocasiones se subordina a requisitos, gestiones y actuaciones, caso este último en el que su probabilidad de consolidación dependerá del mantenimiento de las condiciones siempre que los requisitos se hubiesen cumplido, **atendiendo a las actuaciones desplegadas por el sujeto con sujeción a lo establecido previamente**. De donde, para la Sala, aunque resultan equivalentes, la afectación del interés en tratándose de la expectativa legítima no puede valorarse como si se hubiera perdido el derecho, sino como la pérdida de la oportunidad de obtenerlo”, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección B, Sentencia del 29 de julio de 2013, ponente Stella Conto Díaz del Castillo, radicación 25000233600019981597201 (27.228).

En el mismo sentido -se destaca-: “10.2.9. El principio de confianza legítima ampara expectativas legítimas y estados de confianza. Frente a las expectativas legítimas son situaciones que se encuentran a mi-chemin entre las meras expectativas y los derechos adquiridos. Así, la eficacia del principio de confianza legítima no se inspira propiamente en la protección de derechos adquiridos o situaciones jurídicas consolidadas y, menos aún, de las meras expectativas, si se considera que respecto a los primeros, el fundamento de la responsabilidad tiene sus propios presupuestos -derechos adquiridos- y frente a las segundas no existen bases firmes para edificar un juicio de responsabilidad, pues son esperanzas inciertas nacidas únicamente en el fuero

Conforme con los criterios jurisprudenciales de esta Corporación, en el caso de la expectativa legítima ya empezaron a jugar en favor de una persona determinada los supuestos de hecho previstos en el ordenamiento, para el caso, el llamamiento hecho al candidato en virtud del artículo 134 constitucional, de tal manera que depende de su voluntad la consolidación de los derechos, poder dispositivo que, en el caso concreto, comprende la decisión de no aceptar el llamado o la aceptación y la toma de posesión.

iii) La votación obtenida por el candidato no elegido y el principio de participación democrática no justifican que se restrinja con carácter absoluto la facultad que le asiste al no elegido de decidir sobre la aceptación del llamado, toda vez que es la elección la que impone los deberes concernientes a la participación democrática y no el mero hecho de haber obtenido votación.

iv) Las limitaciones relativas a la fuerza mayor, como eximente del deber de tomar posesión, que el artículo 183 constitucional impone, no pueden constituirse en restricción absoluta para decidir libremente sobre la aceptación del llamado. En ese orden, a la persona que ha sido llamada a ocupar una curul vacante le asiste el deber de decidir oportunamente sobre la aceptación, decisión que no viene constreñida constitucionalmente por razones de fuerza mayor, en tanto exigidas estas últimas para justificar la no toma de posesión.

Siendo así, al tenor de lo dispuesto en el numeral 3° y parágrafo del artículo 183 constitucional, es dable entender que la manifestación sobre la

*interno del ciudadano; en ese sentido el artículo 17 de la Ley 153 de 1887 dispone: “Las meras expectativas no constituyen derecho contra la ley nueva que las anule o cercene”; los únicos intereses que se enmarcan dentro del principio de confianza legítima **son aquellas expectativas legítimas a la consolidación de un derecho en vía de serlo...**” 10.2.15.1. Primero. **La existencia de una disposición estatal frente a la que se suscitan expectativas legítimas** o de actuaciones suyas que generan estados de confianza en los sujetos. **Se constituyen las primeras por la puesta en marcha de los supuestos de hecho que las disposiciones estatales dejan al arbitrio de la autonomía de la voluntad para la constitución de los derechos**, mientras los segundos emanan de actos, omisiones o hechos externos del Estado que revisten el carácter de concluyentes, ciertos, inequívocos, verificables y objetivados frente a una situación jurídica particular en virtud de los cuales se crean estados de confianza, plausibles y razonables en la conciencia de los asociados”, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección B, Sentencia del 31 de agosto de 2015, ponente Ramiro Pazos Guerrero, radicación 25000232600019990007-01 (22637) y acumulados.*

⁸ Cfr., Corte Constitucional, Sentencias C-478 de 1998, ponente Alejandro Martínez Caballero; C-131 de 2004, ponente Clara Inés Vargas Hernández y C-663 de 2007, ponente Manuel José Cepeda Espinoza, entre otras.

aceptación del llamado y la toma de posesión, en el caso en que la persona llamada así lo decida, deberá ocurrir dentro de los 8 días siguientes a la notificación o comunicación, toda vez que de no hacerlo podría estar incurso en la causal de pérdida de investidura. Sin que, en todo caso, la no aceptación del llamado dentro de ese plazo se sujete a las razones de fuerza mayor.

4. Conclusión

Acreditado, como está, que el señor Guillermo Abel Rivera Flórez i) fue llamado el 19 de enero de 2018 a posesionarse en la curul vacante por la renuncia de la Senadora Viviane Aleyda Morales Hoyos; ii) tenía la vocación para ser llamado, por ocupar el puesto 19 en la lista de candidatos inscritos por el Partido Liberal a las elecciones para el periodo 2014-2018 y iii) manifestó oportunamente al Senado de la República su decisión de no aceptar el llamado, como en efecto podía decidirlo, procede que se nieguen las pretensiones de la solicitud de pérdida de investidura.

Por las mismas razones, la Sala se abstendrá de pronunciarse sobre los demás argumentos de las partes, relativos al fraude al elector, la devolución de los dineros recibidos como reposición de los votos obtenidos por el candidato y el elemento subjetivo de la responsabilidad, invocado por el demandado y el Ministerio Público.

III. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala Especial de Decisión de Pérdida de Investidura No. 7, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Constitución y la ley,

FALLA

Primero. SE DECLARA infundada la excepción de falta de legitimación en la causa por pasiva, alegada por el demandado.

Segundo. SE NIEGA la pérdida de investidura de congresista del señor Guillermo Abel Rivera Flórez, solicitada por el ciudadano Saúl Villar Jiménez con fundamento en la causal prevista en los numerales 3° del artículo 183 constitucional y 7° del artículo 296 de la Ley 5ª de 1992.

Tercero. En firme esta providencia, archívese el expediente.

COPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

STELLA CONTO DÍAZ DEL CASTILLO
Presidenta de la Sala

LUCY JEANNETTE BERMÚDEZ
BERMÚDEZ
Magistrada

OSWALDO GIRALDO LÓPEZ
Magistrado

CARMELO PERDOMO CUÉTER
Magistrado

JULIO ROBERTO PIZA
RODRÍGUEZ
Magistrado