

**PERDIDA DE INVESTIDURA DE CONCEJAL - Término para tomar posesión.
Procedimiento para llenar vacantes por faltas absolutas**

Ante la evidente ausencia de quórum decisorio en la sesión del 3 de enero de 2012, pues, como quedó visto, el séptimo Concejal que hacía la mayoría no había sido designado en debida forma, las convocatorias para las sesiones de 6 y 10 de ese mes y año y las mismas, también adolecían de dicha ausencia de quórum, por lo que mal haría en endilgársele a los Concejales demandados la causal alegada por el actor, dado que fue, precisamente, tal irregularidad la que dio lugar a que éstos no tomaran posesión de sus cargos hasta tanto no se subsanara dicha situación, y que acudieran a la acción de tutela por violación al debido proceso y a los derechos fundamentales de elegir y ser elegidos.

FUENTE FORMAL: LEY 617 DE 2000 - ARTICULO 48 NUMERAL 3 / LEY 136 DE 1994 - ARTICULO 29 / LEY 136 DE 1994 - ARTICULO 63

NOTA DE RELATORIA: Posesión de Concejales, Consejo de Estado, Sección Primera, sentencia de 28 de abril de 2005, Rad. 2004-00774 PI, MP. Camilo Arciniegas Andrade. Instalación de los concejos municipales, Consejo de Estado, Sección Primera, sentencia de 17 de mayo de 2002, Rad. 2001-00419, MP. Olga Inés Navarrete Barrero.

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCION PRIMERA

Consejera ponente: MARIA ELIZABETH GARCIA GONZALEZ

Bogotá, D.C., veintisiete (27) de septiembre de dos mil doce (2012)

Radicación número: 47001-23-31-000-2012-00065-01(PI)

Actor: FREDDY GUTIERREZ MORA

Demandado: IVONNE CELENE ACOSTA CARBONO, SENEN FERNANDEZ CAHUANA, ASDRUBAL MORENO GRANADOS, RULVER SERNA MEJIA, WILMER OJEDA Y FRANCISCO PALOMINO SOSA

Referencia: APELACION SENTENCIA

Se decide el recurso de apelación oportunamente interpuesto por el actor contra la sentencia de 9 de mayo de 2012, proferida por el Tribunal Administrativo del Magdalena, por medio de la cual denegó la pérdida de investidura de los Concejales del Municipio de Pueblo Viejo (Magdalena), señores **IVONNE CELENE**

ACOSTA CARBONO, SENEN FERNANDEZ CAHUANA, ASDRUBAL MORENO GRANADOS, RULVER SERNA MEJIA, WILMER OJEDA y FRANCISCO PALOMINO SOSA.

I-. ANTECEDENTES.

I.1-. El ciudadano **FREDDY GUTIERREZ MORA**, a través de apoderado, presentó demanda ante el Tribunal Administrativo del Magdalena tendiente a que, mediante sentencia, se dispusiera la pérdida de investidura de los Concejales del Municipio de Pueblo Viejo (Magdalena), señores **IVONNE CELENE ACOSTA CARBONO, SENEN FERNANDEZ CAHUANA, ASDRUBAL MORENO GRANADOS, RULVER SERNA MEJIA, WILMER OJEDA y FRANCISCO PALOMINO SOSA**, elegidos para el período constitucional comprendido entre el 1º de enero de 2012 y el 31 de diciembre de 2015.

I.2-. En apoyo de sus pretensiones el actor adujo, en síntesis, los siguientes hechos:

Que en el Municipio de Pueblo Viejo (Magdalena) fueron elegidos 13 Concejales para el período constitucional 2012-2015, entre ellos, el señor **ALEXANDER POSE DE LA ROSA**, quien perdió la vida el 26 de diciembre de 2011 en un atentado, razón por la que fue llamado el señor **ISAAC ARIZA VARELA**, quien no aceptó, por lo que se citó al siguiente en la lista, señor **ANGEL MANUEL GUERRERO GRANADOS**.

Afirma que el 3 de enero de 2012, según consta en el Acta núm. 1, siendo las 4:15 p.m., se instaló la primera sesión del Concejo Municipal de Pueblo Viejo con el fin de tomar posesión los Concejales, pero que solamente contestaron el llamado los

señores **WILFRIDO RAFAEL AYALA MORENO, LUZ DARIS BARRANCO GOMEZ, ANGEL MANUEL GUERRERO GRANADOS, AURA ESTELA IBARRA DIAZ, EDGARDO LUIS FERNANDEZ SANTANA, DAMASCO OROZCO JIMENEZ y ARIEL SEGUNDO JIMENEZ MONTENEGRO.**

Aduce que los restantes Concejales, esto es, los señores **IVONNE CELENE ACOSTA CARBONO, SENEN FERNANDEZ CAHUANA, ASDRUBAL MORENO GRANADOS, RULVER SERNA MEJIA, WILMER OJEDA y FRANCISCO PALOMINO SOSA,** el 6 de enero del año en curso presentaron acción de tutela, aduciendo violación de los derechos a conformar, ejercer y controlar el poder político y a la igualdad.

Agrega que como el 3 de enero de 2012 hubo quórum, se hizo la elección de la Mesa Directiva y se convocó para el 6 de ese mes y año para elegir Secretario y Personero y la toma de posesión de los restantes Concejales, quienes no se hicieron presentes.

