

CONCEJAL-Perdida de la investidura por celebración de contratos y ejercicio de empleo público: hechos no concuerdan en supuestos normativos%SUPUESTOS NORMATIVOS Y FACTICOS-Delimitación al juzgador en pérdida de la investidura

Conforme se deduce del resumen que antecede, el actor solicitó la pérdida de investidura del Concejal demandado, por cuanto violó los artículos 45, numeral 1, de la Ley 136 de 1994 y 40, numeral 2, de la Ley 617 de 2000, los cuales transcribió expresamente; e hizo derivar tales violaciones de la orden de trabajo núm. 431-03 por valor de \$1'600.000.00, que por concepto de alquiler de maquinaria pesada, cilindro compactador y motoniveladora para trabajos en la Calle 14, Palogordo y Novilleros suscribió el demandado con el Municipio de Ubaté y de haber cobrado el cheque núm. 7030 por valor de \$1'600.000.00., cuando ya había sido elegido Concejal del Municipio de Ubaté. Ciertamente, conforme lo observó el Tribunal, las conductas endilgadas al demandado no encajan en las prohibiciones señaladas en las normas invocadas por el actor, pues el artículo 45, numeral 1, de la Ley 136 de 1994, parte de la premisa de que QUIEN YA OSTENTA LA CALIDAD DE CONCEJAL, al mismo tiempo desempeña cargo en la administración pública, lo cual no ocurre en este caso, pues cuando el demandado suscribió la orden de trabajo no había sido elegido concejal. Y, en lo que atañe a la prohibición de haber ejercido, dentro de los 12 meses anteriores a la elección, un cargo de empleado público con jurisdicción o autoridad política, civil, administrativa o militar en el respectivo municipio; o haber sido empleado público del orden nacional, departamental o municipal en ese lapso, o haber intervenido como ordenador del gasto en la ejecución de recursos de inversión o celebración de contratos, que deben ejecutarse o cumplirse en el respectivo municipio, tampoco los hechos alegados y probados encuadran dentro de los supuestos fácticos previstos en las normas, pues los mismos no son demostrativos de que el demandado hubiera fungido como empleado público en el tiempo inhabilitante.

ACCION DE PERDIDA DE LA INVESTIDURA-Prohibición al juez de adecuar los hechos a la causal%JUSTICIA ROGADA-Acción de perdida de investidura%DERECHO DE DEFENSA Y CONTRADICCION-Acción de perdida de la investidura: delimitación de causal y de supuestos fácticos

Si la conducta descrita encuadra en otra causal diferente de la alegada, no es viable, como lo pretende el apelante, interpretar que se trató de un error en el que incurrió el demandante y proceder a adecuar los hechos a la causal que legalmente corresponde, pues reiteradamente esta Corporación ha sostenido que esa no puede ser labor oficiosa del juzgador. Al respecto, resulta oportuno traer a colación la sentencia de la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo de esta Corporación, de 13 de febrero de 2001 (Expediente AC-11946, Consejero ponente doctor Germán Rodríguez Villamizar), la cual, entre otros aspectos, precisó: “En segundo orden, en la forma y concepción en que fue sustentada la demanda, la defensa del inculpado no puede tener por carga la explicación o refutación de presupuestos fácticos no consignados por el actor como fundamento de la pretensión; porque, de otra manera, en la práctica, la defensa resultaría incierta e imposible, porque sería tanto como exigirle al procesado que adelante o complemente la acusación elevada en su contra, lo cual riñe con la lógica y además se opone al respeto y efectividad del debido proceso y el derecho fundamental de defensa. Es por eso que, en forma expresa e inequívoca, en el literal c) del artículo 4º de la ley 144 de 1994 se exija, como requisito indispensable a cargo del actor, el consignar en el escrito de petición lo siguiente: “Artículo 4º. Cuando la solicitud sea presentada ante el Consejo de Estado por un ciudadano,

ésta deberá formularse por escrito y contener, al menos: “c.- Invocación de la causal por la cual se solicita la pérdida de la investidura y su debida explicación.”. Es de tal importancia y perentoriedad tal exigencia, que su inobservancia -al igual que la omisión de cualquiera otro de los requisitos señalados en dicha norma-, constituye motivo de inadmisión de la demanda (artículo 7º de la ley 144 de 1994). Si bien la explicación allí exigida no precisamente consiste en la identificación rigurosa de disposiciones jurídicas, ni tampoco en la formulación de complicadas deducciones hermenéuticas, sí incumbe al actor el señalar de modo concreto los presupuestos de hecho y la relación de conexidad entre éstos y la causal invocada, en orden a determinar, en debida forma, los extremos de la controversia y, por consiguiente, garantizar el ejercicio de los derechos de defensa y contradicción del procesado”. En este caso, como ya se vio, los presupuestos de hecho señalados en la demanda no encajan dentro de los supuestos jurídicos consagrados en las normas que se endilgan como quebrantadas, constitutivas de la causal alegada. Y en el evento de que la Sala acometiera la labor de adecuar esos hechos a la causal que realmente corresponde, para establecer así la relación de conexidad entre unos y otra, dejaría al demandado desprovisto de la garantía del derecho de defensa y de contradicción.

