



Radicación: 76001 23 33 000 2020 00838 01
Solicitante: Procurador 18 Judicial II Administrativo

CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCIÓN PRIMERA

CONSEJERO PONENTE: OSWALDO GIRALDO LÓPEZ

Bogotá, D.C., veintiséis (26) de agosto de dos mil veintiuno (2021)

Referencia: PÉRDIDA DE INVESTIDURA
Radicación: 76001-23-33-000-2020-00838-01
Solicitante: PROCURADOR 18 JUDICIAL II ADMINISTRATIVO DE CALI
Concejal acusado: ANTONIO JAVIER MONTOYA IDÁRRAGA

TESIS Incurrir en causal de pérdida de investidura la persona que fue elegida popularmente como concejal y no toma posesión del cargo sin que medie una causal de fuerza mayor que lo justifique.

SENTENCIA SEGUNDA INSTANCIA

La Sala decide el recurso de apelación interpuesto por el Procurador 18 Judicial II Administrativo de Cali en contra de la sentencia proferida el 23 de septiembre de 2020 por el Tribunal Administrativo del Valle del Cauca que denegó la desinvestidura del señor Antonio Javier Montoya Idárraga, elegido concejal del municipio de El Cerrito - Valle del Cauca, para el período constitucional 2020-2023.



I.- SÍNTESIS DEL CASO

1.1.- La causal de pérdida de investidura invocada¹

El señor Procurador 18 Judicial II Administrativo de Cali solicitó se decretara la pérdida de investidura del señor Antonio Javier Montoya Idárraga, quien fue elegido concejal del municipio de El Cerrito, Valle del Cauca, en representación del partido Alianza Verde en las elecciones realizadas el 27 de octubre de 2019 para el período 2020 - 2023, 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 explicó que el 27 de octubre de 2019 tuvo lugar en todo el territorio nacional el proceso electoral para elegir, entre otros, a quienes integran los concejos municipales para el período 2020-2023, y allí resultó elegido como concejal del municipio de El Cerrito, Valle del Cauca, el señor Montoya Idárraga.

Señaló que, conforme a lo establecido por la Ley 136 de 1994, el 2 de enero de 2020 se instaló la sesión del concejo municipal de El Cerrito y consecuentemente se procedió al acto de posesión de los miembros de la corporación; sin embargo, el acusado no se posesionó en esa fecha ni en los tres días siguientes, como lo exige la referida norma.

Sostuvo que el señor Montoya Idárraga aceptó de manera expresa que no tomó posesión del cargo debido a que en el mismo Tribunal que conoció de esta pérdida se adelantaba en su contra un proceso de nulidad electoral radicado bajo el número 2019- 00122.

¹ Según consulta del proceso realizada por One Drive.

² Ibídem.



Consideró que, independientemente de lo que resultare en el proceso de nulidad electoral, el concejal electo debió posesionarse dentro del término perentorio señalado en la ley, so pena de incurrir en causal de pérdida de investidura.

Arguyó que en el proceso no se evidencian circunstancias de fuerza mayor que le hayan impedido al demandado tomar posesión en el cargo para el cual fue elegido popularmente.

2.- Contestación del acusado

El señor Antonio Javier Montoya Idárraga, actuando por conducto de apoderado, contestó la solicitud, oponiéndose a las pretensiones, manifestando como argumentos de defensa los siguientes³:

Expuso que no renunció a la curul de manera deliberada, sino que las razones de la decisión obedecieron a que conoció días antes de posesionarse que se presentó en su contra una demanda de nulidad electoral por presuntamente incurrir en una inhabilidad al haber realizado actividades para la Institución Educativa Sagrado Corazón del municipio de El Cerrito.

Aseveró que, con fundamento "*en las explicaciones que abogados conocidos le dieron*", determinó que renunciar a la curul era la única opción posible, sumado a que, por su profesión de publicista, no tiene conocimientos amplios en derecho.

Afirmó que se inscribió como candidato al concejo motivado por hacer un trabajo de alto enfoque social y que consultó con profesionales del

³ Proceso consultado vía One Drive.



derecho si ese hecho le generaría alguna clase de inconvenientes y éstos le indicaron que no se presentaba ninguno.

Adujo que, ante la falta de conocimiento legal sobre su situación frente al régimen de inhabilidades, decidió presentar renuncia a la curul y no posesionarse para evitar una sanción disciplinaria, sin saber que por ello el Ministerio Público promovería esta demanda.

