

**DIPUTADO - Pérdida de la investidura / PERDIDA DE LA INVESTIDURA DE
DIPUTADO - No se configura / MIEMBROS DE CONSEJO SUPERIOR DE
UNIVERSIDAD ESTATAL - No tienen el carácter de servidores públicos**

En relación con la violación al régimen de incompatibilidades, prevista como causal de pérdida de investidura en el numeral 1 del artículo 48 de la Ley 617 de 2000, aduce el actor que el demandado se encuentra incurso en la misma, toda vez que resultan incompatibles las funciones de Diputado con las de miembro del Consejo Superior de la Universidad del Quindío a la luz del artículo 34, numeral 3, ibídem, pues dicha disposición establece como causal de incompatibilidad la de ser miembros de juntas o consejos directivos del sector central o descentralizado de cualquier nivel del respectivo departamento, o de instituciones que administren tributos, tasas o contribuciones procedentes del mismo. Visible a folio 35 del cuaderno principal, se encuentra la comunicación de fecha 21 de junio de 2002, a través de la cual el Diputado demandado presenta renuncia como representante de los Ex rectores en el Consejo Superior de la Universidad del Quindío (...). A folios 33 y 34 obra la respuesta dada a un derecho de petición por parte del Rector de la Universidad del Quindío, en la que en lo pertinente se lee: "... Al numeral 1: se expide copia de la renuncia expresa y voluntaria presentada por parte del Doctor Héctor Polanía Rivera como representante de los ex rectores ante el Consejo Superior de la Universidad del Quindío, de fecha junio 21 de 2010, vacante llenada por el Doctor Horacio Salazar Montoya desde la dejación del cargo por el titular ...". Lo anterior pone de manifiesto que el actor antes de posesionarse como Diputado, renunció al cargo de miembro del Consejo Superior de la Universidad del Quindío, siendo reemplazado desde el 21 de junio de 2010 por el doctor Horacio Salazar Montoya, por lo que tampoco estaría incurso en la citada causal de pérdida de investidura, máxime si, como lo señaló el a quo y el Ministerio Público, de acuerdo con la Ley 30 de 1992, en armonía con los artículos 69 y 113 de la Constitución Política, las Universidades Estatales son entes autónomos -pues se les garantiza libertad para darse sus directivas y regirse por sus propios estatutos de conformidad con la Ley-; son del orden territorial y no pertenecen a la estructura central o descentralizada del respectivo Departamento y, con fundamento en tales disposiciones y demás normas que regulan la materia, esta Corporación en sentencia de 24 de agosto de 2005 (Expediente núm. 2003-00041, Consejero ponente doctor Darío Quiñónez Pinilla), señaló que por el sólo hecho de ser miembros de un Consejo Superior de Universidad Estatal no tienen el carácter de servidores públicos.

FUENTE FORMAL: LEY 617 DE 2000 - ARTICULO 34.3 / LEY 617 DE 2000 - ARTICULO 48-1 / LEY 30 DE 1992 / CONSTITUCION POLITICA ARTICULO 69 / CONSTITUCION POLITICA ARTICULO 113

NOTA DE RELATORIA: Se cita la sentencia, Consejo de Estado, Sección Primera, del 9 de noviembre de 2010, Radicado 2010-00921, M.P. Rafael E. Ostau de Lafont Pianeta.

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCION PRIMERA

Consejera ponente: MARIA ELIZABETH GARCIA GONZALEZ

Bogotá, D.C., veintinueve (29) de septiembre de dos mil once (2011)

Radicación número: 63001-23-31-000-2010-90250-01(PI)

Actor: JESUS ANTONIO OBANDO ROA

Demandado: HECTOR ARNULFO POLANIA RIVERA

Referencia: APELACION SENTENCIA

Se decide el recurso de apelación oportunamente interpuesto por el actor contra la sentencia de 28 de octubre de 2010, proferida por el Tribunal Administrativo del Quindío, por medio de la cual denegó la pérdida de investidura del Diputado del Departamento del Quindío, señor **HECTOR ARNULFO POLANIA RIVERA**.

I.- ANTECEDENTES.

I.1- El ciudadano **JESUS ANTONIO OBANDO ROA**, obrando en su propio nombre, presentó demanda ante el Tribunal Administrativo del Quindío tendiente a que, mediante sentencia, se dispusiera la pérdida de investidura del Diputado del Departamento del Quindío, señor **HECTOR ARNULFO POLANIA RIVERA**, quien fue inscrito y avalado por el Partido Cambio Radical como candidato para el período 2008-2011, habiendo ocupado el quinto lugar en las votaciones sin haber sido elegido en dicha fecha.

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

1º: Que el 31 de mayo de 2010 el doctor **JOSE GUSTAVO HERNANDEZ CASTAÑO**, Diputado a la Asamblea Departamental del Quindío, presentó renuncia irrevocable a su cargo a partir de la fecha, quien pertenecía al Partido

Cambio Radical, la que le fue aceptada por la citada Asamblea el 3 de junio de 2010, previa instalación de las sesiones del segundo período¹ por parte del Gobernador de dicho ente territorial.