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCION PRIMERA

Consejero ponente: MARCO ANTONIO VELILLA MORENO.

Bogotá, D.C., trece (13) de diciembre de dos mil siete (2007).

Radicación número: 2007-00730.

ACTOR: JULIO CESAR GUEVARA FANDIÑO.

Demandado: JORGE ARMANDO PÁEZ RODRÍGUEZ

Referencia: Recurso de apelación contra la sentencia de 13 de agosto de 2007, proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca.

Se decide el recurso de apelación oportunamente interpuesto por el señor Procurador Décimo Judicial Administrativo ante el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, contra la sentencia de 13 de agosto de 2007, proferida por dicho Tribunal, por medio de la cual se denegó la pérdida de investidura del Concejal del Municipio de Ubaté **JORGE ARMANDO PÁEZ RODRÍGUEZ.**

I-. ANTECEDENTES

I.1- El ciudadano **JULIO C. GUEVARA F**, Concejal del Municipio de Ubaté, presentó demanda ante el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, tendiente a que mediante sentencia, se decrete la pérdida de investidura del Concejal de dicho Municipio señor **JORGE ARMANDO PÁEZ RODRÍGUEZ**, por cuanto violó el artículo 45, numeral 1, de la Ley 136 de 1994, que establece que los Concejales no podrán desempeñar cargo alguno en la administración pública, ni vincularse como trabajador oficial o **contratista**, so pena de perder la investidura; y el artículo 40, numeral 2, de la Ley 617 de 2000, que señala que no podrá ser Concejal quien dentro de los 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 quien como empleado público del orden nacional, departamental o municipal haya intervenido como ordenador del gasto en la ejecución de recursos de inversión o **celebración de contratos**, que deben ejecutarse o cumplirse en el respectivo Municipio.

I.2.- Aduce como hechos, los siguientes:

1.- Que el 6 de octubre de 2003, el demandado firmó la orden de trabajo núm. 431-03 por valor de \$1'600.000.00, por concepto de alquiler de maquinaria pesada, cilindro compactador y motoniveladora para trabajos en la Calle 14, Palogordo y Novilleros; empero en la cuenta de cobro de 21 de octubre de 2003 solo hace mención a arreglos en la calle 14 de 40 horas de cilindro compactador y motoniveladora.

Que dicho trabajo fue certificado el 22 de octubre de 2003, por la Ingeniera Constanza C. Valero Pineda, Secretaria de Obras Públicas del Municipio.

2- Que el 26 de octubre de 2003 el demandado fue elegido Concejal del Municipio de Ubaté y según comprobante de egreso núm. 200330025555 cobró el cheque núm. 7030 por valor de \$1'600.000.00.

I.3- El demandado, al contestar la demanda, se opuso a la prosperidad de las pretensiones alegando, en esencia, lo siguiente:

A.- Que no pudo violar el artículo 45, numeral 1 de la Ley 136 de 1994, pues la orden de trabajo fue firmada el 6 de octubre de 2003, cuando él no era Concejal.

B.- Que tampoco incurrió en la violación del artículo 40, numeral 2 de la Ley 617 de 2000, modificadorio del artículo 43 de la Ley 136, porque esta norma se refiere al que es empleado municipal y hubiese intervenido como ordenador del gasto en la celebración de contratos que debieron ejecutarse o cumplirse en el respectivo municipio, y para el 6 de octubre de 2003, no era empleado municipal.

Aclara que el destinatario del valor recibido por la orden de trabajo fue la Junta de Acción Comunal de la Vereda Guatancuy del Municipio de Ubaté, de la cual era Presidente en ese momento el demandado; que por error se omitieron en la cuenta de cobro las palabras Palogordo y Novilleros; y fue la Secretaría de de Obras Públicas certificó el cumplimiento en los términos pactados.

II.- FUNDAMENTOS DE LA SENTENCIA RECURRIDA

El a quo denegó la solicitud de pérdida de investidura, en esencia, por las siguientes razones:

1.- Porque de acuerdo con el acervo probatorio, el demandado, una vez elegido y posesionado, no se vinculó como contratista. Su vínculo contractual fue anterior a la elección y si bien es cierto que el pago del contrato se hizo un día después de la fecha de las elecciones, el concejal fue declarado electo el 28 de octubre de 2003; y si en gracia de discusión la prohibición estuviere vigente desde la fecha de la declaratoria de elegido, cosa que la norma no precisa - por lo que se entiende la prohibición de vinculación desde la fecha en que se inicia el período constitucional para el cual toma posesión del cargo-, tampoco en este caso se demuestra que la vinculación contractual ocurrió después de haber sido elegido concejal, pues a la fecha de declaratoria de elección el contrato ya se había ejecutado y aún pagado.

