



SILLA VACÍA - Concepto / SUSPENSIÓN PROVISIONAL – Se niega pues para su estudio se requiere un análisis de fondo propio de la sentencia

[L]a parte actora solicitó el decreto de la medida cautelar de suspensión provisional del acto acusado en atención a que en su criterio con su expedición se desconoció lo dispuesto en el artículo 134 de la Constitución Política en lo referente a la aplicación de la figura denominada “silla vacía” por cuanto, al encontrarse la señora Aida Merlano Rebolledo cobijada por una medida de aseguramiento de detención preventiva no podía ser reemplazada en el Senado de la República. (...). [E]s claro que los congresistas no pueden tener suplentes, como ocurría en el pasado; sin embargo, la norma establece que cuando se generen algunas vacancias absolutas o temporales, la curul puede ser ocupada por candidatos no elegidos según el orden de inscripción –en el caso de lista cerrada- o de votación –en el evento de lista abierta con voto preferente-. (...). Esta prohibición de reemplazo es la que se conoce doctrinariamente con el nombre de “silla vacía”; con ella se busca que la agrupación política que avaló o respaldó al congresista que posteriormente resultó investigado y/o condenado por los delitos anteriormente relacionados, pierda la curul en el Congreso, a manera de sanción por la conducta cometida por el avalado. (...). [L]a denominada “silla vacía” es una sanción para los partidos y movimientos políticos que han avalado congresistas que han participado en actividades delictivas relacionadas con grupos armados ilegales al margen de la ley, narcotráfico, contra la administración pública, contra los mecanismos de participación democrática y de lesa humanidad; que impide la agrupación política en cuestión ocupe con otro integrante, la curul del congresista investigado o condenado, lo cual afecta además el *quorum* de la respectiva Cámara. En este evento, el fundamento de la solicitud es el presunto desconocimiento de la prohibición de reemplazo del artículo 134 Constitucional toda vez que, (...), la señora Aida Merlano Rebolledo fue cobijada con medida de aseguramiento de detención preventiva por la comisión de delitos contra la participación democrática. (...). Frente al punto, se debe tener en cuenta que la carga de aportar los elementos probatorios suficientes para demostrar el fundamento de la solicitud de la medida cautelar radica en el actor y que el juez no cuenta con facultades probatorias de oficio en este estadio del proceso. (...). Adicionalmente, que en este momento procesal existe una seria duda sobre la aplicación de la figura al caso concreto, toda vez que la parte demandada y el Senado de la República ponen de presente que la sanción de silla vacía ya operó respecto de la señora Aida Merlano Rebolledo en el período 2014 – 2018 cuando fungió como representante a la Cámara por lo que no podría aplicarse nuevamente ahora, para su elección como senadora para el período 2018 – 2022. Además, que la figura se aplicó en el primer período como consecuencia de la medida de aseguramiento dictada en su contra y que el acto de llamamiento ahora cuestionado se originó en la declaratoria de nulidad de su elección como senadora de la República. En tales condiciones, no es clara en esta instancia del proceso la vulneración de la norma invocada como fundamento de la solicitud de suspensión provisional, por cuanto, como se dejó dicho, para establecer si fue desconocida o no con el acto demandado, la Sala debe realizar un estudio de fondo sobre las características y fijar las pautas para la aplicación de la figura de la silla vacía en el sentido de determinar si en este evento ya operó cuando ella tenía una curul en la Cámara de Representantes, si resulta viable extender sus consecuencias a la elección como senadora de la señora Merlano Rebolledo y los efectos de la declaratoria de nulidad de esa elección en el caso concreto. Por lo tanto, como dicho estudio no es propio de esta etapa procesal y para su desarrollo se requiere además que sean allegadas algunas pruebas al expediente, no puede afirmarse en este momento que con el acto de llamamiento efectuado por el Senado de la República para que la señora Soledad Tamayo Tamayo ocupe la curul que





inicialmente le correspondía a la señora Aida Merlano Rebolledo en esa Corporación durante el período 2018 – 2022, se ha desconocido el artículo 134 de la Carta Política. En tales condiciones, no se encuentra acreditado en este momento procesal el desconocimiento la norma invocada por el demandante como fundamento de la solicitud de suspensión provisional del acto acusado, y por tanto, no se reúnen los requisitos exigidos por el artículo 231 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo para el efecto, por lo que no hay lugar a decretar dicha medida cautelar. Lo anterior, sin perjuicio de que una vez surtidas las demás etapas procesales se llegue a una conclusión diferente, toda vez que, como se advirtió la decisión sobre el decreto o no de una medida cautelar, no constituye en manera alguna implica prejuzgamiento.

NOTA DE RELATORÍA: Con respecto a la denominada silla vacía, consultar: Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, concepto del 6 de diciembre de 2017, radicación 11001-03-06-000-2017-00202-00 (2364), C.P. Germán Bula Escobar.

FUENTE FORMAL: CONSTITUCIÓN POLÍTICA - ARTÍCULO 134 / LEY 1437 DE 2011 - ARTÍCULO 149 NUMERAL 3 / LEY 1437 DE 2011 - ARTÍCULO 162 / LEY 1437 DE 2011 - ARTÍCULO 231 / LEY 1437 DE 2011 - ARTÍCULO 277

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCIÓN QUINTA

Consejero ponente: CARLOS ENRIQUE MORENO RUBIO

Bogotá, D.C., ocho (8) de agosto de dos mil diecinueve (2019)

Radicación número: 11001-03-28-000-2019-00024-00

Actor: OSCAR RODRÍGUEZ ORTIZ

Demandado: SOLEDAD TAMAYO TAMAYO – SENADORA DE LA REPÚBLICA – PERÍODO 2018-2022

Referencia: NULIDAD ELECTORAL

ADMITE DEMANDA – NIEGA MEDIDA CAUTELAR

Procede la Sala a proveer sobre la admisión de la demanda presentada contra el acto de llamamiento de la señora Soledad Tamayo Tamayo como senadora de la República para el período 2018 - 2022 y a resolver la solicitud de suspensión provisional de los efectos de aquel, elevada por la parte actora.