Aduce que el Concejo Municipal se reunió nuevamente el 10 de enero de 2012, sesión en la que tampoco tomaron posesión los seis Concejales y se eligió el Personero Municipal.

Anota que si bien los seis Concejales demandados promovieron acción de tutela, no estaban exentos de tomar posesión el día en que fueron citados para ello, y que al no haber comparecido incurrieron en la causal de pérdida de investidura prevista en el numeral 3 del artículo 48 de la Ley 617 de 2000.

I.3- Los demandados, a través de apoderado, al contestar la demanda, se opusieron a la prosperidad de las pretensiones aduciendo, en síntesis, lo siguiente:

Que el Concejo Municipal de Pueblo Viejo (Magdalena) tuvo dificultades para su instalación en pleno, hasta el punto de que no pudo sesionar desde el 1o. de enero de 2012, como le correspondía.

Agregan que a raíz de la elección del nuevo Alcalde y de los Concejales para el Municipio de Pueblo Viejo, período constitucional 2012-2015, se presentaron inconvenientes relacionados con la conformación de las mayorías; y que un grupo de 7 Concejales, atribuyéndose la mayoría, por no ser afectos políticamente al actual burgomaestre, se negaron a asistir a la instalación del Concejo el día 1o. de enero de 2012, como sí lo hicieron ellos, pero que al ser minoría (6) no se logró la conformación del quórum reglamentario para poder sesionar en pleno la Corporación y escuchar al Alcalde electo, instalarse adecuadamente y comenzar el ejercicio de las atribuciones consagradas constitucional y legalmente.

Anotan que dicho grupo al parecer sesionaba clandestinamente y en horas no comunicadas a ellos, negándoles la oportunidad de ejercer cabalmente sus funciones y los derechos fundamentales a elegir y ser elegido, participar en la conformación, ejercicio y control del poder político.

Indican que si bien se presentó una vacancia absoluta por la muerte de un Concejal asesinado, no obra prueba alguna de su muerte ni del acto administrativo que debió expedir la Mesa Directiva de la Corporación a través del cual se proveía el lleno de dicha vacante.

Sostienen que por esa situación irregular presentaron acción de tutela ante el Juzgado Séptimo Penal Municipal de Santa Marta, quien amparó los derechos invocados, pero que dicho trámite fue anulado por razones de competencia, por lo que conoció de la misma el Juzgado Promiscuo Municipal de Ciénaga (Magdalena) que falló en igual sentido.

Aducen que dicho Despacho judicial a pesar de advertir que contaban con las acciones contencioso administrativas para invalidar las actuaciones de la Mesa Directiva del Concejo Municipal de Pueblo Viejo, que consideró desprovistas de legalidad, ante la ineficacia de tal mecanismo, el 23 de febrero de 2012, decretó medida cautelar consistente en la suspensión provisional de todos los actos administrativos provenientes de la citada Mesa Directiva “en especial, la elección del Personero Municipal de ese ente territorial, conforme a lo normado en el artículo 7° del Decreto 2591 de 1991, hasta tanto se profiera la sentencia que en derecho corresponda”.

Señalan que en la inspección judicial practicada por el Juzgado Séptimo Penal Municipal de Santa Marta el 10 de enero de 2012 a las Oficinas del Concejo Municipal de Pueblo Viejo (Magdalena), se constató que ellos asistieron al acto de instalación presidido por el Alcalde Municipal, lo que corroboran con la documentación que acompañan.

Expresan que el ordenamiento jurídico colombiano no tiene consagrado un ritual específico para la instalación del Concejo, por lo que resulta suficiente el acto de presencia en el recinto en el cual sesionan oficial y formalmente los miembros de la Corporación, y que quede consignada en las actas respectivas, como en efecto ocurrió en el sub lite.

Consideran que todos los señalamientos son producto de un ambiente político enrarecido por el libre juego de mayorías y minorías que normalmente se suscitan al interior del cuerpo colegiado, lo que impidió que las sesiones se desarrollaran a cabalidad conforme a lo establecido constitucional y legalmente.

Afirman que en ningún momento su actuar se constituyó en contumacia, pues como está acreditado en el proceso, asistieron el 1o. de enero de 2012 y demás fechas en que fueron citados al recinto donde sesiona el Concejo Municipal.

II-. FUNDAMENTOS DE LA SENTENCIA RECURRIDA.

El a quo desestimó las pretensiones de la demanda y al efecto destacó lo siguiente:

Que según los artículos 23 y 35 de la Ley 136 de 1994, los Concejos Municipales deben instalarse dentro de los diez primeros días del año del período constitucional; y que los artículos 29 y 30, ibídem, disponen que hay quórum decisorio con la asistencia de la mayoría de los integrantes de la respectiva Corporación.

Adujo que de acuerdo con el material probatorio obrante en el proceso, se realizaron por parte de distintos grupos de Concejales diversas sesiones para instalar el Concejo del Municipio de Pueblo Viejo (Magdalena), posesionar a sus miembros y elegir a los funcionarios de su competencia.

Agregó que en la sesión realizada el 1o. de enero de 2012 no se tomaron decisiones, actuación conforme a las previsiones establecidas en la Ley, dado que no había quórum decisorio.