2°: Señala que al aceptar la renuncia se presentó la figura constitucional de falta absoluta, sin embargo el Presidente de la Corporación no procedió a nombrar al demandado ni éste manifestó intención de aceptar y posesionarse en el cargo, no obstante que las sesiones habían iniciado el 1o. de junio de 2010.

3°: Agrega que sólo hasta el 16 de junio de ese año se le envió comunicación a la residencia del doctor **HECTOR ARNULFO POLANIA RIVERA**, informándole que debía tomar posesión del cargo de Diputado dentro de los tres días siguientes, pero que sólo hasta el 21 de ese mes y año, mediante oficio enviado vía fax desde Roma-Italia, manifestó su aceptación, tomando posesión el 23 de junio de 2010, esto es, por fuera del término que confiere la ley para el efecto.

4°: Indica que el documento enviado vía fax por el demandado, además de no estar apostillado, carecía del número de la cédula y de presentación personal, por lo que resultaba inválido y, en consecuencia, el Presidente de la Asamblea del Quindío debió abstenerse de darle posesión.

5°: Anota que a la fecha en que radicó la demanda el Diputado demandado fungía como miembro activo del Consejo Superior de la Universidad del Quindío, sin que se le hubiese aceptado la renuncia.

6°: Considera que con su conducta, esto es, no haber tomado posesión del cargo de Diputado dentro de los tres días siguientes a la fecha en que fue llamado, entre

¹ Que comprende del 1o. de junio a 30 de julio, según el artículo 29 de la Ley 617 de 2000.

el 19 a 21 de junio de 2010, incurrió en la causal de pérdida de investidura prevista en el **numeral 3 del artículo 48 de la Ley 617 de 2000**, término que no se puede prorrogar, excepto por fuerza mayor o caso fortuito debidamente probado, lo que, a su juicio, no ocurrió en el sub lite.

Agrega que, además, el artículo 29 de la Ley 617 de 2000, señala que de los cuatro períodos que le corresponde sesionar a las Asambleas -bien sea de manera ordinaria o extraordinaria-, los días se entienden hábiles, incluyendo sábados, domingos y festivos, lo que pone de manifiesto que al posesionarse el 23 de junio de 2010, el Diputado demandado lo hizo por fuera del término legal previsto para el efecto, dado que transcurrieron cinco días desde la fecha en que recibió la comunicación, que lo fue el 18 de ese mes y año.

Indica que de acuerdo con el artículo 29 Constitucional es nula, de pleno derecho, la prueba obtenida con violación del debido proceso, que para el caso bajo examen es el documento enviado vía fax desde Roma, en el que el señor **POLANIA RIVERA** afirma aceptar el cargo, pero que el mismo carece de los requisitos exigidos para tenerlo como válido, tales como la cédula de quien lo firmaba, la presentación personal y la huella, entre otros.

7°: Estima que también incurrió en la causal de pérdida de investidura consagrada en el **numeral 1 del artículo 48 de la Ley 617 de 2000**, por violación al régimen de incompatibilidades, dado que fue llamado a ocupar el cargo de Diputado el 16 de junio de 2010, el que aceptó el 21 y del cual se posesionó el 23, sin que la Universidad del Quindío le hubiese aceptado la renuncia como miembro del Consejo Superior de ese ente Universitario.

Aduce que de acuerdo con el numeral 3 del artículo 34 de la Ley 617 de 2000, los Diputados no podrán “Ser miembros de juntas o Consejos Directivos del sector Central o descentralizado de cualquier nivel del respectivo Departamento, o de instituciones que administren tributos, tasas o contribuciones procedentes del mismo”.

Manifiesta que resulta incompatible el ejercicio de manera simultánea de Diputado a la Asamblea del Quindío con el de miembro del Consejo Superior de la Universidad del Quindío, toda vez que las dos entidades hacen parte de la organización administrativa del Departamento del Quindío y cumplen funciones en la jurisdicción de dicho ente territorial, tales como aprobar Ordenanzas a favor de la Universidad, como en efecto ha ocurrido, entre ellas, la que autorizó la emisión de la estampilla pro-Universidad del Quindío, época para la cual el señor **HECTOR ARNULFO POLANIA RIVERA** era el Rector del ente Universitario en mención.

I.3- El demandado, a través de apoderado, se opuso a la prosperidad de las pretensiones de la demanda, aduciendo al efecto, principalmente, que al no resultar electo -por cuanto en la lista con voto preferente del Partido Cambio Radical que le otorgó el aval, ocupó el quinto lugar en votación-, adquirió la vocación o el derecho a ser llamado a ocupar la curul que quedara vacante, la que se hizo real el 31 de mayo de 2010, cuando el señor José Gustavo Hernández presentó renuncia irrevocable a su investidura de Diputado, la que se aceptó el 3 de junio de ese año.

Afirma que es cierto que el 18 de junio de 2010 se enteró del llamamiento a ocupar la curul vacante que le efectuó la Asamblea Departamental mediante Oficio ADQ-1010 de 16 de junio de 2010 y que para esa fecha se encontraba en la ciudad de Roma –Italia.