Añadió que se trata de una contradicción legal que posiblemente estuviera incurso en una causal de inhabilidad y por no tomar posesión del cargo se le adelanta un proceso de pérdida de investidura, ya que *"la misma ley lo está obligando a ocupar una curul cuando no se ha esclarecido si efectivamente se encontraba inmerso en una inhabilidad"*, dualidad que considera debe resolverse a su favor porque actuó de buena fe, y solicitó se dé aplicación a la fuerza mayor como eximente de responsabilidad.

3.- La sentencia de primera instancia

La Sala Plena del Tribunal Administrativo del Valle del Cauca, en sentencia del 23 de septiembre de 2020, denegó las pretensiones de la demanda⁴.

Como razones de la decisión se apoyó en las siguientes:

Recordó que, respecto de esta causal, la Corte Constitucional, en la sentencia SU- 632 de 2017, explicó que se trata de una sanción de reproche ético por la defraudación del compromiso adquirido entre la persona electa que no se posesiona y sus electores, cuando no medie una fuerza mayor que impida su posesión.

⁴ Consultada vía One Drive.



Señaló que, para que se configure la fuerza mayor como eximente de responsabilidad, el interesado debe acreditar la ocurrencia de un hecho imprevisible e irresistible sobre el cual no haya tenido control y le impida dar cumplimiento a la obligación de posesionarse.

Citó, entre otras providencias, las proferidas por esta Sección el 6 de agosto de 2015⁵ y el 2 de junio de 2016⁶, en donde se determinó que la persona electa debe dar a conocer a la respectiva corporación territorial las razones mínimas constitutivas de fuerza mayor que le impiden posesionarse en el cargo y no esperar hasta que curse una demanda de pérdida de investidura para dar las explicaciones y demostrar la existencia de un motivo de fuerza mayor.

En el caso concreto, analizó que el señor Javier Montoya Idárraga resultó elegido para el concejo municipal de El Cerrito, quien manifestó por escrito que no tomaría posesión del cargo, por lo que el presidente de dicho concejo, mediante la Resolución nro. 04 del 8 de enero de 2020, “(...) tramitó el escrito anterior en el que consignó la decisión del concejal electo de no posesionarse como una “renuncia”, declarando la vacancia absoluta de la curul (...)”.

Aclaró que, si bien en el aludido acto administrativo se hizo referencia a la aceptación de una renuncia, realmente el demandado, aunque gozaba de la condición de concejal electo, no ostentaba la investidura, pues para ello primero necesitaba tomar posesión del cargo, como lo dispone el inciso 2 del artículo 122 de la Constitución Política; es decir, que no podía renunciar a un cargo respecto del cual no se había posesionado, tal como lo ha sostenido la jurisprudencia de esta Corporación.

⁵ Consejo de Estado. Sección Primera. Sentencia del 6 de agosto de 2015. C.P. María Elizabeth García González. (E). Expediente radicación 41001-23-33-000-2013-00337- 01 (PI).

⁶ Consejo de Estado. Sección Primera. Sentencia del 2 de junio de 2016. C.P. Roberto Augusto Serrato Valdés. Expediente radicación nro. 19001-23-23-003-2015-00496-01 (PI).



Concluyó que "(...) el señor *IDÁRRAGA MONTOYA* pese a resultar elegido por votación popular como concejal del Municipio de El Cerrito, decidió no tomar posesión del cargo en la fecha en que se produjo la instalación del Concejo Municipal, ni dentro de los tres días siguientes a la misma, como lo establece el numeral 3º del artículo 48 de la Ley 617 de 2000, situación que es constitutiva de la causal de pérdida de investidura invocada, la que no logra desfigurarse con el argumento de que la renuncia fue presentada oportunamente, es decir, en la fecha anotada, ya que como se dejó definido atrás, sólo podía hacer uso de esta prerrogativa, una vez posesionado en su curul".

Agregó que en el escrito presentado por el acusado, en el que manifestó su voluntad de no posesionarse, omitió explicar las razones de tal decisión y no se refleja la ocurrencia de fuerza mayor, siendo extemporáneo que, en sede judicial, una vez demandada la pérdida de investidura, pretenda justificar su actuación amparado en una eventual inhabilidad que hace consistir en que antes de posesionarse fue demandada su elección en un proceso de nulidad electoral, lo que no constituye un evento de fuerza mayor.

Conforme con lo anterior, estimó que el elemento objetivo de la causal de pérdida de investidura estaba probado.