ANTECEDENTES

1. La demanda





El señor Oscar Rodríguez Ortiz, actuando en nombre propio y en ejercicio del medio de control de nulidad electoral previsto en el artículo 139 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo demandó el llamamiento efectuado por el presidente del Senado de la República de la señora Soledad Tamayo Tamayo para que ocupara el lugar de la señora Aida Merlano Rebolledo en esa Corporación para el período 2018 - 2022.

Como fundamento de la demanda, manifestó que la Corte Suprema de Justicia dictó medida de aseguramiento intramural en contra de la señora Aida Merlano Rebolledo el 9 de abril de 2018 quien había sido elegida como senadora de la República para el período 2018 – 2022, razón por la cual no pudo tomar posesión de dicho cargo.

Señaló que en consecuencia, la curul de la señora Merlano Rebolledo no podía ser ocupada por nadie más, por lo que, con el acto demandado, el presidente y secretario del Senado de la República vulneraron el artículo 134 de la Constitución Política que prohíbe el reemplazo por faltas temporales de quienes hayan sido vinculados mediante orden de captura y medida de aseguramiento por delitos como los que a ella se le endilgan.

Sostuvo que en consecuencia, con el acto acusado se vulneraron las normas en que debía fundarse, concretamente el artículo 134 de la Carta Política modificado por el Acto Legislativo 02 de 2015. (fols. 1 a 11).

2. La solicitud de suspensión provisional

Mediante escrito anexo a la demanda, el demandante solicitó el decreto de la medida cautelar de suspensión provisional de los efectos del acto demandado. Como fundamento de su solicitud invocó los siguientes argumentos:

Señaló que el 28 de mayo de 2019 el presidente del Senado de la República por conducto del secretario de la Corporación, ordenó el llamado de la señora Soledad Tamayo Tamayo para ocupar una curul por el Partido Conservador Colombiano.

Indicó que, como consecuencia de lo anterior, la señora Tamayo Tamayo se posesionó ante la Plenaria del Senado de la República el 29 de mayo de 2019.

Afirmó que el acto de llamamiento no podía ser expedido, so pena de vulnerar el artículo 134 de la Carta Política que prohíbe reemplazar congresistas que han sido cobijados con medida de aseguramiento por los delitos allí establecidos.

Aseveró que la señora Aida Merlano Rebolledo resultó elegida como senadora de la República para el período 2018 – 2022, sin embargo, no pudo posesionarse en dicho cargo por cuanto la Corte Suprema de Justicia dictó medida de aseguramiento en su contra por los delitos de concierto para delinquir; corrupción al sufragante; fabricación, tráfico, porte o tenencia de armas de fuego, accesorios, partes o municiones y ocultamiento, retención y posesión ilícita de cédulas.





Manifestó que en este caso hubo una falta temporal irremplazable con ocasión de la orden de captura dictada en contra de la señora Merlano Rebolledo, razón por la cual el acto de llamamiento ahora acusado vulnera flagrantemente la prohibición consagrada en el artículo 134 de la Constitución Política y por tanto, debe ser declarado nulo y suspendido provisionalmente hasta tanto, ello ocurra. (fols. 23 a 29).

3. Trámite de la solicitud

Previo a la admisión de la demanda, mediante auto del 10 de julio de 2019 se corrió traslado de la solicitud de suspensión provisional a la señora Soledad Tamayo Tamayo, al presidente del Congreso de la República, al director general de la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado y al agente del Ministerio Público, con el fin de que manifestaran lo que consideraran pertinente. (fol. 42).

4. Traslado de la solicitud

Surtido el traslado de que trata el artículo 233 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, la demandada, el secretario general del Senado de la República y la señora agente del Ministerio Público, se pronunciaron en forma oportuna sobre la medida cautelar solicitada, en los siguientes términos:

4.1 Soledad Tamayo Tamayo

Por conducto de apoderado, la demandada solicitó que la medida cautelar fuera denegada.

Recordó que de conformidad con lo establecido en el artículo 134 de la Constitución Política, procede el reemplazo por el candidato no elegido en caso de faltas temporales o absolutas de un miembro de una Corporación Pública, según el orden de inscripción, si se trata de lista cerrada sin voto preferente, o según la votación obtenida si la lista es abierta con voto preferente.

Explicó que la declaración de la nulidad de la elección es una falta absoluta que da lugar a reemplazo y que la figura de la silla vacía sólo opera para: i) condenados por delitos comunes relacionados con pertenencia, promoción o financiación de grupos armados ilegales, actividades de narcotráfico, dolosos contra la administración pública, contra los mecanismos de participación democrática y de lesa humanidad; ii) aquellos que renuncien vinculados formalmente a procesos penales por la comisión de los mismos delitos y iii) quienes tengan orden de captura por los mismos delitos (falta temporal).

Sostuvo que de la simple confrontación de la norma invocada como fundamento de la solicitud de suspensión provisional con el acto demandado, no se evidencia la supuesta vulneración alegada por el actor, toda vez que se requiere verificar las afirmaciones del demandante en lo que se refiere a la vigencia de la orden de





captura para el momento en que se profirió el acto acusado por cuanto al respecto, se limitó a referir enlaces web de comunicados de prensa.

Adujo que, teniendo en cuenta el fundamento de la solicitud de medida cautelar, es necesario determinar si efectivamente la señora Merlano Rebolledo era sujeto de medida de aseguramiento para la fecha de expedición del acto acusado.

Manifestó que de conformidad con la jurisprudencia de esta Corporación las noticias sirven para demostrar el registro de un hecho sin que sirvan de prueba de su ocurrencia, además, que deben ser tenidas en cuenta según su temporalidad, por lo que es claro que los medios de prueba aducidos por el actor no se pueden tener como evidencia de su dicho.

Destacó que el fundamento del acto acusado fue la declaratoria de nulidad electoral de la señora Aida Merlano Rebolledo y no, su medida de aseguramiento.

Arguyó que no se cumplen los requisitos para decretar la medida cautelar solicitada, pues no existe prueba dentro del plenario de las afirmaciones del actor.

