

CONCEJAL - Inhabilidad por ejercicio de autoridad / EJERCICIO DE AUTORIDAD - Presupuestos para que se configure la inhabilidad

Para que esa causal de inhabilidad se configure es necesario que se prueben los siguientes supuestos fácticos: (i) que el demandado fue elegido concejal; (ii) que dentro del año anterior a la elección se desempeñó como empleado público; (iii) que en desempeño del cargo ejerció jurisdicción o autoridad política, civil, administrativa o militar en el municipio en que fue elegido. Los supuestos enunciados son concurrentes, de modo que si falta alguno de ellos la inhabilidad no se configura.

EMPLEO PUBLICO - Concepto / GOBERNADOR INDIGENA - No es empleado público

La noción de empleo público está definida en el artículo 2º del Decreto 2400 de 1968 “Por el cual se modifican las normas que regulan la administración del personal civil...”, modificado por el artículo 1º del Decreto 3074 de 1968, como “el conjunto de funciones señaladas por la Constitución, la ley, el reglamento o asignadas por autoridad competente que deben ser atendidas por una persona natural” y el concepto de empleado fue definido por la misma norma como “la persona nombrada para ejercer un empleo y que ha tomado posesión del mismo”. De acuerdo con el artículo señalado el cargo de Gobernador Indígena no es un empleo público porque sus funciones no están señaladas por la Constitución, la ley o el reglamento, ni le son asignadas por autoridad pública competente alguna. Y quienes ostentan la condición de Gobernadores Indígenas no son empleados públicos porque no han sido designados para ejercer un empleo público ni han tomado posesión de él. Tampoco integran los Gobernadores indígenas la función pública, conformada, de acuerdo con el artículo 1º de la Ley 909 de 2004, “Por la cual se expiden normas que regulan el empleo público...” por “quienes prestan servicios personales remunerados, con vinculación legal y reglamentaria, en los organismos y entidades de la administración pública”, por la razón evidente de que su vinculación no tiene carácter legal ni reglamentaria. Si alguna duda pudiera haber acerca de que el cargo de Gobernador Indígena no es un empleo público, ésta quedaría resuelta con el artículo 122 de la Constitución Política de acuerdo con el cual “No habrá empleo público que no tenga funciones detalladas en ley o reglamento, y para proveer los de carácter remunerado se requiere que estén contemplados en la respectiva planta y previstos sus emolumentos en el presupuesto correspondiente.” El cargo de Gobernador Indígena, se insiste, no tiene funciones detalladas en ley o reglamento y esa razón es suficiente para negarle el carácter de empleo público.

NOTA DE RELATORIA: con relación a que el cargo de gobernador indígena no es un empleo público, se reiteran el concepto 1297 de 14 de diciembre de 2000. Sala de Consulta y la sentencia 3772 de 20 de octubre de 2005. Sección Quinta.

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCION QUINTA

Consejero ponente: MAURICIO TORRES CUERVO

Bogotá, D. C., veinticinco (25) de septiembre de dos mil ocho (2008)

Radicación número: 73001-23-31-000-2007-00705-01

Actor: DIANA ISABEL CASTAÑO BERMUDEZ

Demandado: CONCEJAL DEL MUNICIPIO DE IBAGUE

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto contra la sentencia dictada por el Tribunal Administrativo del Tolima el 16 de mayo de 2008, mediante la cual denegó la pretensión de nulidad de la elección del demandado como Concejal del Municipio de Ibagué.

1. ANTECEDENTES

1.1. La demanda.

La demandante, en su propio nombre y en ejercicio de la acción de nulidad electoral solicitó: **1)** que se declare la nulidad del acto administrativo mediante el cual la Comisión Escrutadora Municipal de Ibagué declaró elegido al señor Alveiro Tique Girón como Concejal de dicho Municipio para el periodo 2008 - 2011; **2)** que se cancele la credencial que lo identifica como Concejal de Ibagué para el periodo señalado; **3)** que se excluyan del computo general de votos los obtenidos por el demandado y, **4)** que se ordene llamar a ocupar su curul al candidato no elegido de la misma lista electoral que le siga en votos.