En cuanto al elemento subjetivo, expuso que, sin perjuicio de lo antes analizado, una vez valoradas las condiciones personales del demandado, que, según informó en la contestación de la demanda, no tiene conocimientos legales porque es de profesión publicista y era la primera vez que incursionaba en política, no se observaba una conducta dolosa de su parte, en la medida que "*no tuvo la intención de incurrir en la causal de pérdida de investidura*", ni un comportamiento culposo.



Reiteró que, aunque la decisión del acusado de no posesionarse en el cargo para el cual fue elegido se produjo con ocasión de la demanda de nulidad electoral presentada en su contra y ello no constituye un hecho de fuerza mayor, lo hizo para evitar una posible conducta sancionada como falta gravísima en el numeral 17 del artículo 48 del Código Disciplinario Único, lo que descartaba su culpabilidad, puesto que desistió al cumplimiento del requisito de la posesión con la convicción de precaver una eventual sanción disciplinaria, que daría también lugar a una causal de pérdida de investidura por violación del régimen de inhabilidades, por lo que no se configuraba el elemento subjetivo; con base en esos argumentos denegó las pretensiones de la demanda.

4.- El recurso de apelación presentado por el Ministerio Público

Inconforme con la sentencia de primera instancia y dentro de la oportunidad procesal correspondiente, el Procurador 18 Judicial II Administrativo de Cali interpuso recurso de apelación para que fuera revocada y, en su lugar, se accediera a las pretensiones, arguyendo⁷ que:

Como lo planteó en el texto de la demanda, el medio de control de pérdida de investidura está encaminado a resaltar el valor y la trascendencia que implica obtener el respaldo popular a través de los procesos democráticos y por eso los candidatos elegidos, sobre todo en las corporaciones públicas, tienen un nivel de exigencia mayor al de cualquier ciudadano, toda vez que en ellos depositaron la confianza los electores.

Adujo que la providencia recurrida no se compadece con la finalidad de este medio de control ni con lo que aspiran y esperan los electores cuando deciden apoyar a un candidato a una corporación pública, quien

⁷ Consultado en el expediente por One Drive.



siendo elegido debe asumir ese compromiso democrático y no defraudarlo por unas supuestas consultas y averiguaciones de inelegibilidad que debió hacer oportunamente.

Alegó que, pese a que en la sentencia cuestionada se estableció que se configuró la causal de pérdida de investidura y que no era procedente avalar la figura de la aceptación de renuncia, toda vez que el concejal electo no se posesionó, ni se configuró la fuerza mayor, se denegó la pérdida de investidura cuando *“este análisis no debe ser aislado del componente subjetivo del proceder del demandado”*.

Consideró que había lugar a decretar la pérdida de investidura y que, sin profundizar, se descartó la configuración del dolo y de la culpa atendiendo a que el demandado no era abogado, cuando el hecho de tener esa profesión no implica que conozca o desconozca la temática electoral, y de igual manera se superó el elemento subjetivo aludiendo a que había participado por primera vez en una contienda electoral como si ello lo excusara del deber de hacer averiguaciones previas antes de empeñarse en un proceso democrático.

Cuestionó que debe analizarse con mayor detenimiento el elemento subjetivo del demandado, *“sobre todo teniendo en cuenta que es de carácter culposo y que se agrava por haber defraudado la voluntad política del (sic) sus electores”*.

El recurso de apelación fue concedido por auto del 21 de octubre de 2020⁸.

⁸ Consultado en el expediente por One Drive.



5.- Trámite de segunda

5.1. El expediente fue asignado a esta Sección por acta de reparto del 30 de octubre de 2020⁹ y por auto del 9 de noviembre del mismo año se admitió el recurso de apelación¹⁰.

5.2. Por auto del 19 de marzo de 2021 se ordenó correr traslado a las partes para que presentaran sus alegatos de conclusión, así como al señor agente del Ministerio Público para que, si lo consideraba pertinente, rindiera concepto¹¹. Al efecto recorrieron el traslado:

El **Procurador 18 Judicial II Administrativo de Cali** recorrió el traslado insistiendo en los argumentos expuestos al presentar el recurso de apelación, indicando que, dadas las condiciones fácticas y jurídicas, en este caso había lugar a decretar la pérdida de investidura del acusado como lo solicitó desde la demanda, comoquiera que defraudó la voluntad democrática de sus electores¹².

