

PÉRDIDA DE INVESTIDURA / RÉGIMEN DE INCOMPATIBILIDADES - Concejal / INCOMPATIBILIDAD - Concepto / PÉRDIDA DE INVESTIDURA DE CONCEJAL POR VIOLACIÓN AL RÉGIMEN DE INCOMPATIBILIDADES – Celebración de contrato con una entidad pública. Artículo 127 de la Constitución Política / CONTRATO DE COMPRAVENTA – Celebrado entre concejal y un municipio para compra de plántulas de fresa / PÉRDIDA DE INVESTIDURA DE CONCEJAL POR VIOLACIÓN AL RÉGIMEN DE INCOMPATIBILIDADES - Se configura por haber celebrado en interés propio un contrato de compraventa con un municipio. Elemento objetivo / REITERACIÓN DE JURISPRUDENCIA

[L]a prohibición que constituye incompatibilidad establecida por el inciso primero del artículo 127 de la Constitución Política es una causal autónoma que prohíbe a los servidores públicos, entre ellos a los concejales municipales o distritales, en forma general, “[...] celebrar, por sí o por interpuesta persona, o en representación de otro, contrato alguno con entidades públicas o con personas privadas que manejen o administren recursos públicos, salvo las excepciones legales [...]”. [...] La Sala considera que la configuración de la prohibición general establecida por el artículo 127 de la Constitución Política y en relación con el caso sub examine implica la acreditación de los siguientes supuestos: i) Que el demandado haya sido elegido concejal municipal o distrital; ii) Que el demandado haya celebrado, por sí o por interpuesta persona, o en representación de otro, contrato alguno, mientras ostentaba la investidura de concejal; y iii) Que el contrato se haya celebrado con una entidad pública. [...] En primer orden, la Sala encuentra acreditado que el demandado fue elegido como Concejal del Municipio de Pamplona, para el periodo constitucional 2016-2019, y que tomó posesión de su investidura el 1 de enero de 2016, según consta en el Acta de Sesión Ordinaria del Concejo Municipal de Pamplona núm. 001 de 1 de enero de 2016. En segundo orden, se encuentra acreditado que el demandado, actuando en nombre propio, suscribió el 14 de diciembre de 2016 con el Municipio de Cácuta de Velasco el “CONTRATO DE COMPRAVENTA MÍNIMA CUANTÍA MC-038 DE 2016” cuyo objeto es la “[...] COMPRAVENTA DE PLANTULAS DE FRESA PROYECTO PRODUCTIVO POBLACIÓN VÍCTIMA DEL CONFLICTO DEL MUNICIPIO DE CACOTA [...]”, por valor de once millones novecientos treinta y cuatro mil pesos M/cte. (\$11’934.000,00). [...] Asimismo, se encuentra acreditado que el contrato terminó el 20 de diciembre de 2016 y se liquidó posteriormente el 29 de diciembre de esa misma anualidad. [...] Los documentos anteriores permiten a la Sala concluir que el demandado, señor Calixto Gélvez Suárez, celebró en interés propio un contrato de compraventa con el Municipio de Cácuta de Velasco –Norte de Santander-, mientras ostentaba en forma simultánea la investidura de Concejal del Municipio de Pamplona –Norte de Santander-. Asimismo, es importante resaltar que la suscripción del contrato indicado supra no se encuentra dentro de las excepciones establecidas en los artículos 46 de la Ley 136 y 10 de la Ley 80 indicados supra. En consecuencia, la Sala considera que se encuentra acreditado el segundo elemento de la incompatibilidad sub examine y, en consecuencia, que se configuró el elemento objetivo de la causal de desinvestidura por violación del régimen de incompatibilidades.

CONCEJAL POR VIOLACIÓN AL RÉGIMEN DE INCOMPATIBILIDADES – Celebración de contrato con una entidad pública. Artículo 127 de la Constitución Política / CONTRATO DE COMPRAVENTA – Celebrado entre concejal y un municipio para compra de plántulas de fresa / PÉRDIDA DE INVESTIDURA DE CONCEJAL POR VIOLACIÓN AL RÉGIMEN DE INCOMPATIBILIDADES - Se configura por haber celebrado en interés propio un contrato de compraventa con un municipio. Elemento objetivo / PÉRDIDA DE INVESTIDURA DE CONCEJAL - Valoración factor subjetivo / ESTUDIO DE

CULPABILIDAD – Dolo y culpa / CONDICIONES PERSONALES DEL DEMANDADO – Líder del sector rural, de origen campesino; dedicado al comercio, el campo y la agricultura y no es una persona versada en la aplicación y el uso de nuevas tecnologías / CAPACITACION A NUEVOS SERVIDORES PUBLICOS ELECTOS – No se había realizado a pesar de las solicitudes efectuadas por los concejales / PÉRDIDA DE INVESTIDURA DE CONCEJAL POR VIOLACIÓN AL RÉGIMEN DE INCOMPATIBILIDADES POR CELEBRACIÓN DE CONTRATO CON UNA ENTIDAD PÚBLICA – Ausencia de dolo: porque para el concejal su conducta no resultaba contraria al ordenamiento jurídico / PÉRDIDA DE INVESTIDURA DE CONCEJAL – A pesar de que incurrió en prohibición su conducta es excusable / PRINCIPIO DE FAVORABILIDAD – Aplicación / PRINCIPIO PRO HOMINE – Aplicación / PRINCIPIO IN DUBIO PRO REO - Aplicación

[L]a Sala considera que, partiendo de las condiciones personales y externas del sujeto contra el cual se presenta la solicitud de desinvestidura, se deben estudiar en cada caso concreto si la conducta fue dolosa o gravemente culposa, con el objeto de determinar si se debe o no decretar la desinvestidura del miembro de la corporación pública de elección popular. La Sala considera, en virtud de los principios desarrollados en acápites supra de esta providencia, así como de los hechos probados, en especial, los relacionados con las condiciones personales del demandado, indicadas en párrafos anteriores, y de los factores externos previamente mencionados, lo siguiente: En primer orden, que el demandado, al suscribir el contrato con el Municipio de Cácuta de Velasco, no actuó en forma dolosa en la medida en que se encuentra acreditado que suscribió el contrato amparado en la íntima convicción de no estar incurso en prohibición constitucional o legal alguna. En ese orden de ideas, en el caso sub examine no se configura el elemento subjetivo del dolo en la medida en que la conducta contraria a derecho no se realizó con conocimiento y voluntad [...] En segundo orden, para el 14 de diciembre de 2016, fecha en que se suscribió el “CONTRATO DE COMPRAVENTA MINIMA CUANTÍA MC-038 DE 2016” entre el “MUNICIPIO DE CACOTA” y el señor “CALIXTO GELVEZ SUAREZ”, ya se había proferido la sentencia de 21 de enero de 2016. En consecuencia, el demandado tenía la obligación de actuar con diligencia y, en ese sentido, indagar sobre cuál era el criterio jurisprudencial vigente de esta Corporación con el objeto de determinar si la suscripción del contrato constituía o no una incompatibilidad en los términos de la Constitución y de la ley. En tercer orden, la Sala considera que la conducta del demandado es excusable si se tienen en cuenta: por un lado, las condiciones personales del demandado; por el otro, las indagaciones realizadas con el objeto de verificar la regularidad de la situación; y, por último, las situaciones externas mencionadas supra, en especial, que, para el momento en que se suscribió el contrato estatal –incluso en periodos anteriores, según se acreditó–, el demandado no había sido capacitado, conforme lo establece el artículo 82 de la Ley 617. En ese orden de ideas, la conducta del demandado no es gravemente culposa. Asimismo, se encuentra acreditado que la falta de capacitación no es atribuible a los miembros del concejo, entre ellos el demandado, en la medida en que, conforme con los testimonios y en armonía con las certificaciones expedidas por los secretarios del Concejo Municipal de Pamplona, estas fueron proporcionadas a partir del año 2017 en virtud de las reiteradas peticiones presentadas por los miembros del concejo municipal. [...] En ese orden, la Sala resalta que la naturaleza sancionatoria de la pérdida de investidura exige la aplicación estricta de ciertas garantías procesales, entre ellas los principios in dubio pro reo y de favorabilidad, aplicables en el caso sub examine, las cuales implican que el juez está obligado a resolver la duda razonable en favor del demandado y a aplicar una normativa más favorable, como quiera que estos principios constituyen una salvaguarda en este tipo de procesos de carácter sancionatorio y aseguran, en

mejor manera, las garantías fundamentales en el juicio de desinvestidura. Además, la Sala considera que la parte demandante no cumplió con la carga de probar la configuración del elemento subjetivo, con el objeto de que se declarara la desinvestidura del demandado. La Sala considera que, partiendo del supuesto de que para el demandado su conducta no resultaba contraria al ordenamiento jurídico -es decir, no se configura el elemento cognoscitivo del dolo-, según se encontró acreditado en el caso sub examine y, además, es excusable, conforme con las consideraciones expuestas supra, lo cual implica que no fue gravemente culposa: pese a que incurrió en la prohibición prevista en el inciso primero del artículo 127 de la Constitución Política, como constitutiva de causal de desinvestidura en los términos del numeral 1.º del artículo 48 de la Ley 617, la conducta del demandado no es dolosa ni gravemente culposa y, en consecuencia, no se configura el elemento subjetivo de la pérdida de investidura.

