

CONCEJAL-Violación del régimen de incompatibilidades: desarrollo constitucional y legal%VIOLACION DEL REGIMEN DE INCOMPATIBILIDADES-Desarrollo constitucional y legal

Al respecto, la Sala considera que la violación del régimen de incompatibilidades ha estado prevista como causal de pérdida de investidura de forma interrumpida desde la Ley 136 de 1994 hasta la Ley 617 de 2000. La violación del régimen de incompatibilidades por aceptar cargo en la Administración Pública fue establecida en la Constitución Política de 1991, y desarrollada en el numeral 1° del artículo 55 de la Ley 136 de 1994 como causal de pérdida de investidura de los concejales, y reiterada en el numeral 1° del artículo 48 de la Ley 617 de 2000. Aceptar cargo público de manera coetánea con el de concejal, es una incompatibilidad determinante de la pérdida de la investidura, y pese a los desarrollos de que ha sido objeto, en esencia se conserva como la prohibición original, aunque valga anotarse que con algunos matices diferentes. En vista de que han cambiado los supuestos hipotéticos en las diferentes redacciones dados a la causal de incompatibilidad de los concejales por aceptar cargo en la Administración Pública, la Sala definirá cual de ellos resulta aplicable al caso en estudio y posteriormente analizará si se satisfacen todos los presupuestos normativos para su aplicación. La normativa aplicable está conformada por el artículo 291 CP, el numeral 1° del artículo 45 de la Ley 136 de 1994, modificado por el artículo 3° de la Ley 177 de 1994 y derogado por el artículo 96 de la Ley 617 de 2000, y el numeral 1° del artículo 55 de la Ley 136 de 1994. Aun cuando el artículo 96 de la Ley 617 de 2000 derogó la causal de incompatibilidad alegada, es lo cierto que el artículo 291 CP así como los numerales 1° y 2° del artículo 55 de la Ley 136 de 1994 siguen vigentes, y, por ende la conducta del Concejal CARLOS ALFREDO BAQUERO TORRES debe examinarse a la luz de su contenido. El artículo 291 CP es un precepto directamente ejecutable que no requiere de reglamentación para tener cumplida aplicación respecto de los miembros de las corporaciones públicas de las entidades territoriales. Será, entonces a la luz del artículo 291 CP y de los numerales 1° y 2° del artículo 55 de la Ley 136 de 1994, como se examinarán los hechos constitutivos de la causal de incompatibilidad imputada a CARLOS ALFREDO BAQUERO TORRES.

ACEPTACION DE CARGO PUBLICO-Comprende los ejercidos en cualquiera de las ramas u órganos del Estado%FUNCION ADMINISTRATIVA- La ejercen todas las ramas y órganos del Estado%CRITERIO MATERIAL O FUNCIONAL-Función administrativa

Puesto que el demandado no discute la verificación de los supuestos fácticos configurativos de la causal de incompatibilidad consistente en aceptar otro cargo público simultáneamente con el de concejal, la controversia se reduce a determinar cuál es la acepción con que la Constitución Política emplea la noción de «administración pública», pues esto determinará si los cargos de «Asistente V» y «Asistente Grado IV» en una Unidad de Trabajo Legislativo (UTL) de la Cámara de Representantes, están comprendidos en la prohibición para los miembros de las corporaciones públicas de las entidades territoriales de desempeñar simultáneamente «cargo alguno en la administración pública» so pena de incurrir en causal de pérdida de la investidura conforme a los artículos 291 CP y 55 numeral 1° de la Ley 136 de 1994, respectivamente. La causal de pérdida de la investidura instituida en el inciso primero del artículo 291 de la Constitución Política, originario de la Asamblea Constituyente de 1991 es del siguiente tenor literal: «Los miembros de las corporaciones públicas de las entidades territoriales no podrán aceptar cargo alguno en la administración pública, y si lo hicieren perderán su investidura.» La Sala de Consulta y Servicio Civil en concepto de 8 de

marzo de 1996 precisó: «[...] Se concluye que la función administrativa puede tener su origen en cualquiera de los órganos del Estado (legislativo, judicial y ejecutivo); lo que define, entonces, su naturaleza es la actividad desarrollada sin importar el órgano que la genera, porque “lo que ha de definir una institución es la ‘substancia’ de la misma, no la ‘forma’ ni el ‘autor’ de los actos respectivos: la forma y el autor solo constituyen elementos contingentes” (op. cit., pág. 78). [...] 1.2.8. En conclusión, de acuerdo con la doctrina más aceptada en la actualidad, el ejercicio de la función administrativa no corresponde de manera privativa a una rama del poder, aunque primordialmente sea ejercida por la rama ejecutiva. El contenido del acto es el punto de referencia fundamental que permite determinar si se actúa en ejercicio de la función administrativa o no. [...]». Una interpretación sistemática de la Constitución Política pone de manifiesto que acoge el criterio material, conforme al cual hacen parte de la «Administración Pública» todos los organismos y entidades de naturaleza pública que integran la estructura del Estado y que desempeñan funciones públicas.

UNIDAD DE TRABAJO LEGISLATIVO-Los cargos que la conforman son empleos públicos con función administrativa%VIOLACION DEL REGIMEN DE INCOMPATIBILIDADES DEL CONCEJAL-Pérdida de la investidura al ejercer cargo simultáneo en Unidad de Trabajo Legislativo%CONCEJAL-Violación del régimen de incompatibilidades al ejercer cargo en Unidad de Trabajo Legislativo

Puesto que las UTL hacen parte del Congreso, también integran la Administración Pública. Fuerza es, entonces, aplicar a quienes laboran en ellas la incompatibilidad por desempeñar simultáneamente cargos en la administración pública, que acarrea pérdida de la investidura. Para reafirmar la calidad de empleado público de los asesores vinculados a las UTL y la observancia que estos deben al régimen de incompatibilidades con miras a garantizar su dedicación exclusiva a las labores que le fueron encomendadas, resulta pertinente el concepto de 12 de diciembre de 1978 en que la Sala de Consulta y Servicio Civil precisó: «[...] Referente a incompatibilidad, sobre la base de que los abogados, economistas y arquitectos a que se refiere la consulta están, como esta misma lo dice “incorporados a la planta de personal del H. Senado (Congreso) como asesores” la Sala considera que se trata de “empleados públicos”. Los empleados públicos, se repite, tienen funciones expresamente determinadas y deben consagrarse al desempeño de los mismas durante horas normales de trabajo. Y así la Sala opina que están inhabilitados para atender sus oficinas particulares y prestar simultáneamente sus servicios en libre ejercicio de su respectiva profesión. [...]». Se concluye que los asesores de las UTL tienen la obligación de dedicarse exclusivamente a las labores que les fueron asignadas, incluso debiendo abstenerse de ejercer su profesión. Si ello es así para los asesores de las UTL, no menos fuerte tienen que ser las prohibiciones para los concejales y demás miembros de las corporaciones públicas de elección popular, a quienes la sociedad les ha conferido un mandato tras identificarse con su programa ideológico. Convalidar la interpretación que pretende prohijar que los miembros de las corporaciones públicas de las entidades territoriales puedan de manera coetánea a su condición, aceptar y/o desempeñar cargo alguno en la administración pública o cargo público, desnaturaliza la finalidad con la que fueron elegidos y los ubica en situación de superioridad para con sus conciudadanos. Se trata de impedir la acumulación de honores en pocas manos con el objetivo de promover la participación activa de todos los ciudadanos en la vida pública estatal, bien sea como electos a una corporación pública o como designados a los empleos públicos en atención a sus calidades. Al establecer el régimen de incompatibilidades, que acarree pérdida de investidura para los Congresistas y

demás miembros de las corporaciones públicas de las entidades territoriales, los Constituyentes advirtieron: «[...] El objeto que la Asamblea Constituyente persigue, es el de “asegurar que el congresista (en este caso el concejal) no utilice su poder sobre las otras ramas del poder público y sobre la comunidad en general para obtener privilegios y crear las condiciones para el mejor desempeño del cargo y para prevenir la acumulación de honores o poderes”. Para ello toma en cuenta la excepcional capacidad que tienen los congresistas (en este caso el concejal) de influir sobre quienes manejan los asuntos públicos, lo cual a su vez crea una situación desventajosa para el resto de los ciudadanos y genera condiciones que pueden ser favorables a fenómenos de corrupción. [...]»

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCION PRIMERA

Consejero ponente: CAMILO ARCINIEGAS ANDRADE

Bogotá D.C., tres (3) de julio dos mil ocho (2008)

Radicación número: 25000-23-15-000-2005-01211-01(PI)

Actor: CARLOS ALFONSO COTRINO GUEVARA

Demandado: CARLOS ALFREDO BAQUERO TORRES

Referencia: APELACION SENTENCIA. PERDIDA DE INVESTIDURA DE CONCEJAL

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto por el apoderado del demandado contra la sentencia del Tribunal Administrativo de Cundinamarca 15 de noviembre de 2005 que decretó a CARLOS ALFREDO BAQUERO TORRES la pérdida de su investidura de Concejal de Choachí.

I. ANTECEDENTES

1.1. LA DEMANDA

El ciudadano CARLOS ALFONSO COTRINO GUEVARA, por medio de apoderado, solicitó el 15 de julio de 2005 la pérdida de la investidura, con los siguientes fundamentos:

1.1.1. Las causales invocadas

Se imputan al demandado las contempladas en el artículo 291 de la Constitución Política, en los numerales 1° y 6° del artículo 48 de la Ley 617 de 2000 y en los numerales 1° y 2° del artículo 55 de la Ley 136 de 1994, del siguiente tenor:

«CONSTITUCIÓN POLÍTICA

Artículo 291. Los miembros de las corporaciones públicas de las entidades territoriales no podrán aceptar cargo alguno en la administración pública, y si lo hicieren perderán su investidura.

[...]

«LEY 617 DE 2000

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.

[...]

6. Por las demás causales expresamente previstas en la ley.

[...]»

«LEY 136 DE 1994

Artículo 43. INHABILIDADES. Modificado por el artículo 40 de la Ley 617 de 2000.

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.

[...]

Artículo 45. INCOMPATIBILIDADES. Los concejales no podrán:

1. Aceptar o desempeñar cargo alguno en la administración pública, ni vincularse como trabajador oficial o contratista, so pena de perder la investidura.

[...]

Artículo 55. PÉRDIDA DE LA INVESTIDURA DE CONCEJAL. Los concejales perderán su investidura por:

1. **La aceptación o desempeño de un cargo público, de conformidad con el artículo 291 de la Constitución Política**, salvo que medie renuncia previa, caso en el cual deberá informar al Presidente del Concejo o en su receso al alcalde sobre este hecho.
2. Por violación del **régimen de inhabilidades, incompatibilidades** o de conflicto de intereses.
[...]