A su turno, el apoderado del señor **Antonio Javier Montoya Idárraga**, en los alegatos presentados¹³, reiteró que su representado nunca había participado en política; además, que por su profesión de publicista no tenía el conocimiento necesario para determinar qué acciones u omisiones daban lugar a la comisión de una falta y que, por ello, ante la duda de la configuración de la inhabilidad por la que se le demandó en el proceso de nulidad electoral, decidió de buena fe renunciar, por lo que su actuar no fue doloso. Por último, manifestó que traía a colación la sentencia proferida por esta Sala el 2 de junio de 2016 en el proceso

⁹ Folio 25 cuaderno apelación.

¹⁰ Folios 27 cuaderno de apelación.

¹¹ Visto en el índice 9 de la Sede Electrónica para la Gestión Judicial del proceso con radicado nro. 76001 23 33 000 2020 00838 01.

¹² Visto en el índice 15 de la Sede Electrónica para la Gestión Judicial del proceso con radicado nro. 76001 23 33 000 2020 00838 01.

¹³ Visto en el índice 17 de la Sede Electrónica para la Gestión Judicial del proceso con radicado nro. 76001 23 33 000 2020 00838 01.



con radicación nro. 19001-23-23-003-2015-00496-01(PI)¹⁴, citada también por el Tribunal, e indicó que *“así, se puede entrever la buena fe del demandado, en tanto no conocía que el mero hecho de renunciar a la curul era un argumento suficiente para iniciar por parte de la Procuraduría, un proceso de pérdida de investidura”*, por lo que solicitó sea confirmada la sentencia apelada.

El expediente ingresó a despacho para fallo el 10 de mayo de 2021¹⁵.

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 parágrafo 2 del artículo 48 de la Ley 617 de 2000¹⁶ y, por el numeral 5 del artículo 13 del Acuerdo nro. 080 del 12 de marzo 2019¹⁷ emitido por la Sala Plena del Consejo de Estado, que regula la distribución de negocios entre las secciones¹⁸.

¹⁴ C.P. Roberto Augusto Serrato Valdés.

¹⁵ Visto en el índice 18 de la Sede Electrónica para la Gestión Judicial del proceso con radicado nro. 76001 23 33 000 2020 00838 01.

¹⁶ *“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 parágrafo 2° 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.

¹⁷ *Por medio del cual se compila y actualiza el reglamento interno del Consejo de Estado*, publicado el 1° de abril de 2019 en el Diario Oficial número 50913.

¹⁸ *“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 (...)”*.



2.- Procedibilidad de la acción de pérdida de investidura

Para acreditar que el señor Antonio Javier Montoya Idárraga fue elegido concejal del municipio El Cerrito, Valle del Cauca por el partido Alianza Verde para el período constitucional 2020-2023, el Ministerio Público aportó copia del formulario E-26 CON¹⁹, donde consta que se declararon electos como concejales de dicho municipio del departamento del Valle del Cauca, para el citado período, entre otros, al señor Montoya Idárraga.

3.- Hechos probados

En el proceso está demostrado lo siguiente:

3.1. En las elecciones para autoridades territoriales realizadas el 27 de octubre de 2019, el señor Antonio Javier Montoya Idárraga fue elegido concejal del municipio El Cerrito, Valle del Cauca para el período constitucional 2020-2023²⁰.

3.2. Con ocasión del auto de pruebas dictado en este proceso, fue allegada copia del proceso de nulidad electoral radicado bajo el número 76001-23-33-000-2019- 01122-00, en el que consta:

Según acta de reparto del 6 de diciembre de 2019²¹, el señor Juan Sebastian Pedroza Tovar radicó ante el Tribunal Administrativo del Valle del Cauca demanda de nulidad electoral en la que solicitó la nulidad parcial del acto administrativo proferido por la Registraduría Nacional del Estado Civil en el Valle del Cauca, formato E-26 del 7 de noviembre de 2019, que declaró la elección de concejales para el municipio de El

¹⁹ Consultado vía One Drive.

²⁰ Tal como consta en el acta parcial de escrutinio general para el concejo. Formulario E- 26 CON.

²¹ Folio 142 proceso de nulidad electoral. Consultado por One Drive.



Cerrito, departamento del Valle del Cauca, período 2020-2023, respecto del concejal electo Antonio Javier Montoya Idárraga.

En la demanda se invocó la violación del régimen de inhabilidades establecido en el artículo 139 de la Ley 1437 de 2011, en concordancia con el numeral 5 del artículo 175 y el numeral 3 del artículo 40 de la Ley 617 de 2000, alegando que, dentro de los seis meses previos a la fecha de la elección, el demandado prestó sus servicios a la Institución Educativa Sagrado Corazón de dicho municipio.