Agregó que las normas prohibitivas son de interpretación restrictiva, especialmente cuando se refieren a derechos fundamentales, como en este caso, en el que se ponen en el que se limita la conformación del poder político y el derecho a elegir y ser elegido.

Sostuvo que según la jurisprudencia de la Corte Constitucional y el Consejo de Estado cuando una prohibición limita derechos fundamentales el juez debe limitarse a la literalidad de la norma, sin hacer interpretaciones extensivas o analógicas.

Explicó que la figura denominada silla vacía o imposibilidad de reemplazar a alguien que es excluido de una Corporación Pública es una clara prohibición al derecho fundamental de conformación del poder público y a elegir y ser elegido, por lo que debe ser aplicada únicamente en los casos consagrados en el artículo 134 constitucional.

Insistió en que el llamamiento de la señora Soledad Tamayo se produjo con ocasión de la declaratoria de nulidad de la elección de la señora Aida Merlano Rebolledo como senadora de la República y no por ser sujeto de medida de aseguramiento, lo cual, además, no se encuentra probado dentro del expediente.

Recordó que de acuerdo con el comunicado de prensa publicado en la página web de la Corte Suprema de Justicia el 6 de abril de 2018 le fue dictada medida de aseguramiento de detención preventiva en contra de la señora Aida Merlano Rebolledo, sin embargo, para esa fecha no se había instalado el Congreso período 2018 – 2022, sin que su curul haya sido ocupada, por cuanto no se posesionó.

Adujo que, en tales condiciones, la referida curul estuvo vacante hasta el 29 de





mayo de 2019, fecha en la cual se posesionó la ahora demandada, en virtud del llamamiento efectuado por la Corporación como consecuencia de la declaratoria de nulidad de la elección de la señora Merlano Rebolledo por parte de esta Sección el 16 de mayo de 2019.

Destacó que en dicha providencia se precisó que la causal de nulidad electoral endilgada a la entonces demandada era de naturaleza subjetiva y no objetiva, razón por la cual no hay lugar a restarle su votación al Partido Conservador.

Refirió la posición jurisprudencial que en materia de vacancias ha sentado el Consejo de Estado, respecto del Congreso de la República.

Enfatizó que la señora Merlano Rebolledo nunca se posesionó como senadora de la República, lo cual configura una causal de pérdida de investidura.

Afirmó que a figura de la silla vacía ya operó respecto de Aida Merlano Rebolledo, toda vez que para el momento en que fue proferida la medida de aseguramiento en su contra, ocupaba una curul como representante a la Cámara por el departamento de Atlántico, respecto de la cual se profirió la Resolución 1449 de 2018 a través de la que se aplicó el artículo 277 de la Ley 5 de 1992 sobre la suspensión de la condición de congresista.

Agregó que luego se profirió la Resolución 1467 del 10 de julio de 2018 en la que se estableció que la señora Merlano Rebolledo no podía ser reemplazada con ocasión de la medida de aseguramiento dictada en su contra.

Señaló que en el ordenamiento jurídico colombiano no es posible aplicar dos veces una sanción por un mismo hecho y en este caso, la silla vacía operó cuando la señora Aida Merlano Rebolledo era representante a la Cámara por lo que no puede volver a aplicarse respecto de su curul como senadora, curul de la cual nunca tomó posesión. (fols. 78 a 97).

4.2 Senado de la República

El secretario general del Senado de la República solicitó negar la solicitud de suspensión provisional del acto demandado. Como fundamento de lo anterior, expuso en resumen lo siguiente:

Recordó que la señora Aida Merlano Rebolledo fue elegida como representante a la Cámara por el departamento del Atlántico para el período 2014 – 2018 y antes de terminar su período, al parecer el 6 de abril de 2018, la Corte Suprema de Justicia ordenó su captura por los hallazgos efectuados en la sede de su campaña al Senado de la República relacionados con una presunta compra de votos.

Adujo que conforme lo establece el artículo 134 de la Constitución Política la representante Merlano Rebolledo no fue reemplazada en la cámara de Representantes durante el término que duró la vacancia temporal derivada de la medida de aseguramiento dictada en su contra. Además, el Partido Conservador





fue sancionado con la denominada “silla vacía” durante el resto del período.

Manifestó que al parecer existe una confusión sobre lo sucedido en los períodos constitucionales 2014 – 2018 y 2018 – 2022 respecto de la señora Aida Merlano Rebolledo. En el primero, en su calidad de representante a la Cámara se aplicó el artículo 134 de la Carta Política y por tanto, no fue reemplazada una vez fue cobijada con medida de aseguramiento de detención preventiva. En el segundo, la señora Merlano nunca se posesionó y además al haberse declarado la nulidad de su elección como senadora de la República, dicho acto nunca existió en la vida jurídica.

Resaltó que la señora Merlano Rebolledo no se juramentó como senadora de la República, además la Sección Quinta de esta Corporación declaró la nulidad de su elección para tal dignidad y solicitó la cancelación de su credencial, sin prohibir que fuera reemplazada.

Señaló que en virtud de lo anterior, el presidente del Senado de la República, conforme lo establecido en el artículo 278 de la Ley 5 de 1992, llamó al siguiente candidato no elegido en la misma lista del Partido Conservador Colombiano, según orden de inscripción, previa certificación expedida por el Consejo Nacional Electoral.

Indicó que una vez acreditada su condición de congresista, el presidente del Senado tomó juramento a la señora Soledad Tamayo Tamayo el 29 de mayo de 2019.

Afirmó que de no haberse efectuado el llamado de la demandada el presidente del Senado de la República habría incurrido en una falta disciplinaria e incluso en un presunto prevaricato por omisión, además, habría desconocido el principio fundamental de participación democrática en lo referente al derecho a elegir y ser elegido.

Reiteró que con el acto demandado se cumplió con lo establecido en la Constitución y la ley, toda vez que lo procedente en el caso concreto, ante la declaratoria de la nulidad de la elección de la señora Aida Merlano Rebolledo como senadora de la República para el período 2018 – 2022, era hacer el llamado del siguiente candidato no elegido del partido correspondiente.