Sostuvo que en la sesión celebrada el 3 de ese mes y año se eligió la Mesa Directiva y se instaló el Concejo, sin contar con la conformación del quórum decisorio que exige el artículo 29 de la Ley 136 de 1994, pues se llevó a cabo con seis Concejales electos, conforme a lo demostrado en el formulario E-26, y con la presencia del señor **ANGEL MANUEL GUERRERO GRANADOS**, quien aún no contaba con la calidad de Concejales debidamente acreditada, de ahí que las decisiones allí tomadas no fueran válidas.

En relación con la sesión del 6 de enero de 2012, señaló que de acuerdo con el Acta suscrita por un Profesional Universitario G-17 de la Procuraduría Provincial de Santa Marta, visible a folios 262 y 263 del expediente, y los testimonios de los señores **FELIX GABRIEL LOPEZ MALDONADO y ARIEL SEGUNDO JIMENEZ MONTENEGRO**, no se llevó a cabo en el recinto del Concejo Municipal de Pueblo Viejo, -lugar en el que se encontraban los demandados con el funcionario del Ministerio Público-, dado que los Concejales que se “autoproclamaban la mayoría” se reunieron en lugar distinto, aduciendo impedimento por parte de la Policía para su ingreso al Concejo, prohibición de la cual estaban exentos los Concejales, previa acreditación de tal calidad, conforme consta en el proceso, razón por la que no se justificó que aquellos sesionaran fuera del recinto.

Estimó que la actitud de los Concejales que conformaban la supuesta mayoría, denota un actuar alejado de la legalidad, lo que, a juicio del a quo, imposibilitó el derecho a participar en la conformación, ejercicio y control del poder político, consagrado en el artículo 40 Constitucional.

Respecto de la sesión celebrada el 10 de enero del año en curso, adujo que no obstante que el Juzgado Séptimo Penal Municipal con Funciones de Conocimiento y Depuración de Santa Marta, en atención a la acción de tutela interpuesta por los

Concejales demandados, había ordenado la suspensión de la elección del Personero Municipal (declarada nula con posterioridad), se procedió a la elección de éste; y que los demandados no tomaron posesión ese día, debido a que, precisamente, se estaba discutiendo en sede judicial la legalidad de la sesión de 3 de enero de 2012, que instaló el Concejo Municipal de Pueblo Viejo.

De otra parte, en cuanto a la vacancia absoluta de la curul por muerte de su titular, estimó que el Concejo Municipal no adelantó para el efecto el procedimiento establecido en el artículo 63 de la Ley 136 de 1994, hecho que debió ser debatido en la primera sesión por el designado Presidente de la Mesa Directiva, a quien le correspondía declarar la vacancia absoluta de la curul perteneciente al partido “Cambio Radical”, oficiar al organismo competente para que le certificara quién o quiénes se encontraban en lista para suplir la misma; y una vez establecido por la Registraduría Nacional del Estado Civil proceder a realizar el llamado y darle posesión de conformidad con el artículo 49 de la Ley 136 de 1994.

Resaltó que, de acuerdo con lo anterior, para la fecha en que se debía realizar la instalación del Concejo Municipal de Pueblo Viejo estaban habilitados para asumir el cargo solo doce de ellos, pues el señor **ANGEL MANUEL GUERRERO GRANADOS**, no contaba con tal categoría a la luz de las disposiciones y del procedimiento previsto para estos eventos, por lo que no hubo quórum decisorio al no estar conformado por la mayoría de los Concejales.

De lo precedente el a quo concluyó que en las sesiones realizadas los días 1o. y 3 de enero de 2012, conforme a la normativa referida, no se podían tomar decisiones puesto que no se hallaba conformado el quórum decisorio, por lo que era improcedente instalar el Concejo y tomar posesión los Concejales electos; además de que se proveyó una vacancia absoluta sin observar el procedimiento establecido en la Ley.

Indicó que el fallo de tutela proferido por el Juzgado Séptimo Penal Municipal con funciones de Conocimiento y Depuración de Santa Marta, el 20 de enero de 2012, dejó sin efecto el Acta 01 de 3 de ese mes y año y ordenó que se procediera a la instalación del cuerpo edilicio dentro del término de 48 horas, a lo cual se dio cumplimiento según Acta visible a folio 79 del cuaderno de anexos, orden judicial que en ese momento estaba vigente.

Señaló que mediante fallo de 2 de marzo de 2012 el Juzgado Segundo Promiscuo Municipal de Ciénaga (Magdalena) dejó sin efecto todos los actos administrativos expedidos por la Mesa Directiva del Concejo Municipal de Pueblo Viejo.

Destacó que la presencia de los Concejales demandados en las instalaciones del Concejo de esa Municipalidad el 1o. de enero de 2012, indica que tenían la voluntad de posesionarse en sus cargos, y que si no lo hicieron en esa fecha, ni en las sesiones posteriores de los días 3, 6 y 10 de ese mes y año, se debió a circunstancias que constituyen una verdadera fuerza mayor que hace inaplicable la causal 3 del artículo 48 de la Ley 136 de 1994, según su parágrafo 1°.

Anotó que el artículo 64 del C. C., consagra que “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 de autoridad ejercidos por un funcionario público**, etc.”, figura que concurrió en el sub lite dado que existieron providencias judiciales vigentes para esa época que suspendían las decisiones con la participación exclusiva de la supuesta mayoría de Concejales que se había conformado y que excluía a los aquí demandados.