Para sustentar la demanda afirmó que el demandado se desempeñó durante los años 2006 y 2007 como Gobernador de la Comunidad Indígena Pijao Cacique Ibagué y que en esa calidad adelantó gestiones ante entidades municipales que no identificó para obtener subsidios de salud y de educación a favor de los miembros de su comunidad y ante la oficina de reclutamiento del Batallón Roock para que se les exonerara de la obligación de prestar el servicio militar, circunstancias que aprovechó para obtener apoyo a su candidatura al Concejo Municipal de Ibagué y configuran violación del numeral 2 del artículo 40 de la Ley 617 de 2000 de acuerdo con el cual no podrá ser elegido concejal “*quien dentro de los doce (12) meses anteriores a la fecha de la elección haya ejercido como empleado público, jurisdicción o autoridad política, civil, administrativa o militar en el respectivo municipio o distrito...*” y del numeral 3º ibídem en cuanto prohíbe elegir como concejal a “*quien dentro del año anterior a la elección haya intervenido*

en la gestión de negocios ante entidades públicas del nivel municipal o distrital..." (fls. 29 a 41).

1.2. Contestación de la demanda.

El demandado contestó la demandada por conducto de apoderado y se opuso a la prosperidad de las pretensiones; reconoció que pertenece a la Comunidad Indígena Pijao Cacique Ibagué, que fue su Gobernador durante el período 2006 - 2007 y aclaró que dicha comunidad no tiene reconocimiento por parte del Ministerio del Interior y Justicia y que los gobernadores indígenas no son empleados públicos, elemento indispensable para que se configure la inhabilidad prevista por el numeral 2° del artículo 40 de la Ley 617 de 2000. Admitió que como Gobernador Indígena benefició a su comunidad pero negó que en ejercicio de sus actividades hubiera intervenido en la gestión de negocios, conducta prevista como inhabilitantes por el numeral 3° Ibídem (fls. 56 a 70).

1.3. Actuación procesal.

El Tribunal Administrativo del Tolima admitió la demanda mediante auto de 12 de diciembre de 2007 (fl. 43); por auto de 12 de febrero de 2008 abrió el proceso a pruebas (fls. 73 y 74), y por auto de 29 de febrero de 2008 decretó otras al decidir el recurso de súplica presentado contra el auto anterior (fls. 77 a 82). Mediante auto de 10 de abril de 2008 ordenó correr traslado a las partes para alegar de conclusión y entregar el expediente al Ministerio Público para que rindiera concepto de fondo (fl. 86).

1.4. Alegatos.

El demandado, por conducto de apoderado, reiteró los hechos y razones que expuso en la contestación de la demanda. (fl. 90).

La demandante guardó silencio en esta oportunidad.

1.5. Concepto del Ministerio Público en la primera instancia.

El Agente del Ministerio Público **solicitó que se denieguen las pretensiones de la demanda** porque consideró que la causal de inhabilidad prevista por el numeral

2° del artículo 40 de la Ley 617 de 2000 exige que se haya ejercido jurisdicción o autoridad como **empleado público**, y que **el demandado no tuvo esa calidad**.

Estimó, por otra parte, que **al proceso no se allegó ninguna prueba de la intervención del demandado en la gestión de negocios**, por lo que no incurrió en la causal de inhabilidad prevista en el numeral 3° del artículo 40 de la Ley 617 de 2000 (fls. 92 a 97)

1.7. La sentencia apelada.

Es la proferida el 16 de mayo de 2008, mediante la cual el Tribunal Administrativo del Tolima **negó la pretensión de nulidad de la elección del demandado como Concejal del Municipio de Ibagué**.

El *a quo* consideró que aunque está probado que el demandado se desempeñó como Gobernador Indígena de la Comunidad Cacique Pijao Ibagué durante el año anterior a su elección como Concejal de Ibagué, **dicha dignidad no le otorgó la calidad de empleado público, la cual es necesaria para que se configure la causal de inhabilidad prevista en el numeral 2° del artículo 4° de la Ley 617 de 2000 relacionada con el ejercicio de autoridad**.

Estimó que **en el proceso no se probó que el demandado hubiera intervenido dentro del año anterior a la elección en la gestión de negocios en beneficio propio o terceros ante entidades estatales**, que recibiera o administrara recursos de éstas, o que como Gobernador Indígena condicionara sus servicios a que los ciudadanos lo apoyaran en su campaña al Concejo Municipal. Señaló que su participación ante la fuerza pública para que se exonerara a miembros de su comunidad del servicio militar y la gestión para el reconocimiento y pago de beneficios económicos y sociales que el Estado otorga a los indígenas era una labor inherente al cumplimiento de sus deberes que no genera inhabilidad alguna (fls. 98 a 113).