Agregó que el Partido Conservador Colombiano purgó la sanción consagrada en el artículo 134 constitucional durante el período 2014 – 2018, por lo que no es viable volver a aplicar la misma sanción por los mismos hechos en el período 2018 – 2022.

Precisó que en este caso no se debe entender que hubo vacancia temporal o definitiva, sino que se posesionó como senadora de la República a la candidata que, según el orden de inscripción o votación obtenida, siguió en forma sucesiva y descendente en la misma lista electoral, por el hecho de haberse declarado la nulidad de la elección de otra candidata del mismo partido.





En ese orden de ideas, solicitó tener en cuenta que no hubo reemplazo alguno sino que el llamado a ocupar la curul era un derecho que le asistía al Partido Conservador Colombiano. (fols. 61 a 72).

5. Concepto del Ministerio Público

La procuradora séptima delegada ante esta Corporación indicó que la medida cautelar de suspensión provisional debía ser decretada, con base en los siguientes argumentos:

Recordó que con el Acto Legislativo 01 de 2009 se modificó el tema de reemplazos en el Congreso de la República debido a los inconvenientes que se venían presentando con ocasión de las medidas de aseguramiento y órdenes de captura que se habían librado en contra de algunos congresistas, quienes eran reemplazados con el siguiente de la lista si se trataba de lista cerrada o con quien seguía en votación en los casos de voto preferente.

Indicó que, con base en lo anterior, se estableció que no habría lugar a reemplazar las vacantes absolutas o temporales que se presentaran cuando mediara una orden de captura o una condena contra el congresista por los delitos de pertenencia, promoción o financiación a grupos armados ilegales o actividades de narcotráfico; los dolosos contra la administración pública; contra los mecanismos de participación democrática y los de lesa humanidad.

Manifestó que en atención a la gravedad de dichas conductas punibles se impuso castigar al partido o movimiento político que avaló al candidato incurso en aquellos, en tanto una vez proferida la captura o la condena, la organización política pierde el derecho a ocupar la correspondiente curul.

Explicó que en el caso de la captura, el derecho al reemplazo se suspende hasta que se dicte la respectiva sentencia, si ésta es absolutoria y se está en el correspondiente período constitucional de la corporación pública de elección popular, el partido podrá llenar la vacante – falta temporal-; y en el caso de ser condenatoria, el derecho se perderá de forma definitiva para el período constitucional correspondiente – falta absoluta-.

Afirmó que en razón de la naturaleza de los delitos por los que se dictó medida de aseguramiento en contra de Aida Merlano Rebolledo y por los cuales se libró orden de captura, el Partido Conservador no podría ocupar la vacante dejada por esta y por tanto no había lugar al llamamiento de Soledad Tamayo Tamayo, so pena de vulnerar el artículo 134 Constitucional.

Refirió algunas de las actuaciones surtidas al interior del Congreso y de la Corte Suprema de Justicia en el caso de la señora Aida Merlano Rebolledo con el fin de concluir que en este caso se produjo una falta temporal desde el momento en que se ordenó la medida de aseguramiento en su contra.





Señaló que desde el momento en que la señora Merlano Rebolledo no se posesionó como senadora de la República se generó una falta temporal que impedía al partido que la avaló exigir que fuera reemplazada hasta tanto no se profiera sentencia definitiva.

Indicó que la declaratoria de nulidad de la elección de la señora Merlano Rebolledo no afecta para nada la aplicación de la figura de la silla vacía, toda vez que se trata de una sanción al partido que avaló a quien posteriormente es investigado o condenado por los delitos anteriormente referidos.

Manifestó que la nulidad electoral generó una vacancia absoluta como expresamente lo establece el artículo 134 constitucional, que dispone que mientras la ley no defina lo contrario, se produce una falta absoluta que da lugar al reemplazo.

Agregó que, no puede desconocerse que previo a la declaración de nulidad electoral se había configurado la silla vacía, que impedía que el Partido Conservador dispusiera de la referida curul.

Concluyó que el Senado de la República no podía llamar a ocupar la mencionada curul toda vez que de manera previa a la declaratoria de nulidad electoral se había configurado la silla vacía en relación con el Partido Conservador derivada de una medida de aseguramiento dictada en contra de la señora Merlano Rebolledo, lo que impidió que se posesionara como senadora y por tanto, que se configurara una falta temporal no susceptible de reemplazo. (fols. 51 a 58).

CONSIDERACIONES

1. Competencia

La Sala es competente para conocer en única instancia de la demanda promovida contra el acto de llamamiento de la señora Soledad Tamayo Tamayo como senadora de la República para el período 2018 - 2022, de conformidad con lo dispuesto en el numeral 3 del artículo 149 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo¹ y en el artículo 13 del Acuerdo

¹ Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo. “Artículo 149. Competencia del Consejo de Estado en única instancia. El Consejo de Estado, en Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, por intermedio de sus Secciones, Subsecciones o Salas especiales, con arreglo a la distribución de trabajo que la Sala disponga, conocerá en única instancia de los siguientes asuntos:

(...)

3. De la nulidad del acto de elección del Presidente y el Vicepresidente de la República, de los senadores, de los representantes a la Cámara, de los representantes al Parlamento Andino, del Alcalde Mayor de Bogotá, de los miembros de la junta directiva o consejo directivo de las entidades públicas del orden nacional, de los entes autónomos del orden nacional y de las comisiones de regulación.”





080 de 2019².

En tales condiciones, está facultada para proveer sobre la admisión de la demanda y decidir sobre la solicitud de suspensión provisional de los efectos del acto acusado, en los términos del artículo 277 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

2. La admisión de la demanda

Para la admisión de la demanda en materia electoral se exige el cumplimiento de los requisitos formales establecidos en el artículo 162 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, la individualización de las pretensiones de que trata el artículo 163, que la demanda se presente en la oportunidad prevista en la letra a) del numeral 2 del artículo 164 y que se acompañe de los anexos señalados en el artículo 166 de ese mismo estatuto, además, de la verificación de la debida acumulación de causales de nulidad a que se refiere el artículo 281.