Expresó que superado lo antes expuesto se procedió a instalar nuevamente el Concejo el 7 de marzo de 2012, donde tomaron posesión los demandados con el respectivo quórum decisorio, día a partir del cual deben contarse los tres días subsiguientes, de que trata la causal 3 del artículo 48 de la Ley 136 de 1994, aludida por el actor.

Por último, señaló que la división de los Concejales electos del Municipio de Pueblo Viejo (Magdalena) impidió que se instalara conforme a derecho el Concejo Municipal, con lo cual se generó grave perturbación al orden jurídico en ese ente territorial, razón por la que ordenó compulsar copias a la Procuraduría General de la Nación para que adelantara las respectivas investigaciones disciplinarias, a fin de determinar las posibles irregularidades en que aquellos pudieron incurrir con dicha conducta.

III-. FUNDAMENTOS DEL RECURSO.

El demandante sustentó su impugnación afirmando que el numeral 3 del artículo 48 de la Ley 617 de 2000, es claro en señalar que los Concejales perderán su investidura por no tomar posesión del cargo dentro de los tres días siguientes a la fecha de instalación del Concejo, y que la única causal que impide la toma de posesión en ese término es cuando medie fuerza mayor; que el artículo 35 de la Ley 136 de 1994, consagra que los Concejos se instalarán dentro de los primeros diez días del mes de enero correspondiente a la iniciación del período constitucional para el que fueron elegidos, previo señalamiento de fecha con tres días de anticipación.

Sostiene que hay constancia en el proceso de que los Concejales de la Mayoría se reunieron el 3, 6 y 10 de enero de 2012, y que los seis Concejales demandados fueron citados a esas reuniones y se hicieron presentes en el recinto del Concejo; asimismo, que éstos no tomaron posesión del cargo en tales sesiones, lo que

indica que incurrieron en la causal de pérdida de investidura que se alega, pues, contrario a lo sostenido por el a quo, no existió ninguna fuerza mayor que les impidiera posesionarse, ya que, a su juicio, la supuesta ilegalidad de las actuaciones de la mayoría que se alegó como causa por dichos Concejales no la constituye como tampoco actos de autoridad judicial.

Aduce que si los Concejales demandados fueron citados y comparecieron al recinto del Concejo en las sesiones del 6 y 10 de enero y en las del mes de febrero de 2012, debieron tomar posesión del cargo, pues al estar ellos seis y los otros seis Concejales electos, más el Concejal llamado a suplir la vacancia, y estar conformada una Mesa Directiva, existía quórum para ello; que otra cosa era que no aprobaran con su voto la toma de decisiones referente a la elección del Personero, pero contrario a cumplir con su deber y apoyados por el Alcalde, quien en ese momento no contaba con la mayoría, se revelaron negándose a tomar posesión del cargo.

Agrega que no puede aceptarse, como lo sostiene el a quo, que los demandados estaban amparados por la causal de fuerza mayor, ya que esta figura es definida como el imprevisto al que no es posible resistir y que corresponde a actos de la naturaleza y es requisito que el hecho sea imprevisible e irresistible.

Que tampoco es de recibo que las acciones de tutela y los fallos proferidos en esas actuaciones constituyan una fuerza mayor que impidió la toma de posesión de los demandados, ya que esos no son actos imprevisibles e irresistibles, por lo que no le asiste razón al Tribunal para sostener que por fuerza mayor aquéllos no tomaron posesión del cargo de Concejal.

En cuanto a lo manifestado por los demandados y el a quo, relativo a que la vacancia absoluta del Concejal **DE LA ROSA GOMEZ** no se ajustó a la Ley, lo mismo que el llamamiento del Concejal **GUERRERO GRANADOS**, estima que es un punto de controversia jurídica que no es materia del presente proceso de pérdida de investidura, sino que debió someterse al conocimiento del Juez Administrativo para que declarara si eran legales o ilegales los anteriores actos tomados por la mayoría, pero no considerarse en esta actuación que esas decisiones del Concejo son ilegales, que no existió quórum decisorio, ya que ello no es tema de este debate jurídico.

Finaliza reiterando que no existió fuerza mayor para que los Concejales demandados no se posesionaran, ya que los supuestos actos ilegales alegados no constituyen fuerza mayor.

IV-. ALEGATO DEL MINISTERIO PÚBLICO.

El señor Procurador Delegado para la Conciliación Administrativa, en su vista de fondo, se muestra partidario de que se confirme la sentencia apelada, en síntesis, por cuanto del acervo probatorio se evidencian circunstancias que configuran la causal de fuerza mayor que exonera de responsabilidad a los Concejales demandados frente al cargo que se les endilga, toda vez que concurren los tres supuestos señalados en la sentencia de 16 de febrero de 2012 (Expediente núm. 2011-00213, Consejero ponente doctor Marco Antonio Velilla Moreno), esto es, **que se trate de un hecho extraño a quien lo alega, que sea un hecho totalmente imprevisible e irresistible y que el hecho sea capaz de determinar y justificar el incumplimiento o inejecución de determinado deber u obligación.**

Señaló que el primer requisito se presenta, dado que los Concejales accionados no tomaron posesión del cargo en la sesión del 1o. de enero porque no había quórum decisorio y de ello dejaron expresa constancia en acta de la misma fecha; que el 3 de enero de 2012, los seis restantes concejales decidieron instalar la sesión y tomar posesión ante la presencia de una persona que estimó tenía derecho a ocupar la vacante absoluta por muerte de su titular y renuncia de quien seguía en la lista y tenía la vocación para ser llamado a ocuparla; y que el 6 de ese mes y año no asistieron a tomar posesión de sus cargos por considerar que no había quórum decisorio.