1.1.2. Hechos

En los comicios del 26 de octubre de 1994 el ciudadano CARLOS ALFREDO BAQUERO TORRES fue elegido Concejal de Choachí para el período 1995-1997. Tomó posesión el 1° de enero de 1995 y renunció el 7 de mayo de 1995.

Mediante Resolución MD-0528 de 1994 (20 de julio), la Mesa Directiva de la Cámara de Representantes nombró a CARLOS ALFREDO BAQUERO TORRES «Asistente V» en la Unidad de Trabajo Legislativo (UTL) de la Representante Carlina Rodríguez Rodríguez. El señor BAQUERO TORRES se posesionó el 3 de agosto de 1994 y su nombramiento fue declarado insubsistente según Resolución MD-0365 de 20 de abril de 1995.

Del 1° de enero al 7 de mayo de 1995 CARLOS ALFREDO BAQUERO TORRES ejerció simultáneamente los cargos de Concejal de Choachí y «Asistente V» en la Unidad de Trabajo Legislativo (UTL) de la Representante Carlina Rodríguez Rodríguez y por ambos percibió honorarios.

1.2. LA CONTESTACIÓN

Admitida la demanda por auto de 22 de julio de 2005, CARLOS ALFREDO BAQUERO TORRES, mediante por apoderado, propuso la excepción de fondo que denominó de «*falta de interés jurídico del actor que legitime la demanda impetrada*», por no estar inspirada la solicitud en motivos altruistas sino en una

retaliación política del actor, por su derrota en las elecciones del 26 de octubre de 2004.

Preciso que al inscribirse y resultar electo Concejal de Choachí no tenía la calidad de empleado público, pues según el artículo 388 de la Ley 5ª de 1992 ¹² el cargo de «Asistente V» en la (UTL) de la Representante Carlina Rodríguez Rodríguez es una forma especial de vinculación, con salario básico pero sin prestaciones sociales.

Percibió simultáneamente honorarios como «Asistente V» en la (UTL) y como Concejal de Choachí, de buena fe, sin dolo ni culpa grave al amparo de un error invencible por desconocimiento de la ilicitud de la conducta. La ley no erige esta conducta en causal de pérdida de la investidura, aun cuando pudiese ser investigado disciplinariamente.

Para no quedar incurso en causal de pérdida de la investidura, renunció al cargo de concejal luego de dictarse la sentencia C-194 de 1995 ³ en que la Corte Constitucional definió el alcance de las incompatibilidades por «desempeñar cargo en la administración pública en forma simultánea con el ejercicio como Concejal» y por «recibir más de una asignación del tesoro público».

El numeral 1º del artículo 45 de la Ley 136 de 1994 (modificado por el artículo 11 de la Ley 177 de 1994) no es aplicable, pues fue expresamente derogado por el artículo 96 de la Ley 617 de 2000.

La prohibición establecida en el artículo 291 CP no es aplicable a los miembros de corporaciones públicas que desempeñen cargos, pues el Congreso no hace parte de la administración pública.

Los artículos 384 y 385 de la Ley 5ª de 1992 determinan los servidores de la Rama Legislativa que tienen la calidad de empleados públicos. Quienes trabajan en las UTL no tienen esa calidad pues se trata de una «extensión a las funciones del congresista y no del Congreso».

¹ «Por la cual se expide el Reglamento del Congreso; el Senado y la Cámara de Representantes.» Modificado por el artículo 1º de la Ley 186 de 1995.

³ Sentencia de 4 de mayo de 1995. M.P. Dr. José Gregorio Hernández Galindo. Expedientes acumulados D-657, D-664 y D-667. Actores: Juan Rafael Diez Aranzazu, Darío Giovanni Torregroza Lara y Humberto Cardona.

Sostuvo que según la Ley 617 de 2000 la violación del régimen de inhabilidades, prevista en el artículo 55 de la Ley 136 de 1994, no es causal de pérdida de investidura de los Concejales, pues el artículo 48 que las establece, no la contempla.

1.3. PRUEBAS

1.3.1. Con la demanda se aportaron copias de los siguientes documentos:

ACTA DE SOLICITUD DE INSCRIPCIÓN Y CONSTANCIA DE ACEPTACIÓN DE LISTA DE CANDIDATOS al Concejo de Choachí para el período 1995–1997, en cuyo primer renglón figura CARLOS ALFREDO BAQUERO TORRES (Formulario E-6 ⁴ sin fecha)

Acta No. 01 de la sesión ordinaria del Concejo de Choachí del 1° de enero de 1995 ⁵ en que consta que CARLOS ALFREDO BAQUERO TORRES tomó posesión del cargo de Concejal para el período 1995–1997 y presidió la sesión.

Certificación de 10 de junio de 2005 ⁶ en que el Director de Gestión Electoral de la Registraduría General Nacional del Estado Civil hizo constar que «CARLOS ALFREDO BAQUERO TORRES resultó elegido como CONCEJAL, en el Municipio de CHOACHÍ – CUNDINAMARCA, en las elecciones realizadas el 30 de octubre de 1994».

Certificación de 17 de junio de 2005 ⁷ en que el Secretario General del Concejo hizo constar que «CARLOS ALFREDO BAQUERO TORRES se posesionó como Concejal de Choachí para el período 1995 – 1997 como consta en el Acta 01 del 1° de enero de 1995».

Certificación de 20 de junio de 2005 ⁸ en que la Secretaria de Hacienda de Choachí hizo constar el valor pagado CARLOS ALFREDO BAQUERO TORRES por «honorarios como Concejal del municipio durante 15 sesiones según Resolución No. 001 de 30 de agosto de 1995». Anexó copia del comprobante de pago No. 992 de 9 de septiembre de 1995 ⁹.

⁴ Folio 14 del cuaderno No. 1.

⁵ Folios 8 a 13 del cuaderno No. 1.

⁶ Folio 6 del cuaderno No. 1.

⁷ Folio 7 del cuaderno No. 1.

⁸ Folio 17 del cuaderno No. 1.

⁹ Folio 18 del cuaderno No. 1.

Certificación de 23 de junio de 2005 ¹⁰ en que el Jefe de la División de Personal de la Cámara de Representantes hizo constar el tiempo de servicios prestados por CARLOS ALFREDO BAQUERO TORRES.

1.3.2. Con la contestación se aportaron:

Acta Parcial de Escrutinio de Votos para Concejo ¹¹ (Formulario E-26 HOJA 1 y HOJA 2) en la cual la Registraduría Nacional del Estado Civil certificó la votación obtenida por los candidatos al Concejo de Choachí para el período 1998 – 2000.

Acta Parcial de Escrutinio de Votos para Concejo ¹² (Formulario E-26 HOJA 3) en la cual la Registraduría Nacional del Estado Civil declaró la elección de Concejales de Choachí para el período 1998 – 2000.

Acta Parcial de Escrutinio de Votos para Concejo ¹³ (Formulario E-26 HOJA 1) mediante la cual la Registraduría Nacional del Estado Civil certificó la votación obtenida por los candidatos al Concejo de Choachí para el período 2001 – 2003.

Acta Parcial de Escrutinio de Votos para Concejo ¹⁴ (Formulario E-26 HOJA 4) mediante la cual la Registraduría Nacional del Estado Civil declaró la elección de Concejales de Choachí para el período 2001 – 2003.

Acta Parcial de Escrutinios de Votos para Alcalde Municipal (Formulario E-26 AG) ¹⁵ en la elección celebrada el 26 de octubre de 2003, mediante la cual la Registraduría Nacional del Estado Civil declaró la elección de CARLOS ALFREDO BAQUERO TORRES como Alcalde de Choachí – Cundinamarca para el período 2004 – 2007.

Acta Parcial de Escrutinios de Votos para Concejo Municipal (Formulario E-26 HOJA 2A) ¹⁶ en la elección celebrada el 26 de octubre de 2003, mediante la cual la Registraduría Nacional del Estado Civil declaró la votación obtenida por el Movimiento Unionista.

¹⁰ Folio 5 del cuaderno No. 1.

¹¹ Folios 48 y 49 del cuaderno No. 1.

¹² Folio 47 del cuaderno No. 1.

¹³ Folio 50 del cuaderno No. 1.

¹⁴ Folio 51 del cuaderno No. 1.

¹⁵ Folio 45 del cuaderno No. 1.

¹⁶ Folio 46 del cuaderno No. 1.

Certificación de 3 de junio de 2005 ¹⁷ en que el Secretario General del Concejo hizo constar que «CARLOS ALFREDO BAQUERO TORRES se posesionó como Concejal de Choachí para el período 1995 – 1997 como consta en el Acta 01 del 1° de enero de 1995».

Certificación de 3 de junio de 2005 ¹⁸ en que el Secretario General del Concejo hizo constar que «CARLOS ALFREDO BAQUERO TORRES presentó renuncia irrevocable a su curul como Concejal de Choachí para el período 1995-1997», según oficio de 7 de mayo de 1995 y consta en el Acta No. 17 de 11 de mayo de 1995 que en esa fecha le fue aceptada.

Certificación de 10 de agosto de 2005 ¹⁹ en que el Secretario General del Concejo hizo constar que «CARLOS ALFONSO COTRINO GUEVARA resultó elegido y se posesionó como Concejal de Choachí por el Movimiento Unionista, para el período 1998 – 2003, como consta en el Acta 01 de 1° de enero de 1998»

Certificación de 10 de agosto de 2005 ²⁰ en que el Secretario General del Concejo hizo constar que «CARLOS ALFONSO COTRINO GUEVARA resultó elegido y se posesionó como Concejal de Choachí por el Movimiento Unionista, para el período 2001–2003, como consta en el Acta 02 de 6 de enero de 2001».

1.3.3. Por decreto del Tribunal de 9 de septiembre de 2005, se allegaron:

Oficio SG2-2140-05 de 14 de septiembre de 2005 ²¹ con el cual el Secretario General de la Cámara de Representantes acompañó copias de la Resolución MD-0528 de 1994 ²² y la Resolución MD-0629 de 1997 ²³.

Oficio de 15 de septiembre de 2005 ²⁴ con que la Presidenta del Concejo de Choachí allegó:

Copia del Acta No. 01 correspondiente a la sesión ordinaria del Concejo de Choachí del 1° de enero de 1995 ²⁵ en que consta que CARLOS ALFREDO

¹⁷ Folio 42 del cuaderno No. 1.

¹⁸ Folio 43 del cuaderno No. 1.

¹⁹ Folio 52 del cuaderno No. 1.

²⁰ Folio 53 del cuaderno No. 1.

²¹ Folio 1 del cuaderno No. 2.

²² «Por la cual se hacen unos nombramientos en la Unidad de Trabajo Legislativo de un Honorable Representante (Carlina Rodríguez Rodríguez)». Folio 5 del cuaderno No. 2.

²³ «Por la cual se causan novedades en la Unidad de Trabajo Legislativo de un Honorable Representante (Carlina Rodríguez Rodríguez)». Folios 3 y 4 del cuaderno No. 2.