Sostiene que de acuerdo con el artículo 121 del C. de P.C., los tres días con que contaba para tomar posesión del cargo de Diputado, se deben entender hábiles y no calendario, como lo considera el actor, por lo que los días 19 y 20 de junio de 2010 (sábado y domingo), no deben contabilizarse para efectos del cómputo del citado término, máxime si la Asamblea Departamental del Quindío no sesiona los fines de semana, como en efecto no laboró en los citados días.

Aduce que, de aceptarse que el término debe computarse en días calendario, para la época del llamamiento se encontraba en Europa, hecho que configura indudablemente una razón de fuerza mayor que le impedía posesionarse dentro de los tres días siguientes, prevista como excepción a la norma general, en el párrafo primero del artículo 48 de Ley 617 de 2000.

En cuanto a la causal de incompatibilidad prevista en el artículo 34, numeral 3, de la Ley 617 de 2000, que se le endilga, estima que tampoco está llamada a prosperar, por cuanto con la entrada en vigor de la Constitución Política de 1991, de acuerdo con el artículo 69, las Instituciones de Educación Superior Oficiales dejaron de ser Establecimientos Públicos para convertirse en Universidades del Estado, sujetas al régimen especial previsto en la Ley 30 de 1992, que derogó el Decreto 80 de 1980, la que en el artículo 57, señala que “Las universidades estatales u oficiales deben organizarse como entes universitarios autónomos, con régimen especial y vinculadas al Ministerio de Educación Nacional en lo que se refiere a las políticas y la planeación del sector educativo. Los entes universitarios autónomos tendrán las siguientes características: Personería jurídica, autonomía académica, administrativa y financiera, patrimonio independiente y podrán elaborar y manejar su presupuesto de acuerdo con las funciones que le corresponden...”.

Agrega que el Consejo Superior de la Universidad del Quindío, en desarrollo de esa autonomía para autorregularse, expidió su Estatuto General, a través del Acuerdo 005 de 2005, en cuyo artículo 7° dispuso que la Universidad se daría sus propias directivas y se regiría por sus propios estatutos y reglamentos internos; y en el artículo 24, consagró las inhabilidades e incompatibilidades de los miembros integrantes del Consejo Superior, el que fue claro en expresar que aunque éstos ejercen funciones públicas no adquieren por este hecho la calidad de funcionarios públicos, máxime si su desempeño es ad honorem.

II-. LA SENTENCIA RECURRIDA.

El a quo denegó las pretensiones de la demanda, argumentado para ello, en síntesis, lo siguiente:

Adujo que el Diputado demandado se posesionó dentro del término conferido para el efecto por la ley, dado que al haber sido notificado de la vacante existente en la Asamblea del Departamento del Quindío el día viernes 18 de junio de 2010, el término para posesionarse vencía el 23 de ese mes y año, fecha en la que efectivamente tomó posesión del cargo, pues los días se deben tener como hábiles; y que si bien es cierto que las Asambleas pueden sesionar en días feriados, también lo es que la posesión es una actuación eminentemente administrativa y como tal el cómputo de los términos respectivos se encuentran dentro de la regla general establecida en el artículo 62 de la Ley 4ª de 1913 - Código de Régimen Político y Municipal.

Por lo anterior, consideró que no estaba llamada a prosperar la causal contenida en el numeral 3 del artículo 48 de la Ley 617 de 2000, aún cuando se hubiese posesionado por fuera del plazo de los tres días que le otorgaba la Ley, dado que el propio artículo 48 de la Ley 617 de 2000, consagra como eximente de dicha

falta la ocurrencia de fuerza mayor, la que en el presente caso salta a la vista, como quiera que el demandado se encontraba fuera del país, y a quien no se le podía exigir la permanencia en su domicilio a la espera de una eventual vacante, dado que la lógica supone que al no haber resultado electo, su vida personal, social y profesional debía orientarse hacia proyectos y objetivos diversos, razón por la que obligarlo súbitamente a tomar posesión, era tanto como exigirle lo imposible.

En cuanto a la incompatibilidad por el ejercicio simultáneo del cargo de Diputado y miembro del Consejo Superior de la Universidad del Quindío, el a quo señaló que obra prueba en el expediente de la calidad de miembro del Consejo de la Institución Universitaria del demandado, también de la renuncia al citado cargo, previo a la posesión como Diputado, no así respecto de que tal renuncia se le hubiese aceptado antes de posesionarse.

Estimó que, aceptando en gracia de discusión que el Diputado demandado se posesionó en el cargo sin haber renunciado al Consejo Superior de la Universidad del Quindío, ello no le genera incompatibilidad que conlleve la pérdida de su investidura, no sólo por no pertenecer la Universidad del Quindío al Sector Central o Descentralizado del citado Departamento, sino, además, porque la calidad de miembro de dicho Consejo Superior no supone para quien la ejerce, la de servidor público.