En este caso la demanda fue presentada en término, toda vez que el acto de llamamiento acusado data del 28 de mayo de 2019 y la demanda fue presentada el 18 de junio siguiente, según consta a folios 14 y 38 del expediente. Es decir, en el término de 30 días consagrado en la referida norma.

Así mismo, la demanda incluyó la designación de las partes, la pretensión formulada claramente, la descripción de los hechos, los fundamentos de derecho, la solicitud de pruebas que el actor pretende hacer valer en el proceso y las direcciones para las respectivas notificaciones.

Ahora, si bien es cierto, con la demanda no se allegó copia de la decisión acusada, sí se solicitó de manera previa por lo que mediante auto del 20 de junio de 2019 se ordenó oficiar al Congreso de la República con el fin de que remitiera el acto de llamamiento y posesión de la demandada como senadora para el período 2018 – 2022. (fols. 18 y 19)

Dicho requerimiento fue atendido por el secretario general del Senado de la República mediante oficio del 8 de julio de 2019 visible a folio 37 con anexos que obran a folios 38 a 40 del expediente.

En consecuencia, como la demanda cumple con las exigencias legales habrá de

² Acuerdo 80 de 2019. 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 Quinta:

(...)

3- Los procesos electorales relacionados con elecciones o nombramientos.”





ser admitida.

3. La solicitud de suspensión provisional

Según se tiene, en el caso concreto la parte actora solicitó el decreto de la medida cautelar de suspensión provisional del acto acusado en atención a que en su criterio con su expedición se desconoció lo dispuesto en el artículo 134 de la Constitución Política en lo referente a la aplicación de la figura denominada “silla vacía” por cuanto, al encontrarse la señora Aida Merlano Rebolledo cobijada por una medida de aseguramiento de detención preventiva no podía ser reemplazada en el Senado de la República.

Una vez surtido el traslado de la solicitud de medida cautelar, la demandada, y el secretario general del Senado de la República, manifestaron su oposición al decreto de la medida bajo el argumento de que la figura de la silla vacía operó respecto de la señora Aida Merlano Rebolledo cuando ella fungía como representante a la Cámara para el período 2014 – 2018 por lo que no puede aplicarse esa misma sanción al Partido Conservador Colombiano para el período 2018 – 2022 por los mismos hechos.

Sin embargo, para la señora agente del Ministerio Público la sanción en comento sí opera respecto del período 2018 – 2022 toda vez que la situación jurídica de la señora Merlano Rebolledo no ha sido resuelta y por tanto, todavía no puede ser reemplazada, independientemente de que se haya declarado la nulidad de su elección como senadora de la República.

3.1 De la medida cautelar de suspensión provisional

En el Capítulo XI del Título V de la Parte Segunda del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, se consagró la posibilidad de decretar medidas cautelares dentro de todos los procesos declarativos que se adelanten ante esta jurisdicción, sin que dicho acto implique prejuzgamiento alguno.

En materia de suspensión provisional, en su artículo 231 la Ley 1437 de 2011 fijó una serie requisitos en los siguientes términos:

“Cuando se pretenda la nulidad de un acto administrativo, la suspensión provisional de sus efectos procederá por violación de las disposiciones invocadas en la demanda o en la solicitud que se realice en escrito separado, cuando tal violación surja del análisis del acto demandado y su confrontación con las normas superiores invocadas como violadas o del estudio de las pruebas allegadas con la solicitud. Cuando adicionalmente se pretenda el restablecimiento del derecho y la indemnización de perjuicios deberá probarse al menos sumariamente la existencia de los mismos...”





De manera concreta, en punto de nulidad electoral el artículo 277 de la precitada normativa estableció que la solicitud de suspensión provisional debe elevarse en la demanda y que aquella debe resolverse en el auto admisorio.

Sin embargo, esta misma Sala de Decisión ha aceptado que no necesariamente la medida cautelar debe presentarse en el texto mismo de la demanda sino que, tal y como se permite en los procesos ordinarios puede ser presentada en escrito anexo a esta, pero siempre y cuando se haga dentro del término de caducidad.

De manera concreta en oportunidad anterior se estableció:

“Entonces, las disposiciones precisan que la medida cautelar i) se debe solicitar con fundamento en el mismo concepto de violación de la demanda, o en lo que el demandante sustente al respecto en escrito separado -siempre que el/los cargo(s) estén comprendidos en la demanda y que se encuentre en término para accionar- o en la misma demanda, pero en todo caso que sea específica y propia para la procedencia de la medida excepcional, o una expresa remisión a que el apoyo de la medida se soporta en el concepto de violación y ii) al resolver se debe indicar si la violación de las disposiciones invocadas surge de la confrontación entre el acto demandado y las normas superiores invocadas como violadas o del estudio de las pruebas allegadas con la solicitud.

(...)

En este sentido, según lo allí dispuesto, existe la posibilidad de que en forma cautelar se suspendan los efectos jurídicos de los actos administrativos de naturaleza electoral, cuando se cumplan las siguientes exigencias: (i) que así lo pida la parte actora en la demanda o con escrito anexo a la misma; (ii) que la infracción al ordenamiento jurídico surja de la valoración que se haga al confrontar el acto con las normas invocadas por el actor; y, (iii) que para ello pueden emplearse los medios de prueba aportados por el interesado³”.

Conforme con lo anterior, de la interpretación armónica de las normas que rigen la figura, se tiene que para que se pueda decretar la suspensión provisional de un acto en materia electoral debe realizarse un análisis del acto demandado frente a las normas superiores invocadas como vulneradas en la demanda o en la solicitud, según corresponda, para así verificar si hay una violación de aquellas con apoyo en el material probatorio con el que se cuente en ese momento procesal.

Lo anterior implica que el demandante debe sustentar su solicitud e invocar las normas que considera desconocidas por el acto o actos acusados y que el juez o

³ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Quinta. Expediente 13001-23-33-000-2016-00070-01. Providencia del 3 de junio de 2016. M.P. Dra. Lucy Jeannette Bermúdez.



sala encargada de su estudio, realice un análisis de esos argumentos y de las pruebas aportadas con la solicitud para determinar la viabilidad o no de la medida.