²⁴ Folios 6 y 7 del cuaderno No. 2.

²⁵ Folios 8 a 13 del cuaderno No. 2.

BAQUERO TORRES presidió la sesión y se posesionó como Concejal de Choachí para el período 1995-1997.

Acta No. 17 correspondiente a la sesión ordinaria del Concejo de Choachí de 11 de mayo de 1995 ²⁶ donde consta que le fue aceptada la renuncia al Concejal CARLOS ALFREDO BAQUERO TORRES y en su lugar se posesionó ANA ARAMINTA TORRADO CLAVIJO.

Certificación de 14 de septiembre de 2005 ²⁷ en que el Presidente del Concejo hizo constar que «CARLOS ALFREDO BAQUERO TORRES se desempeñó como Concejal de Choachí desde el 1° de enero hasta el 11 de mayo de 1995, fecha en la cual fue aceptada su renuncia; esto según Actas No. 01 del 1° de enero y No. 17 de 11 de mayo de 1995».

Comunicación de 7 de mayo de 1995 ²⁸ en que CARLOS ALFREDO BAQUERO TORRES presentó ante el Presidente de la Corporación su «renuncia irrevocable» al cargo de Concejal de Choachí, y solicitó darle posesión a ANA ARAMINTA PARRADO CLAVIJO, quien ocupaba el segundo renglón de la lista por la que fue elegido.

Oficio SbSG2. 1-0855-2005 de 19 de septiembre de 2005 ²⁹ en que el Subsecretario General de la Cámara de Representantes informó que «CARLOS ALFREDO BAQUERO TORRES, hasta la fecha, no ha sido elegido Representante a la Cámara».

Oficio D.P. 4.1-0966/2005 de 19 de septiembre de 2005 ³⁰ con que el Jefe de la División de Personal de la Cámara de Representantes allegó:

Certificación de 19 de septiembre de 2005 ³¹ en la que hace constar el tiempo de servicios prestados por CARLOS ALFREDO BAQUERO TORRES a esa Corporación.

Resolución MD-0528 de 1994 ³².

²⁶ Folios 16 a 21 del cuaderno No. 2.

²⁷ Folio 14 del cuaderno No. 2.

²⁸ Folio 15 del cuaderno No. 2.

²⁹ Folio 22 del cuaderno No. 2.

³⁰ Folios 24 y 25 del cuaderno No. 2.

³¹ Folio 26 del cuaderno No. 2.

Acta de posesión No. 1932 ³³ de 3 de agosto de 1994 de CARLOS ALFREDO BAQUERO TORRES como «Asistente V» en la Unidad de Trabajo Legislativo (UTL) de la Representante Carlina Rodríguez Rodríguez.

Oficio de 20 de abril de 1995 ³⁴ por medio del cual le notificaron a CARLOS ALFREDO BAQUERO TORRES, que mediante Resolución MD-0365 de la misma fecha fue declarado insubsistente su nombramiento en el cargo «Asistente V» en la Unidad de Trabajo Legislativo (UTL) de la Representante Carlina Rodríguez Rodríguez.

Oficio de 20 de abril de 1995 ³⁵ por el cual se le comunicó a CARLOS ALFREDO BAQUERO TORRES que mediante Resolución MD-0365 de la misma fecha fue nombrado como «Asistente Grado IV» en la Unidad de Trabajo Legislativo (UTL) de la Representante Carlina Rodríguez Rodríguez.

Acta de posesión No. 0674 ³⁶ de 1° de mayo de 1995 de CARLOS ALFREDO BAQUERO TORRES como «Asistente Grado IV» en la Unidad de Trabajo Legislativo (UTL) de la Representante Carlina Rodríguez Rodríguez.

Resolución MD-0629 de 1997 ³⁷.

Oficio DC 1851OE de 21 de septiembre de 2005 ³⁸, en que los Delegados de la Registradora Nacional del Estado Civil por Cundinamarca, informaron que el «acta de inscripción del señor Carlos Alfredo Baquero Torres como candidato al Concejo de Choachí para el período 1995 – 1997» y el «acta parcial de escrutinio y declaración de la elección de Concejales del Municipio de Choachí para el período 1995 – 1997» fueron incineradas, tal como consta en el Acta 001 de 27 de julio de 2004 ³⁹ «Destrucción de material electoral».

3.2. Por decreto del Tribunal de 26 de septiembre de 2005, se allegó:

³² «Por la cual se hacen unos nombramientos en la Unidad de Trabajo Legislativo de un Honorable Representante (Carlina Rodríguez Rodríguez)». Folio 27 del cuaderno No. 2.

³³ Folio 32 del cuaderno No. 2.

³⁴ Folio 29 del cuaderno No. 2.

³⁵ Folio 28 del cuaderno No. 2.

³⁶ Folio 33 del cuaderno No. 2.

³⁷ «Por la cual se causan novedades en la Unidad de Trabajo Legislativo de un Honorable Representante (Carlina Rodríguez Rodríguez)». Folios 30 y 31 del cuaderno No. 2.

³⁸ Folio 34 del cuaderno No. 2.

³⁹ Folios 35 y 36 del cuaderno No. 2.

Certificación de 26 de septiembre de 2005 ⁴⁰, en que la Secretaria de Hacienda de Choachí hizo constar que en esa «dependencia se encontró el comprobante No. 992, por pago de honorarios de 14 sesiones que corresponden al primer período y una sesión al segundo período de la vigencia 1995, como Concejal de éste municipio al señor CARLOS ALFREDO BAQUERO TORRES, por valor de DOSCIENTOS OCHO MIL CIENTO CUARENTA PESOS M/CTE (\$208.140.00)».

Oficio No. 133-05 de 3 de octubre de 2005 ⁴¹, en que el Registrador del Estado Civil de Choachí informó que el «acta de inscripción del señor Carlos Alfredo Baquero Torres como candidato al Concejo de Choachí para el período 1995–1997» y el «acta parcial de escrutinio y declaración de la elección de Concejales del Municipio de Choachí para el período 1995 -1997» fueron incineradas.

1.4. LA AUDIENCIA

El 4 de octubre de 2005, se llevó a cabo la audiencia pública, con las siguientes intervenciones:

1.4.1. El actor sostuvo que según el artículo 388 de la Ley 5ª de 1992 que cada congresista contará con una UTL «integrada por no más de 10 empleados y/o contratistas», luego el cargo ocupado por CARLOS ALFREDO BAQUERO TORRES es catalogado como «un empleo público de libre nombramiento y remoción».

CARLOS ALFREDO BAQUERO TORRES incurrió en la inhabilidad contemplada en el numeral 3º del artículo 43 de la Ley 136 de 1994 (concordante con el artículo 11 de la Ley 177 de 1994), pues omitió renunciar al cargo de «Asistente V» en la UTL de la Representante Carlina Rodríguez Rodríguez con tres meses de anterioridad a su inscripción como candidato al Concejo de Choachí.

Asimismo debió abstenerse de posesionarse como Concejal por carecer de aptitud jurídica, pues el desempeño de un cargo público es incompatible con el ejercicio de la función de Concejal.

Aseveró que la violación al régimen de inhabilidades sigue vigente como causal de pérdida de investidura para los Concejales, como lo dijo la Sala Plena de lo

⁴⁰ Folio 37 del cuaderno No. 2.

⁴¹ Folio 116 del cuaderno No. 1.

Contencioso Administrativo en sentencia de 23 de julio de 2002 ⁴².

Adujo que existió mala fe por parte del demandado al momento de inscribirse como candidato al Concejo de Choachí para el período 1995 – 1997, pues tal como se lee en la copia del Formulario E-6 ⁴³ (sin fecha de diligenciamiento) ACTA DE SOLICITUD DE INSCRIPCIÓN Y CONSTANCIA DE ACEPTACIÓN DE LISTA DE CANDIDATOS, uno de sus inscriptores era su jefe directa, la Representante a la Cámara Carlina Rodríguez Rodríguez. En respaldo de sus argumentos citó la sentencia C-497 de 1994 ⁴⁴.

De una interpretación integral de los artículo 291 y 312 CP se infiere que ocupar el cargo de «Asistente V» en una UTL constituye una incompatibilidad que acarrea la pérdida de la investidura.

La capacidad para desarrollar la actividad legislativa y la alta formación académica que es requisito para acceder al cargo de «Asistente V» en una UTL, ostentada por CARLOS ALFREDO BAQUERO TORRES, hacen inaceptable su interpretación de que al ocupar el cargo en la Cámara de Representantes y ejercer como Concejal de Choachí no percibía dos asignaciones del tesoro público. Asimismo, el artículo 9 del Código Civil establece que «la ignorancia de las leyes no sirve de excusa», luego no medió una causal de exoneración de responsabilidad.

Cualquier ciudadano es titular de la acción de pérdida de investidura, sin necesidad de acreditar interés particular o especial.

1.4.2. El agente del Ministerio Público solicitó la pérdida de investidura del Concejal por considerarlo incurso en la causal de inhabilidad establecida en el numeral 3° del artículo 43 de la Ley 136 de 1994 concordante con el artículo 11 de la Ley 177 de 1994, pues fue empleado público vinculado a la Cámara de Representantes durante los tres meses anteriores a su inscripción y elección para concejal de Choachí.

Asimismo considera probado que el demandado incurrió en la causal de

⁴² C.P. Dr. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo. Expediente 2001-0183-01 (IJ-024). Actor Julio Vicente Díaz Mateus. Demandado Concejal del Municipio de Puente Nacional.

⁴³ Folio 14 del cuaderno No. 1.

⁴⁴ M.P. Dr. José Gregorio Hernández Galindo. Expediente D-600. Demanda de inconstitucionalidad contra el artículo 283 de la Ley 5ª de 1992, numerales 6, 7 y 8. Actor Andrés Caicedo Cruz.

incompatibilidad prevista en los artículos 128 y 291 CP concordante con el numeral 3° del artículo 45 de la Ley 136 de 1994, por haber desempeñado el cargo público de «Asistente V» en una UTL simultáneamente con el de Concejal de Choachí.

1.4.3. El concejal demandado insistió en haber obrado de buena fe ante la ausencia de normativa imperante entre agosto de 1994 y mayo de 1995, y luego de conocer los lineamientos fijados por la Corte Constitucional en sentencia C-194 de 1995, presentó renuncia voluntaria a su curul.

1.4.4. El apoderado del concejal se reafirmó en las excepciones propuestas y reiteró los argumentos de la contestación. Sostuvo que los dineros percibidos por el demandado por concepto de honorarios como concejal de Choachí sólo fueron entregados 4 meses después de su renuncia.

Adujo que no se quebrantó la prohibición del artículo 291 CP, pues el demandado, siendo «Asistente V» en una UTL fue elegido Concejal de Choachí y no al contrario como lo exige la norma.