1.8. La apelación

El apoderado del demandado apeló la sentencia de primera instancia dentro de la oportunidad legal y no sustentó el recurso (fl. 130).

1.9. Alegatos en la segunda instancia.

Las partes no presentaron alegatos.

1.10. Concepto del Ministerio Público.

El Procurador Delegado ante el Consejo de Estado no rindió concepto.

2. CONSIDERACIONES.

2.1. Competencia.

Los artículos 129 y 132-8 del C. C. A., en concordancia con el artículo 13 del Acuerdo No. 58 de 1999 de la Sala Plena del Consejo de Estado, le asignan a ésta Sección el conocimiento en segunda instancia de los procesos de nulidad contra actos de elección de concejales de municipios que sean capital de departamento, como es el caso del Municipio de Ibagué.

2.2. Consideraciones previas.-

Esta Sección ha sostenido reiteradamente que cuando el apelante no sustenta el recurso, como en el presente caso, éste se entenderá interpuesto contra lo que le resultó desfavorable, tal como lo establece el artículo 357 del C. P. C., aplicable por remisión del artículo 267 del C. C. A., pues en el proceso electoral no rige el inciso segundo del artículo 212 del C. C. A., que autoriza declarar desierto dentro del proceso ordinario el recurso de apelación que no se sustente dentro del término legal.¹

Como el *a quo* desestimó los cargos formulados por la demandante, le corresponde a esta Sala confrontar el contenido de la demanda con el de la sentencia de primera instancia.

2.3. Estudio de fondo de los cargos.-

¹ Ver entre otras Sentencias de la Sección Quinta de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, las de 16 de enero de 2003, radicación 3051, y de 20 de septiembre de 2002, radicación 2934.

2.3.1. **Primer cargo: violación del numeral 2° del artículo 40 de la Ley 617 de 2000².**

La actora sostuvo que el demandado se desempeñó como Gobernador de la Comunidad Indígena Pijao Cacique Ibagué dentro del año anterior a su elección como concejal de dicho Municipio y que por ello incurrió en la causal de inhabilidad prevista por la norma citada, cuyo texto es el siguiente:

“DE LAS INHABILIDADES DE LOS CONCEJALES. El artículo [43](#) de la Ley 136 de 1994 quedará así:

“Artículo [43](#). Inhabilidades: No podrá ser inscrito como candidato ni elegido concejal municipal o distrital:

(...)

2. Quien dentro de los doce (12) meses anteriores a la fecha de la elección haya ejercido como empleado público, jurisdicción o autoridad política, civil, administrativa o militar, en el respectivo municipio o distrito, o quien como empleado público del orden nacional, departamental o municipal, haya intervenido como ordenador de gasto en la ejecución de recursos de inversión o celebración de contratos, que deban ejecutarse o cumplirse en el respectivo municipio o distrito.

(La Sala resalta con negrillas el texto relacionado con el cargo en estudio).

Para que la causal de inhabilidad transcrita se configure es necesario que se prueben los siguientes supuestos fácticos: **(i)** que el demandado fue elegido concejal; **(ii)** que dentro del año anterior a la elección se desempeñó como empleado público; **(iii)** que en desempeño del cargo ejerció jurisdicción o autoridad política, civil, administrativa o militar en el municipio en que fue elegido. Los supuestos enunciados son concurrentes, de modo que si falta alguno de ellos la inhabilidad no se configura.

Encuentra la Sala probado el primer supuesto con la copia autenticada del formulario E-26 CO, acta de escrutinio de votos para Concejo de 5 de noviembre de 2007, en la que consta que la Comisión Escrutadora Municipal de Ibagué declaró elegido al demandado como Concejal de esa localidad para el periodo 2008-2011.

² “Por la cual se reforma parcialmente la Ley [136](#) de 1994, el Decreto Extraordinario [1222](#) de 1986, se adiciona la Ley Orgánica de Presupuesto, el Decreto [1421](#) de 1993, se dictan otras normas tendientes a fortalecer la descentralización, y se dictan normas para la racionalización del gasto público nacional.”

No obstante, el segundo supuesto fáctico - que el demandado se haya desempeñado como empleado público dentro del año anterior a la elección -, no se encuentra demostrado, como pasa a demostrarse:

La noción de empleo público está definida en el artículo 2º del Decreto 2400 de 1968 “Por el cual se modifican las normas que regulan la administración del personal civil...”, modificado por el artículo 1º del Decreto 3074 de 1968, como **“el conjunto de funciones señaladas por la Constitución, la ley, el reglamento o asignadas por autoridad competente que deben ser atendidas por una persona natural”** y el concepto de empleado fue definido por la misma norma como **“la persona nombrada para ejercer un empleo y que ha tomado posesión del mismo”**.