Anotó que de conformidad con lo dispuesto en el artículo 69 Constitucional, a las Universidades se les garantiza autonomía para darse sus directivas y regirse por sus propios estatutos de conformidad con la ley; y el artículo 113, ibídem, consagra que los entes universitarios se constituyen en órganos autónomos e independientes de los que integran la rama del poder público, para el

cumplimiento de las demás funciones del Estado, autonomía que implica la posibilidad de actuar por fuera de las mismas y poder afirmar que el demandado no se encuentra incurso en la referida causal.

Por último, informó que en sentencia de 24 de agosto de 2005 (Expediente núm. 2003-00041, Consejero ponente doctor Dario Quiñones Pinilla), esta Corporación sostuvo que “la función de miembro de un Consejo Superior de Universidad Estatal no suponía la naturaleza de empleado público de quien la ejerce, lo que supone la inexistencia de incompatibilidad alguna para el ejercicio simultáneo como Diputado de Corporación Pública y miembro del Consejo Superior de la Universidad del Quindío”.

III-. FUNDAMENTOS DEL RECURSO.

El actor, además de reiterar los argumentos expuestos en la demanda, insiste en que la posesión del Diputado demandado se hizo por fuera del término previsto por la ley para el efecto, dado que el artículo 48, numeral 3, de la Ley 617 de 2000, al indicar que la toma de posesión se debe hacer dentro de los tres días siguientes a la fecha en que fueren llamados, dicho lapso se debe entender como “continuos y perentorios, expresos y certeros, allí no existe vacío, dilaciones o disculpas para no cumplir ese mandato”; que no se puede tener como pretexto que la Asamblea no labora y sesiona los sábados, domingos y festivos para prorrogar la posesión por dos días más; y que el Presidente de la Asamblea no puede interpretar la ley a su capricho, al sostener que los días no son continuos salvo fuerza mayor, conforme lo señala el párrafo primero del citado artículo 48.

Añade que por el hecho de que el demandado se encontraba en Europa, no puede tenerse como una justificación de fuerza mayor para incumplir el llamado a

posesionarse como Diputado, una vez tuvo conocimiento de la comunicación, que lo fue el 18 de junio de 2010 en su casa del Municipio de Montenegro (Quindío), conforme lo manifestó en la comunicación de aceptación del cargo enviado vía fax desde Roma a la Asamblea del Quindío, de la cual no se allegó el original no obstante haber sido solicitado.

Reitera que tal documento no debió tenerse como válido, toda vez que carecía de “apostilla ... de presentación personal, huella dactilar ...”, requisitos que se han debido exigir dado que Colombia suscribió un Convenio en la Haya el 5 de octubre de 1961, por lo que se vulneró la Ley 455 de 1998 y los artículos 252, 254, 268 y 279 del C. de P.C..

Por último, repite que el demandado está incurso en la causal de pérdida de investidura prevista en el numeral 3 del artículo 34 de la Ley 617 de 2000, por cuanto para la fecha en que fue llamado fungía como miembro del Consejo Superior de la Universidad del Quindío y estaba gozando de un permiso otorgado por dicho ente universitario, por lo que, a su juicio, en ejercicio de funciones administrativas no sólo aceptó el cargo de Diputado, sino que renunció el 21 de junio de 2010, día en que debía posesionarse, y que a la fecha no le ha sido aceptada, lo que da lugar a que en cualquier momento pueda asumir en representación de los ex rectores, de conformidad con los artículos 64 y 67 de la Ley 30 de 1992, a pesar de estar impedido como servidor público, cargo que es incompatible con aquél, dado que la Universidad del Quindío es un ente universitario autónomo, de carácter público, con régimen especial, creado por el Acuerdo Municipal núm. 023 de 1960, adscrito al Departamento del Quindío por la Ordenanza 014 de 1982 -reconocida como universidad por la Ley 56 de 1967 y el Decreto 1583 de 1975-, la que se encuentra vigente dado que no fue derogada por la ya citada Ley 30 de 1992.

IV-. ALEGATO DEL MINISTERIO PÚBLICO.

El señor Procurador Primero Delegado en lo Contencioso Administrativo ante esta Corporación, en su vista de fondo, se muestra partidario de que se confirme la sentencia apelada, en síntesis, por cuanto no se configuran las causales de pérdida de investidura alegadas, toda vez que el demandado, contra lo afirmado por el demandante, sí tomó posesión del cargo de Diputado dentro los tres días hábiles siguientes de haber recibido la comunicación para ocupar la vacante, por renuncia de su titular en los términos exigidos por la Ley, que lo fue el 18 de junio de 2010 (viernes) y la posesión el 23 (miércoles) de ese mes y año, amén de que no se acreditó en el proceso de que en el reglamento interno de la Asamblea Departamental del Quindío, exista una norma que indique que el término de días deba entenderse calendario, como tampoco que la citada Corporación labore los sábados y domingos, razón por la que deban considerarse como hábiles.

Agrega que el artículo 62 del Código de Régimen Político y Municipal, dispone que en los plazos de días que se señalen en las leyes y actos oficiales se entienden suprimidos los feriados y de vacantes a menos que se exprese lo contrario; y que con fundamento en dicha disposición el Consejo de Estado así lo ha precisado, entre otras, en sentencia de 17 de julio de 2008 (Expediente núm. 2008-00054, Consejero ponente doctor Marco Antonio Velilla Moreno).