De igual forma, al no configurarse la trasgresión al artículo 291 CP, no puede hablarse de violación al numeral 1° del artículo 55 de la Ley 136 de 1994.

Insistió en que por la entrada en vigencia de la Ley 617 de 2000, en especial de su artículo 96, por favorabilidad, principio imperante en este tipo de procesos sancionatorios especiales, y pese a que al momento de los hechos se encontraba vigente, no le es aplicable la causal de pérdida de investidura por violación al régimen de inhabilidades.

Hizo hincapié en que según los artículos 55 (inciso final) y 56 de la Ley 136 de 1994, normativa vigente al momento de los hechos, los efectos de la pérdida de investidura se circunscribían al período objeto de la demanda, o sea 1995 – 1997, y no para los períodos futuros.

De igual forma insistió en que los alcances de los artículos 128 y 291 CP como causal de pérdida de investidura sólo fueron definidos al proferirse la sentencia C-194 de 4 de mayo de 1995, luego, al no estar definidas de «manera inequívoca, expresa y clara las características básicas estructurales de una conducta o tipo que genere sanción» mal haría en imputársele una conducta así al demandado.

Ante la imposibilidad de desvirtuar la presunción de inocencia del demandado, solicitó la aplicación del principio del *in dubio pro reo*, en este caso el disciplinado, quien ante cualquier duda sobre su responsabilidad, debe ser absuelto.

En respaldo de sus argumentos citó las sentencias de 1° de diciembre de 1993⁴⁵ y de 11 de septiembre de 2003⁴⁶, de esta Corporación.

II. LA SENTENCIA APELADA

En sentencia de 15 de noviembre de 2005 el Tribunal Administrativo de Cundinamarca decretó la pérdida de la investidura de CARLOS ALFREDO BAQUERO TORRES por violación al régimen de incompatibilidades establecido en el numeral 1° del artículo 48 de la Ley 617 de 2000, por encontrar probado que el demandado aceptó un empleo público (Asistente en la UTL) y lo ejerció simultáneamente con el cargo de Concejal de Choachí, del 1° de enero al 11 de mayo de 1995.

Consideró que las denominadas excepciones de «*atipicidad de la conducta e inexistencia del hecho constitutivo de pérdida de investidura de concejal*» y «*buena fe y fuerza mayor*» eran defensas frente al mérito de la demanda, y debían ser analizadas con el «estudio central de la controversia».

Desestimó la denominada excepción de «*falta de interés jurídico del actor que legitime la demanda impetrada*», pues según el artículo 48 de la Ley 617 de 2000 está legitimado cualquier ciudadano como expresión del «derecho fundamental de participación democrática en el control del ejercicio del poder político» (artículo 40 CP). Asimismo consideró que ésta legitimación no se anula por «la existencia de un móvil subjetivo» del actor.

La acción de pérdida de investidura «no está sujeta a término alguno de caducidad, puede ser promovida en cualquier tiempo, independientemente de que el sujeto pasivo ostente o no en el momento la condición de miembro de la corporación de elección popular». En su trámite y juzgamiento deben observarse y aplicarse los principios de favorabilidad y debido proceso, y lo censurable de la

⁴⁵ C.P. Dr. Miguel Viana Patiño. Expediente 1993-NAC632. Actor Josef Namen Gorayeb. Demandado Álvaro Araujo Noguera.

⁴⁶ C.P. Dr. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo. Expediente 2003- 00503-01. Actor Alirio Perilla González. Demandado Luis de Jesús Mora Moreno.

conducta se determina según «la normativa vigente en la época de ocurrencia de los hechos».

Sostuvo que no era óbice para admitir la demanda y pronunciarse de fondo que los hechos hubieran ocurrido entre los años 1994 y 1995, y que el demandado hubiera ostentado la calidad de Concejal de Choachí en el período 1995-1997.

Como de los hechos narrados se desprendía la posibilidad de que se configurasen dos causales de pérdida de investidura, los examinó por separado, así:

– **Causal primera: violación del régimen de inhabilidades.**

Consideró que la violación al régimen de inhabilidades contemplada en el numeral 2° del artículo 55 de la Ley 136 de 1994 subsiste como causal de pérdida de investidura. Como se dijo en la sentencia de 23 de julio de 2002 ⁴⁷ de la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo.

Luego de analizar las normas invocadas por el actor, numeral 2° del artículo 55 y numeral 3° del artículo 43 de la Ley 136 de 1994, artículo 11 de la Ley 177 de 1994 y artículo 40 de la Ley 617 de 2000, concluyó que ésta última resultaba aplicable al demandado en virtud de los principios del debido proceso y de favorabilidad, imperativos en el «derecho punitivo del Estado» que en estos procesos sancionatorios o disciplinarios comprenden los artículos 40 y 41 de la Ley 153 de 1887.

Respaldó la aplicación del principio de favorabilidad en este campo del derecho disciplinario en las sentencias de 7 de marzo de 1985 ⁴⁸ de la Sala Plena de la Corte Suprema de Justicia y en el auto de 4 de marzo de 1991 ⁴⁹ de su Sala de Casación Penal, y en las sentencias T-011 de 22 de mayo de 1992 ⁵⁰, T-438 de 1° de julio de 1992 ⁵¹, C-247 de 1995 y T-544 de 28 de mayo de 2004 ⁵² de la Corte Constitucional.

⁴⁷ C.P. Dr. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo. Expediente 2001-0183-01 (IJ-024). Actor Julio Vicente Díaz Mateus. Demandado Concejal del Municipio de Puente Nacional.

⁴⁸ M.P. Dr. Manuel Gaona Cruz. Expediente 1259.

⁴⁹ M.P. Dr. Edgar Saavedra Rojas.

⁵⁰ M.P. Dr. Alejandro Martínez Caballero. Expediente T-716.

⁵¹ M.P. Dr. Eduardo Cifuentes Muñoz.

⁵² M.P. Dr. Jaime Córdoba Triviño.

Sustentó la favorabilidad del artículo 40 de la Ley 617 de 2000 y su aplicación al caso en estudio con las siguientes razones:

«[...]

1. En la norma anterior, es decir, la del numeral 3 del artículo 43 de la ley 136 de 1994 modificada por el artículo 11 de la ley 177 de 1994, constituía causal de inhabilidad para ser concejal, el hecho de ser empleado público o trabajador oficial dentro de los tres (3) meses inmediatamente anteriores a la fecha de la elección, norma por demás genérica, en cuanto que:
 - a) No distinguía el nivel (nacional, departamental o municipal) ni el sector de la administración (central o descentralizado) al que perteneciera el respectivo empleo o la vinculación laboral.
 - b) La inhabilidad se generaba tanto por la condición de empleado público como por la de trabajador oficial, en el periodo de tiempo previsto en la norma.
 - c) Para la configuración de la causal, era absolutamente indistinto que el ejercicio del empleo o de la vinculación laboral por parte del candidato, implicase o no el ejercicio de jurisdicción o autoridad en cualquiera de sus distintas expresiones, vale decir, política, civil, administrativa o militar, pues, la disposición no establecía ninguno de tales presupuestos.
 - d) Era igualmente indiferente que el empleo o vinculación laboral se ejerciera en el respectivo municipio o distrito, pues, la norma no hacía ningún tipo de distinción sobre el particular.
 - e) Tampoco estaba condicionada la configuración de la causal al hecho de que el aspirante hubiese actuado como ordenador del gasto en la ejecución de recursos de inversión, o intervenido en la celebración de contratos que debieran ejecutarse o cumplirse en el respectivo municipio o distrito.
2. Muy por el contrario, la nueva disposición que tipifica la causal de inhabilidad que se comenta, restringe y circunscribe el motivo inhabilitante a la concurrencia de los siguientes expresos y precisos presupuestos:
 - a) Ejercicio de empleo publico con jurisdicción o autoridad en cualquiera de las manifestaciones antes referidas. Se eliminó así como motivo de inhabilidad la vinculación como trabajador oficial.

El empleo debe haberse ejercido en el respectivo municipio o distrito.

- b) En otra hipótesis de configuración, la causal quedó condicionada a que el empleado público del orden nacional, departamental o municipal, haya intervenido como ordenador del gasto en la ejecución de recursos de inversión o en la celebración de contratos, que deban ejecutarse o cumplirse en el respectivo municipio, aunque, independientemente del lugar de ejercicio del empleo.

En consecuencia, el contenido y alcance de la actual disposición que consagra la causal de inhabilidad es, objetiva e indiscutiblemente, más favorable que el del otrora numeral 3 del artículo 43 de la ley 136 de 1994, por cuanto, si bien el periodo temporal inhabilitante se amplió de tres (3) a doce (12) meses respecto de la fecha de la elección, el entendimiento del conjunto de la nueva tipificación legal redujo o estrechó, ostensiblemente, las hipótesis del tipo o, lo que es lo mismo, ya no cualquier empleo público o vinculación laboral genera la inhabilidad que se comenta, sino, única y estrictamente, aquellos en los que concurren las explícitas condiciones señaladas en la norma legal que modificó dicha causal.

En tales condiciones, no obstante que, como ya se indicó en la sección 2 de estas consideraciones, el ejercicio de la acción de pérdida de investidura de concejales no está sujeta a término alguno de caducidad, que bien puede ser ejercida en contra de quienes hayan perdido o hecho dejación de la condición de concejales y, que el juzgamiento debe hacerse, en principio, con base en la normatividad vigente al momento de ocurrencia de los hechos que motivan la interposición de la acción, es especialmente determinante subrayar que, ante la evidente favorabilidad que comporta la actual prescripción normativa, no es posible aplicar al acusado la causal de inhabilidad y, consecuentemente, la sanción de pérdida de investidura consagrada en el entonces numeral 3 del artículo 43 de la ley 136 de 1994 modificado por el artículo 11 de la ley 177 de 1994.

En efecto, proceder de otra manera supondría desconocer tal preciado y universal principio de favorabilidad propio del derecho punitivo del Estado que, es parte integrante del principio y derecho fundamental mayor del debido proceso, expresamente consagrado en el artículo 29 de la Constitución Política [...]»

Concluyó que el juzgamiento del demandado, CARLOS ALFREDO BAQUERO TORRES, por el hecho de haberse inscrito en 1994 como candidato y resultar efectivamente elegido concejal de Choachí para el período 1995-1997, y haber ostentado la condición de «Asistente V» en una UTL de la Cámara de Representantes debía hacerse a la luz de la norma que al presente establece la

causal de inhabilidad relativa al desempeño de empleo público, o sea el artículo 40 de la Ley 617 de 2000.

Desestimó la causal alegada pues el empleo de «Asistente V» en una UTL no conlleva ni supone el «ejercicio de jurisdicción o autoridad política, civil, administrativa o militar en el Municipio de Choachí», conceptos que deben ser entendidos en los términos de los artículos 1º, 12 y 13 de la Ley 270 de 1996 (Estatutaria de la Administración de Justicia) o 188 a 191 de la Ley 136 de 1994.