Estimó que de conformidad con lo establecido en el artículo 29 de la Ley 136 de 1994, asistía razón a los Concejales demandados al no tomar posesión hasta tanto se definiera la situación particular del llamado, pues no se había declarado la vacancia absoluta ni se había verificado con la autoridad competente quién o quiénes tenían la vocación de ser llamados, circunstancia extraña y ajena a su voluntad y que impedía integrar el quórum establecido para sesionar. Se trataba, en efecto, de un imprevisto que debía superarse acorde con el procedimiento señalado en la Ley para el efecto, pero que fue solucionado a través de una verdadera vía de hecho con afectación del debido proceso y de los derechos fundamentales.

Agregó que el segundo requisito es la imprevisibilidad, la que se presenta cuando resulta totalmente imposible visualizar o contemplar el hecho con anterioridad a su ocurrencia, lo cual se configura en el sub lite dado que no era previsible que se produjera la muerte de uno de los Concejales que haría parte de la Corporación Edilicia, pero sí era absolutamente claro, que se requería de una manifestación expresa tanto de la declaratoria de la vacancia absoluta de la curul como de la información relacionada con el o los llamados a ocuparla, circunstancia que no se

evidenció en el presente caso y que llevó a que los Concejales demandados consideraran que no había posibilidad de tomar posesión de sus cargos hasta tanto no se aclarara esa situación, razón que los llevó a promover una acción de tutela por violación del debido proceso y de los derechos políticos fundamentales de elegir y ser elegido.

Que el fallo de tutela, proferido por el Juzgado Séptimo Penal Municipal con funciones de Conocimiento y Depuración de Santa Marta (Magdalena), el 20 de enero de 2012, dejó sin efecto el Acta núm. 001 de 3 de enero de 2012, en la cual se reunieron para la primera sesión especial, y todas las demás actas, acuerdos, sesiones o decisiones, elecciones, nombramientos y posesiones que el Concejo Municipal de Pueblo Viejo (Magdalena) hubiese emitido desde esa fecha hasta el día de la sentencia.

Que, en consecuencia, dispuso que los doce Concejales electos con credencial deberían reunirse en un término no mayor de cuarenta y ocho horas siguientes a la notificación de la citada providencia, elegir la Mesa Directiva, y una vez ello proceder a declarar la vacancia absoluta y efectuar el trámite respectivo ante la Registraduría Nacional del Estado Civil, para que luego, con apego al debido proceso y el respeto a los derechos fundamentales, tomar posesión del cargo vacante el segundo candidato no elegido con la más alta votación.

Respecto del tercer requisito, el Ministerio Público consideró que las circunstancias particulares que rodearon la no posesión de los Concejales accionados “-al margen de si las actuaciones realizadas por los restantes miembros de la Corporación sean legales o ilegales, lo que corresponde dilucidar a la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo-”, justifican el incumplimiento de la obligación de tomar posesión dentro de los tres días siguientes a la instalación

del Concejo Municipal, como se colige de la decisión de tutela proferida por el Juez Séptimo Penal Municipal con funciones de Conocimiento y Depuración de Santa Marta, cuyo cumplimiento fue atendido de manera inmediata por los demandados, si se tiene en cuenta que procedieron a posesionarse.

Que además el Juez dispuso dejar sin efecto el acto de 3 de enero de 2012, hasta tanto se pronuncie el Juez Contencioso, en el que consta la posesión de los otros seis Concejales, así como de quien consideró tenía vocación de ocupar la vacante por muerte de su titular.

V-. CONSIDERACIONES DE LA SALA:

La causal que se les endilga a los señores **IVONNE CELENE ACOSTA CARBONO, SENEN FERNANDEZ CAHUANA, ASDRUBAL MORENO GRANADOS, RULVER SERNA MEJIA, WILMER OJEDA y FRANCISCO PALOMINO SOSA**, Concejales del Municipio de Pueblo Viejo (Magdalena), es la prevista en el artículo 48, numeral 3, de la Ley 617 de 2000, la cual prevé:

“... 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.

... PARAGRAFO 1o. Las causales 2 y 3 no tendrán aplicación cuando medie fuerza mayor...” (Negrillas fuera de texto).

El actor en el recurso de apelación solicita revocar el fallo impugnado, por estimar que los Concejales demandados, contrario a lo afirmado por el a quo, sí incurrieron en la causal de pérdida de investidura prevista en el numeral 3 del

artículo 48 de la Ley 617 de 2000, al no haber tomado posesión del cargo de Concejal en la sesión de instalación del Concejo Municipal de Pueblo Viejo (Magdalena), llevada a cabo el 3 de enero de 2012, ni en las realizadas el 6 y 10 de ese mes y año, fecha en que fueron convocados y estuvieron presentes, sin que hayan acreditado causal alguna de fuerza mayor para el efecto, dado que, a su juicio, la supuesta ilegalidad de las actuaciones de la mayoría que se alegó como causa por aquéllos no la constituye como tampoco los actos de autoridad, esto es, los fallos proferidos en la acción de tutela promovida por los accionados.