PÉRDIDA DE INVESTIDURA DE CONCEJAL - Incompatibilidad: celebración de contrato con una entidad pública

[S]e pueden distinguir, en el orden constitucional y legal, cuatro periodos sobre la prohibición que constituye incompatibilidad para los concejales y en relación con la celebración de contratos con entidades públicas. En el primer periodo -4 de julio de 1991 a 1 de junio de 1994-, se aplicó la prohibición general establecida en el inciso primero del artículo 127 de la Constitución Política para los servidores públicos de celebrar, por sí o por interpuesta persona, contrato alguno con entidades públicas o con personas privadas que manejen o administren recursos públicos. La ley no establecía excepciones especiales a la incompatibilidad general de los servidores públicos en relación con los concejales. En el segundo periodo -2 de junio de 1994 a 27 de diciembre de 1994-, conforme con los artículos 127 de la Constitución Política; 8 y 10 de la Ley 80; y 45, numeral 1.º, 46 y 47 de la Ley 136: se establece la prohibición que configura incompatibilidad para los concejales de poder celebrar, por sí o por interpuesta persona, o en representación de otro, contrato alguno con entidades públicas o con personas privadas que manejen o administren recursos públicos. Lo anterior sin perjuicio de las excepciones generales establecidas en el artículo 10 de la Ley 80 y las especiales contenidas en el artículo 46 de la norma ejusdem. En el tercer periodo -28 de diciembre de 1994 a 5 de octubre de 2000- conforme con los artículos 127 de la Constitución Política; 8 y 10 de la Ley 80; y 45, numeral 1.º [modificado por el artículo 3 de la Ley 177], 46 y 47 de la Ley 136: se establece la prohibición que configura incompatibilidad para los concejales de contratar con “el respectivo municipio o distrito y sus entidades descentralizadas”. Lo anterior sin perjuicio de las excepciones establecidas en el artículo 46 de la norma ejusdem. En el cuarto periodo -6 de octubre de 2000 a la fecha- conforme con los artículos: i) 127 de la Constitución Política; ii) 8 y 10 de la Ley 80; iii) 45, 46 y 47 de la Ley 136; y iv) 96 de la Ley 600: se establece la prohibición general que configura incompatibilidad para los servidores públicos, entre ellos los concejales, de celebrar, por sí o por interpuesta persona, contrato alguno con entidades públicas o con personas privadas que manejen o administren recursos públicos. La ley no establecía excepciones a la incompatibilidad general de los servidores públicos en relación con los concejales.

PRINCIPIO PRO HOMINE – Alcance

[S]in desconocer que las autoridades judiciales son competentes para aplicar e interpretar las normas jurídicas, en virtud del principio de autonomía e independencia judicial, lo cierto es que esa interpretación debe propender por una hermenéutica que resulte menos restrictiva de los derechos fundamentales [lo cual implica una interpretación restrictiva de las causales de desinvestidura] porque, se

reitera, el principio pro homine impone al juez que “[...] sin excepción, entre dos o más posibles análisis de una situación, se prefiera [aquella] que resulte más garantista o que permita la aplicación de forma más amplia del derecho fundamental [...]”.

PRINCIPIO IN DUBIO PRO REO – Alcance

[L]a aplicación del principio supra en los trámites sancionatorios se exige por razón de la severidad, las implicaciones y los prolongados efectos de la sanción, derivados de la inhabilidad permanente para desempeñar cargos de elección popular que aquella trae aparejada; en ese orden, en el proceso se debe demostrar de manera rotunda, concluyente y fehaciente, que el demandado realizó la conducta típica que el ordenamiento jurídico proscribe y que sanciona con la desinvestidura y que es culpable. Cualquier duda razonable en relación con la realización de la conducta o la culpabilidad se debe interpretar en favor del demandado.

FUENTE FORMAL: CONSTITUCIÓN POLÍTICA – ARTÍCULO 127 / LEY 1881 DE 2018 / LEY 617 DE 2000 – ARTÍCULO 48 NUMERAL 1 / LEY 80 DE 1993 / LEY 136 DE 1994 – ARTÍCULO 45 / LEY 136 DE 1994 – ARTÍCULO 46 / LEY 136 DE 1994 – ARTÍCULO 47 / LEY 177 DE 1994 – ARTÍCULO 3

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCIÓN PRIMERA

Consejero ponente: HERNANDO SÁNCHEZ SÁNCHEZ

Bogotá, D.C., dieciséis (16) de abril de dos mil veinte (2020)

Radicación número: 54001-23-33-000-2019-00091-01 (PI)

Actor: CARLOS EDUARDO EUGENIO LÓPEZ

Demandado: CALIXTO GÉLVEZ SUÁREZ

Referencia: Medio de control de pérdida de investidura de concejal

Tema: La incompatibilidad general establecida en el artículo 127 de la Constitución Política, que prohíbe, entre otros, celebrar contrato con entidad pública, es aplicable a los concejales en su condición de servidores públicos, sin que se deba interpretar que excluye los demás ámbitos u órdenes territoriales de la Administración Pública, en virtud del artículo 45 de la Ley 136. La incompatibilidad establecida en el artículo 127 de la Constitución Política como causal autónoma de pérdida de investidura de concejal, los elementos para su configuración y alcance. El elemento subjetivo: la conducta dolosa o gravemente culposa.

SENTENCIA SEGUNDA INSTANCIA

La Sala decide los recursos de apelación interpuestos por el señor Calixto Gélvez Suárez¹ *–en adelante el demandado o la parte demandada–* y por el Ministerio Público contra la sentencia de 29 de abril de 2019 proferida por la Sala Plena del Tribunal Administrativo de Norte de Santander, mediante la cual se dispuso, entre otros aspectos, decretar la pérdida de investidura del demandado, en su condición de concejal del Municipio de Pamplona.

La presente providencia contiene las siguientes partes: i) Antecedentes; ii) Consideraciones de la Sala; y iii) Resuelve, las cuales se desarrollan a continuación.

I. ANTECEDENTES

La solicitud

1. El señor Carlos Eduardo Eugenio López *-en adelante el demandante o la parte demandante-* solicitó que se declare la pérdida de investidura del demandado, en su condición de concejal del Municipio de Pamplona *-Norte de Santander-*, porque, a su juicio, incurrió en la causal de desinvestidura por violación del régimen de incompatibilidades conforme con los artículos “[...] 127, numeral 1 y 183, numeral 1 de la Constitución Política [...]” y “[...] ARTÍCULO 45 NUMERAL 1 LEY 136 DE 1994 y demás normas concordantes y complementarias de estas [...]”².

Pretensión

2. La pretensión que fundamenta la demanda es la siguiente:

“[...] PRETENSIONES

Solicito al Honorable Tribunal Administrativo del Norte de Santander, que previo al agotamiento del proceso de pérdida de investidura consistente en la violación del régimen de incompatibilidades previsto para los concejales (sic), al celebrar, en su propio nombre y representación un contrato de suministro con la alcaldía municipal de Cacota fungiendo para la misma época como concejal del municipio de Pamplona. DECRETE la pérdida de investidura del concejal del Municipio de Pamplona Norte de Santander CALIXTO GELVEZ SUAREZ [...]”³.

Presupuestos fácticos

¹ Por intermedio de su apoderado especial.

² Transcripción literal tomada del escrito de la demanda, visible a folio 2 del expediente.

³ Transcripción literal tomada del escrito de la demanda, visible a folio 2 del expediente.

3. La parte demandante indicó, en síntesis, los siguientes hechos para fundamentar su pretensión:

3.1. El demandado fue elegido como concejal del Municipio de Pamplona para el periodo constitucional 2016 – 2019. La posesión en el cargo de elección popular tuvo lugar el 1 de enero de 2016.

3.2. El Municipio de Cácuta de Velasco, Departamento de Norte de Santander, publicó el 9 de diciembre de 2016 en el Portal Único de Contratación – SECOP I, bajo la modalidad de contratación de mínima cuantía, el proceso número MC-038 cuyo objeto, según se señala en el escrito de la demanda, comprende: “[...] *Compraventa de Plántulas de Fresa Proyecto Productivo Población Víctimas del conflicto del municipio de Cacota de Velazco [...]*”⁴.

3.3. El único oferente y a quien posteriormente se le adjudicó el contrato fue al demandado. El contrato fue suscrito el 14 de diciembre de 2016 por un valor de once millones novecientos treinta y cuatro mil pesos (\$11´934.000,00) y el 29 de diciembre de 2016 se suscribió la respectiva acta de liquidación.

Argumentos normativos y jurisprudenciales que fundamentan la solicitud

4. Los argumentos normativos y jurisprudenciales que fundamentan la solicitud de desinvestidura son, en síntesis, los siguientes:

4.1. Cita los artículos 127 y 183 de la Constitución Política, así como el “[...] *ARTÍCULO 45 NUMERAL 1 LEY 136 DE 1994 y demás normas concordantes y complementarias de estas [...]*”.

4.2. Manifiesta que, conforme con el inciso primero del artículo 127 y el numeral 1.º del artículo 183 de la Constitución Política, los “[...] *servidores públicos no podrán celebrar, por sí o por interpuesta persona, o en representación de otro, contrato alguno con entidades públicas o con personas privadas que manejen o administren recursos públicos, salvo las excepciones legales [...]*”; y “[...] *los congresistas perderán su investidura: [...] [p]or violación del régimen de inhabilidades e incompatibilidades, o del régimen de conflicto de intereses [...]*”.

⁴ Transcripción literal tomada del escrito de la demanda, visible a folio 1 del expediente.

4.3. Afirma que la Constitución Política establece una incompatibilidad genérica para los servidores públicos “[...] en el sentido de que por regla general no pueden celebrar contratos, por sí o por interpuesta persona, o en representación de otro, con entidades públicas o con personas privadas que manejen o administren recursos públicos [...]”. Agrega que las excepciones a esta regla deben ser taxativas y precisas.

4.4. Señala, por un lado, que los concejales tienen la condición de servidores públicos en tanto son miembros de “una corporación administrativa territorial” y, por el otro, que el artículo 123 de la Constitución Política establece que los servidores públicos son los miembros de las corporaciones públicas, los empleados y trabajadores del Estado y de sus entidades descentralizadas territorialmente y por servicios.