En relación con la violación al régimen de incompatibilidades, prevista como causal de pérdida de investidura en el numeral 1 del artículo 48 de la Ley 617 de 2000, aduce que el artículo 34, numeral 3, establece como causal de incompatibilidad la de ser miembros de juntas o consejos directivos del sector central o descentralizado de cualquier nivel del respectivo departamento, o de

instituciones que administren tributos, tasas o contribuciones procedentes del mismo, situación que, a su juicio, no se presenta en el sub lite, toda vez que la Universidad del Quindío es un ente universitario autónomo, en virtud de lo dispuesto por la Constitución Política, en su artículo 69 y el Estatuto General de aquélla, por lo que al ser miembro del Consejo Superior de la citada Universidad, dichas funciones no resultaban incompatibles con las de Diputado, dado que las Universidades no están dentro de la categoría de entidades públicas.

Respecto de la comunicación remitida vía fax por el demandado para aceptar el cargo, que según el actor no contó con los requisitos de apostilla, presentación personal o huella dactilar para tener validez jurídica al momento de su posesión como Diputado, manifiesta que dada la naturaleza jurídica del documento, expedido por un particular y de conformidad con las exigencias establecidas por la Convención de la Haya, adoptada el 5 de octubre de 1961, mejor conocida como Convención de la Apostilla, los Estados contratantes eximen de legalización a los documentos públicos que deban ser presentados en sus territorio, exigiendo como única formalidad la fijación de la apostilla, para aquéllos que provengan de una autoridad o funcionario vinculado a una Jurisdicción del Estado (documentos administrativos, certificaciones oficiales que hayan sido puestas sobre documentos privados, tales como la certificación de registro de un documento, titulaciones universitarias, y documentos notariales de firmas de carácter privado -partidas de nacimiento, de matrimonio, de defunción, acta de divorcio, etc.).

Indica que la Ley 455 de 1998, por medio de la cual se aprueba la citada Convención, en el artículo 1° señala que ésta se aplicará a documentos públicos, entre ellos, los que emanen de una autoridad o un funcionario relacionado con las Cortes o Tribunales de un Estado, de donde infiere que al no tener el demandado la condición de funcionario público ni haber expedido el documento, en ejercicio de

un cargo de esta misma naturaleza o con su intervención, no se está frente a un documento privado que requiera de apostilla.

V-. CONSIDERACIONES DE LA SALA:

Las causales en que se fundamenta la demanda son las previstas en el artículo 48, numerales 1 y 3, de la Ley 617 de 2000, los que prevén:

“Artículo 48.- Pérdida de investidura de diputados, concejales municipales y distritales y de miembros de juntas administradoras locales. Los diputados y concejales municipales y distritales y miembros de juntas administradoras locales perderán su investidura:

1. Por violación del régimen de incompatibilidades o del de conflicto de intereses. No existirá conflicto de intereses cuando se trate de considerar asuntos que afecten al concejal o diputado en igualdad de condiciones a las de la ciudadanía en general.

...3. **Por no tomar posesión del cargo dentro de los tres (3) días siguientes** a la fecha de instalación de las asambleas o concejos, según el caso, o a la fecha en que fueren llamados a posesionarse. ...”. (Negritas fuera de texto).

Sea lo primero advertir que esta Corporación en reiterados pronunciamientos², atendiendo el artículo 62 del Código de Régimen Político y Municipal, ha sostenido que, en el término de días deben tenerse en cuenta los **hábiles**, a menos que se exprese lo contrario, salvedad que no se hace en la causal en comento.

Siendo ello así, el Diputado demandado no estaría incurso en la causal de pérdida de investidura contenida en el **numeral 3 del artículo 48 de la Ley 617 de 2000**, como lo afirma el actor, pues su posesión se hizo dentro de los tres días siguientes a la fecha en que fue llamado.

² Sentencias de 17 de julio de 2008 (Expediente núm. 2008-00054, Consejero ponente doctor Marco Antonio Velilla Moreno) y 17 de junio de 2010 (Expediente núm. 2009-00567, Consejero ponente doctor Rafael E. Ostau de Lafont Pianeta).

En efecto, está acreditado en el proceso que mediante Oficio ADQ-1010-10 de 16 de junio de 2010, el Presidente de la Asamblea Departamental del Quindío le comunicó al señor **HECTOR ARNULFO POLANIA RIVERA**, demandado dentro del proceso de la referencia, que:

“es usted la persona que sigue en lista para ocupar la curul de Diputado que quedó vacante con la renuncia del doctor José Gustavo Hernández Castaño por el partido cambio radical.

... De lo anterior se concluye que es deber de esta Honorable Corporación llamar al siguiente candidato no elegido en la misma lista del ausente, según el orden de inscripción, a ocupar su lugar.

Así mismo le informamos que **debe tomar posesión del cargo dentro de los 3 días siguientes a la comunicación de este escrito como lo estipula el artículo 48, numeral 3, de la Ley 617 de 2000...**³.
(Negrillas fuera de texto).