Para establecer si los Concejales demandados incurrieron en la causal prevista en el artículo 48, numeral 3, de la Ley 617 de 2000, o si, por el contrario, hay lugar a inaplicar la misma por circunstancias que constituyeron fuerza mayor, la Sala precisa lo siguiente:

Esta Corporación en diversos pronunciamientos, entre ellos, en sentencia de 28 de abril de 2005 (Expediente núm. 2004-00774 (PI), Consejero ponente doctor Camilo Arciniegas Andrade), ha precisado, y ahora lo reitera, que la posesión es el acto de prestar el juramento previsto en el artículo 122 de la Constitución Política ante el funcionario competente; de este acto da fe un acta, suscrita por quien toma el juramento y por quien lo pronuncia, sin cuya solemnidad la persona no puede entrar a servir ningún cargo.

También se dijo en dicha sentencia que:

“La posesión es una declaración de voluntad administrativa, que tiene consecuencias jurídicas.¹”

¹ Sentencia de 16 de marzo de 1993. C.P. Dr. Humberto Mora Osejo (Actor: Ministerio de Relaciones Exteriores). Exp. 501.

La instalación de los concejos municipales, según el artículo 35 de la Ley 136 de 1994, debe realizarse dentro de los diez (10) primeros días del mes de enero del año siguiente a la elección. Este término rige para todos los municipios, sin atender a sus categorías. La instalación es un acto que se predica de la Corporación y que se celebra por una sola vez, al iniciarse el período constitucional. A su vez, la iniciación del período de sesiones supone el acto de instalación en que debieron posesionarse sus miembros. Sobre este particular se pronunció así la Sala²:

«De manera que existen diferencias en cuanto al número de sesiones ordinarias y épocas de las mismas en tratándose de concejos municipales correspondientes a municipios clasificados en categorías especial, primera y segunda categoría, y los municipios clasificados en las demás categorías, más no en cuanto a la fecha en que deben instalarse los concejos municipales, fecha que debe ser acorde con la obligación de elegir, dentro de los diez primeros días del mes de enero, los funcionarios cuya elección corresponde al Concejo, tales como personero municipal y secretario de la corporación y que, por lo mismo, es uniforme para todos los concejos municipales, independientemente de la categoría a la que pertenezca el respectivo municipio.

[...]

Así las cosas, cabe la pregunta de cuándo se debe instalar el Concejo municipal que corresponde a un municipio clasificado en las demás categorías distinta de la especial y de la primera y segunda, pues, de otra parte, el artículo 35 de la Ley 136 de 1994 señala que 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 sin distinguir categorías de municipios, por lo que, entiende la Sala, la fecha en que debe hacerse la instalación de los concejos es la que indica el artículo 35; para los municipios de las categorías indicadas se instalan el 2 de enero del primer año siguiente a la fecha de la elección y dentro de los primeros diez días del mes de enero deben proceder a elegir funcionarios de su competencia.» (Negrilla fuera del texto).

Ahora, el artículo 29 de la Ley 136 de 1994, consagra:

“Artículo 29º.- Quórum. Los concejos y sus comisiones no podrán abrir sesiones y deliberar con menos de una cuarta parte de sus miembros. **Las decisiones sólo podrán tomarse con la asistencia de la mayoría de los integrantes de la respectiva corporación,**

² Sentencia de 17 de mayo de 2002 C.P. Dra. Olga Inés Navarrete Barrero (Actor: Henry Antonio Eslava Manosalva). Exp: 15001-23-31-000-2001-0419-01

salvo que la Constitución determine un quórum diferente." (Negrillas fuera de texto).

Se encuentra acreditado en el proceso que en las elecciones realizadas el 30 de octubre de 2011, **resultaron elegidos 13 Concejales** en el Municipio de Pueblo Viejo (Magdalena), entre ellos, el señor **ALEXANDER JOSE DE LA ROSA GOMEZ**, quien falleció el 26 de diciembre de 2011; y que según el E-26 en orden de lista descendente le correspondía ocupar la vacancia absoluta al señor **ISAAC ARIZA VARELA**, quien renunció al Partido Cambio Radical (folios 55 y 233 del cuaderno principal), siendo el siguiente de la lista el señor **ANGEL MANUEL GUERRERO GRANADOS**.

También está demostrado que el 1o. de enero de 2012, según Acta núm. 001 de la fecha, visible a folio 81 del cuaderno de anexos, **los seis Concejales demandados**, señores **IVONNE CELENE ACOSTA CARBONO, SENEN FERNANDEZ CAHUANA, ASDRUBAL MORENO GRANADOS, RULVER SERNA MEJIA, WILMER OJEDA y FRANCISCO PALOMINO SOSA**, junto con el Alcalde de turno del Municipio de Pueblo Viejo, se hicieron presentes en el recinto del Concejo Municipal para proceder a su instalación, pero como no hubo quórum, dado que los restantes Concejales no concurrieron, levantaron la sesión.

Por su parte, los señores **WILFRIDO RAFAEL AYALA MORENO, LUZ DARIS BARRANCO GOMEZ, AURA ESTELA IBARRA DIAZ, EDGARDO LUIS FERNANDEZ SANTANA, DAMASCO OROZCO JIMENEZ, ARIEL SEGUNDO JIMENEZ MONTENEGRO y ANGEL MANUEL GUERRERO GRANADOS**, conforme consta a folios 85 a 89 del cuaderno principal, en el Acta núm. 001, el 3 de enero de 2012, se reunieron en el recinto del Concejo Municipal de Pueblo Viejo (Magdalena), sesión en la cual hubo instalación del Concejo, elección de la

Mesa Directiva y se convocó para el 6 de ese mes y año -para elegir Secretario y Personero y toma de posesión de los Concejales aquí demandados-, no obstante que no había quórum decisorio, si se tiene en cuenta que **de los siete solo seis tenían la calidad de Concejales**, por lo que **no hacían mayoría**, resultando inválidas las decisiones allí tomadas.