La Sala de decisión del referido Tribunal la admitió el 11 de diciembre de 2019²², donde también denegó la suspensión provisional del acto demandado. El auto fue notificado por estado electrónico el 13 de diciembre de 2019²³ y por correo electrónico enviado el 18 de diciembre de 2019²⁴.

Consta en el informe de la Secretaría del Tribunal de fecha 20 de febrero de 2020, que el demandado contestó la demanda el 30 de enero de 2020²⁵, sin que esté documentado en el proceso de pérdida de investidura cuál fue la decisión de fondo que se adoptó.

3.3. En el citado proceso de nulidad electoral obra la comunicación dirigida el 2 de enero de 2020 por el señor Antonio Javier Montoya Idárraga al concejo municipal de El Cerrito, Valle del Cauca, en el que informó que no se posesionaría en el cargo²⁶.

3.4. El secretario General del concejo municipal de El Cerrito, en respuesta a lo ordenado en el auto que abrió a pruebas el proceso de

²² Folios 143 a 147 proceso de nulidad electoral, aportado como prueba.

²³ Folio 151 proceso de nulidad electoral, consultado por One Drive.

²⁴ Folio 153 proceso de nulidad electoral, consultado por One Drive.

²⁵ Folio 153 proceso de nulidad electoral, consultado por One Drive.

²⁶ Folio 178 proceso de nulidad electoral, consultado por One Drive.



pérdida de investidura, remitió, en la fecha del 8 de septiembre de 2020, copia de la Resolución nro. 04 del 8 de enero de 2020, expedida por el presidente del concejo municipal de El Cerrito, que “aceptó la renuncia a la curul”.

4.- Análisis de la Sala

En la demanda fue solicitada la pérdida de investidura del señor Antonio Javier Montoya Idárraga por incurrir 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.*

(...)”.

Según la jurisprudencia de la Corporación, la finalidad de esta causal es garantizar el principio democrático de representación política porque obliga a los miembros de 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. 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*

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.



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 [llamése en este evento 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. (negritas originales)

Teniendo en cuenta la finalidad de la causal endilgada, la Sala pasará a estudiar **i)** los requisitos para la configuración del elemento objetivo de la causal y **ii)** el elemento subjetivo.

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

La causal invocada exige que estén reunidos los siguientes elementos:

(i) Que el acusado haya sido elegido como concejal

²⁸ Ibídem.

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).



(ii) Que no se posesione 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, y,

(iii) Que no medie una circunstancia de fuerza mayor para ello.

Examinados en el caso concreto, se tiene:

Que el acusado haya sido elegido concejal: está acreditado que el señor Antonio Javier Montoya Idárraga fue elegido concejal del municipio de El Cerrito, Valle del Cauca, para el período constitucional 2020-2023.

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

Con el fin de precisar cuándo se entiende materializado el acto de posesión de los concejales se recuerda lo que esta Sala ha distinguido³⁰:

"[...] El artículo 35 de la Ley 136 de 2 de junio de 1994³¹, 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. (...).***

[...]” (Negritas 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

³⁰ 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).

³¹ “[...] Por la cual se dictan normas tendientes a modernizar la organización y el funcionamiento de los municipios [...]”.



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 2006³² y de 19 de junio de 2008³³, la Sala precisó:

"[...] 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*³⁴.

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**³⁵. [...]" (Negrillas y subrayas originales en la providencia).

De lo anterior se desprende que este requisito también se cumple, puesto que en el proceso no obra prueba de que se haya efectuado el acto de posesión del señor Montoya Idarrága ni el acusado afirma que lo hizo, de modo que este hecho no se controvierte por las partes.

³² 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.

³³ 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.

³⁴ 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.

³⁵ 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.



Por otra parte, está probado que el 2 de enero de 2020 el mencionado señor dirigió comunicación al concejo municipal de El Cerrito, Valle del Cauca en la que expresó³⁶:

"El Cerrito, Valle 2 de enero de 2020

**Señores
Junta Directiva
Honorable Concejo Municipal
El Cerrito Valle**

Respetados señores,

Luego de profundas reflexiones entorno (sic) a si debo tomar posesión del cargo de Concejal para el que fui elegido para el período 2020-2023, me permito hacerles saber que he decidido no tomar posesión por lo cual comedidamente solicito dar trámite a esta misiva y proceder conforme corresponde.

Aprovecho la ocasión para agradecer a los cerriteños que me acompañaron con su voto, convencido como estoy, que la lucha por la defensa de sus derechos la podré seguir ejerciendo desde afuera, con la convicción indeclinable de continuar en esa dirección.

Agradezco su atención.