También desestimó la inhabilidad porque el demandado no «intervino como ordenador del gasto en la ejecución de recursos de inversión o en la celebración de contratos, que debieran ejecutarse o cumplirse en Choachí».

- **Causal segunda: violación del régimen de incompatibilidades.**

El Tribunal discurrió que la violación del régimen de incompatibilidades está erigida en causal de pérdida de investidura en los términos del numeral 1º del artículo 48 de la Ley 617 de 2000.

Las causales de incompatibilidad están establecidas en el artículo 45 de la Ley 136 de 1994 y se encuentran vigentes salvo su numeral 1º. El artículo 41 de la Ley 617 de 2000 adicionó una quinta causal.

Estimó que el hecho de «aceptar un cargo público» subsiste como causal de pérdida de investidura para concejales puesto que el numeral 1º del artículo 55 de la Ley 136 de 1994 no ha sido derogado expresa, tácita ni orgánicamente.

El análisis de la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo en sentencia de 23 de julio de 2002 ⁵³ sobre el numeral 6º del artículo 48 de la Ley 617 de 2000 es perfectamente aplicable al caso en estudio, y permite concluir que el numeral 1º del artículo 55 de la Ley 136 de 1994 le es concordante y complementario.

Adicionalmente, el artículo 291 CP estableció expresamente como causal de pérdida de investidura para concejales «aceptar cargo alguno en la Administración pública».

⁵³ C.P. Dr. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo. Expediente 2001-0183-01 (IJ-024). Actor Julio Vicente Díaz Mateus. Demandado Concejal del Municipio de Puente Nacional.

Respecto de los argumentos de la defensa precisó que la Corte Constitucional, en sus sentencias C-194 y C-231 de 1995 «no hizo ninguna consideración acerca del alcance de la expresión *administración pública* de que trata el artículo 291 CP».

Concluyó que el juzgamiento del demandado por violación del régimen de incompatibilidades se haría con base en la prevista en el numeral 1° del artículo 55 de la Ley 136 de 1994, concordante con el artículo 291 CP.

El Tribunal decretó la pérdida de la investidura, por encontrar probada la aceptación de un empleo público y su ejercicio simultáneo con el cargo de Concejal de Choachí. Razonó así:

«[...]

1. Es cierto que de conformidad con lo dispuesto en el artículo 312 de la Constitución Política, los concejales no tienen la calidad de “empleados públicos”, pero, esa circunstancia no significa que no sean “servidores públicos”, por así disponerlo expresamente el artículo 123 de la Carta.
2. Sin perjuicio de lo anterior, es indiferente para la configuración de la causal de pérdida de investidura objeto de análisis, que los concejales sean o no empleados públicos, pues, según la tipificación de aquella en el ordenamiento jurídico antes citado, basta con el hecho de que el acusado haya aceptado e inclusive ejercido, simultáneamente, la condición de concejal y la de empleado público, como en efecto así acontece en el asunto materia de examen.
3. Las UTL del Congreso de la República, según la regulación del artículo 388 de la ley 5ª de 1992 modificado por el artículo 1° de la ley 186 de 1995, consisten en un grupo de personas al servicio de cada congresista para apoyar la labor de cada uno de ellos, integrada por no más de 10 que, bien pueden ser vinculados como empleados o como contratistas. Es decir, en el primer caso mediante una relación legal y reglamentaria, esto es, por acto administrativo de nombramiento seguido de la manifestación de aceptación del mismo y la diligencia de posesión, condición que le da derecho a la percibir salarios y prestaciones sociales como remuneración al trabajo personal prestado; en tanto que en el segundo, la vinculación se da a través de un contrato de prestación de servicios, evento en el que, el servidor tan solo percibe como contraprestación una suma determinada a título de honorarios.

[...]

4. Por consiguiente, es perfectamente claro que la vinculación de Carlos Alberto Baquero Torres como Asistente V y luego Asistente IV de la UTL de la Representante a la Cámara Carlina Rodríguez Rodríguez, en la forma como ya fue registrada y explicada en la sección 3 del capítulo de

“consideraciones” de esta providencia, fue en la condición de empleado público y no como contratista.

5. De otra parte, en la tipificación de la causal que se examina, el artículo 291 constitucional determina como presupuesto de la misma, el hecho de que el miembro de la corporación de elección popular acepte cargo alguno en la “administración pública”.

Si bien la norma constitucional no define el concepto de administración pública, una interpretación sistemática de éste, conduce a concluir que se trata de empleos pertenecientes o integrantes de la estructura administrativa del Estado en general, vale decir, del sector público, independientemente de la rama de poder público u órgano autónomo del Estado al que pertenezca, en particular si se tienen en cuenta las siguientes consideraciones:

- a) La disposición no hace distinción alguna y, por lo tanto, debe aplicarse el principio universal de hermenéutica jurídica, según el cual, cuando la norma no distingue al intérprete no le es dado hacer distinciones.
- b) Un principio de elemental lógica, en armonía con el principio de razonabilidad, conlleva [sic] a establecer tal interpretación.

Así, no es de recibo, por ser contraria a tales principios, la lectura que de dicha norma esgrime la defensa en este proceso, según la cual, por administración pública tan sólo debe entenderse los empleos que conforman o integran la rama ejecutiva del poder público. De aceptarse esa visión, habría que concluir, necesariamente, que no estarían cobijados en la causal que se comenta, los empleos pertenecientes a la estructura administrativa de las ramas judicial y legislativa del poder público, e igualmente los empleos de los llamados órganos autónomos e independientes de que trata el artículo 113 constitucional, como por ejemplo, los órganos de control (Procuraduría General de la Nación y Contralorías), Banco de la República y la Comisión Nacional de Televisión.

[...]

7. De otro lado, tampoco es atendible la razón aducida por la defensa, según la cual, los miembros de las UTL del Congreso de la República no son empleados de la citada corporación, sino una extensión de los congresistas para el cumplimiento de las funciones de estos. La condición de empleados que ostentan los integrantes de dichas unidades de trabajo es indiscutible, según lo anteriormente expuesto y, además, debe precisarse que la función legislativa por parte del Congreso de la República sólo es ejercida por los congresistas, lo mismo

que las funciones de constituyente derivado y de control político a éstos asignada por el constituyente primario.

[...]

8. Sin perjuicio de que lo anterior, por sí solo es suficiente para afirmar, fundadamente, la configuración de la causal de pérdida de investidura endilgada al encartado, es oportuno anotar, adicionalmente, que aún si se mirasen las cosas desde la perspectiva de la regulación contenida actualmente en la ley 489 de 1998 -norma posterior a la época en que sucedieron los hechos investigados-, se llega a la misma conclusión, por cuanto, el concepto de “administración pública” adoptado en dicha ley no corresponde, en modo alguno, al propuesto por el inculpado en este proceso, según el cual, la administración pública está referida exclusivamente a la rama ejecutiva del poder público.

[...]

- c) La simple lectura de la norma antes transcrita permite concluir, fácil e indubitablemente, que el legislador no asimiló ni mucho menos tomó como iguales o equivalentes los conceptos de rama ejecutiva del poder público y administración pública, ya que expresamente los incluyó como diferentes para efectos de fijar el campo de aplicación de la ley 489 de 1998, dado que una y otra expresión están ligadas por la conjunción copulativa “y”.

[...]

Al respecto, debe aplicarse el principio de hermenéutica jurídica denominado “*efecto útil de la interpretación*”⁵⁴, según el cual: cuando entre dos posibles sentidos de un precepto, uno de los cuales produce consecuencias jurídicas y el otro a nada conduce, debe preferirse el primero que, es precisamente lo que acontece en el presente asunto.

[...]

9. **No es válida ni aceptable la excepción propuesta en la contestación de la demanda de haber actuado de buena fe y bajo fuerza mayor, por el hecho de que el fallo de exequibilidad sobre el numeral 1 del artículo 45 de la ley 136 de 1994, esto es, la sentencia C-194 de 1995, tan sólo fue proferido el 4 de mayo de 1995, ya que dicha norma en cuanto consagraba la causal de incompatibilidad para los concejales siempre estuvo vigente y, porque, ante todo, igualmente era y es de perentoria observancia y aplicación el mandato del artículo 291 constitucional.**

Así mismo, no concurrieron en la situación objeto de análisis las características precisadas por la jurisprudencia de la Sala de Casación Civil y Agraria de la Corte Suprema de Justicia y del Consejo de Estado para la configuración de la fuerza mayor esgrimida por el extremo demandado, esto es, que el suceso o acontecimiento sea imprevisible e

⁵⁴ Corte Constitucional. Sentencia T-001 de 3 de abril de 1992, M.P. Dr. José Gregorio Hernández Galindo.

irresistible en los términos del artículo 64 del Código Civil subrogado por el artículo 1º de la ley 95 de 1890. [...]»

III. LA IMPUGNACIÓN

El apoderado del demandado apeló la decisión. Insiste en la atipicidad de la conducta, considera que la prohibición contenida en el numeral 2º del artículo 55 de la Ley 136 de 1994 no ha sido erigido en causal de pérdida de investidura puesto que fue derogada por el artículo 48 de la Ley 617 de 2000, que reguló integralmente la materia y por tanto, su transgresión no puede acarrear dicha sanción.

Enfatiza que el numeral 1º del artículo 45 de la Ley 136 de 1994, modificado por el artículo 3º de la Ley 177 de 1994, fue expresamente derogado por el artículo 96 de la Ley 617 de 2000.

Según el artículo 29 CP «nadie podrá ser juzgado sino conforme a leyes preexistentes al acto que se le imputa», por lo tanto no puede aplicársele al demandado la Ley 617 de 2000 por ser posterior a los hechos, y en cambio si lo es la Ley 200 de 1995, vigente para la época y que no contemplaba esta causal de incompatibilidad.

Al aplicar la Ley 617 de 2000 el Tribunal desconoció el principio de irretroactividad de la ley, que sólo opera en materia sancionatoria en los eventos de favorabilidad para el imputado.

El Tribunal erró equiparar las nociones de «desempeño de un cargo público» empleado en el numeral 1º del artículo 55 de la Ley 136 de 1994 con el de «cargo alguno en la administración pública» esbozada en el artículo 291 CP.

En virtud del carácter taxativo de las normas sancionatorias y de su interpretación restrictiva y favorable al disciplinado, mal hizo el Tribunal en ampliar el concepto de administración pública para incluir en el los cargos de las UTL. En respaldo de sus argumentos citó el Salvamento de Voto de la Magistrada Carmen Alicia Rengifo Sanguino ⁵⁵.

⁵⁵ Folios 188 y 189 del cuaderno No. 1.