En efecto, si bien es cierto que el señor **GUERRERO GRANADOS** seguía en lista para ocupar la vacancia absoluta presentada por la muerte del Concejal **ALEXANDER POSE DE LA ROSA**, también lo es que en su designación no se observó el procedimiento que se debe seguir en estos eventos, trámite este consagrado en el artículo 63 de la Ley 136 de 1994, que prevé:

“Forma de llenar vacancias absolutas. Las vacancias absolutas de los concejales serán ocupadas por los candidatos no elegidos en la misma lista, en orden de inscripción, sucesiva y descendente. El Presidente del Concejo, dentro de los tres (3) días hábiles siguientes a la declaratoria, llamará a los candidatos que se encuentren en dicha situación para que tomen posesión del cargo vacante que corresponde”.

Tanto el Acta 001 de 3 de enero de 2012, como las declaraciones de los señores **JOHNNY ALONSO HERNANDEZ OROZCO**, Presidente saliente del Concejo Municipal de Pueblo Viejo (Magdalena), y **ARIEL SEGUNDO JIMENEZ MONTENEGRO**, actual Presidente del citado Concejo, ponen de manifiesto que dicho procedimiento no se llevó a cabo por parte de este último, a quien le correspondía declarar la vacancia absoluta, teniendo en cuenta que la misma se presentó frente a un Concejal elegido para el período constitucional 2012-2015, razón por la que la Resolución núm. 020 de 30 de diciembre de 2011, expedida por el Presidente saliente, no se puede tener como legítima para convalidar la designación del señor **ANGEL MANUEL GUERRERO GRANADOS**, por cuanto no era el competente para dictar dicho acto.

Ante la evidente ausencia de quórum decisorio en la sesión del 3 de enero de 2012, pues, como quedó visto, el séptimo Concejal que hacía la mayoría no había sido designado en debida forma, las convocatorias para las sesiones de 6 y 10 de ese mes y año y las mismas, también adolecían de dicha ausencia de quórum, por lo que mal haría en endilgársele a los Concejales demandados la causal alegada por el actor, dado que fue, precisamente, tal irregularidad la que dio lugar a que éstos no tomaran posesión de sus cargos hasta tanto no se subsanara dicha situación, y que acudieran a la acción de tutela por violación al debido proceso y a los derechos fundamentales de elegir y ser elegidos.

Conforme ya se indicó, de la acción de tutela promovida por los demandados conoció el Juzgado Séptimo Penal Municipal con Funciones de Conocimiento y Depuración de Santa Marta (Magdalena), quien mediante sentencia de 20 de enero de 2012, tuteló a aquéllos los derechos al debido proceso, a participar en la conformación, ejercicio y control del poder político, consagrados en el artículo 29 y 40 de la Constitución política y, en consecuencia, dispuso:

“... Dejar sin efecto, el Acta No. 001 de ENERO 3 DE 2012, en la cual se reunieron, para la PRIMERA SESION ESPECIAL, los concejales electos **ARIEL SEGUNDO JIMENEZ MONTENEGRO, EDGARDO LUIS FERNANDEZ SANTANA, WILFRIDO RAFAEL AYALA MORENO, LUZ DARIS BARRANCO GOMEZ, AURA ESTELA IBARRA DIAZ, DAMASCO OROZCO JIMENEZ,** y el segundo candidato no elegido **ANGEL MANUEL GUERRERO GRANADOS,** para realizar: el llamado a lista y verificación del quórum, presentación de los concejales elegidos para el período 2012-2015; toma de posesión de los honorables concejales; instalación del honorable concejo municipal; así como para la postulación y elección de la mesa directiva del concejo municipal, presidente, primer vice-presidente y segundo vice-presidente.- Así como de todas las demás actas, acuerdos, sesiones o decisiones, elecciones, nombramientos y posesiones, que el CONCEJO MUNICIPAL DE PUEBLO VIEJO-MAGDALENA, hubiese emitido desde esa fecha hasta hoy.

TERCERO: En consecuencia los doce (12) concejales electos con credencial **ARIEL SEGUNDO JIMENEZ MONTENEGRO, EDGARDO LUIS FERNANDEZ SANTANA, WILFRIDO RAFAEL AYALA MORENO, LUZ DARIS BARRANCO GOMEZ, AURA ESTELA IBARRA DIAZ, DAMASCO OROZCO JIMENEZ, SENEN FERNANDEZ**

CAHUANA, ASDRUBAL MORENO GRANADOS, RULVER SERNA MEJIA, WILMER OJEDA MARTINEZ, FRANCISCO PALOMINO SOSA e IVONNE CELENE ACOSTA CARBONO, **deberán** reunirse, en un término no mayor de cuarenta y ocho (48) horas, siguientes a la notificación de la presente sentencia, so pena de incurrir en la causal de PERDIDA DE INVESTIDURA DE DIPUTADOS, CONCEJALES MUNICIPALES Y DISTRITALES Y DE MIEMBROS DE JUNTAS ADMINISTRADORAS LOCALES, prevista en el numeral 3° del Artículo 48 de la Ley 617 de 2000 "... 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 ..." y proceder a:

- Elegir su Mesa Directiva Ad-hoc, para así poder posesionarse ante ella, los doce (12) concejales electos ...;
- Cumplido ello, elegir la Mesa Directiva correspondiente al primer año;
- Agotado ese acto, deberán proceder a declarar la vacancia absoluta del concejal electo para el año 2012-2015, e iniciar el trámite respectivo, cual es solicitar a la REGISTRADURIA NACIONAL DEL ESTADO CIVIL, certificación donde consten los candidatos no elegidos con más alta votación, o el formulario E-26 autenticado, con las firmas de los funcionarios escrutadores, para proceder así a llamarlos, en orden sucesivo y descendente:
- Frente a la renuncia del primer concejal no electo verificar que dicha renuncia cumpla los requisitos del art. 53 de la Ley 136 de 1994;
- Para que así, de manera legal, apegada al debido proceso, y el respeto a los derechos fundamentales, tome posesión del cargo vacante correspondiente, el segundo candidato no elegido con más alta votación;

CUARTO: Comunicar a la PROCURADURIA REGIONAL Y PROVINCIAL DEL MAGDALENA, para que ejerzan estricta vigilancia sobre la instalación del CONCEJO MUNICIPAL DE PUEBLO VIEJO – MAGDALENA, la posesión de sus miembros, y el trámite para proveer la vacante del concejal electo ALEXANDER JOSE DE LA ROSA GOMEZ ...".

Dicho fallo fue impugnado por el señor **ARIEL JIMENEZ MONTENEGRO**, en su calidad de Presidente del citado Concejo Municipal.

Para dar cumplimiento a la sentencia en mención, los Concejales demandados se hicieron presentes en el recinto del Concejo Municipal los días 24 y 25 de enero del año en curso sin que los restantes Concejales hubieran concurrido, conforme consta a folios 68, 79 y 80 del cuaderno de anexos.

A folios 157 y 160 del cuaderno principal, obra el auto de 6 de febrero de 2012, a través del cual el Juzgado Primero Penal del Circuito de Santa Marta, declaró la nulidad de lo actuado a partir del auto admisorio de la solicitud de tutela y la remitió por competencia a los Juzgados del Municipio de Ciénaga (Magdalena), correspondiéndole en reparto al Juzgado Segundo Promiscuo Municipal, quien el 2 de marzo de 2012, profirió fallo tutelando los “derechos fundamentales a la igualdad, conformar, ejercer y controlar el poder político” de los Concejales demandados y, en consecuencia, dejó sin efectos “todos los actos administrativos proferidos por la Mesa Directiva del Concejo Municipal de Pueblo Viejo, Magdalena, a partir de la fecha de su instalación, hasta el momento en que se profiere esta sentencia, por haber sido emitidos en contraposición a la Constitución y la Ley, en especial su propia conformación y la elección del Personero Municipal”.

Dentro de los tres días siguientes al fallo de tutela, esto es, el 7 de marzo de 2012, conformado el quórum decisorio, se instaló nuevamente el Concejo y tomaron posesión los demandados, lo cual consta a folios 72 a 76 del cuaderno de anexos.

De lo reseñado, se evidencia que la situación irregular que se presentó al interior de la Corporación Edilicia, impidió que los Concejales demandados cumplieran con la obligación prevista en el numeral 3 del artículo 48 de la Ley 617 de 2000, circunstancia esta que constituye fuerza mayor y justifica tal omisión, apreciación que comparte el Ministerio Público en su vista de fondo, por concurrir los presupuestos exigidos para su configuración³, que de acuerdo con el parágrafo 1°

³ Que se trate de un hecho extraño a quien lo alega, que sea un hecho totalmente imprevisible e irresistible y que el hecho sea capaz de determinar y justificar el incumplimiento o inejecución de determinado deber u obligación.

del citado artículo 48, exculpa tanto el deber de posesionarse en oportunidad como del de asistir a las sesiones.

En efecto, como lo indicó el Ministerio Público, la situación irregular que se presentó en el Concejo Municipal de Pueblo Viejo (Magdalena), respecto del procedimiento observado para designar a la persona destinada a llenar la vacancia absoluta presentada, fue extraña y ajena a la voluntad de los Concejales demandados, quienes ante dicha imprevisibilidad les asistía razón para no tomar posesión hasta tanto no se definiera tal circunstancia particular, hechos que justificaron el incumplimiento de la obligación de tomar posesión dentro de los tres días siguientes a la instalación del Concejo Municipal, y que una vez subsanados, procedieron a posesionarse, previa conformación del quórum decisorio previsto por la Ley.

En consecuencia, al no configurarse la causal de pérdida de investidura alegada, es procedente confirmar la sentencia apelada, como en efecto se dispondrá en la parte resolutive de esta providencia.

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,

F A L L A :

CONFÍRMASE la sentencia apelada.

Ejecutoriada esta providencia, devuélvase el expediente al Tribunal de origen.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

Se deja constancia de que la anterior sentencia fue leída, discutida y aprobada por la Sala en la sesión del día 27 de septiembre de 2012.

MARÍA ELIZABETH GARCÍA GONZÁLEZ
Presidenta

MARÍA CLAUDIA ROJAS LASSO

MARCO ANTONIO VELLILLA MORENO