No obstante, resulta del caso precisar que no cualquier desconocimiento normativo implica *per se* la suspensión provisional del acto acusado por cuanto es claro que debe analizarse en cada caso concreto la implicación del mismo con el fin de determinar si tiene o no la entidad suficiente para afectar la aplicabilidad del acto y en últimas su legalidad.

Además, se hace necesario reiterar que el pronunciamiento que se emita con ocasión de una solicitud de medida cautelar en manera alguna implica prejuzgamiento, por lo que nada obsta para que la decisión adoptada varíe en el curso del proceso y para que incluso, la decisión definitiva sea diferente.

3.2 Decisión sobre la medida cautelar

Según quedó establecido con anterioridad, corresponde en este caso determinar si hay lugar a suspender provisionalmente o no el acto de llamamiento de la señora Soledad Tamayo Tamayo como senadora de la República para el período 2018 – 2022. Para el efecto, se debe analizar, con base en los argumentos esgrimidos por la partes hasta este momento procesal y el material probatorio obrante en el expediente, si con dicho acto se desconoció o no el artículo 134 de la Constitución Política.

La referida norma establece:

“Los miembros de las Corporaciones Públicas de elección popular no tendrán suplentes. Solo podrán ser reemplazados en los casos de faltas absolutas o temporales que determine la ley, por los candidatos no elegidos que según el orden de inscripción o votación obtenida, le sigan en forma sucesiva y descendente en la misma lista electoral.

En ningún caso podrán ser reemplazados quienes sean condenados por delitos comunes relacionados con pertenencia, promoción o financiación a grupos armados ilegales o actividades de narcotráfico; dolosos contra la administración pública; contra los mecanismos de participación democrática, ni por Delitos de Lesa Humanidad. Tampoco quienes renuncien habiendo sido vinculados formalmente en Colombia a procesos penales por la comisión de tales delitos, ni las faltas temporales de aquellos contra quienes se profiera orden de captura dentro de los respectivos procesos.

Para efectos de conformación de quórum se tendrá como número de miembros la totalidad de los integrantes de la Corporación con excepción de aquellas curules que no puedan ser reemplazadas. La misma regla se aplicará en los eventos de impedimentos o recusaciones aceptadas.





Si por faltas absolutas que no den lugar a reemplazo los miembros de cuerpos colegiados elegidos en una misma circunscripción electoral quedan reducidos a la mitad o menos, el Consejo Nacional Electoral convocará a elecciones para llenar las vacantes, siempre y cuando falten más de veinticuatro (24) meses para la terminación del periodo.

PARÁGRAFO TRANSITORIO. Mientras el legislador regula el régimen de reemplazos, se aplicarán las siguientes reglas: i) Constituyen faltas absolutas que dan lugar a reemplazo la muerte; la incapacidad física absoluta para el ejercicio del cargo; la declaración de nulidad de la elección; la renuncia justificada y aceptada por la respectiva corporación; la sanción disciplinaria consistente en destitución, y la pérdida de investidura; ii) Constituyen faltas temporales que dan lugar a reemplazo, la licencia de maternidad y la medida de aseguramiento privativa de la libertad por delitos distintos a los mencionados en el presente artículo.

La prohibición de reemplazos se aplicará para las investigaciones judiciales que se iniciaron a partir de la vigencia del Acto Legislativo número 01 de 2009, con excepción del relacionado con la comisión de delitos contra la administración pública que se aplicará para las investigaciones que se inicien a partir de la vigencia del presente acto legislativo.”

Conforme con lo anterior, es claro que los congresistas no pueden tener suplentes, como ocurría en el pasado; sin embargo, la norma establece que cuando se generen algunas vacancias absolutas o temporales, la curul puede ser ocupada por candidatos no elegidos según el orden de inscripción –en el caso de lista cerrada- o de votación –en el evento de lista abierta con voto preferente-.

De manera concreta, la norma constitucional consagra como vacancias absolutas que dan lugar a reemplazo:

- La muerte.
- La incapacidad física absoluta para el ejercicio del cargo.
- La declaratoria de nulidad de la elección.
- La renuncia justificada y aceptada por la respectiva corporación.
- La sanción disciplinaria de destitución.
- La pérdida de investidura.

De igual forma, establece como faltas temporales que dan lugar a reemplazo:

- La licencia de maternidad.
- Y la medida de aseguramiento privativa de la libertad por delitos **diferentes a**





los relacionados con pertenencia, promoción o financiación a grupos armados ilegales o actividades de narcotráfico; dolosos contra la administración pública; contra mecanismos de participación democrática y de lesa humanidad.

Ahora bien, la norma también consagra casos específicos en que los congresistas no pueden ser reemplazados:

- Aquellos que han sido condenados por los delitos antes relacionados. (Falta definitiva)
- Quienes renuncien habiendo sido vinculados formalmente a procesos penales por dichos delitos. (Falta definitiva)
- Quienes han sido objeto de orden de captura dentro de los referidos procesos penales. (Falta temporal)

Esta prohibición de reemplazo es la que se conoce doctrinariamente con el nombre de “silla vacía”; con ella se busca que la agrupación política que avaló o respaldó al congresista que posteriormente resultó investigado y/o condenado por los delitos anteriormente relacionados, pierda la curul en el Congreso, a manera de sanción por la conducta cometida por el avalado.

Frente al punto, esta Corporación ha dicho:

“Esta norma que contiene la figura conocida como la “silla vacía” buscó responsabilizar a los partidos políticos cuando sus integrantes fueran condenados por ciertos delitos, tales como la pertenencia, promoción o financiación a grupos armados ilegales o actividades de narcotráfico; los dolosos contra la administración pública; los que atentan contra los mecanismos de participación democrática, y los de Lesa Humanidad. En esta dirección, en el informe de ponencia para primer debate del proyecto de Acto Legislativo 02 de 2015 se señaló:

“Así entonces, la introducción de esta norma en el ordenamiento jurídico se convierte en una medida que acentúa la depuración de las Corporaciones Públicas, lo que trae como consecuencia que aquellas tengan un reajuste institucional en su interior que a su turno también implicará un mejor ejercicio del Poder Público y un equilibrio en su ejecución.