De acuerdo con el artículo señalado el cargo de Gobernador Indígena no es un empleo público porque **sus funciones no están señaladas por la Constitución, la ley o el reglamento, ni le son asignadas por autoridad pública competente alguna**. Y quienes ostentan la condición de Gobernadores Indígenas no son empleados públicos porque **no han sido designados para ejercer un empleo público ni han tomado posesión de él**.

Tampoco integran los Gobernadores indígenas la función pública, conformada, de acuerdo con el artículo 1º de la Ley 909 de 2004, **“Por la cual se expiden normas que regulan el empleo público...”** por **“quienes prestan servicios personales remunerados, con vinculación legal y reglamentaria, en los organismos y entidades de la administración pública”**, por la razón evidente de que su vinculación no tiene carácter legal ni reglamentaria.

Si alguna duda pudiera haber acerca de que el cargo de Gobernador Indígena no es un empleo público, ésta quedaría resuelta con el artículo 122 de la Constitución Política de acuerdo con el cual **“No habrá empleo público que no tenga funciones detalladas en ley o reglamento, y para proveer los de carácter remunerado se requiere que estén contemplados en la respectiva planta y previstos sus emolumentos en el presupuesto correspondiente.”**

El cargo de Gobernador Indígena, se insiste, **no tiene funciones detalladas en ley o reglamento y esa razón es suficiente para negarle el carácter de empleo público**. A la misma conclusión llegó la Sala de Consulta y Servicio Civil de esta

Corporación en el concepto de 14 de diciembre de 2000, rad. 1297 en el que expresó lo siguiente:

“En estas condiciones, los gobernadores de cabildo y los cabildantes gozan de un régimen excepcional para el cumplimiento de las funciones atribuidas a esta entidad, pues la naturaleza de éstas no permite encasillarlas en la clasificación de servidores públicos prevista en el artículo 123 constitucional, dado que no son miembros de una corporación pública, ni empleados o trabajadores del Estado y, por lo demás el legislador no ha establecido ninguna otra clasificación respecto de ellos, en uso de las facultades del artículo 150.23 ibídem. Así las cosas, el hecho de calificarse el Cabildo como entidad pública no tiene por virtud transformar las atribuciones de los gobernadores de Cabildo y cabildantes en públicas y darles a estos la calidad de servidores públicos.

(...)

Quien se desempeñe como gobernador indígena o cabildante no adquiere por ese hecho la calidad de servidor público ni de empleado privado, sino que desarrolla una actividad comunitaria que no implica el desempeño de funciones públicas y, por tanto, según la normatividad analizada, no resulta incompatible el ejercicio de las funciones propias de aquéllos, con los cargos de concejal, alcalde, gobernador, diputado y congresista.” (Negritillas fuera del texto)

La tesis expuesta fue reiterada por esta Sección en la sentencia de 20 de octubre de 2005, expediente 3772 en los siguientes términos: *“ninguno de los elementos propios de la noción de empleado público identificados por la jurisprudencia constitucional y administrativa se predica de una autoridad indígena, en tanto que no están vinculadas mediante una relación de servicio ni desarrollan funciones públicas que correspondan a las ramas del poder público ni se trata de un cargo que haga parte de la planta de personal de una entidad u organismo público.”*

Hasta la fecha no se ha expedido la Ley Orgánica de Ordenamiento Territorial³ ni otra norma jurídica que permita atribuir a los Gobernadores Indígenas la calidad de empleado público y como ésta es una condición necesaria para que se configure la causal de inhabilidad en estudio, el cargo no prospera.

2.3.2. Segundo cargo: violación del numeral 3° del artículo 40 de la Ley 617 de 2000.

La demandante afirmó que el demandado, en su calidad de Gobernador Indígena, gestionó el otorgamiento de subsidios destinados a los miembros de su

³ Artículos 288 y 329 de la Constitución Política

comunidad ante entidades prestadoras de servicios de salud y educación que no precisó y ante la fuerza pública para que se les exonerara del servicio militar obligatorio, y que utilizó dichas gestiones para obtener apoyo a su candidatura al Concejo Municipal de Ibagué. Sostuvo que la gestión enunciada está prevista como causal de inhabilidad para ser elegido concejal en el numeral 3° del artículo 40 de la Ley 617 de 2000 que prevé:

“DE LAS INHABILIDADES DE LOS CONCEJALES. El artículo [43](#) de la Ley 136 de 1994 quedará así:

"Artículo [43](#). Inhabilidades: No podrá ser inscrito como candidato ni elegido concejal municipal o distrital:

(...)