4.5. En consecuencia, solicita que se decrete la desinvestidura del demandado por haber incurrido en violación del régimen de incompatibilidades en la medida en que celebró, en su propio nombre y representación, un contrato de suministro con el Municipio de Cácuta de Velasco, fungiendo para la misma época como concejal del Municipio de Pamplona.

4.6. Por último, sustenta la solicitud en la sentencia C-194 de 4 de mayo de 1995 de la Corte Constitucional y en la sentencia de 21 de enero de 2016 proferida por la Sección Primera del Consejo de Estado en el proceso identificado con el número de radicación 13001233300020140033301⁵.

El trámite del proceso

5. Vista la Ley 1881 de 15 de enero de 2018⁶: el proceso de la referencia, en primera instancia, cumplió con el procedimiento establecido en la normativa aplicable y garantizó a las partes e intervinientes los derechos del debido proceso y de contradicción y de defensa.

Contestación de la demanda⁷

⁵ C.P., doctor Roberto Augusto Serrato Valdés.

⁶ “[...] POR LA CUAL SE ESTABLECE EL PROCEDIMIENTO DE PÉRDIDA DE LA INVESTIDURA DE LOS CONGRESISTAS, SE CONSAGRA LA DOBLE INSTANCIA, EL TÉRMINO DE CADUCIDAD, ENTRE OTRAS DISPOSICIONES [...]”.

⁷ Cfr. folios 32 a 43, cuaderno 2.

6. El demandado, por conducto de apoderado, contestó la demanda y solicitó que se negara la pretensión de desinvestidura con fundamento en los siguientes argumentos:

7. Planteó una **cuestión previa** relativa a la forma en que se notificó el auto admisorio de la demanda y señaló que dicha providencia se notificó a “[...] un correo electrónico, cuando debió hacerse en **forma personal** [...]”; lo cual, en su criterio, configuró una nulidad que no había sido saneada.

8. Luego de citar diversos pronunciamiento del Consejo de Estado y de la Corte Constitucional, entre ellos: i) la sentencia del 21 de enero de 2016 proferida por la Sección Primera del Consejo de Estado en el proceso identificado con el número único de radicación 13001233300020140033301; ii) la sentencia de 8 de junio de 2017 proferida por la Sección Primera del Consejo de Estado en el proceso identificado con el número único de radicación 05001233300020160190801; iii) la sentencia de 2 de agosto de 2017 proferida por la Sección Primera del Consejo de Estado en el proceso identificado con el número único de radicación 79001233300520160062001; iv) la sentencia de 19 de abril de 2018 proferida por la Sección Primera del Consejo de Estado en el proceso identificado con el número único de radicación 41001233300020170035901; v) la sentencia de 24 de mayo de 2018 proferida por la Sección Primera del Consejo de Estado en el proceso identificado con el número único de radicación 7001233300020160027401; y vi) la sentencia SU-424 de 11 de agosto de 2016 proferida por la Corte Constitucional⁸; manifestó lo siguiente:

9. Que el **elemento objetivo** no se estructura en el caso *sub examine* en la medida en que, en aplicación de los principios de favorabilidad, *pro homine* y de interpretación restrictiva, se debe propender por una hermenéutica que resulte menos restrictiva de los derechos fundamentales.

9.1. En ese orden de ideas, señala que, conforme con el artículo 45 de la Ley 136 de 2 de junio de 1994⁹, cuyo numeral 1.º se encuentra derogado, y en los términos de la jurisprudencia de la Corte Constitucional, la interpretación del artículo 127 de la Constitución Política se debe orientar a que la incompatibilidad para los concejales prohíbe la contratación con el mismo municipio en el que resultó elegido.

⁸ M.P. doctora Gloria Stella Ortiz Delgado.

⁹ “Por la cual se dictan normas tendientes a modernizar la organización y el funcionamiento de los municipios”.

9.2. Manifiesta que el demandado, al suscribir “[...] el contrato de compraventa de mínima cuantía correspondiente al proceso número MC-038 de 2016, con objeto referido a compraventa de plántulas de fresa Proyecto Población Víctimas del Conflicto del Municipio de Cácuta, no incurrió en forma objetiva en la prohibición, dado que se hizo con un municipio diferente al de Pamplona, en el cual ejerce como Concejal [...]”.

10. En relación con el **elemento subjetivo**, manifestó lo siguiente:

11. En **primer orden** y en relación con el perfil personal, familiar y educativo del demandado, señala que “[...] nació en el año 1963 en la Vereda Iscaligua del Municipio de Pamplona, distante 2 horas del casco urbano, en medio de una familia dedicada a la labranza [...]”. Asimismo, que se encuentra acreditado que “[...] su padre era “agricultor” y su señora madre se dedicaba al “hogar” [...] [y que] [e]s uno de los mayores de los 12 hijos que tuvieron [...]” sus padres.

11.1. Afirma que: i) “[...] [e]studió los grados de primaria [...] [del año 1972 a 1976], en la Escuela Rural de Iscaligua [...]”; ii) “[...] se matriculó en la Institución Educativa Colegio San José Provincial para cursar en el año 1978 el [...] grado de primero bachillerato [...]”; iii) reprobó el grado de “primero de bachillerato”; lo cual implica que el demandado tiene un grado de escolaridad de hasta “quinto de primaria”; y iv) las instituciones educativas en que cursó sus estudios padecen problemas estructurales que influyeron en sus competencias.

11.2. Concluye que las condiciones personales y educativas del demandado, así como la falta de manejo de nuevas tecnologías, genera una situación que desde el ámbito personal hace irreprochable el desconocimiento sobre las posibles posturas en torno a la incompatibilidad establecida en las normas invocadas en la demanda.

12. En **segundo orden**, señala que **la condición de concejal del demandado no lo convierte en ilustrado y que la Alcaldía Municipal de Pamplona no los capacitó.**

12.1. Al respecto, manifiesta que para ser elegido concejal, conforme con el artículo 312 de la Constitución Política: se debe ser ciudadano en ejercicio y haber nacido o ser residente en el respectivo municipio. En ese orden de ideas, agrega

que la condición de concejal no lo convierte en “[...] un experto en materia constitucional, administrativa y hermenéutica [...]”.

12.2. Por el contrario, afirma que el demandado “[...] siguió siendo el mismo campesino con quinto de primaria, que por fuerza precisamente del abandono de las zonas rurales, muchos electores quisieron estar representados en el Concejo Municipal [...]”.

12.3. A lo anterior, la parte demandada agrega que, conforme a la certificación de 2 de abril de 2019, expedida por el Secretario General del Concejo Municipal de Pamplona, se acredita que en el transcurso del año 2016 no se realizaron capacitaciones a los concejales de ese municipio, en relación con el régimen de inhabilidades e incompatibilidades.

12.4. En suma de lo anterior, señala que el demandado obró conforme al principio de la buena fe y de forma desprovista de engaño o dolo.

13. En **tercer orden**, señala que el demandado fue elegido concejal de un municipio de sexta categoría y que la remuneración en esta clase de municipios es la más baja establecida en la normativa correspondiente. En ese orden de ideas, manifiesta que “[...] los concejales deben buscar el sustento personal y familiar. Porque resultaría impensado que aún sin incurrir en conducta incompatible con su cargo, se restrinja la actividad comercial del concejal, que goza de la protección del derecho constitucional a la libre empresa o libre actividad económica [...]”.

14. En **cuarto orden**, señala que “[...] no existía una línea jurisprudencial definida y clara, y sólo había dos sentencias: una del año 2005 partidaria de la prohibición y otra del año 2010 que permitía la actuación; y que las sentencias posteriores obviamente no podían tenerse en cuenta [entre ellas, la sentencia del 19 de abril de 2018, radicado 2017-00359-01 (PI)] [...]” por cuanto no constituían precedente para ese caso en particular.

15. Por último, la parte demandada manifiesta, por un lado, que la adjudicación del contrato celebrado con el Municipio de Cácuta de Velasco no obedeció a su condición de concejal del Municipio de Pamplona y que no hubo aprovechamiento de su investidura en el marco del contrato celebrado; y, por el otro, que la suscripción y ejecución del contrato no interrumpió las funciones del concejal demandado en el Municipio de Pamplona.

Intervención del Ministerio Público

16. El Ministerio Público manifestó que el problema jurídico, en el caso *sub examine*, consistía en determinar si “[...] están dados los presupuestos para declarar la pérdida de investidura de concejal del Señor Calixto Gélvez Suárez, por desconocer la prohibición contenida en el artículo 127 de la Constitución Política, al celebrar contrato con el municipio de Cócota de Velasco [...]”.

17. Manifiesta que están acreditados los supuestos para declarar la pérdida de la investidura del demandado por incurrir en la incompatibilidad general para los servidores públicos, establecida en el artículo 127 de la Constitución Política.

18. Lo anterior con fundamento en los siguientes argumentos:

18.1. Que “[...] no hay duda respecto de la procedibilidad del medio de control de pérdida de investidura, habida consideración que obra dentro de la actuación copia del Acta de Sesión Ordinaria del Concejo Municipal de Pamplona, N° 001 del 1° de enero de 2016, en la que el Señor Alcalde de dicha entidad territorial tomó juramento a los concejales electos para el período 2016 — 2019, incluido el Señor Calixto Gélvez Suárez, de lo que se desprende que es sujeto pasivo del medio de control en cuestión [...]”.

18.2. Que el demandado “[...] participó en el procedimiento para selección de contratista N° MC-038, adelantado por el municipio Cócota de Velasco, para la compraventa de plántulas de fresa, proyecto productivo población víctimas del conflicto de dicha entidad territorial, el que fue publicado en el portal único de contratación Secop I, el día 9 de diciembre de 2016, bajo la modalidad de contratación de mínima cuantía y, consecuencia de lo anterior, al haber sido el único oferente, le fue adjudicado el contrato, procediendo el 14 de diciembre de 2016 a suscribirlo, por cuantía de \$11'934.000; el que fue liquidado el 29 de diciembre del mismo año [...]”.