Adicional a lo anterior, la sanción a los partidos políticos por la ampliación de la silla vacía a delitos contra la Administración Pública hace que aquellos adopten filtros en la escogencia de los candidatos. Así, en ese control previo, se garantizará que el ejercicio del poder público se realice por personas decorosas lo que permite que el poder no se desborde en





favor de intereses personales sino que se ejecute en beneficio del interés general, manteniendo de esta forma un equilibrio del Poder Público”.⁴

Asimismo, la norma persigue disciplinar a los partidos políticos, según se desprende de los debates que se presentaron durante la discusión en el Congreso del proyecto que dio lugar a la expedición del Acto Legislativo 02 de 2015:

“Para complementar los esfuerzos de democratización e institucionalización de los partidos, se propone avanzar también en la lucha contra la corrupción, para lo cual la reforma también establece la implementación de la Silla Vacía para los delitos dolosos contra la administración pública, como mecanismo no solo sancionatorio para los partidos, que no hagan el análisis y seguimiento de las calidades y antecedentes del candidato necesarios para dar su aval y presentarlo dentro de su lista, sino que constituye en sí mismo un estímulo para la disciplina de partidos, en la medida en que obliga a establecer dinámicas internas para la selección de los candidatos”.⁵

El mecanismo de la silla vacía constituye entonces una sanción tanto para los partidos políticos, como para los titulares de las curules. Así, en la ponencia para primer debate en segunda vuelta se estableció:

“Desde la vigencia del Acto Legislativo número 01 de 2009, el Constituyente derivado estableció que aquellos miembros de Corporaciones Públicas que incurrieran en delitos de pertenencia, promoción o financiación a grupos armados ilegales o actividades de narcotráfico, contra los mecanismos de participación democrática y de lesa humanidad en ningún caso podrían ser reemplazados en su cargo. Esta prohibición fue denominada la silla vacía, constituida como una sanción para los titulares de los escaños y, en suma, para los partidos políticos, puesto que las curules que habían obtenido a través de los sufragios electorales, a partir de la vigencia de esa norma, quedan sin titular lo que a su turno significa que la representación del partido político se disminuye y, en consecuencia, su poder de decisión político también se afecta”.

Por su parte, la Sección Quinta del Consejo de Estado concluyó en el 2013:

“Inmediatamente, en el inciso siguiente se prohibió reemplazar a los miembros de una corporación pública de elección popular, “cuando sobre ellos recaiga orden de captura dentro de un proceso penal al cual se le vincule formalmente por delitos relacionados con pertenencia, promoción o

⁴ Ponencia para primer debate en segunda vuelta al proyecto de Acto Legislativo 153 de 2014 Cámara, 18 de 2014 Senado. Gaceta del Congreso del 13 de mayo de 2015.

⁵ Informe de ponencia para primer debate al proyecto de Acto Legislativo 18 de 2014.



financiación a/o por grupos armados ilegales, de narcotráfico, delitos contra los mecanismos de participación democrática o de lesa humanidad”, esto es, se estableció una regla distinta a la anterior, pues tales faltas no admiten suplir la vacante y además, se castiga tanto a quien ocupaba la curul como al partido, pues a éste último se le impone la sanción conocida con el nombre de la silla vacía.

(...)

Luego, en el mismo párrafo se alude a las renunciaciones no justificadas con ocasión a la vinculación formal por delitos relacionados con la pertenencia, promoción o financiación a/o por grupos armados ilegales, de narcotráfico o delitos contra los mecanismos de participación democrática o de lesa humanidad, la cual trae como consecuencia la pérdida de su calidad de congresista, diputado, concejal y edil y la imposibilidad de ser reemplazado. Con este aparte de la norma el constituyente quiso evitar que los partidos eludieran su responsabilidad para ser objeto de la sanción de la silla vacía, esto es, con o sin dimisión en razón a las acciones graves anteriormente señaladas no hay lugar al reemplazo, por lo tanto, los efectos son para el acusado y para la colectividad a la que pertenece”.⁶

Ahora bien, en lo que respecta al alcance del efecto de la silla vacía, es decir la prohibición de reemplazar al servidor público, encuentra la Sala que evidentemente dicha medida impacta la integración y el funcionamiento del Congreso de la República y sus comisiones.”⁷

Conforme con lo expuesto, la denominada “silla vacía” es una sanción para los partidos y movimientos políticos que han avalado congresistas que han participado en actividades delictivas relacionadas con grupos armados ilegales al margen de la ley, narcotráfico, contra la administración pública, contra los mecanismos de participación democrática y de lesa humanidad; que impide la agrupación política en cuestión ocupe con otro integrante, la curul del congresista investigado o condenado, lo cual afecta además el *quorum* de la respectiva Cámara.

En este evento, el fundamento de la solicitud es el presunto desconocimiento de la prohibición de reemplazo del artículo 134 Constitucional toda vez que, según afirmó, la señora Aida Merlano Rebolledo fue cobijada con medida de aseguramiento de detención preventiva por la comisión de delitos contra la participación democrática.

No obstante lo anterior, no obra en el expediente prueba alguna del estado de dicho proceso penal ni de sus condiciones, por cuanto las afirmaciones efectuadas tanto por la parte actora como por la señora agente del Ministerio Público se

⁶ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Quinta. Sentencia del 5 de septiembre de 2013. Radicación número: 54001-23-31-000-2012-00097-01.

⁷ Consejo de Estado. Sala de Consulta y Servicio Civil. Expediente 11001-03-06-000-2017-00202-00 (2364). Concepto del 6 de diciembre de 2017. M.P. Dr. Germán Bula Escobar.





basan en su conocimiento personal. Además, son aspectos discutidos por la demandada, razón por la cual se requiere que los medios de convicción correspondientes sean allegados al proceso y de su análisis detallado para poder emitir un pronunciamiento al respecto.