Al hacer una interpretación *in extenso* de la expresión «cargo alguno en la administración pública» el Tribunal desconoció el mandato del artículo 4 CP y la asimiló a la noción de «servidor público», utilizada en el artículo 123 CP.

Insiste en que el Congreso de la República no es parte de la Administración Pública y, por tanto la prohibición impuesta en el artículo 291 CP no se aplica a los miembros de corporaciones públicas que accedan a cargos en las UTL.

Reafirma su argumento en que los cargos de las UTL no están contemplados en el Estatuto de Carrera Administrativa, es más, el literal d) del artículo 3° de la Ley 909 de 2004 ⁵⁶ que regula el empleo público y la carrera administrativa dispone que «la presente ley será igualmente aplicable a los empleados de las Asambleas Departamentales, de los Concejos Distritales y Municipales y de las Juntas Administradoras Locales. Se exceptúan de esta aplicación quienes ejerzan empleos en las unidades de apoyo normativo que requieran los Diputados y Concejales».

Citó el salvamento de voto del Magistrado Cerveleón Padilla Linares ⁵⁷, para señalar el yerro del Tribunal en asimilar los conceptos de «administración pública» y «función pública», y para enfatizar que «labores legislativas» en los términos de la Ley 5ª de 1992 ⁵⁸, nada tiene que ver con «funciones administrativas».

Estima que la Ley 489 de 1998 que regula aspectos relativos a la función administrativa, no es aplicable al caso, por ser posterior a los hechos.

Solicita aplicar el artículo 83 CP, que ordena presumir la buena fe, puesto que el demandado actuó con la convicción de ajustarse a la ley, y esto no se desvirtuó.

La censura debe recaer sobre la conducta, que en este caso fue pública y transparente, ha de valorarse la intención (dolo) del agente, no el resultado obtenido. No existiendo dolo, mal hizo el Tribunal en hallarlo culpable, máxime cuando estaba demostrada una causal de exclusión de responsabilidad.

⁵⁶ PODER PÚBLICO - RAMA LEGISLATIVA «Por la cual se expiden normas que regulan el empleo público, la carrera administrativa, gerencia pública y se dictan otras disposiciones».

⁵⁷ Folios 184 a 186 del cuaderno No. 1.

⁵⁸ «Por la cual se expide el Reglamento del Congreso; el Senado y la Cámara de Representantes.»

Insiste en que luego de conocer los alcances de la sentencia C-194 de 1995 ⁵⁹, el demandado decidió renunciar al cargo de concejal para no incurrir en incompatibilidad que ocasionase pérdida de investidura.

Reitera que ante la imposibilidad de desvirtuar la presunción de inocencia del demandado, debe aplicarse el principio del *in dubio pro reo* (disciplinado), y revocarse la sentencia.

Finalmente propuso un incidente de nulidad, que fue tramitado y resuelto tal como se reseña en esta sentencia.

IV. ALEGACIONES EN SEGUNDA INSTANCIA

El apoderado del demandado se limitó a debatir la causal de pérdida de investidura por violación del régimen de incompatibilidades que encontró probada el Tribunal, pues en su condición de apelante único la sentencia de segunda instancia no puede resultarle más desfavorable.

Insiste en que el Tribunal erró al considerar a los miembros de una UTL como trabajadores de la administración pública, pues la labor legislativa que desarrollan no puede ser confundirse con una función administrativa.

Invocó las sentencias de esta Sala de 13 de marzo de 1997 ⁶⁰, 13 de diciembre de 2001 ⁶¹ y 27 de febrero de 2003 ⁶².

Sostiene que el artículo 128 CP no contiene una causal de pérdida de investidura, pues aunque se pretenda su aplicación en virtud del numeral 6 del artículo 48 de la Ley 617 de 2000, la prohibición en él contemplada no tiene desarrollo en ley alguna.

Los procesos disciplinarios especiales como las acciones públicas de pérdida de investidura se rigen por los principios de taxatividad y tipicidad, de forma que si la

⁵⁹ Sentencia de 4 de mayo de 1995. M.P. Dr. José Gregorio Hernández Galindo. Expedientes acumulados D-657, D-664 y D-667. Actores: Juan Rafael Diez Aranzazu, Darío Giovanni Torregroza Lara y Humberto Cardona.

⁶⁰ C.P. Dr. Juan Alberto Polo Figueroa. Expediente: 1997-N3712. Actor: Fabio Otero Paternina. Demandado: Concejal del Municipio de Tierralta.

⁶¹ C.P. Dr. Camilo Arciniegas Andrade. Expediente 2000-6399. Actor: Tobías Alberto Osorio Sánchez. Referencia: Recurso extraordinario de revisión contra sentencia de pérdida de investidura de concejal.

⁶² C.P. Dr. Camilo Arciniegas Andrade. Expediente 2002-1147 (8196). Actor: Procuradora Treinta Judicial ante el Tribunal Administrativo de Antioquia. Demandado: Rodrigo Ramírez Agudelo.

conducta no está expresamente contemplada como causal de desinvestidura o si no concurren todos los elementos que la estructuran, mal hizo el Tribunal en decretársela al demandado, y mal haría esta Corporación si confirmara la sentencia impugnada.

Insiste en que el numeral 1° del artículo 45 de la Ley 136 de 1994, modificado por el artículo 11 de la Ley 177 de 1994, fue expresamente derogado por el artículo 96 de la Ley 617 de 2000, y por tanto no es aplicable al caso en estudio.

En esta etapa procesal el actor guardó silencio.

V. CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO

El Procurador Primero Delegado ante el Consejo de Estado solicita confirmar la sentencia apelada, pues considera que *«el asesor (de una UTL) que se vincula mediante una relación legal y reglamentaria tiene el carácter de servidor público»*, y se demostró que el demandado ejerció simultáneamente como concejal y como Asesor en una UTL, lo que obliga a decretar la pérdida de la investidura.

La expresión *«administración pública»* del artículo 291 CP comprende a todos los servidores públicos, sea que integren o no la Rama Ejecutiva del Poder Público.

El ejercicio exclusivo y excluyente del cargo de concejal tiene por finalidad garantizar los principios democráticos de transparencia e independencia que inspiran el Estado Social de Derecho. En respaldo de sus tesis citó la sentencia de la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo de 18 de julio de 2000 ⁶³.

Las pruebas testimoniales negadas por el Tribunal, con las que la defensa pretendía demostrar la buena fe e inocencia del demandado no desvirtúan los supuestos normativos del artículo 291 CP y sus normas concordantes.

Enfatiza en que la ignorancia de la ley no es excusa y el error que alega el accionado no encuentra sustento legal.

Sostiene que la censura de la conducta del demandado *«no exige un análisis de culpabilidad, a título de dolo o culpa, porque si bien la acción de pérdida de*

⁶³ C.P. Dr. Nicolás Pájaro Peñaranda. Expediente AC 10203. Actora: Ana Beatriz Moreno Morales. Demandado: Edgar Perea Arias.

investidura participa de una naturaleza disciplinaria, sancionatoria, ellas no constituyen su única finalidad y tampoco la ley la ha previsto causales excluyentes de responsabilidad».

VI. EL INCIDENTE DE NULIDAD

El Consejero Ponente, por auto de 17 de noviembre de 2006 ⁶⁴ dio traslado del incidente de nulidad propuesto por el apoderado del demandado.

Las partes guardaron silencio.

Por auto de 13 de febrero de 2007 ⁶⁵ se denegó la nulidad propuesta, por considerar que la negación de pruebas no está contemplada como causal de nulidad y porque no se demostró violación del debido proceso.

VII. CONSIDERACIONES

7.1. Competencia

Esta Sala es competente para conocer de las apelaciones de sentencias proferidas en procesos de pérdida de investidura de Concejales, de una parte, en virtud del artículo 48 parágrafo 2º de la Ley 617 de 2000, que establece la segunda instancia para tales procesos y, de otra, por decisión de la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo de enero 25 de 1995, que adscribió el conocimiento de estos recursos a la Sección Primera del Consejo de Estado.

7.2. Marco legal y constitucional de los regímenes de inhabilidades e incompatibilidades como causales de pérdida de investidura de los concejales.

Se imputa al concejal CARLOS ALFREDO BAQUERO TORRES las causales contempladas en los artículos 128 y 291 CP, concordantes con el numeral 6º del artículo 48 de la Ley 617 de 2000, y con los numerales 1º y 2º del artículo 55 de la Ley 136 de 1994 que a su vez se remiten a los numerales 2º del artículo 43 y 1º del artículo 45 de la Ley 136 de 1994 modificados por el artículo 48 de la Ley 617 de 2000.

⁶⁴ Folio 30 del cuaderno principal.

⁶⁵ Folios 33 a 36 del cuaderno principal.

Se afirma que el demandado incurrió en causales de inhabilidad e incompatibilidad sancionables con pérdida de investidura, por haber desempeñado simultáneamente con el cargo de Concejal el de «Asistente V» en la Unidad de Trabajo Legislativo (UTL) de una Representante a la Cámara, y haber percibido remuneración en uno y otro.

7.3. Cuestiones preliminares

7.3.1. Las excepciones propuestas.

a) Atipicidad de la conducta e inexistencia del hecho constitutivo de pérdida de investidura de concejal.

El demandado asevera que la conducta censurada no constituye causal de pérdida de investidura.

b) Buena fe y fuerza mayor.

Su conducta fue lícita, ajustada a las exigencias y prerrogativas sociales y jurídicas. No le es imputable responsabilidad a título de dolo o culpa grave, dado que los alcances de las incompatibilidades por «aceptación de cargos públicos simultánea con el ejercicio como concejal» y por «recibir más de una asignación del tesoro público», solo vinieron a ser definidos por la Corte Constitucional en la sentencia C-194 de 1995.

c) Falta de interés jurídico del actor que legitime la demanda impetrada. Falta de legitimación en la causa por activa.

La presente demanda carece de los motivos altruistas que la deben inspirar, pues es promovida como una retaliación política del actor, quien fue derrotado en los comicios electorales de 26 de octubre de 2003.

Al respecto la Sala considera:

Las excepciones de «*atipicidad de la conducta e inexistencia del hecho constitutivo de pérdida de investidura de concejal*» y «*buena fe y fuerza mayor*», se resolverán al decidir el fondo del asunto.

El parágrafo 2° del artículo 48 de la Ley 617 de 2000 dispone que la solicitud de pérdida de investidura podrá ser «**formulada [...] por cualquier ciudadano**»,

requisito satisfecho en el presente proceso, toda vez que la calidad de ciudadano Colombiano del actor CARLOS ALFONSO COTRINO GUEVARA, fue acreditada desde la presentación de la demanda.

No prospera la excepción de falta de legitimación por activa.

7.3.2. El cargo por violación al régimen de inhabilidades.

La Sala no se pronunciará sobre el cargo de violación del régimen de inhabilidades, pues este no sirvió de fundamento a la decisión estimatoria, ni de sustento a la inconformidad del apelante.