18.3. Cita los artículos 123, 127 y 312, inciso segundo, de la Constitución Política para concluir que la incompatibilidad establecida en el artículo 127 *ibidem* es aplicable a los concejales en la medida en que son servidores públicos mientras ostenten tal condición.

18.4. En consecuencia, el Ministerio Público señala que se encuentra “[...] acreditado [...] que el demandado celebró por sí, contrato con entidad pública [...] ostentando la condición de concejal del municipio de Pamplona, [...] [y que, en consecuencia,] incurrió en la incompatibilidad general prevista en el artículo 127 de la Constitución Política [...] [que constituye] causal de pérdida de investidura [...] [en los términos del] numeral 1 del artículo 48 de la Ley 617 de 2000, por violación del régimen de incompatibilidades [...]”.

La etapa probatoria

19. El Tribunal, mediante providencia de 8 de abril de 2019¹⁰: i) se pronunció en relación con las pruebas solicitadas y aportadas por las partes; ii) negó el decreto y práctica de una prueba documental solicitada por la parte demandada; iii) decretó pruebas de oficio y, por último, iv) fijó fecha y hora para realizar la audiencia pública establecida en los artículos 11 y 12 de la Ley 1881 de 15 de enero de 2018¹¹.

La audiencia pública establecida en los artículos 11 y 12 de la Ley 1881¹²

20. La audiencia pública tuvo lugar el 11 de abril de 2019; en ella, presentaron intervenciones el solicitante de la pérdida de investidura, el representante del Ministerio Público y la parte demandada. Las partes y el Ministerio Público señalaron lo siguiente:

Intervención del demandante

20.1. El demandante ratifica la solicitud de la demanda consistente en “[...] que se decrete y ordene la pérdida de investidura del [...] demandado [...] por haber violado el régimen de inhabilidades establecido en la ley [...]”.

20.2. Señala que se encuentra acreditado, por un lado, que el demandado ostenta la condición de concejal del Municipio de Pamplona; y, por el otro, que este suscribió durante el periodo como concejal un “*contrato de suministro*” con el

¹⁰ Cfr. folios 105 y 106 del cuaderno 1.

¹¹ “[...] Por la cual se establece el procedimiento de pérdida de la investidura de los Congresistas, se consagra la doble instancia, el término de caducidad, entre otras disposiciones [...]”.

¹² Acta visible en folios 113 y 114 junto con el material audiovisual de la audiencia que se encuentra en folio 116, cuaderno 1.

Municipio de Cácuta de Velasco; violando con ello “[...] el régimen de inhabilidades [...]”.

20.3. Por último, manifiesta que la solicitud de desinvestidura se sustenta en la sentencia proferida el 21 de enero de 2016 por la Sección Primera del Consejo de Estado, con ponencia del Consejero de Estado, doctor Roberto Augusto Serrato Valdés.

Intervención del demandado

20.4. El demandado, por intermedio de su apoderado, manifestó que si bien el artículo 127 de la Constitución Política señala que constituye prohibición general para los servidores públicos la de contratar con entidades públicas; la norma constitucional “[...] *deja la salvedad a lo que determine la ley [...]*”. Al respecto, señala que cada uno de los numerales del artículo 45 de la Ley 136 –*con exclusión del numeral 1.º, que se encuentra derogado*– establecen prohibiciones que generan incompatibilidad pero en relación con el respectivo municipio. En ese orden de ideas, considera que en el caso *sub examine* no se configura el elemento objetivo en la medida en que el demandado celebró el contrato con un municipio diferente al municipio en que fungía como concejal.

20.5. Señala que la Corte Constitucional en las sentencias T-1285 de 7 de diciembre de 2005¹³ y SU-424 de 2016 consideró que se debe analizar la configuración no solamente del elemento objetivo de la causal de desinvestidura sino también el elemento subjetivo.

20.6. Manifiesta **en primer orden** que el demandado, de origen campesino, nació en una vereda que, en esa época, se encontraba a 6 o 7 horas del Municipio de Pamplona.

20.7. Agrega que la señora Ludy Carolina Daza Suárez, quien ostenta la condición de administradora del Centro de Acopio del Municipio de Pamplona, manifestó en su testimonio que conoce al demandado desde hace más de 10 años como una persona que se dedica a la venta de víveres y productos agrícolas a la comunidad rural y lo cataloga como una persona campesina y, según la parte demandada, “*poco instruida*” y con una facultad de “[...] *discernimiento [...]* y “[...] *de conocimiento [que no va] más allá de lo que le da el estudio que tuvo [...]*”.

¹³ M.P. doctora Clara Inés Vargas Hernández.

20.8. En relación con el testimonio de la señora Leidy Vianey Parra, señala que se destaca el arraigo campesino del demandado y pone de presente algunas situaciones que ocurrieron al interior del Concejo Municipal.

20.9. Reitera las condiciones especiales del demandado en cuanto a su nivel educativo y señala que la Corporación Autónoma Regional de la Frontera Nororiental realizó un diagnóstico durante el año 2009 sobre, entre otros aspectos, la educación rural, concluyendo, en criterio de la parte demandada, que esta se encuentra en crisis por: i) la ausencia de plantas físicas; ii) la ausencia de nómina; iii) la falta de preparación de los educadores para ofrecer una educación integral; y iv) por la “*desintegración*” entre la educación primaria y secundaria en la medida en que solamente hay escuelas primarias. Al respecto, señala que el mismo Plan de Ordenamiento Territorial del año 2015 realizó un diagnóstico sobre la dimensión social en cuanto a la educación rural y concluye que se han configurado una serie de brechas educativas de las cuales resalta, en especial, la brecha digital. En relación con este último aspecto, afirma que el demandado no tiene conocimientos en relación con las nuevas tecnologías.

20.10. En **segundo orden**, la parte demandada manifiesta que la condición de concejal no le otorga al demandado una ilustración mayor a la que posee en virtud de sus condiciones personales y agrega, por un lado, que no fue capacitado por ninguna entidad, en especial, por la Escuela Superior de Administración Pública. Por el otro, que lo anterior se encuentra probado con las certificaciones expedidas por el Secretario General del Concejo Municipal de Pamplona y por los testimonios practicados en el proceso y, por último, que las capacitaciones iniciaron a partir del año 2017; es decir, con posterioridad a la suscripción del contrato mencionado *supra*.

20.11. El apoderado del demandado se pregunta: “*¿Cómo exigirle entonces a una persona de las condiciones del señor Calixto que busque y analice la jurisprudencia vigente sobre determinada materia?; ¿Cómo pedirle que deduzca si una jurisprudencia es pacífica o no, o si es cambiante?; ¿Cómo reclamarle porque no auscultó la línea jurisprudencial sobre el régimen de incompatibilidades de los concejales?; ¿Cómo esperar que una persona de este perfil formule siquiera una consulta en forma un poco formal? [...]*”.

20.12. Señala, en **tercer orden**, que no se configura el elemento subjetivo en la medida en que el demandado actuó amparado en el principio de la confianza legítima.

20.13. Al respecto, manifiesta que el contrato se celebró en atención a la sugerencia que le hizo un exalcalde al demandado para que, en su condición de agricultor y comerciante, *“le suministre unas matas”* al Municipio de Cácuta de Velasco. Asimismo, la parte demandada explica que el demandado consultó al *“exalcalde”* si no tendría algún inconveniente por suscribir el contrato y agrega que el *“exalcalde”* le manifestó que *“[...] no [habría inconveniente] porque el régimen de inhabilidades e incompatibilidades de la 136 es para el mismo municipio y esto es para Cácuta [...]”*.

20.14. Afirma que el demandado, ante la duda, acudió ante sus compañeros concejales, entre las cuales había dos abogadas. Estas analizaron el asunto, verificaron la norma y concluyeron que no se configuraba la incompatibilidad.

20.15. Manifiesta que todo lo anterior generó una confianza en el demandado, no solo por el estatus de quien le realizó la propuesta, sino por sus dos compañeras *[una que terminaba sus estudios de derecho y la otra que tenía la condición de abogada]*.

20.16. Explica que lo anterior pone de presente que el demandado intentó salvaguardar la situación y, teniendo en cuenta la confianza generada, le pidió al exalcalde que le ayudara con todo el trámite de contratación en la medida en que se trataba de cuestiones y trámites que no manejaba. Posteriormente el *“exalcalde”* hizo la propuesta y esta fue evaluada y escogida porque, según señala, el demandado sí *“sabe de agricultura y [de] matas”*.

20.17. Señala que todos los testimonios presentan al demandado como una persona campesina, *“sin malicia”* y que actúa de buena fe. Afirma además que el demandado, si no hubiera actuado de buena fe, *“[...] de pronto busca una persona para que haga el contrato; él, considerando que no había ningún inconveniente lo hizo; le presentó la propuesta y fue y llevó las matas [...]”*.

20.18. Lo anterior, en criterio de la parte demandada, descarta la configuración del elemento subjetivo de culpabilidad porque el demandado actuó sin dolo y sin culpa

pues obtuvo el concepto informal de tres profesionales que, ante su escaso nivel académico, los tomó como confiables.

20.19. En **cuarto orden**, señala que el demandado, en su condición de concejal, no recibe salario. Ellos reciben unos honorarios por cada sesión a la que asisten y tienen un límite de sesiones al año. En ese orden de ideas, siendo el Municipio de Pamplona un municipio de categoría sexta no se alcanzaba a ganar el mínimo y agrega que, según uno de los testimonios, los concejales al día de hoy reciben cerca de dos millones de pesos cada tres meses; es decir, un promedio de 700.000 pesos mensuales. Por ello, afirma que los concejales deben ejercer su actividad para poder llevar el sustento a sus hogares y la actividad del demandado es el comercio.