Cordialmente,

ANTONIO JAVIER MONTOYA IDARRAGA

(...)"

Con ocasión de dicha comunicación, mediante la Resolución nro. 04 del 8 de enero de 2020, el presidente del concejo municipal de El Cerrito dispuso:

"(...) ARTÍCULO PRIMERO: Acéptese la renuncia a la curul presentada por el señor ANTONIO JAVIER MONTOYA IDARRAGA (...)"

ARTÍCULO SEGUNDO: Declárese la vacancia absoluta por la causal de renuncia irrevocable aceptada en la curul del señor ANTONIO JAVIER MONTOYA IDARRAGA.

³⁶ Folio 175 proceso de nulidad electoral, consultado por One Drive.



ARTÍCULO TERCERO: Se ofició a la Registraduría municipal de El Cerrito y (...) certifica que según orden en votación obtenida por el partido ALIANZA VERDE, le corresponde al señor JUAN SEBASTIAN PEDROZA TOVAR (...)”.

Sobre este punto, la Sala estima pertinente precisar que, tal como lo señaló el Tribunal de instancia y el señor agente del Ministerio Público que promovió la presente demanda, no había lugar a aceptar la “renuncia” radicada por el concejal electo, si no se había producido la posesión en el cargo. Al respecto, esta Sección, en la providencia del 2 de junio de 2016, citada por las partes, explicó³⁷:

“[...] Resulta lógico indicar que una persona no puede hacer “(...) dejación definitiva de su investidura (...)” si no la ostenta, por lo que no puede entenderse la tesis de la demandada consiste en que dicha norma permite que “(...) el concejal electo renuncie previamente a su investidura, y que además pueda hacerlo con plenos efectos legales (...)”.

(...)

Esta interpretación está acorde con lo expuesto por esta Sala al señalar que “(...) que la renuncia en relación con los servidores públicos implica, per se, que aquellos se encuentren en ejercicio de funciones, esto es, elegidos y posesionados, y manifiesten en forma libre y espontánea su deseo de separarse del mismo, lo cual no ocurre en el caso de autos por cuanto el demandado no se había posesionado en el cargo tal y como quedó demostrado (...)”³⁸, que igualmente, se constituye en antecedente aplicable al presente proceso judicial en la medida en que analiza la causal de pérdida de investidura que aquí se estudia.

De otro lado, las consideraciones expuestas en modo alguno afectan la legalidad de las decisiones que haya adoptado el concejo municipal de Rosas (Cauca) frente a la renuncia presentada por la ciudadana Karol Adriana Guerrero Isaza, pues este proceso no tiene como objeto cuestionar la legalidad de aquellas determinaciones, y sí busca juzgar la conducta, en este caso de la concejal, de acuerdo

³⁷ Consejo de Estado. Sección Primera. Sentencia del 2 de junio de 2016. C.P. Roberto Augusto Serrato Valdés. Expediente radicación nro. 19001-23-23-003-2015-00496-01 (PI).

³⁸ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Primera. C.P. María Elizabeth García González. seis (6) de agosto de dos mil quince (2015), Radicación número: 41001-23-33-000-2013-00337-01(PI).



con determinadas causas previstas en la Ley para exigir su responsabilidad y lograr la moralización, idoneidad, probidad e imparcialidad de quienes vayan a ingresar o se encuentren desempeñando el cargo [...]”.

Que no exista una causal de fuerza mayor

En relación con este elemento de la causal, la Sala anota que la jurisprudencia de esta Corporación ha entendido el concepto de fuerza mayor en la forma señalada en la legislación civil, así³⁹:

*"[...] 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 [...]"⁴⁰. No obstante lo anterior, la jurisprudencia del Consejo de Estado ha diferenciado las dos figuras [...]".

En ese sentido, 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 explicado⁴¹:

"[...]

82. La Sala Plena de lo Contencioso Administrativo del Consejo de

³⁹ 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).

⁴⁰ 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.

⁴¹ *Ibidem*.



Estado, mediante sentencia proferida el 28 de mayo de 2019⁴², 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 resultarle ajeno jurídicamente a quién lo alega; es decir, quien lo alega no debe tener control sobre la situación, ni injerencia en la misma y no debe tener el deber jurídico de responder. [...]». (negrillas en la providencia)*

En el asunto bajo examen, el hecho que se alega como constitutivo de fuerza mayor consiste en que el señor Antonio Javier Montoya Idárraga señaló que conoció que se había promovido en su contra una demanda de nulidad electoral por presuntamente estar incurso en una causal de

⁴² 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.



inhabilidad que le impedía aspirar al concejo y para evitar ser sancionado disciplinariamente optó por no tomar posesión del cargo.