7.4. El cargo por violación al régimen de incompatibilidades.

El demandado sostiene que la violación del régimen de incompatibilidades no es causal de pérdida de investidura, puesto que el numeral 2° del artículo 55 de la Ley 136 de 1994 fue derogado por el artículo 48 de la Ley 617 de 2000.

Al respecto, la Sala considera que la violación del régimen de incompatibilidades ha estado prevista como causal de pérdida de investidura de forma interrumpida desde la Ley 136 de 1994 hasta la Ley 617 de 2000.

Ante todo debe definirse si está vigente la causal de incompatibilidad alegada y el precepto normativo a la luz del cual debe ser enjuiciada la conducta del demandado, pues se alega que fue derogado.

El artículo 291 de la Constitución Política de 1991 erigió en causal de pérdida de la investidura para los miembros de las corporaciones públicas de las entidades territoriales la transgresión de la prohibición de aceptar o desempeñar un cargo en la administración pública.

La violación del régimen de incompatibilidades por aceptar cargo en la Administración Pública fue establecida en la Constitución Política de 1991, y desarrollada en el numeral 1° del artículo 55 de la Ley 136 de 1994 como causal de pérdida de investidura de los concejales, y reiterada en el numeral 1° del artículo 48 de la Ley 617 de 2000.

Aceptar cargo público de manera coetánea con el de concejal, es una incompatibilidad determinante de la pérdida de la investidura, y pese a los

desarrollos de que ha sido objeto, en esencia se conserva como la prohibición original, aunque valga anotarse que con algunos matices diferentes.

En vista de que han cambiado los supuestos hipotéticos en las diferentes redacciones dados a la causal de incompatibilidad de los concejales por aceptar cargo en la Administración Pública, la Sala definirá cual de ellos resulta aplicable al caso en estudio y posteriormente analizará si se satisfacen todos los presupuestos normativos para su aplicación.

La normativa aplicable está conformada por el artículo 291 CP, el numeral 1° del artículo 45 de la Ley 136 de 1994, modificado por el artículo 3° de la Ley 177 de 1994 y derogado por el artículo 96 de la Ley 617 de 2000, y el numeral 1° del artículo 55 de la Ley 136 de 1994.

Aun cuando el artículo 96 de la Ley 617 de 2000 derogó la causal de incompatibilidad alegada, es lo cierto que el artículo 291 CP así como los numerales 1° y 2° del artículo 55 de la Ley 136 de 1994 siguen vigentes, y, por ende la conducta del Concejal CARLOS ALFREDO BAQUERO TORRES debe examinarse a la luz de su contenido.

El artículo 291 CP es un precepto directamente ejecutable que no requiere de reglamentación para tener cumplida aplicación respecto de los miembros de las corporaciones públicas de las entidades territoriales.

Será, entonces a la luz del artículo 291 CP y de los numerales 1° y 2° del artículo 55 de la Ley 136 de 1994, como se examinarán los hechos constitutivos de la causal de incompatibilidad imputada a CARLOS ALFREDO BAQUERO TORRES.

7.5. El caso concreto

Está demostrada la calidad de Concejal del Municipio de Choachí de CARLOS ALFREDO BAQUERO TORRES, para el período 1995 – 1997 ⁶⁶ ⁶⁷.

Se demostró con la Resolución MD-0528 de 20 de julio de 1994 ⁶⁸ que CARLOS ALFREDO BAQUERO TORRES fue nombrado «Asistente V» en la Unidad de Trabajo Legislativo (UTL) de la Representante Carlina Rodríguez Rodríguez, y

⁶⁶ Folios 8 a 13 del cuaderno No. 1.

⁶⁷ Folio 6 del cuaderno No. 1.

⁶⁸ «Por la cual se hacen unos nombramientos en la Unidad de Trabajo Legislativo de un Honorable Representante (Carlina Rodríguez Rodríguez)». Folio 27 del cuaderno No. 2.

tomó posesión del cargo el 3 de agosto de 1994 tal como consta en el Acta No. 1932 ⁶⁹.

Asimismo, por Resolución MD-0365 de 20 de abril de 1995 fue declarado insubsistente su nombramiento por el cargo de «Asistente V» ⁷⁰. Y posteriormente fue nombrado «Asistente Grado IV» en la misma UTL⁷¹.

CARLOS ALFREDO BAQUERO TORRES se posesionó como «Asistente Grado IV» en la UTL el 1° de mayo de 1995, según consta en el Acta No. 0674⁷². Por Resolución MD-0629 de 21 de mayo de 1997 ⁷³ le fue aceptada la renuncia.

El 7 de mayo de 1995 ⁷⁴ ⁷⁵ CARLOS ALFREDO BAQUERO TORRES presentó «renuncia irrevocable» al cargo de Concejal de Choachí

Está probado que CARLOS ALFREDO BAQUERO TORRES fue vinculado a una UTL de la Cámara de Representantes como «Asistente V» y «Asistente Grado IV» (Resoluciones MD-0528 de 1994 y MD-0365 de 1995) bajo la modalidad de **libre nombramiento y remoción**.

Los anteriores documentos acreditan que CARLOS ALFREDO BAQUERO TORRES ostentó simultáneamente con el cargo de Concejal de Choachí el de «Asistente V» y «Asistente Grado IV», vinculado bajo la modalidad de libre nombramiento y remoción por una Representante a la Cámara en su UTL, entre el 1° de enero y el 7 de mayo de 1995.

Puesto que el demandado no discute la verificación de los supuestos fácticos configurativos de la causal de incompatibilidad consistente en aceptar otro cargo público simultáneamente con el de concejal, la controversia se reduce a determinar cuál es la acepción con que la Constitución Política emplea la noción de «administración pública», pues esto determinará si los cargos de «Asistente V» y «Asistente Grado IV» en una Unidad de Trabajo Legislativo (UTL) de la Cámara de Representantes, están comprendidos en la prohibición para los miembros de las corporaciones públicas de las entidades territoriales de desempeñar

⁶⁹ Folio 32 del cuaderno No. 2.

⁷⁰ Folio 29 del cuaderno No. 2.

⁷¹ Folio 28 del cuaderno No. 2.

⁷² Folio 33 del cuaderno No. 2.

⁷³ «Por la cual se causan novedades en la Unidad de Trabajo Legislativo de un Honorable Representante (Carlina Rodríguez Rodríguez)». Folios 30 y 31 del cuaderno No. 2.

⁷⁴ Folio 16 del cuaderno No. 1.

⁷⁵ Folio 43 del cuaderno No. 1.

simultáneamente «cargo alguno en la administración pública» so pena de incurrir en causal de pérdida de la investidura conforme a los artículos 291 CP y 55 numeral 1º de la Ley 136 de 1994, respectivamente.

La causal de pérdida de la investidura instituida en el inciso primero del artículo 291 de la Constitución Política, originario de la Asamblea Constituyente de 1991⁷⁶ es del siguiente tenor literal:

«Los miembros de las corporaciones públicas de las entidades territoriales no podrán aceptar cargo alguno en la administración pública, y si lo hicieren perderán su investidura.»

El concepto de «Administración Pública» tiene dos acepciones: la orgánica y la material. Así lo sostuvo la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo en sentencia de 18 de enero de 2000⁷⁷:

«[...] **El concepto de Administración Pública se desenvuelve en un doble aspecto, subjetivo u orgánico, como organización apta para el desarrollo de la actividad administrativa del Estado, y objetivo o material, como actividad o función; y se constituye como el objeto del derecho administrativo [...]**»

La Sala de Consulta y Servicio Civil en concepto de 8 de marzo de 1996⁷⁸ precisó:

«[...] **La administración pública desde el punto de vista material u objetivo. En este sentido comprende toda la actividad o gestión ejercida por los órganos del Estado.** De consiguiente, el término

⁷⁶ La votación se llevó a cabo en la sesión del 1º de julio de 1991 y su resultado fue de 55 afirmativos; no hay constancia en el acta de votos en contra o abstenciones. La Asamblea acogió el texto propuesto por la Comisión Codificadora, con algunas modificaciones.

En la exposición de motivos de la ponencia para segundo debate no se hizo referencia expresa a la adopción de este artículo (Gaceta Constitucional No. 120 página 26 y siguientes).

La publicación oficial de la Gaceta Constitucional, evidencia que esta disposición no fue debatida en las comisiones permanentes. El consenso en torno a ésta se obtuvo en el segundo debate, con las modificaciones y división de textos que hizo la Comisión de Estilo.

LLERAS DE LA FUENTE, Carlos y TANGARIFE TORRES, Marcel. «Constitución Política de Colombia.» Origen, Evolución y Vigencia. Primera Edición. Tomo III. Pág. 1106, 1107. Editorial Biblioteca Jurídica Dike, Ediciones Rosaristas y Pontificia Universidad Javeriana. Año 1996.

⁷⁷ Expediente: AI-046. C.P. Dr. Juan Alberto Polo Figueroa. Actor: Hernán Antonio Barrero Bravo. Demandado: Artículos 96 a 104 del Decreto 1421 de 1993.

⁷⁸ Expediente: 792. C.P. Dr. Roberto Suárez Franco. Actor: Director del Departamento Administrativo de la Función Pública. Referencia: Alcance del concepto «Administración Pública». Ámbito de cobertura del Decreto 2150 de 1995.

Administración Pública involucra las funciones administrativas que ejerzan los distintos organismos del Estado.

“La concepción material u objetiva considera a la administración teniendo en cuenta la naturaleza jurídica interna de la actividad desarrollada, con total prescindencia del órgano y del agente productor del acto o de la actividad. En ese orden de ideas, de acuerdo con este criterio, puede haber actividad ‘administrativa’, stricto sensu, no solo en la que desarrolle o despliegue el Órgano Ejecutivo, que es a quien normalmente y preferentemente le están asignadas dichas funciones, sino también en la que, al margen de las suyas específicas, realicen los órganos legislativos y judicial” (Marienhoff. Tratado de Derecho Administrativo, pág. 73).

La administración **desde el punto de vista orgánico o subjetivo.**

Bajo esta prospectiva la Administración Pública está relacionada con el órgano u órganos encargados de realizar funciones administrativas.

Partiendo de la tridivisión de los poderes del Estado preconizada por Montesquieu, a cada una de las ramas del poder público le fueron asignadas determinadas funciones, de tal manera que la función legislativa debía ser ejercida exclusivamente por el poder legislativo, la función administrativa por el ejecutivo y la jurisdiccional por los jueces y magistrados.

En tal sentido, a la administración se le identificó con la Rama Ejecutiva del Poder Público, lo que motivó su denominación de administrativa. Consecuencialmente y bajo esta aplicación la función administrativa se circunscribió con exclusividad a la rama ejecutiva; a los actos de administración que desarrollaban los órganos del poder legislativo y del poder judicial se les consideraba como legislativos y judiciales.