20.20. En **quinto orden**, la parte demandada señala que la adjudicación del contrato y la ejecución de este no impidió al demandado seguir ejerciendo sus funciones como concejal, según se encuentra acreditado en el proceso. Asimismo, afirma que la investidura del demandado no incidió para que le asignaran el contrato.

20.21. Por último, manifiesta que el Consejo de Estado ha proferido sentencias en las cuales no decreta la pérdida de la investidura con fundamento en las condiciones subjetivas del demandado.

Intervención del Ministerio Público

20.22. El Agente del Ministerio Público delegado ante el Tribunal manifestó que se encuentra acreditada la configuración del elemento objetivo, en el caso *sub examine*, y agrega que esa fue la razón por la que, en un principio, rindió concepto en el sentido de solicitar la desinvestidura del demandado.

20.23. Sin embargo, señala que, una vez realizado el estudio de los presupuestos fácticos del caso, así como las normas y jurisprudencia sobre la materia: “[...] *debe considerarse lo concerniente al elemento subjetivo de la culpabilidad por la existencia de un error de prohibición [...]*”; lo que en su criterio cambia el análisis de la situación y por consiguiente el concepto del Ministerio Público en relación con la declaratoria o no de desinvestidura del demandado.

20.24. Manifiesta que no se configura el elemento subjetivo en el caso *sub examine* con fundamento en que se encuentra acreditado que: i) el demandante ostenta unas condiciones personales especiales en cuanto a su origen, actividad económica y formación; y ii) no se encuentra acreditado en el proceso que el demandado haya recibido capacitación sobre las “*causales de inhabilidad e incompatibilidad*” de los concejales por la Escuela Superior de Administración Pública.

20.25. Agrega que si bien el desconocimiento de la ley no sirve de excusa, se debe tener en cuenta que: i) por tratarse de un proceso de desinvestidura se deben aplicar los principios *pro homine*, *in dubio pro reo*, de legalidad, objetividad, razonabilidad, proporcionalidad y culpabilidad; y ii) la interpretación normativa en el caso *sub examine*, sobre la configuración o no de la incompatibilidad alegada, reviste un alto grado de complejidad que implica un ejercicio hermenéutico que difícilmente puede desarrollar una persona con quinto grado de educación básica.

20.26. Señala que los testimonios practicados durante el proceso permiten concluir que el demandado realizó diversas consultas a sus compañeros concejales y que en ellas se limitaron a analizar el contenido de la Ley 136, concluyendo que la incompatibilidad se limitaba a celebrar contratos con el mismo municipio.

20.27. Todo lo anterior implica, en criterio del Ministerio Público, que el demandado obró amparado en la buena fe y, en consecuencia, al no configurarse el elemento subjetivo, solicita que se niegue la solicitud de desinvestidura.

La sentencia proferida por el Tribunal, en primera instancia¹⁴

21. La Sala Plena del Tribunal Administrativo de Norte de Santander, mediante sentencia proferida el 29 de abril de 2019, declaró la desinvestidura del señor Calixto Gélvez Suárez, como concejal de Pamplona. En su parte resolutive, la sentencia dispuso lo siguiente:

“[...] RESUELVE:

PRIMERO: NEGAR la causal de nulidad alegada por el demandado, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

¹⁴ Cfr. folios 137 a 160, cuaderno 1.

SEGUNDO: DECRETESE la pérdida de investidura del concejal del municipio de Pamplona **CALIXTO GELVEZ SUÁREZ**, por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia [...].”

22. El Tribunal, como fundamento de su decisión, estudió, entre otros aspectos: i) la cuestión previa consistente en la solicitud de nulidad presentada por la parte demandada; ii) el problema jurídico; iii) la causal de desinvestidura; y iv) el caso concreto, oportunidad en la que estudió la configuración de los elementos objetivos y subjetivo de la causal de desinvestidura objeto del caso *sub examine*.

Cuestión previa:

22.1. Determinó que se debía resolver sobre la solicitud de nulidad por indebida notificación del auto admisorio de la demanda, alegada por el apoderado del demandado.

22.2. Al respecto, señaló que si bien “[...] el auto admisorio de la demanda no se notificó en legal forma al señor Calixto Gelvez Suárez [...] [en la medida en que se notificó por correo electrónico y en atención a que] *por tratarse de una persona natural [...] no está obligada a registrar dirección electrónica para notificaciones judiciales, por no estar inscrita en el registro mercantil [...]*”; la causal de nulidad “[...] es de aquellas saneables en los términos del artículo 136 del Código General del Proceso y como quiera que de acuerdo con lo expuesto por el Notificador de esta Corporación (fi. 54), en llamada telefónica realizada el día 27 de marzo de 2019 al señor Gelvez Suárez éste suministró el correo electrónico *bodegalarebaia12@gmail.com* para efectos de ser notificado de la demanda, siendo notificado el día 28 de marzo y éste presentó su contestación de manera oportuna a través de apoderado judicial el día 4 de abril del año en curso (Fl. 60), [...] se entiende que a pesar del vicio el acto procesal cumplió su finalidad y no se violó el derecho de defensa, y en consecuencia, la irregularidad se ha saneado en el caso *sub examine* [...]”.

Problema jurídico:

22.3. Señaló que el problema jurídico consistía en “[...] establecer si *¿es procedente declarar la pérdida de investidura del señor CALIXTO GELVEZ SUÁREZ, como Concejal del Municipio de Pamplona por el período constitucional 2016-2019, por encontrarse incurso en la causal de pérdida de investidura consagrada en los artículos 127 y 183-1 de la Constitución Política y numeral 1 del*

artículo 45 de la Ley 136 de 1994, al presuntamente haber violado el régimen de incompatibilidades por haber suscrito un contrato con el municipio de Cacota dentro del citado período? [...]”.

El elemento objetivo de la causal de desinvestidura:

22.4. Destacó que “[...] el numeral 1° del artículo 45 de la Ley 136 de 1994, que consagró las incompatibilidades de los concejales, fue modificado por la Ley 177 de 1994 y, posteriormente, fue derogado por el artículo 96 de la Ley 617 de 2000, razón por la que no puede edificarse, con sustento en ella, la causal de pérdida de investidura por violación del régimen de incompatibilidades [...]”.

22.5. No obstante, consideró que “[...] el artículo 127 de la Constitución Política igualmente citado en la demanda, consagra una incompatibilidad para los servidores públicos consistente en la prohibición de celebrar, por sí o por interpuesta persona, o en representación de otro, contrato alguno con entidades públicas o con personas privadas que manejen o administren recursos públicos, salvo las excepciones legales [...]”.

22.6. El Tribunal citó diversas sentencias proferidas por la Sección Primera del Consejo de Estado; entre ellas, las de 10 de marzo de 2005¹⁵, 21 de enero de 2016¹⁶, 2 de agosto de 2017¹⁷ y de 19 de abril de 2018¹⁸: para concluir que se encuentra acreditado que “[...] el señor Calixto Gelvez Suárez celebró un contrato con un ente territorial, mientras ostentaba la condición de concejal del municipio de Pamplona [...]” y, en consecuencia, “[...] incurrió en la incompatibilidad prevista en el artículo 127 de la Constitución Política [...] y, por ende, [consideró que] se tiene acreditado plenamente el elemento objetivo de incompatibilidad [...]”.

El elemento subjetivo de la causal de desinvestidura:

22.7. Señaló que, conforme con las sentencias de 2 de agosto de 2017 y, en especial, de la sentencia de 24 de mayo de 2018, proferidas por el Consejo de Estado, “[...] es una obligación general para quien pretende acceder a la función pública, la revisión de los requisitos y el marco normativo que rige el cargo al cual

¹⁵ Consejo de Estado; proceso identificado con el número único de radicación 440012331000200400056-01

¹⁶ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera; sentencia de 21 de enero de 2016; proceso identificado con el número único de radicación 130012333000201400333-01.

¹⁷ Consejo de Estado; proceso identificado con el número único de radicación 730012333005201600620-01.

¹⁸ Consejo de Estado; proceso identificado con el número único de radicación 410012333000201700359-01.

se aspira, incluso en los eventos de elección popular; sin embargo el entendimiento de dichos requisitos debe analizarse de acuerdo con las condiciones personales del sujeto, esto es el grado de formación, su profesión, las circunstancias que lo rodearon; e, igualmente, se tendrán en cuenta los actos que haya realizado para conocer dicho marco normativo, por ejemplo solicitar conceptos o asesorarse frente a la configuración o no de la referida inhabilidad, para con base en ello, determinar si se obró con el cuidado requerido y así definir si su conducta es culposa o si, por el contrario, se está ante una situación de buena fe exenta de culpa que impida el reproche subjetivo de su obrar [...]”.

22.8. Luego de realizar un breve recuento de las pruebas decretadas y practicadas en el proceso, señaló: i) “[...] *que el demandado además de desempeñarse como Concejal del Municipio de Pamplona, se dedica a labores de comercio en venta de víveres, abonos, productos alimenticios y comercio al por mayor de productos químicos básicos, cauchos y plásticos en formas primarias y productos químicos de uso agropecuario, siendo su nivel de educación quinto de primaria, hechos que no fueron desvirtuados, ni controvertidos por el demandante en la audiencia pública [...]*”; ii) “[...] *que la conducta no se cometió con dolo, toda vez que el demandado no tenía pleno conocimiento sobre si la celebración del contrato con el municipio de Cacota, constituía una incompatibilidad, conclusión a la que se arriba con los testimonios rendidos por las señoras Leidy Vianey Parra Villamizar y Gina Gisela Vargas Mantilla [...]*”.