2.- En cuanto a la segunda causal alegada (violación al régimen de inhabilidades), a juicio del a quo dos son los eventos para los que establece la norma la prohibición y, por tanto, la pérdida de investidura, empero el hecho descrito parte de que el candidato en ese lapso haya sido empleado público, con las funciones allí previstas, por lo que si el demandado no tuvo una vinculación que permita acceder a la calidad de empleado público, esta causal no se estructura.

Resalta que por las causales anteriores se defendió el demandado y como se está en presencia de un proceso sancionatorio se impone seguir los principios de derecho punitivo, por manera que no podrá juzgarse conducta alguna distinta por la que no se haya demandado y defendido el encartado.

Hace énfasis en que el Procurador Judicial Décimo Administrativo solicitó decretar la pérdida de investidura porque se configuró la violación del régimen de inhabilidades solo que el demandante se equivocó en la invocación de la causal, porque la que se configura es la del numeral 3 del artículo 40 de la Ley 617 de 2000; empero el Tribunal reitera que tratándose de un proceso sancionatorio no se puede juzgar al demandado por una conducta por la que no se defendió.

III-. FUNDAMENTOS DEL RECURSO

El Procurador Décimo Judicial Administrativo ante el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, fincó su inconformidad, en síntesis, en que el actor no demostró ser abogado en el proceso por lo que la falta de pericia jurídico-procesal lo llevó a señalar erróneamente un numeral anterior al que ha debido citar más no se equivocó en el señalamiento de la actividad contractual ni en el material probatorio que aportó para demostrar que el demandado estaba incurso en inhabilidad.

Destaca que lo que se le pidió al Tribunal de Cundinamarca fue que decidiera si el demandado perdía su investidura de Concejal por violar el régimen de inhabilidades, no si había incurrido en tal o cual causal de inhabilidad. El actor describió claramente la situación fáctica que se presentó y el demandado tuvo la suficiente oportunidad no solo para controvertir las pretensiones, sino los hechos.

IV-. ALEGATO DEL MINISTERIO PUBLICO

El señor Agente del Ministerio Público, en su vista de fondo se muestra partidario de que se confirme la sentencia apelada, por cuanto de acuerdo con jurisprudencia de la Sección Primera del Consejo de Estado, que trae a colación (sentencia de 15 de agosto de 2002, expediente 2001-1003 y auto de 11 de septiembre de 2001, expediente 2001-0153, Consejero ponente doctor Manuel S.

Urueta Ayola), el juez administrativo no tiene facultades para declarar la pérdida de investidura por una causal que no fue alegada por el actor en la demanda.

Que en este caso el actor no alegó expresamente que solicitaba la pérdida de investidura por estar el demandado incurso en la causal 3 del artículo 40 de la Ley 617 de 2000 y por ello el Tribunal no podía pronunciarse sobre la mencionada causal, so pena de vulnerar el derecho fundamental del debido proceso.

V-. CONSIDERACIONES DE LA SALA

Conforme se deduce del resumen que antecede, el actor solicitó la pérdida de investidura del Concejal demandado, por cuanto violó los artículos 45, numeral 1, de la Ley 136 de 1994 y 40, numeral 2, de la Ley 617 de 2000, los cuales transcribió expresamente; e hizo derivar tales violaciones de la orden de trabajo núm. 431-03 por valor de \$1'600.000.oo, que por concepto de alquiler de maquinaria pesada, cilindro compactador y motoniveladora para trabajos en la Calle 14, Palogordo y Novilleros suscribió el demandado con el Municipio de Ubaté y de haber cobrado el cheque núm. 7030 por valor de \$1'600.000.oo., cuando ya había sido elegido Concejal del Municipio de Ubaté.

Ciertamente, conforme lo observó el Tribunal, las conductas endilgadas al demandado no encajan en las prohibiciones señaladas en las normas invocadas por el actor, pues el artículo 45, numeral 1, de la Ley 136 de 1994, parte de la premisa de que **QUIEN YA OSTENTA LA CALIDAD DE CONCEJAL**, al mismo tiempo desempeña cargo en la administración pública, lo cual no ocurre en este caso, pues cuando el demandado suscribió la orden de trabajo no había sido elegido concejal.