[...]

1.2.4. En síntesis, de acuerdo con lo sostenido por algunos autores, el concepto de Administración Pública desde un punto de vista subjetivo, se definiría como aquella parte de la actividad administrativa que desarrolla el poder ejecutivo. Esta apreciación conceptual de administración, entendiéndola como función propia y exclusiva de la rama, la ejecutiva, no ha sido admitida en las últimas décadas por cuanto se ha considerado que, si bien a la administración desde un punto de vista orgánico o subjetivo le están asignadas funciones típicamente administrativas, no es menos cierto que en ocasiones tales funciones sean desempeñadas por las ramas legislativa y judicial.

[...]

“La administración resulta caracterizada con base en la naturaleza jurídica interna del acto administrativo, con total prescindencia de la índole del órgano o del agente productor del acto. Se prescinde, pues, del ‘autor’ del acto; solo se tiene en cuenta el ‘acto’ en sí mismo. Puede, entonces, haber ‘administración’ no solo en la actividad del ejecutivo, sino también en parte de la actividad del órgano legislativo o de la organización judicial” (Miguel S.

Marienhoff. Tratado de Derecho Administrativo. Tomo I Buenos Aires, págs. 40 y 41).

Se concluye que la función administrativa puede tener su origen en cualquiera de los órganos del Estado (legislativo, judicial y ejecutivo); lo que define, entonces, su naturaleza es la actividad desarrollada sin importar el órgano que la genera, porque “lo que ha de definir una institución es la ‘substancia’ de la misma, no la ‘forma’ ni el ‘autor’ de los actos respectivos: la forma y el autor solo constituyen elementos contingentes” (op. cit., pág. 78).

[...]

1.2.8. En conclusión, de acuerdo con la doctrina más aceptada en la actualidad, el ejercicio de la función administrativa no corresponde de manera privativa a una rama del poder, aunque primordialmente sea ejercida por la rama ejecutiva. El contenido del acto es el punto de referencia fundamental que permite determinar si se actúa en ejercicio de la función administrativa o no. [...]»

Una interpretación sistemática de la Constitución Política pone de manifiesto que acoge el criterio material, conforme al cual hacen parte de la «Administración Pública» todos los organismos y entidades de naturaleza pública que integran la estructura del Estado y que desempeñan funciones públicas.

En efecto:

El artículo 40 CP dispone que las autoridades garantizarán la adecuada y efectiva **participación de la mujer en los niveles decisorios de la administración pública.**

El artículo 209 ídem preceptúa que **la administración pública, en todos sus órdenes, tendrá un control interno** que se ejercerá en los términos que señale la ley.

El artículo 343 ídem dispone que la entidad nacional de planeación que señale la ley, tendrá a su cargo **el diseño y la organización de los sistemas de evaluación de gestión y resultados de la administración pública**, tanto en lo relacionado con políticas como con proyectos de inversión, en las condiciones que ella determine.

El artículo 20 Transitorio disponía que el Gobierno Nacional, durante el término de dieciocho meses (18) contados a partir de la entrada en vigencia de esta Constitución y teniendo en cuenta la evaluación y recomendaciones de una **Comisión conformada por tres expertos en Administración Pública o Derecho**

Administrativo designados por el Consejo de Estado; tres miembros designados por el Gobierno Nacional y uno en representación de la Federación Colombiana de Municipios, suprimirá, fusionará o reestructurará las entidades de la rama ejecutiva, los establecimientos públicos, las empresas industriales y comerciales y las sociedades de economía mixta del orden nacional, con el fin de ponerlas en consonancia con los mandatos de la presente reforma constitucional y, en especial, con la redistribución de competencias y recursos que ella establece.

Aun cuando el artículo 39 de la Ley 489 de 1998 sea posterior a la época de ocurrencia de los hechos, es del caso destacar que también acoge el criterio material al preceptuar que la Administración Pública está integrada por la Rama Ejecutiva del Poder Público y además, **por todos los demás organismos y entidades de naturaleza pública que de manera permanente tienen a su cargo el ejercicio de las actividades y funciones administrativas.**

«[...] **Artículo 39.** INTEGRACIÓN DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA. La Administración Pública se integra por los organismos que conforman la Rama Ejecutiva del Poder Público y por todos los demás organismos y entidades de naturaleza pública que de manera permanente tienen a su cargo el ejercicio de las actividades y funciones administrativas o la prestación de servicios públicos del Estado colombiano.

La Presidencia de la República, los ministerios y los departamentos administrativos, en lo nacional, son los organismos principales de la Administración.

Así mismo, los ministerios, los departamentos administrativos y las superintendencias constituyen el Sector Central de la Administración Pública Nacional. Los organismos y entidades adscritos o vinculados a un Ministerio o un Departamento Administrativo que gocen de personería jurídica, autonomía administrativa y patrimonio propio o capital independiente conforman el Sector Descentralizado de la Administración Pública Nacional y cumplen sus funciones en los términos que señale la ley.

Las gobernaciones, las alcaldías, las secretarías de despacho y los departamentos administrativos son los organismos principales de la Administración en el correspondiente nivel territorial. Los demás les están adscritos o vinculados, cumplen sus funciones bajo su orientación, coordinación y control en los términos que señalen la ley, las ordenanzas o los acuerdos, según el caso.

Las asambleas departamentales y los concejos distritales y municipales son corporaciones administrativas de elección popular

que cumplen las funciones que les señalan la Constitución Política y la ley. [...]»⁷⁹

Puesto que las UTL hacen parte del Congreso, también integran la Administración Pública. **Fuerza es, entonces, aplicar a quienes laboran en ellas la incompatibilidad por desempeñar simultáneamente cargos en la administración pública, que acarrea pérdida de la investidura.**

Para reafirmar la calidad de empleado público de los asesores vinculados a las UTL y la observancia que estos deben al régimen de incompatibilidades con miras a garantizar su dedicación exclusiva a las labores que le fueron encomendadas, resulta pertinente el concepto de 12 de diciembre de 1978 en que la Sala de Consulta y Servicio Civil precisó:

«[...] Referente a incompatibilidad, sobre la base de que los abogados, economistas y arquitectos a que se refiere la consulta están, como esta misma lo dice **“incorporados a la planta de personal del H. Senado (Congreso) como asesores”** la Sala considera que se trata de **“empleados públicos”**. Los empleados públicos, se repite, tienen funciones expresamente determinadas y **deben consagrarse al desempeño de los mismas durante horas normales de trabajo**. Y así la Sala opina que están inhabilitados para atender sus oficinas particulares y prestar simultáneamente sus servicios en libre ejercicio de su respectiva profesión.

El empleado público, precisamente en razón de ese carácter, debe consagrarse al servicio del Estado. Y fatalmente la atención de sus negocios particulares en su oficina profesional, trae como consecuencia el descuido de los deberes que le competen por su carácter de funcionario. La facultad de dedicarse simultáneamente a sus negocios particulares en una oficina profesional, trae como consecuencia irremediable la desmoralización del empleado, de quien el Estado y la sociedad tienen derecho a exigir total consagración al servicio público, en razón del cual se le ha fijado una asignación que al menos en principio debe considerarse justa y cabalmente compensatoria de su esfuerzo. Es bueno tener en cuenta que los funcionarios y, en general, **las personas vinculadas al servicio del Estado, no pueden hacer sino aquello para lo cual están expresamente autorizados por la ley**. Si el empleado no tiene facultad expresa para ejercer su profesión particular simultáneamente con el servicio público, debe dedicarse exclusivamente a éste.
[...]

⁷⁹ 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.

El cabal desempeño de los empleos públicos y la moral de la administración aconsejan considerar incompatibles el ejercicio simultáneo de las actividades oficiales y particulares de que se viene tratando.
[...]

Se concluye que los asesores de las UTL tienen la obligación de dedicarse exclusivamente a las labores que les fueron asignadas, incluso debiendo abstenerse de ejercer su profesión.

Si ello es así para los asesores de las UTL, no menos fuerte tienen que ser las prohibiciones para los concejales y demás miembros de las corporaciones públicas de elección popular, a quienes la sociedad les ha conferido un mandato tras identificarse con su programa ideológico.

Convalidar la interpretación que pretende prohijar que los miembros de las corporaciones públicas de las entidades territoriales puedan de manera coetánea a su condición, aceptar y/o desempeñar cargo alguno en la administración pública o cargo público, desnaturaliza la finalidad con la que fueron elegidos y los ubica en situación de superioridad para con sus conciudadanos.

Se trata de impedir la acumulación de honores en pocas manos con el objetivo de promover la participación activa de todos los ciudadanos en la vida pública estatal, bien sea como electos a una corporación pública o como designados a los empleos públicos en atención a sus calidades.

Al establecer el régimen de incompatibilidades, que acarree pérdida de investidura para los Congresistas y demás miembros de las corporaciones públicas de las entidades territoriales, los Constituyentes advirtieron:

«[...] **El objeto que la Asamblea Constituyente persigue, es el de** “asegurar que el congresista (en este caso el concejal) no utilice su poder sobre las otras ramas del poder público y sobre la comunidad en general para obtener privilegios y crear las condiciones para el mejor desempeño del cargo y para **prevenir la acumulación de honores o poderes**”. Para ello toma en cuenta la excepcional capacidad que tienen los congresistas (en este caso el concejal) de influir sobre quienes manejan los asuntos públicos, **lo cual** a su vez crea una situación desventajosa para el resto de los ciudadanos y **genera condiciones que pueden ser favorables a fenómenos de corrupción.** [...]»⁸⁰

⁸⁰ ANAC, Gaceta No. 51 Página 25.

Finalmente, habrán de desestimarse la buena fe y la fuerza mayor que alega el demandado como eximente de responsabilidad, puesto que la exigibilidad de lo proscrito por las causales de incompatibilidad, especialmente la prevista en el artículo 291 CP, no puede supeditarse a interpretación alguna, como erradamente lo pretende el actor al aseverar que los alcances de la prohibición de aceptar o desempeñar cargos públicos de forma simultánea con la condición de concejal, solo fueron definidos por la Corte Constitucional en sentencia C-194 de 1995.

La Sala confirmará la providencia apelada, pues el demandado incurrió en la causal de incompatibilidad contemplada en el artículo 291 CP, al transgredir la prohibición de desempeñar simultáneamente ambas dignidades.

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 el fallo impugnado de 15 de noviembre de 2005, proferido por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca.

Cópiese, notifíquese y, en firme esta providencia, devuélvase el expediente al Tribunal de origen. Cúmplase.

La anterior sentencia fue discutida y aprobada por la Sala en reunión celebrada el 3 de julio de 2008.

MARCO ANTONIO VELILLA MORENO
Presidente

CAMILO ARCINIEGAS ANDRADE

RAFAEL E. OSTAU DE LAFONT PIANETA

MARTHA SOFÍA SANZ TOBÓN