22.9. No obstante lo anterior, consideró que si bien el demandado “[...] *no tenía pleno conocimiento sobre si al desempeñarse simultáneamente como concejal y contratista, incurriría en la causal de violación al régimen de incompatibilidades, la suscripción de dicho contrato si le generó suspicacia y no le era del todo desconocida y por lo tanto, procedió a consultarle a una colega quien para el momento de los hechos no era profesional en derecho y a la Secretaria de dicha Corporación sobre inconvenientes que pudiera llegar a tener con la celebración del contrato, lo que permite advertir que actuó con culpa, [pero] sin la diligencia debida pues no se asesoró con personas expertas en el tema, ni solicitó conceptos ante las autoridades electorales [...]*”.

22.10. Señaló que si bien el grado de formación del demandado no era muy avanzado, este comprendía que su conducta podía ser contraria a derecho y que aunque se encontraba acreditado que los concejales del Municipio de Pamplona no fueron capacitados “[...] *la prohibición de celebrar contrato alguno con*

entidades públicas de que trata el artículo 127 de la Constitución Política es de obligatoria observación, revisión y análisis previa por parte de todo ciudadano que ostente la calidad de Concejal Municipal [...]”; máxime, si se tiene en cuenta que “[...] de conformidad con el artículo 9.º del Código Civil, la ignorancia de las leyes no sirve de excusa [...].”

22.11. El Tribunal consideró que, conforme con los testimonios allegados al proceso, el demandado ya había ostentado el cargo de Concejal; es decir, que no era nuevo en el desempeño de tales funciones como servidor público, sin que además se tenga certeza que en dicha oportunidad no hubiese recibido capacitación alguna; y agrega que todo lo anterior advierte la falta de interés en averiguar de forma diligente la situación jurídica en la que podría encontrarse posteriormente.

22.12. Agrega, por un lado, que si bien es cierto el asunto relativo a las incompatibilidades por la celebración de contratos no ha sido un tema pacífico, esta Corporación profirió una sentencia clarificadora, 10 meses antes de la celebración del contrato; y, por el otro, que si bien la suscripción y ejecución del contrato no interrumpieron las funciones del demandado, dicha situación no es objeto de estudio en el medio de control de desinvestidura.

22.13. En consecuencia, al encontrar acreditada la incompatibilidad establecida en el artículo 127 de la Constitución Política y, en consecuencia, de la causal de pérdida investidura de concejal prevista en el numeral 1.º del artículo 48 de la Ley 617 de 6 de octubre de 2000¹⁹, el Tribunal dispuso decretar la pérdida de investidura del demandado.

El recurso de apelación presentado por la parte demandada²⁰

23. La parte demandada, dentro de la oportunidad procesal correspondiente, presentó recurso de apelación contra la sentencia proferida el 29 de abril de 2019, con fundamento en los argumentos que se exponen a continuación.

Sobre la solicitud de nulidad

¹⁹ “Por la cual se reforma parcialmente la Ley 136 de 1994, el Decreto Extraordinario 1222 de 1986, se adiciona la Ley Orgánica de Presupuesto, el Decreto 1421 de 1993, se dictan otras normas tendientes a fortalecer la descentralización, y se dictan normas para la racionalización del gasto público nacional”.

²⁰ Cfr. folios 166 a 200, cuaderno 1.

24. El demandado señala que en el fallo “[...] **se reconoció que el auto admisorio no se notificó en legal forma al demandado** pues [la notificación se realizó] a un correo electrónico, lo que estructura la nulidad del artículo 133-8 del CGP [...]” y que “[...] la nulidad quedó saneada porque el notificador del Tribunal el 27 de marzo de 2019 llamó telefónicamente al demandado quien le suministró el correo electrónico al cual le notificaron la demanda, y que por lo mismo a pesar del vicio el acto cumplió su finalidad y no se violó el derecho de defensa [...]”.

25. Sobre el particular, manifiesta que, conforme con la Ley 1437, la notificación del “[...] auto admisorio de la demanda - incluida la de pérdida de investidura- a una persona natural es la **personal** y no por correo electrónico [...]” y que “[...] [e]sa circunstancia no varía por la manera como se haya conseguido el correo electrónico [...]”.

26. Agrega que la nulidad se presentó con la contestación de la demanda y que, en consecuencia, no podía proseguirse con las demás etapas sin antes haberse referido a la misma y que teniendo en cuenta que la nulidad se resolvió en la sentencia proferida, en primera instancia, esta última también se afectó en la medida en que no se realizó el control de legalidad conforme a la ley, lo cual constituye, en su criterio, una vulneración al debido proceso.

Sobre la configuración del elemento objetivo

El Tribunal “mejoró la demanda”:

27. Señala que el Tribunal “mejoró la demanda” presentada en ejercicio del medio de control de pérdida de investidura en la medida en que, si bien la solicitud se fundamentó en lo dispuesto en el numeral 1.º del artículo 45 de la Ley 136, el Tribunal de forma oficiosa realizó el análisis de otra disposición, a saber el artículo 48 de la Ley 617.

28. Afirma, por un lado, que al juez le estaba vedado realizar una complementación oficiosa de las normas invocadas por la parte demandante, en aplicación del principio de justicia rogada, y que ello hace más gravosa la situación del demandado en la medida en que dicha interpretación culminó con la configuración de la causal de desinvestidura. Agrega que el demandante citó la prohibición contenida en el artículo 127 de la Constitución Política que establece

una incompatibilidad, pero no citó la norma legal que establecía que la misma podía constituir causal de desinvestidura.

La incompatibilidad legal restringe la actuación al Municipio:

29. Señala que las prohibiciones legales y constitucionales de los concejales se deben estudiar respecto del municipio en el cual ejercen el cargo de elección popular por cuanto: i) el juicio de pérdida de investidura es sancionatorio; ii) las normas se deben interpretar conforme con los principios de favorabilidad, *pro homine* y de interpretación restrictiva; iii) el artículo 127 de la Constitución Política establece unas prohibiciones orientadas a evitar que los servidores y empleados públicos utilicen su dignidad para contratar o participar en dichas actividades; y iv) las leyes 136 y 617 constituyen el desarrollo legal del mandato constitucional *supra* y todos los desarrollos normativos establecen que la conducta prohibida se debe realizar en el mismo municipio en donde se ejerce como concejal.

30. Señala que las prohibiciones legales y constitucionales respecto de los concejales se deben estudiar respecto del municipio en el cual ejercen el cargo de elección popular y que si bien el Tribunal fundamentó su decisión, entre otras, en la sentencia de 21 de enero de 2016, no reparó en que esa sentencia no unificó jurisprudencia y que el criterio contenido en esa sentencia fue revaluado en virtud de la sentencia SU-424 de 2016.

31. Por todo lo anteriormente expuesto, señala que “[...] *aplicando algunos de los principios acogidos por la jurisprudencia, de atender la “norma más favorable” y la “interpretación menos restrictiva”, al igual que la prohibición de hacer extensiones analógicas, [...] el señor CALIXTO GÉLVEZ SUÁREZ, al suscribir el contrato de compraventa de mínima cuantía, correspondiente al proceso número MC-038 de 2016, con objeto referido a la compraventa de plántulas de fresa Proyecto Población Víctimas del Conflicto del Municipio de Cácuta, no incurrió en forma objetiva en la prohibición, dado que se hizo con un municipio diferente al de Pamplona, en el cual ejerce como Concejal [...]”.*

Sobre la configuración del elemento subjetivo

32. Señala que, en el marco del elemento subjetivo para la configuración de la causal de desinvestidura, se deben analizar las condiciones personales del sujeto y los actos que haya realizado para conocer el marco normativo con el objeto de

establecer si el demandado obró o no con el cuidado requerido y así definir si su conducta es culposa o si, por el contrario, se está ante una situación de buena fe exenta de culpa que impida el reproche subjetivo de su actuar.

En relación con las condiciones personales del demandado

33. Manifiesta que el Tribunal no le dio importancia a las condiciones personales del demandado y que este constituye un hecho trascendental en la medida en que sus condiciones personales: entre ellas, el grado de formación, su profesión y las circunstancias que rodearon la conducta; deben ser valoradas de forma pausada concienzuda y pormenorizada en un proceso sancionatorio como lo es el de desinvestidura.

34. Afirma que el Tribunal aplicó al caso *sub examine* el criterio adoptado en la sentencia de 2 de agosto de 2017, proferida por el Consejo de Estado en el proceso identificado con el número de radicación “2016-00620-01”, por considerar que en ella se decidió “*un caso similar*”; no obstante, señala que en aquel proceso el demandado era un profesional, propietario de un establecimiento de publicidad, y que en el presente caso se trata de un “*campesino con quinto grado de primaria*”, lo que en su criterio es desproporcionado. Además, manifiesta que el objeto de uno y otro proceso eran diversos en la medida en que en la sentencia de 2 de agosto de 2017 se estudiaron dos contratos de publicidad, uno de los cuales consistía en “[...] *la elaboración y suministro de 500 libros sobre el Fondo de Servicios Educativos [...]*”; por el contrario, en el caso del demandado, el contrato consistía en suministrar 10.000 plántulas de fresa.

35. En suma, la parte demandada considera que la sentencia no valoró en debida forma los siguientes presupuestos fácticos: i) que el demandado es un campesino nacido en una vereda distante del Municipio de Pamplona; ii) que el demandado estudió hasta quinto de primaria en una escuela rural; iii) que el demandado reprobó primero de bachillerato en el año 1978; iv) que el demandado no conoce de asuntos administrativos; y v) que el demandado se dedica a vender productos agrícolas y víveres en un local del centro de acopio de Pamplona.

En relación con la falta de capacitación al demandado:

36. La parte demandada manifiesta que el Tribunal, en relación con la falta de capacitación al demandado, invirtió la carga de la prueba aplicando con ello una presunción de culpabilidad.