Conforme lo admite el actor en la demanda y en el memorial contentivo del recurso de apelación y consta en el escrito a través del cual se aceptó el cargo, dicho oficio se recibió el día viernes 18 de ese mes y año en el domicilio del demandado en Montenegro (Quindío) , fecha para la cual se encontraba en la ciudad de Roma – Italia, de acuerdo con la certificación expedida por el Departamento Administrativo de Seguridad -DAS- donde constan las entradas y salidas del país de aquél, visible a folio 7 del cuaderno de pruebas.

Como quiera que el 19 y 20 de junio de 2010 no eran días hábiles, pues correspondieron a sábado y domingo, días en que además no sesionó la Asamblea Departamental del Quindío, según certificación obrante a folio 11 del cuaderno de pruebas, los tres días corrieron entre el 21 y 23, habiéndose posesionado el último día, esto es, el 23, es decir, dentro del término legal, lo que descarta la configuración de la causal alegada.

³ Folios 30 y 31 del cuaderno principal

Cabe señalar que el párrafo 1° del ya citado artículo 48, consagra que las causales 2 y 3 no tendrán aplicación cuando medie fuerza mayor, que en este caso bien pudo haber ocurrido ante el evento de que el actor se encontraba en Europa y la imposibilidad en un momento dado de conseguir pasajes aéreos de regreso, no obstante se posesionó el último día que tenía para ello, esto es, el 23 de junio de 2010.

Es de resaltar que de acuerdo con la Ley 455 de 1998, **“Por medio de la cual se aprueba la “Convención sobre la abolición del requisito de legalización para documentos públicos extranjeros”, suscrita en la Haya el 5 de octubre de 1961”**, el documento a través del cual el demandado aceptó el cargo de Diputado no requería de apostilla, toda vez que tal requisito se exige para aquellos documentos públicos que provengan de una autoridad o funcionario de las altas Cortes o Tribunales, calidad que no tenía aquél.

El artículo 1° de la citada ley, es del siguiente tenor:

“ARTICULO 1o. La presente Convención se aplicará a documentos públicos que han sido ejecutados en el territorio de un Estado contratante y que deben ser exhibidos en el territorio de otro Estado contratante.

Los siguientes son considerados como documentos públicos a efectos...

- a) Documentos que emanan de una autoridad o un funcionario relacionado con las cortes o tribunales de un Estado, incluyendo los que emanen de un fiscal, un secretario de un tribunal o un portero de estrados;
- b) Documentos administrativos;
- c) Actos notariales;
- d) Certificados oficiales colocados en documentos firmados por personas a título personal, tales como certificados oficiales que consignan el registro de un documento o que existía en una fecha determinada y autenticaciones oficiales y notariales de firmas.

Sin embargo, no se aplicará la presente Convención:

- a) A documentos ejecutados por agentes diplomáticos o consulares;

b) A documentos administrativos que se ocupen directamente de operaciones comerciales o aduaneras...”

Como lo manifestó el Ministerio Público, en su vista de fondo, no se está en presencia de un documento privado que requiera de apostilla.

En relación con la violación al régimen de incompatibilidades, prevista como causal de pérdida de investidura en el **numeral 1 del artículo 48 de la Ley 617 de 2000**, aduce el actor que el demandado se encuentra incurso en la misma, toda vez que resultan incompatibles las funciones de Diputado con las de miembro del Consejo Superior de la Universidad del Quindío a la luz del **artículo 34, numeral 3, ibídem**, pues dicha disposición establece como causal de incompatibilidad la de ser miembros de juntas o consejos directivos del sector central o descentralizado de cualquier nivel del respectivo departamento, o de instituciones que administren tributos, tasas o contribuciones procedentes del mismo.

Visible a folio 35 del cuaderno principal, se encuentra la comunicación de fecha 21 de junio de 2002, a través de la cual el Diputado demandado presenta renuncia como representante de los Ex rectores en el Consejo Superior de la Universidad del Quindío y a la vez manifiesta que en “adelante seguirá asistiendo el Dr. Horacio Salazar”.

A folios 33 y 34 obra la respuesta dada a un derecho de petición por parte del Rector de la Universidad del Quindío, en la que en lo pertinente se lee:

“... Al numeral 1: se expide copia de la renuncia expresa y voluntaria presentada por parte del Doctor Héctor Polanía Rivera como representante de los ex rectores ante el Consejo Superior de la Universidad del Quindío, de fecha junio 21 de 2010, vacante llenada por el Doctor Horacio Salazar Montoya desde la dejación del cargo por el titular ...”.