Sin embargo, tal hecho no constituye fuerza mayor, porque está acreditado que, de manera voluntaria, decidió no posesionarse como concejal, lo que se comprueba con el escrito a que se hizo referencia líneas atrás, que radicó el 2 de enero de 2020, dirigido al concejo municipal de El Cerrito, Valle del Cauca; en el que, además, omitió indicar los motivos en los que se sustentaba y que ahora explica, esto es, por la demanda de nulidad electoral que se seguía en su contra.

Adicionalmente, la razón invocada no tiene la característica de imprevisible, puesto que quien aspira a un cargo de elección popular debe conocer que está expuesto a esta clase de demandas, y el que se haya promovido la misma no le impedía posesionarse. Y si de lo que se trata es que considera que muy posiblemente perderá el proceso, es simplemente porque reconoce que no debió presentarse a la contienda electoral, precisamente por estar incurso en la causal de inhabilidad que ha dado origen a la demanda, lo que evidentemente debía prever.

Tampoco comporta el requisito de irresistible, dado que la situación que invoca no hacía imposible cumplir el deber legal de tomar posesión del cargo, ni le impedía defenderse en la demanda de nulidad electoral.

Por último, no se trata de un hecho extraño, pues se insiste que el concejal electo decidió voluntariamente no tomar posesión del cargo, de donde se colige que sí tenía control sobre dicha situación; y, si bien el que se promueva una demanda de nulidad electoral es una circunstancia externa, no lo es que se abstenga de tomar posesión del cargo, ni hay un vínculo inexorable entre uno y otro.



En consecuencia, se comprueba que están reunidos la totalidad de los elementos de la causal invocada por el solicitante para decretar la pérdida de investidura del señor Antonio Javier Montoya Idárraga, quien fue elegido concejal del municipio de El Cerrito, Valle del Cauca, para el período constitucional 2020-2023, y no tomó posesión del cargo sin que mediara una causal de fuerza mayor que lo justificara.

4.2. Elemento subjetivo

Como lo sostuvo la Corte Constitucional en la sentencia SU-424 del 11 de agosto de 2016,⁴³ “[...] *La pérdida de investidura es una acción pública de carácter sancionatorio prevista en la Constitución y la ley, que tiene como finalidad castigar a los miembros de las corporaciones públicas que incurran en conductas consideradas reprochables por ser incompatibles con la dignidad del cargo que ostentan. [...]*”.

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 de culpa grave.

En este caso, la demanda se radicó el 3 de julio de 2020⁴⁴ y, por ende, ya había entrado en vigencia la Ley 2003 del 19 de noviembre 2019, que modificó el artículo 1 de la Ley 1881 de 2018⁴⁵, mediante la cual se estableció que el proceso sancionatorio de pérdida de investidura es un juicio de responsabilidad subjetiva y que la acción se ejercerá contra *[los congresistas]* que, con su conducta dolosa o gravemente culposa, hubieran incurrido en una de las causales de pérdida de investidura previstas en la Constitución.

⁴³ M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado.

⁴⁴ Consulta del proceso realizada por One Drive.

⁴⁵ “*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*”.



A su turno, el artículo 22 de la Ley 1881 de 2018 dispuso 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.

En consecuencia, el caso habrá 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 investigado⁴⁶.

En punto a la causal invocada, la Sala recuerda que *"(...) el fenómeno de la fuerza mayor no agota, en lo absoluto, el estudio subjetivo de la falta de posesión del cargo de concejal municipal. En ese sentido, tal como lo ha establecido la Jurisprudencia de esta Sección, se debe resolver, a renglón seguido, si en el caso particular se configura el elemento de culpabilidad (dolo o culpa) de quien ostenta la dignidad, lo cual atiende a las circunstancias particulares en las que se presentó la conducta, si el demandado conocía o debía conocer de la actuación que desarrolló, y si su voluntad se enderezó hacia esa omisión"*⁴⁷.

Hechas las anteriores precisiones, en el caso concreto se tiene que el *a quo*, en la sentencia de primera instancia, negó la desinvestidura del acusado por considerar que el elemento subjetivo no se cumplía, dado que el señor Montoya Idárraga no tenía conocimientos de derecho, dijo ser publicista y era la primera vez que incursionaba en política.

Por su parte, el señor agente del Ministerio Público recalca que la profesión del demandado o que no tuviese experiencia en política no son

⁴⁶ 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).