37. Señala que si bien el mandato contenido en el artículo 127 de la Constitución Política es de obligatoria observancia y que conforme con el artículo 9.º del Código Civil la ignorancia de la ley no sirve de excusa, en el asunto *sub examine*, la configuración o no de la incompatibilidad tiene algunas complejidades que implican un ejercicio hermenéutico que difícilmente puede desarrollar una persona con quinto grado de educación básica.

38. El Tribunal, al señalar, por un lado, que el demandado había sido concejal en el periodo anterior al que incurrió en el hecho y que, en consecuencia, no era nuevo en el desempeño de tales funciones como servidor público; y, por el otro, que no se tiene certeza que en esa oportunidad hubiese recibido capacitación alguna: constituye una violación de la presunción de inocencia del demandado; principio que, según señala, rige los procesos sancionatorios y se encuentra garantizado por la Constitución Política y los tratados sobre Derechos Humanos que forman parte del Bloque de Constitucionalidad.

39. En ese orden de ideas, el Tribunal desconoce: i) la prueba documental contenida en la certificación expedida por el Secretario General del Concejo Municipal de Pamplona; ii) ignora el testimonio de la concejal Leidy Vianey Parra Villamizar, quien en reiteradas oportunidades manifestó que no recibieron capacitación ni antes de posesionarse ni durante el año 2016; iii) desecha el testimonio de la abogada Ginna Gisela Vargas, quien se desempeñó como Secretaria del Concejo Municipal de Pamplona durante el periodo 2016: quien afirmó que durante ese periodo no recibieron capacitaciones.

En relación con los actos realizados para conocer el marco normativo:

40. Señala que en el caso *sub examine* se encuentra demostrado que el demandado, de acuerdo a sus condiciones personales, su nivel de escolaridad y a su capacidad cognoscitiva, despejó la duda en forma tal que satisface la exigencia contenida en la jurisprudencia en relación con haber realizado los actos a su alcance para conocer la normativa sobre la materia.

41. Sobre el particular, señala que el demandado consultó a un exalcalde del Municipio de Pamplona, a una compañera concejal y a la Secretaría del Concejo Municipal de Pamplona; personas que, en su criterio, eran idóneas para efectos de despejar la duda en torno a si podía presentar o no la propuesta y suscribir el contrato con el Municipio de Cácuta de Velasco.

42. Al respecto, la parte demandada considera que se debe tener en cuenta que: i) el Municipio de Pamplona tiene 58.000 habitantes; ii) solamente tiene una facultad de Derecho con una antigüedad menor a 10 años que no ofrece especializaciones y que, por lo tanto, no hay los “*expertos*” en la materia; iii) el contrato a suscribir era por valor de \$11.934.000,00 y que descontando impuestos, retenciones, seguridad social y el valor de las plántulas para cumplir el objeto, la ganancia era mínima; iv) pagar el concepto de un “*experto*” de una –“*ciudad capital*” le valdría más que el mismo valor del contrato; y v) luego de los conceptos recibidos, no consideró necesario solicitar el de un experto en la medida en que el demandado tenía la íntima convicción de no estar incurso en la prohibición.

Consideraciones y argumentos finales:

43. Señala que el Tribunal profirió su decisión con fundamento en la sentencia de 21 de enero de 2016 proferida por el Consejo de Estado, la cual es anterior a la SU-424 de 2016 y que no constituye sentencia de unificación ni precedente por no haberse proferido conforme al artículo 270 de la Ley 1437; por el contrario, señala que se dejaron de aplicar otras sentencias posteriores como la de 8 de junio de 2018, proferida en el proceso identificado con el número único de radicación 66001233300220150029301, en la que si bien se declaró la desinvestidura del demandado, ello ocurrió en atención a que no se allegó “*prueba alguna*” que desacreditara la configuración del elemento subjetivo. Afirma que, por el contrario, en el caso *sub examine* se aportaron diversas pruebas que desacreditan la configuración del elemento subjetivo.

44. Afirma que no se tuvo en cuenta que en el proceso se acreditó que el demandado obró de buena fe, a partir del convencimiento de que su futura actuación no lo haría incurrir en causal alguna de pérdida de investidura; y que su investidura no fue determinante para la consecución del contrato.

45. Con fundamento en los argumentos anteriores, la parte demandada solicita que se revoque la sentencia proferida por el Tribunal y, en su lugar, se nieguen las pretensiones de la solicitud de desinvestidura.

El recurso de apelación presentado por el Ministerio Público²¹

46. El Ministerio Público, dentro de la oportunidad procesal correspondiente, presentó recurso de apelación contra la sentencia proferida el 29 de abril de 2019, con fundamento en los argumentos que se exponen a continuación.

47. Señala que “[...] **no aparece acreditado el elemento subjetivo de la culpabilidad, dadas las condiciones sociales, personales y grado de instrucción del accionado, indispensable para deducir responsabilidad en esta clase de juicios, de lo que se desprende que no se encuentran satisfechas las exigencias para la declaratoria de pérdida de investidura, razón por la que respetuosamente se disiente de la decisión del Tribunal Administrativo de Norte de Santander [...]**”.

48. Sobre el particular, afirma que deben analizarse, las condiciones personales del demandado; esto es el grado de formación, su profesión y demás circunstancias que rodearon la conducta que se le reprocha y que, en ese sentido, se encuentra acreditado que el demandado: i) “[...] **nació en el año 1963 en la Vereda Iscaligua del municipio de Pamplona. Conforme al Registro Civil, su padre era “agricultor” y su señora madre se dedicaba al “hogar” [...]**”; ii) “[...] **culminó sus estudios de educación básica, pues de acuerdo con certificación de la Institución Educativa Colegio San José Provincial, Calixto Gélvez Suárez reprobó el grado de primero de bachillerato [...]**”; iii) “[...] **se ha dedicado a ejercer el comercio minoritario y [...] lleva dos períodos, incluido el cursante como concejal del municipio de Pamplona [...]**”; y iv) que no fue capacitado en relación con el régimen de inhabilidades e incompatibilidades de los concejales.

49. Manifiesta que si bien la ignorancia de la ley no sirve de excusa, debe tenerse en cuenta que el demandado no tenía los conocimientos suficientes ni los medios adecuados para conocer y determinar que la suscripción de un contrato con municipio distinto en el que fungía como concejal, lo haría incurrir en una incompatibilidad; máxime cuando es claro que para el momento en que se llevó a cabo la suscripción del contrato la jurisprudencia desarrollada en torno a los alcances del artículo 127 de la Constitución Política no era pacífica, tal como lo

²¹ Cfr. Folios 203 a 207, cuaderno 1

pusieron en evidencia en su salvamento de voto algunos de los magistrados del Tribunal *aquo*.

50. Afirma que “[...] el demandado si busco, dentro del marco de sus posibilidades -municipio de Pamplona-, conceptos que lo ilustraran sobre el particular, específicamente de una abogada, la señora Gina Gisela Vargas, quien así lo reconoció en testimonio, la que además para la fecha fungía como Secretaria del Concejo Municipal de Pamplona, lo que como lo afirma la Magistrada y Magistrado disidentes, resultaba una consulta idónea, dado el cargo por ella desempeñado y su grado de escolaridad [...]”.

51. Agrega que “[...] [p]retender que la única consulta válida sería la de un experto en temas electorales, sería imponer una carga desproporcionada, máxime si se tiene en cuenta el contexto territorial donde se desarrollaron los hechos - Pamplona-, como el costo que podría tener dicha consulta, en relación con el valor del contrato [...]” y advierte “[...] que de 2006 a enero de 2016, año en que se llevó la contratación que se reprocha al demandado, el Consejo de Estado consideró que la prohibición de contratar contenida en el artículo 127 de la Constitución Política no era aplicable a los concejales, si el contrato era perfeccionado en municipio diferente a aquel en el cual el concejal fue electo y que fue por cuestiones hermenéuticas que dicha Corporación Judicial modificó su postura que había sido pacífica, precisamente meses antes de la celebración del contrato, situación que puede reconocerse escapaba del manejo del accionado quien de buena fe se apoyó en una profesional del derecho que le brindó orientaciones sobre la materia [...]”.

52. Por lo anteriormente expuesto, considera que dentro de la actuación no aparece acreditado el elemento subjetivo de la culpabilidad y, en consecuencia, solicita que se revoque la sentencia proferida por el Tribunal, en primera instancia.

Trámite del proceso, en segunda instancia

53. El Despacho sustanciador, en segunda instancia, mediante providencia proferida el 4 de julio de 2019²², admitió el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada y por el Ministerio Público contra la sentencia proferida por la Sala Plena del Tribunal Administrativo de Norte de Santander el 29 de abril de

²² Cfr. folios 123 y 124, cuaderno 1.

2019 y se ordenó a la Secretaría de la Sección que surtiera el traslado de los recursos de apelación.

54. El Ministerio Público, delegado ante el Consejo de Estado, dentro de la oportunidad legal correspondiente, mediante escrito remitido por correo electrónico a la Secretaría de esta Sección, el 9 de julio de 2019, indicó que se pronunciaba frente al traslado del auto admisorio, manifestando que este no debe entenderse para alegar de conclusión ni para conceptuar y, por lo tanto, solicitaba que el Despacho se pronunciara al respecto.

55. El Despacho sustanciador, en segunda instancia, mediante providencia de 30 de julio de 2019, adecuó la solicitud presentada por el Ministerio Público al trámite del recurso de reposición y, en consecuencia, ordenó a la Secretaría de la Sección Primera que surtiera el traslado del recurso.

56. El Despacho sustanciador, mediante providencia de 15 de octubre de 2019, dispuso “[...] **NO REPONER** la providencia proferida el 4 de julio de 2019, por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia [...]” y “[...] **ORDENAR** a la Secretaría de la Sección que cumpla la orden impartida en los ordinales segundo y tercero de la parte resolutive de la providencia proferida el 4 de julio de 2019 [...]”, relativos a que se surtiera “[...] el traslado de los recursos de apelación interpuestos por la parte demandada y por el Ministerio Público, por tres (3) días hábiles [...]”. La Secretaría de la Sección procedió al cumplimiento de la orden.