Y, en lo que atañe a la prohibición de haber ejercido, dentro de los 12 meses anteriores a la elección, un cargo de empleado público con jurisdicción o autoridad política, civil, administrativa o militar en el respectivo municipio; o haber sido empleado público del orden nacional, departamental o municipal en ese lapso, o haber intervenido como ordenador del gasto en la ejecución de recursos de inversión o celebración de contratos, que deben ejecutarse o cumplirse en el respectivo municipio, tampoco los hechos alegados y probados encuadran dentro

de los supuestos fácticos previstos en las normas, pues los mismos no son demostrativos de que el demandado hubiera fungido como empleado público en el tiempo inhabilitante.

Ahora, si la conducta descrita encuadra en otra causal diferente de la alegada, no es viable, como lo pretende el apelante, interpretar que se trató de un error en el que incurrió el demandante y proceder a adecuar los hechos a la causal que legalmente corresponde, pues reiteradamente esta Corporación ha sostenido que esa no puede ser labor oficiosa del juzgador.

Al respecto, resulta oportuno traer a colación la sentencia de la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo de esta Corporación, de 13 de febrero de 2001 (Expediente AC-11946, Consejero ponente doctor Germán Rodríguez Villamizar), la cual, entre otros aspectos, precisó:

“En segundo orden, en la forma y concepción en que fue sustentada la demanda, la defensa del inculpado no puede tener por carga la explicación o refutación de presupuestos fácticos no consignados por el actor como fundamento de la pretensión; porque, de otra manera, en la práctica, la defensa resultaría incierta e imposible, porque sería tanto como exigirle al procesado que adelante o complemente la acusación elevada en su contra, lo cual riñe con la lógica y además se opone al respeto y efectividad del debido proceso y el derecho fundamental de defensa. Es por eso que, en forma expresa e inequívoca, en el literal c) del artículo 4º de la ley 144 de 1994 se exija, como requisito indispensable a cargo del actor, el consignar en el escrito de petición lo siguiente:

“Artículo 4º. Cuando la solicitud sea presentada ante el Consejo de Estado por un ciudadano¹, ésta deberá formularse por escrito y contener, al menos:

“
.....

¹ La norma originalmente decía “ciudadano **común**”, expresión ésta última declarada inexecutable por la Corte Constitucional en sentencia C-247 del 1º de junio de 1995.

“c.- Invocación de la causal por la cual se solicita la pérdida de la investidura y su debida explicación.” (subraya la Sala).

Es de tal importancia y perentoriedad tal exigencia, que su inobservancia -al igual que la omisión de cualquiera otro de los requisitos señalados en dicha norma-, constituye motivo de inadmisión de la demanda (artículo 7º de la ley 144 de 1994). Si bien la explicación allí exigida no precisamente consiste en la identificación rigurosa de disposiciones jurídicas, ni tampoco en la formulación de complicadas deducciones hermenéuticas, **sí incumbe al actor el señalar de modo concreto los presupuestos de hecho y la relación de conexidad entre éstos y la causal invocada, en orden a determinar, en debida forma, los extremos de la controversia y, por consiguiente, garantizar el ejercicio de los derechos de defensa y contradicción del procesado”**.

(Negrilla y subraya fuera de texto).

Esta sentencia, es posterior a la de 5 de febrero de 2001, dictada dentro de los expedientes 10528 y 10967, que consagró una tesis distinta y dio lugar, entre otros reparos, al salvamento de voto que en forma conjunta presentaron los Consejeros doctores Mario Alario Méndez y Camilo Arciniegas Andrade, al considerar que se condenó con la pérdida de investidura al demandado por hechos no alegados en la solicitud, lo cual, además de quebrantar el debido proceso y el derecho de defensa, contraría el principio de congruencia que implica la identidad jurídica entre la sentencia y las imputaciones formuladas en la solicitud.

En este caso, como ya se vio, los presupuestos de hecho señalados en la demanda no encajan dentro de los supuestos jurídicos consagrados en las normas que se endilgan como quebrantadas, constitutivas de la causal alegada. Y en el evento de que la Sala acometiera la labor de adecuar esos hechos a la causal que realmente corresponde, para establecer así la relación de conexidad entre unos y otra, dejaría al demandado desprovisto de la garantía del derecho de defensa y de contradicción.

También la Sala Plena de esta Corporación en sentencia de 23 de abril de 2001 (Expediente 12591, Consejero ponente doctor Alier Hernández Enriquez), antes de acometer el estudio de la controversia, hizo énfasis en que el objeto del proceso estaría delimitado por los hechos expresamente señalados en la solicitud.

De tal manera que debe confirmarse la sentencia apelada, conforme 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.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

Se deja constancia de que la anterior sentencia fue leída, discutida y aprobada por la Sala en la sesión del día 13 de diciembre de 2007.

MARTHA SOFÍA SANZ TOBÖN

Presidenta

CAMILO ARCINIEGAS ANDRADE

Salva voto

RAFAEL E. OSTAU DE LAFONT PIANETA MARCO ANTONIO VELILLA MORENO