⁴⁷ 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).



razones que permitieran eximirlo del deber que le asistía de tomar posesión en el cargo para el cual fue elegido por voto popular y debió hacer las consultas respectivas antes de postularse como candidato.

Mientras que el apoderado del acusado sostiene que su representado no se posesionó en el cargo al conocer que se adelantaba un proceso de nulidad electoral en su contra, por lo que actuó de buena fe para evitar posibles sanciones disciplinarias. Agregó que no tenía experiencia en política, ya que es publicista, y consultó abogados, quienes le manifestaron que ese era el único camino posible, considerando que constituye un contrasentido que se le obligara a tomar posesión cuando eventualmente estaba incurso en una causal de inhabilidad.

La Sala advierte que, 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 de 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 suple la falta de diligencia el hecho de solicitar un concepto.

En el caso concreto, de un lado, el acusado tomó de manera voluntaria la decisión de no posesionarse en el cargo, según se desprende de la comunicación que dirigió al concejo del municipio de El Cerrito, Valle del Cauca, el día 2 de enero de 2020.



Por otro lado, el acusado alega que desconocía las consecuencias legales de no posesionarse y que obró con la convicción de que su conducta impediría que se configurara una falta disciplinaria.

Sin embargo, dichas razones no justifican su conducta, por cuanto, para ello, debía estar amparado en sentencias que respaldaran su comportamiento, o haber recibido asesoría de un profesional del derecho conocedor del tema y obtenido de él un concepto para soportar sus afirmaciones, siempre y cuando los elementos para la configuración de la causal no fueran claros.

En este evento, además que los elementos de la configuración de la causal son claros, no se probó que el concejal electo se haya asesorado, ni presentó concepto escrito que permitiera determinar el alcance de las asesorías a las que alude y que lo condujeron a su decisión de no posesionarse. Por el contrario, en el escrito que dirigió el 2 de enero de 2020 al concejo municipal, no se evidencian las razones por las que no lo hizo, sino que allí se limitó a explicar que se debía a “profundas reflexiones”.

En ese sentido, si bien el acusado afirma que no conocía las consecuencias jurídicas de su decisión, en el proceso no obra prueba alguna que permita verificar que actuó con la debida diligencia para saber que su conducta era contraria a derecho, lo que implica que su actuar no estuvo amparado en la buena fe calificada, proveniente de un error invencible. No basta, para exonerarse del cargo, 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, y 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.



Dentro de estos parámetros, no es de recibo para la Sala que el demandado alegue que la ley lo “coacciona” a posesionarse, ya que no debe olvidarse que asumir el cargo para el que resultó elegido por voto popular es una consecuencia del proceso democrático para el cual se postuló, y que el proceso de nulidad electoral que fue instaurado en su contra no es motivo para abstenerse de cumplir con una obligación de ese carácter, más cuando es evidente que debe defenderse de los cargos que le han sido formulados, para demostrar precisamente que no había causal que le impidiera tomar posesión.

Corolario de lo expuesto, están reunidos la totalidad de los elementos para decretar la desinvestidura del señor Montoya Idárraga, por estar demostrado que incurrió en una conducta reprochable, ya que se postuló para el concejo y después de elegido no tomó posesión del cargo sin mediar una circunstancia de fuerza mayor debidamente comprobada; además, su conducta fue intencional, pues de manera voluntaria se abstuvo de tomar posesión del cargo, y no estuvo amparada en jurisprudencia de esta Corporación, ni en un concepto calificado, que le permitiera acreditar haber incurrido en un error invencible al desconocer la norma.

En consecuencia será revocada la sentencia de primera instancia y se decretará su pérdida de investidura.

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: REVOCAR la sentencia proferida el 23 de septiembre de 2020, por el Tribunal Administrativo del Valle del Cauca, según las



razones explicadas en la parte motiva de esta decisión y, en su lugar, **DECRETAR LA PÉRDIDA DE INVESTIDURA** del señor Antonio Javier Montoya Idárraga, elegido concejal del municipio El Cerrito, Valle del Cauca, período constitucional 2020-2023.

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

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,

(firmado electrónicamente)
HERNANDO SÁNCHEZ SÁNCHEZ
Presidente
Consejero de Estado

(firmado electrónicamente)
OSWALDO GIRALDO LÓPEZ
Consejero de Estado

(firmado electrónicamente)
NUBIA MARGOTH PEÑA GARZÓN
Consejera de Estado

(firmado electrónicamente)
ROBERTO AUGUSTO SERRATO VALDÉS
Consejero de Estado