Lo anterior pone de manifiesto que el actor antes de posesionarse como Diputado, renunció al cargo de miembro del Consejo Superior de la Universidad del Quindío, siendo reemplazado desde el 21 de junio de 2010 por el doctor Horacio Salazar Montoya, por lo que tampoco estaría incurso en la citada causal de pérdida de investidura, máxime si, como lo señaló el a quo y el Ministerio Público, de acuerdo con la Ley 30 de 1992, en armonía con los artículos 69 y 113 de la Constitución Política, las Universidades Estatales son entes autónomos -pues se les garantiza libertad para darse sus directivas y regirse por sus propios estatutos de conformidad con la Ley-; son del orden territorial y no pertenecen a la estructura central o descentralizada del respectivo Departamento y, con fundamento en tales disposiciones y demás normas que regulan la materia, esta Corporación en sentencia de 24 de agosto de 2005 (Expediente núm. 2003-00041, Consejero ponente doctor Darío Quiñónez Pinilla), señaló que por el sólo hecho de ser miembros de un Consejo Superior de Universidad Estatal no tienen el carácter de servidores públicos, argumentando para ello que:

“... el legislador ha sido reiterativo y constante en señalar que los miembros de las juntas directivas de las entidades públicas y de los consejos, juntas o comisiones, por ese solo hecho no tienen el carácter de empleados públicos. Esa disposición, en cuanto regula materia semejante, es aplicable a los miembros del Consejo Superior Universitario de las universidades estatales u oficiales y, permite, entonces, concluir que el representante del Presidente de la República en esos organismos, por ese solo hecho, no tiene el carácter de empleado público.

La mencionada regulación tiene explicación y guarda concordancia con el régimen del servidor público. Así, el artículo 123 de la Carta Política dispone que “son servidores públicos los miembros de las corporaciones públicas, los empleados públicos y trabajadores del Estado y de sus entidades descentralizadas territorialmente”. Y el artículo 122 ibídem señala que “... 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”.

... Los empleados públicos se vinculan al servicio de las entidades públicas mediante una relación legal y reglamentaria reflejada en el nombramiento y la posesión y los trabajadores oficiales prestan sus servicios en virtud de un contrato de trabajo (artículos 5º del Decreto 3135 de 1968; 2º y 4º del Decreto 2400 de 1968; 1º, 3º y 25 del Decreto 1950 de 1973).

Según el artículo 2º del Decreto 2400 de 1968, el empleado es la persona nombrada para ejercer un empleo y que ha tomado posesión del mismo. Y para el ejercicio de funciones de carácter permanente, según la misma norma se crearán los empleos correspondientes. Es decir que un empleado público desempeña un empleo que tiene como finalidad satisfacer funciones de carácter permanente de la administración, lo cual exige, entonces, que aquel preste sus servicios de manera permanente, continua y exclusiva, y, en modo alguno, de manera transitoria, ocasional, discontinua o intermitente.

Lo anterior conduce a la conclusión de que para el desempeño de funciones de miembro de una junta o consejo directivo de una entidad pública no se requiere la creación de empleos en las respectivas plantas de personal, pues esos organismos no desarrollan funciones permanentes y continuas, sino intermitentes y periódicas. Así, la Universidad de Nariño, según el artículo dieciocho de su Estatuto General, se reúne ordinariamente dos veces por mes y extraordinariamente por convocatoria de su Presidente o del Rector o a solicitud de por lo menos tres de sus miembros. Por consiguiente, para el ejercicio de sus funciones, las juntas y consejos no requieren de miembros que ejerzan funciones de manera permanente, continua y exclusiva, es decir que para ello tengan que vincularse como empleados públicos. Esas funciones las desempeñan, por tanto, personas que periódicamente, en las oportunidades que señalen las normas que regulan la organización y funcionamiento de la respectiva entidad, se reúnen en sesiones de la junta, consejo o comisión, lo cual les permite desarrollar otras actividades bien al servicio del Estado como empleados públicos o trabajadores oficiales o como particulares, siempre y cuando resulten compatibles con las funciones de esa junta, consejo o comisión.

De modo que, en definitiva, el ejercicio de funciones como miembro del Consejo Superior Universitario no conlleva el desempeño de un empleo público ni la vinculación de aquel como empleado público... (Negrillas fuera de texto).

Tal criterio fue reiterado por la Sala Plena en sentencia de 9 de noviembre de 2010 (Expediente núm. 2010-00921, Actor: Cesar Gordillo Nuñez, Consejero ponente doctor Rafael E. Ostau de Lafont Pianeta), **que ahora se prohija**, en la cual se dijo:

“Ahora bien, en orden a establecer cuál es la condición jurídica que ostentan los miembros de los Consejos Superiores de las

Universidades Públicas, es menester considerar el contenido normativo de los siguientes preceptos:

En primer término, el párrafo del artículo 3° del Decreto 2400 de 1968, disponía lo siguiente:

ARTICULO 3° [...] Parágrafo 2°. Las personas a quienes el Gobierno o las corporaciones Públicas confieran su representación en las Juntas Directivas de los Establecimientos Públicos, las Empresas Industriales y Comerciales del Estado y las Sociedades de Economía Mixta, o **los miembros de juntas, consejos o comisiones no tienen por ese solo hecho el carácter de funcionarios públicos.** Su nombramiento y remoción se rigen por las disposiciones especiales relativas a esas entidades.

En ese mismo sentido, el artículo 18 del Decreto 3130 de 1968, preceptuaba:

ARTICULO 18° Los miembros de las Juntas o Consejos Directivos de los Establecimientos Públicos y de las Empresas Industriales y Comerciales del Estado, **aunque ejercen funciones públicas, no adquieren por ese solo hecho la condición de funcionarios públicos.** Su responsabilidad, lo mismo que sus incompatibilidades e inhabilidades se regirán por las leyes de la materia y por las normas del respectivo organismo.