3. Quien dentro del año anterior a la elección haya intervenido en la gestión de negocios ante entidades públicas del nivel municipal o distrital o en la celebración de contratos con entidades públicas de cualquier nivel en interés propio o de terceros, siempre que los contratos deban ejecutarse o cumplirse en el respectivo municipio o distrito. Así mismo, quien dentro del año anterior haya sido representante legal de entidades que administren tributos, tasas o contribuciones, o de las entidades que presten servicios públicos domiciliarios o de seguridad social en el régimen subsidiado en el respectivo municipio o distrito” *(La Sala resalta con negrillas el aparte de la norma a que se refiere el cargo).*

El *a quo* consideró que la demandante no probó los hechos en que se funda el cargo, criterio que la Sala comparte porque en verdad **no se allegó al proceso medio de prueba alguno que acredite que el demandado intervino en gestión de negocios ante entidades públicas durante el periodo inhabilitante**; esto es, entre el 27 de octubre de 2006 y el 27 de octubre de 2007 habida cuenta de que la elección se realizó el 28 de octubre de 2007.⁴

Las pruebas que se allegaron al expediente, relacionadas con el cargo en estudio, se aportaron en copia simple y, de acuerdo con los artículos 252 y 254 del C. de P. C., carecen de valor probatorio. No obstante, si tuvieran eficacia probatoria tampoco demostrarían que el demandado gestionó negocios ante autoridades públicas dentro del periodo inhabilitante.

⁴ Según criterio de Sala Plena no se cuenta el día de la elección, sentencia de 12 de octubre de 2004, exp. S-1402.

En efecto, en el proceso obran los siguientes documentos:

a) Oficio de **23 de septiembre de 2005**, mediante el cual el demandado le remitió al Asesor de Asuntos Etnicos de la Gobernación del Tolima un listado de personas para que se les expidiera la libreta militar (fs. 3 y 4 del cuaderno No. 2), **b)** acta No. 001 de la Comunidad Indígena Pijao Cacique Ibagué de **5 de febrero de 2006** en la que consta que “*se logró obligar a los Colegios para que exoneraran a los alumnos Indígenas del pago de matriculas y otros costos educativos*” (fls. 4 a 6), **c)** También se allegó al proceso el oficio de 8 de septiembre de 2007 suscrito por el Defensor Público de Comunidades Indígenas del Tolima en el que informó al Defensor del Pueblo Regional Tolima que a pesar de la carencia de reconocimiento legal de la Comunidad Indígena Pijao Cacique Ibagué el demandado utilizó dicha figura para obtener beneficios políticos, pero en concreto se limitó a señalar que éste invocó su condición de Gobernador Indígena para obtener apoyo a su candidatura al Concejo de Ibagué para lo cual ***“al parecer tiene programada una jornada de libretas militares para las comunidades de Ibagué” sin señalar las circunstancias concretas de tiempo, modo y lugar que permitan demostrar la intervención del demandado en la gestión que se le pretende imputar.*** (fls. 19 al 24 ibídem), y **d)** oficio de 10 de septiembre de 2007 dirigido a la Fiscalía 12 de Patrimonio de Ibagué para poner en su conocimiento los hechos referidos en el oficio anterior. (fls. 16 a 18).

Como no se demostró que el demandado hubiera realizado algún tipo de gestión ante autoridades públicas en interés propio o de terceros dentro del término inhabilitante, el cargo no prospera y habrá de confirmarse la sentencia apelada.

Por lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

FALLA

PRIMERO. CONFIRMASE la sentencia de primera instancia.

SEGUNDO. En firme esta sentencia y previas las comunicaciones del caso, devuélvase el expediente al Tribunal de origen.

COPIESE, NOTIFIQUESE Y CUMPLASE

SUSANA BUITRAGO VALENCIA
Presidenta

MARIA NOHEMI HERNANDEZ PINZON

FILEMON JIMENEZ OCHOA

MAURICIO TORRES CUERVO