Frente al punto, se debe tener en cuenta que la carga de aportar los elementos probatorios suficientes para demostrar el fundamento de la solicitud de la medida cautelar radica en el actor y que el juez no cuenta con facultades probatorias de oficio en este estadio del proceso, razón por la cual, la solicitud bajo estudio debe estudiarse únicamente con base en el material probatorio obrante en el expediente.

Adicionalmente, que en este momento procesal existe una seria duda sobre la aplicación de la figura al caso concreto, toda vez que la parte demandada y el Senado de la República ponen de presente que la sanción de silla vacía ya operó respecto de la señora Aida Merlano Rebolledo en el período 2014 – 2018 cuando fungió como representante a la Cámara por lo que no podría aplicarse nuevamente ahora, para su elección como senadora para el período 2018 – 2022.

Además, que la figura se aplicó en el primer período como consecuencia de la medida de aseguramiento dictada en su contra y que el acto de llamamiento ahora cuestionado se originó en la declaratoria de nulidad de su elección como senadora de la República.

En tales condiciones, no es clara en esta instancia del proceso la vulneración de la norma invocada como fundamento de la solicitud de suspensión provisional, por cuanto, como se dejó dicho, para establecer si fue desconocida o no con el acto demandado, la Sala debe realizar un estudio de fondo sobre las características y fijar las pautas para la aplicación de la figura de la silla vacía en el sentido de determinar si en este evento ya operó cuando ella tenía una curul en la Cámara de Representantes, si resulta viable extender sus consecuencias a la elección como senadora de la señora Merlano Rebolledo y los efectos de la declaratoria de nulidad de esa elección en el caso concreto.

Por lo tanto, como dicho estudio no es propio de esta etapa procesal y para su desarrollo se requiere además que sean allegadas algunas pruebas al expediente, no puede afirmarse en este momento que con el acto de llamamiento efectuado por el Senado de la República para que la señora Soledad Tamayo Tamayo ocupe la curul que inicialmente le correspondía a la señora Aida Merlano Rebolledo en esa Corporación durante el período 2018 – 2022, se ha desconocido el artículo 134 de la Carta Política.

En tales condiciones, no se encuentra acreditado en este momento procesal el desconocimiento la norma invocada por el demandante como fundamento de la solicitud de suspensión provisional del acto acusado, y por tanto, no se reúnen los requisitos exigidos por el artículo 231 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo para el efecto, por lo que no hay lugar a decretar dicha medida cautelar.





Lo anterior, sin perjuicio de que una vez surtidas las demás etapas procesales se llegue a una conclusión diferente, toda vez que, como se advirtió la decisión sobre el decreto o no de una medida cautelar, no constituye en manera alguna implica prejuzgamiento.

4. Otras decisiones

A folio 98 del expediente obra poder otorgado por la señora Soledad Tamayo Tamayo al abogado Jaime Rivera Rodríguez con el fin de que ejerza su representación dentro del presente trámite procesal.

Por lo tanto, al reunir el poder los requisitos legales habrá de reconocerse al abogado Rivera Rodríguez como su apoderado, en los términos del documento aportado para tal fin.

Conforme con lo anterior, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta,

RESUELVE

Primero: Por reunir los requisitos legales de oportunidad y forma, admítase en única instancia la demanda presentada por el señor Oscar Rodríguez Ortiz contra el acto de llamamiento de la señora Soledad Tamayo Tamayo como senadora de la República para el período 2018 - 2022. En consecuencia, se dispone:

1. Notifíquese personalmente a la señora Soledad Tamayo Tamayo, en la forma establecida en el numeral 1 del artículo 277 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

En el evento de no ser posible su notificación personal, procédase de conformidad con lo establecido en los literales b) y c) del numeral 1° de la referida norma.

2. Notifíquese personalmente a los presidentes de Senado de la República y del Consejo Nacional Electoral, en la forma dispuesta en el numeral 2° del artículo 277 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

3. Notifíquese personalmente al presidente del Partido Conservador Colombiano, en atención al interés que le asiste en las resultas de este proceso. La notificación se deberá efectuar en la forma dispuesta en el numeral 2° del artículo 277 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

4. Infórmese a la demandada, a las autoridades que intervinieron en la expedición del acto acusado y a los demás vinculados a este proceso que la demanda podrá ser contestada dentro de los 15 días siguientes a aquel en que sea hecha la notificación personal del auto admisorio o la publicación del aviso, según corresponda.





5. Notifíquese personalmente al agente del Ministerio Público, según lo dispuesto en el artículo 199 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo modificado por el artículo 612 de la ley 1564 de 2012.

6. Notifíquese por estado de esta decisión al señor Oscar Rodríguez Ortiz a quien se tiene como demandante en el presente asunto.

7. Infórmese a la comunidad la existencia de este proceso en la forma prevista en el numeral 5 del artículo 277 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, de lo cual se dejará constancia en el expediente.

8. Notifíquese personalmente al director general o al representante delegado para recibir notificaciones de la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado en los términos del artículo 199 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo modificado por el artículo 612 de la Ley 1564 de 2012.

9. Adviértase al presidente del Senado de la República que durante el término para contestar la demanda deberán allegar copia de los antecedentes administrativos del acto acusado que se encuentren en su poder, de conformidad con lo dispuesto en el parágrafo 1° del artículo 175 de la Ley 1437 de 2011.

Segundo: Niégase el decreto de la medida cautelar de la suspensión provisional de los efectos del acto de llamamiento de la señora Soledad Tamayo Tamayo como senadora de la República para el período 2018 – 2022 de conformidad con lo expuesto en esta providencia.

Tercero: Reconócese al Dr. Jaime Rivera Rodríguez como apoderado de la señora Soledad Tamayo Tamayo en los términos del poder que obra a folio 98 del expediente.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

CARLOS ENRIQUE MORENO RUBIO

Presidente

ROCÍO ARAÚJO OÑATE

Magistrada





LUCY JEANNETTE BERMÚDEZ BERMÚDEZ
Magistrada

NUBIA MARGOTH PEÑA GARZÓN
Magistrada (E)