Posteriormente y en idéntico sentido, el artículo 5° del Decreto 1950 de 1973, estableció:

ARTICULO 5°. Las personas a quienes el Gobierno o las corporaciones públicas confieran su representación en las Juntas Directivas de los Establecimientos Públicos, las Empresas Industriales y Comerciales del Estado y las Sociedades de Economía Mixta, o los miembros de Juntas, Consejos o Comisiones no tienen por ese solo hecho el carácter de funcionarios públicos. Su responsabilidad, lo mismo que sus incompatibilidades e inhabilidades, se regirán por las leyes.

La Ley 489 de 1998, *“Por la cual se dictan normas sobre la organización y funcionamiento de las entidades del orden nacional, se expiden las disposiciones, principios y reglas generales para el ejercicio de las atribuciones previstas en los numerales 15 y 16 del artículo 189 de la Constitución Política y se dictan otras disposiciones.”*, al recoger el mandato contenido en las disposiciones anteriormente mencionadas, consagra en su artículo 74 lo siguiente:

ARTICULO 74. Calidad de los miembros de los Consejos Directivos. **Los particulares miembros de los consejos directivos** o asesores de los establecimientos públicos, **aunque ejercen funciones públicas, no adquieren por ese solo hecho la calidad de empleados públicos.** Su responsabilidad, lo mismo que sus incompatibilidades e inhabilidades, se regirán

por las leyes de la materia y los estatutos internos del respectivo organismo.

Precisamente por lo anterior, la Sala, en sentencia proferida el 24 de agosto de 2005, con ponencia del Consejero Darío Quiñones Pinilla expresó que “[...] el legislador ha sido reiterativo y constante en señalar que los miembros de las juntas directivas de las entidades públicas y de los consejos, juntas o comisiones, por ese solo hecho no tienen el carácter de empleados públicos. Esa disposición, en cuanto regula materia semejante, es aplicable a los miembros del Consejo Superior Universitario de las universidades estatales u oficiales [...] || De modo que, en definitiva, en ejercicio de funciones como miembro del Consejo Superior Universitario no conlleva el desempeño de un empleo público ni la vinculación de aquel como empleado público.”⁴

Por otra parte, la tesis de que no todos los integrantes del Consejo Superior participan del carácter de “empleados públicos”, se ve reafirmada por lo dispuesto por el artículo 67 de la Ley 30 de 1992, en donde textualmente se establece:

ARTICULO 67° Los integrantes de los Consejos Superiores o de los Consejos Directivos, según el caso, que tuvieren la calidad de empleados públicos y el Rector, el Vicerector, estarán sujetos a los impedimentos, inhabilidades e incompatibilidades establecidas por la ley y los estatutos así como a las disposiciones aplicables a los miembros de juntas o consejos directivos de las instituciones estatales u oficiales. Todos los integrantes del Consejo Superior Universitario o de los Consejos Directivos, en razón de las funciones públicas que desempeñan, serán responsables de las decisiones que adopten. *(el resaltado es de la Sala)*

En sintonía con la norma que se acaba de transcribir, el artículo 27 de los Estatutos Generales de la misma Universidad (*Acuerdo 066 del 25 de octubre de 2005*), da a entender que algunos de sus miembros no tienen la calidad de “empleados públicos”. La norma en cita dispone:

ARTICULO 27.- Los integrantes de los Consejos, que tengan la calidad de empleados públicos: el Rector, el Vicerector, Decanos y demás funcionarios públicos, además de los deberes, inhabilidades e incompatibilidades previstas en la Constitución y en Ley, estarán sujetos a lo previsto en este estatuto (el resaltado es de la Sala)

Se colige de lo anterior, que no todos los integrantes de los Consejos Superiores de las Universidades Públicas tienen, por el sólo hecho de conformarlos y de cumplir en ellos funciones públicas, la calidad de empleados públicos...”.

⁴ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta, Sentencia del 24 de agosto de 2005, Rad. 11001-02-28-000-2003-00041-01 (3171), Consejero Ponente DARIO QUIÑONES PINILLA.

Además, cabe resaltar que el artículo 24 de los Estatutos Generales de la Universidad del Quindío -Acuerdo núm. 005 de 28 de febrero de 2005-, de manera expresa señala que los miembros del Consejo Superior de ese ente Universitario, aunque ejercen funciones públicas no adquieren por este hecho la calidad de funcionarios públicos.

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

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

F A L L A:

CONFÍRMASE la sentencia apelada.

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

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

Se deja constancia de que la anterior sentencia fue leída, discutida y aprobada por la Sala en la sesión del día 29 de septiembre de 2011.

MARCO ANTONIO VELILLA MORENO
Presidente

MARÍA ELIZABETH GARCÍA GONZÁLEZ

RAFAEL E. OSTAU DE LA FONT PIANETA

MARÍA CLAUDIA ROJAS LASSO