57. Por último, mediante providencia de 15 de noviembre de 2019, se resolvió la solicitud de expedición de copias presentada por la parte demandada, mediante memorial radicado por correo electrónico el 30 de octubre de 2019.

Alegaciones, en segunda instancia

58. Notificado y ejecutoriado el auto admisorio de los recursos de apelación y surtido el traslado de los mismos, el representante del Ministerio Público, en segunda instancia, rindió concepto en el sentido de solicitar que se revoque la sentencia proferida, en primera instancia. Las partes demandante y demandada guardaron silencio.

El concepto del Ministerio Público, en segunda instancia

59. El Ministerio Público, mediante memorial radicado el 23 de octubre de 2019, solicitó que se niegue la solicitud de nulidad presentada por el apoderado de la parte demandada; que se estudie el extremo territorial de la incompatibilidad establecida en el artículo 127 de la Constitución Política, conforme con la sentencia C-194 de 1995 y, por último, que se revoque la sentencia de 29 de abril de 2019 proferida por el Tribunal Administrativo de Norte de Santander que declaró la desinvestidura del demandado.

60. Señaló, en relación con la causal de nulidad, que si bien la notificación no se realizó en legal forma, no hay evidencia sobre la violación del debido proceso del demandado en la medida en que pudo contestar la demanda a través de apoderado judicial.

61. Afirma que para el momento en que el demandado celebró el contrato con el Municipio de Cácuta de Velasco no existía en la Sección Primera del Consejo de Estado una línea clara acerca de la configuración de la incompatibilidad establecida en el artículo 127 de la Constitución Política.

62. Explica que la incompatibilidad general para contratar se encuentra vigente, no solamente por la norma constitucional que así lo establece sino porque se encuentra expresamente señalada en los numerales 2 y 4 del artículo 45 de la Ley 136, en donde el extremo territorial es claro: solamente aplica en el Municipio en donde se ejerce.

63. Por último, manifiesta que las personas que asesoraron al demandado, así como “[...] muchos otros de la comunidad académica, pudieron incurrir en la interpretación que hicieron de la causal de incompatibilidad [...]”, la cual comparte el Ministerio Público. En ese orden de ideas, considera que no se configura el elemento subjetivo.

II. CONSIDERACIONES DE LA SALA

64. Para efectos metodológicos de la decisión, la Sala procederá al estudio de: i) Competencia de la Sala; ii) cuestión previa; iii) problemas jurídicos; iv) marco normativo y los desarrollos jurisprudenciales de la pérdida de investidura; v) principio *pro homine*; vi) principio *in dubio pro reo*; vii) principio de favorabilidad; viii) marco normativo y los desarrollos jurisprudenciales de la causal de pérdida de investidura por violación del régimen de incompatibilidades; ix) marco normativo y

desarrollos jurisprudenciales sobre la prohibición que constituye incompatibilidad establecida en el inciso primero del artículo 127 de la Constitución Política: la prohibición para los concejales de celebrar contrato con entidad pública; x) calificación habilitante; y xi) análisis del caso concreto, oportunidad en la cual se estudiarán los elementos para la configuración de la incompatibilidad indicada *supra*.

Competencia de la Sala

65. Vistos: i) el parágrafo 2.º del artículo 48 de la Ley 617, sobre pérdida de investidura de diputados, concejales municipales y distritales y de miembros de juntas administradoras locales; ii) el artículo 13 del Acuerdo 80 expedido el 12 de marzo de 2019²³, sobre la distribución de los procesos entre las secciones del Consejo de Estado; y iii) el artículo 150 de la Ley 1437 de 18 de enero de 2011²⁴, sobre competencia del Consejo de Estado, en segunda instancia; la Sección Primera de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado es competente para conocer del presente asunto.

66. Agotados los trámites inherentes a la solicitud de pérdida de investidura de que trata este asunto y sin que se observe causal de nulidad que pueda invalidar lo actuado, se procede a decidir el caso *sub lite*.

Cuestión previa

67. El demandado manifestó en el recurso de apelación que, conforme con la Ley 1437, la notificación del “[...] *auto admisorio de la demanda - incluida la de pérdida de investidura- a una persona natural [...] [se debe hacer en forma] personal y no por correo electrónico [...]*” y que “[...] *[e]sa circunstancia no varía por la manera como se haya conseguido el correo electrónico [...]*”. Al respecto, señala que la solicitud de nulidad por indebida notificación se presentó con la contestación de la demanda y que, en consecuencia, no podía proseguirse con las demás etapas sin antes haberse emitido un pronunciamiento en relación con la misma y que, teniendo en cuenta que la nulidad se resolvió en la sentencia proferida, en primera instancia, esta última también se afectó en la medida en que no se realizó el control de legalidad conforme a la ley, lo cual constituye, en su criterio, una vulneración al debido proceso.

²³ Por el cual se expide el Reglamento Interno del Consejo de Estado

²⁴ Por la cual se expide el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo

68. La Sala considera que el argumento planteado por la parte demandada en el recurso de apelación interpuesto contra la sentencia proferida, en primera instancia, por el Tribunal, no tiene vocación de prosperidad en la medida en que la notificación del auto admisorio de la demanda al señor Calixto Gélvez Suárez se realizó en legal forma.

69. En efecto, vistos los artículos 9 y 21 de la Ley 1881, sobre admisión de la solicitud de desinvestidura, la notificación personal del auto admisorio al demandado, la facultad de este para “[...] *actuar en el proceso sin necesidad de apoderado judicial* [...]” y la aplicación de las normas del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo; y, en forma subsidiaria, del Código General del Proceso, en lo que sea compatible con la naturaleza de los procesos y actuaciones que correspondan a esta Jurisdicción, en los aspectos no regulados por la Ley 1881.

70. Asimismo, visto el artículo 205 de la Ley 1437, sobre notificación por medios electrónicos y considerando que, conforme con esa normativa, “[...] *[a]demás de los casos contemplados en los artículos anteriores, se podrán notificar las providencias a través de medios electrónicos, a quien haya aceptado expresamente este medio de notificación* [...]” (Destacado fuera de texto).

71. Atendiendo a que, en el caso *sub examine*, se encuentra acreditado, según constancia secretarial visible a folio 54 del expediente, que el notificador de la Secretaría General del Tribunal Administrativo de Norte de Santander se comunicó al número telefónico del demandado, señor Calixto Gélvez Suárez, y que este le proporcionó el correo electrónico bodegalarebaja12@gmail.com²⁵ con el fin de notificarle la providencia de 20 de marzo de 2019 –es decir, el auto admisorio de la demanda- y sus anexos, lo cual, en criterio de la Sala, constituye aceptación expresa de este medio de notificación; y atendiendo a que esa providencia se notificó a ese correo electrónico: esta Sala considera que la notificación del auto admisorio de la demanda se realizó en legal forma.

72. Asimismo, la Sala considera que no se configuró violación alguna del derecho al debido proceso y de contradicción y de defensa en la medida en que la notificación cumplió su finalidad; en efecto, el señor Calixto Gélvez Suárez

²⁵ El correo electrónico coincide con

presentó la contestación de la demanda dentro de la oportunidad legal correspondiente, lo cual evidencia que el procedimiento garantizó sus derechos fundamentales.

Problemas Jurídicos

73. Corresponde a la Sala, con fundamento en los argumentos planteados por la parte demandada y por el Ministerio Público en los recursos de apelación presentados contra la sentencia de 29 de abril de 2019, determinar si el señor Calixto Gélvez Suárez incurrió o no en la configuración objetiva de la causal de pérdida de la investidura por estar incurso en la prohibición que constituye incompatibilidad contenida en el inciso primero del artículo 127 de la Constitución Política, porque, según señala el demandante, el demandado suscribió un contrato con el Municipio de Cácuta de Velasco mientras ostentaba la calidad de concejal del Municipio de Pamplona.

74. En caso de encontrar probada la configuración objetiva de la causal de desinvestidura, la Sala deberá determinar si se configura el elemento subjetivo de culpabilidad en el caso *sub examine*. Para efectos de todo lo anterior, se deberá realizar la valoración probatoria teniendo en cuenta los argumentos planteados en el recurso de apelación y la normativa aplicable al caso *sub examine*.

75. Como consecuencia de lo anterior, se deberá determinar si se confirma, modifica o revoca la sentencia de 29 de abril de 2019 proferida por el Tribunal Administrativo de Norte de Santander, que decretó la desinvestidura del demandado.

Marco normativo y los desarrollos jurisprudenciales de la pérdida de investidura

76. La pérdida de investidura ha sido definida por la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado²⁶ como una acción pública de orden Constitucional, por medio de la cual se realiza “[...] un juicio de responsabilidad ético y político, que culmina con la imposición de una sanción por la trasgresión del estricto código de conducta previsto para los miembros de las corporaciones representativas que impide en forma perpetua el ejercicio de cargos de elección

26 Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, sentencia de 3 de abril de 2018, C.P. Lucy Jeannette Bermúdez Bermúdez, número único de radicación 110010315000201700328 00.

popular [...]” y constituye un “[...] mecanismo para sancionar conductas contrarias a la transparencia, a la probidad y a la imparcialidad en que pudieran en un momento dado incurrir los miembros de corporaciones públicas de elección popular [...]”.

77. La Corte Constitucional²⁷, en relación con la misma institución, señaló que la pérdida de investidura es una acción pública de carácter sancionatorio prevista en la Constitución y la ley, que tiene como finalidad castigar a los miembros de las corporaciones públicas que incurran en conductas consideradas reprochables por ser incompatibles con la dignidad del cargo que ostentan. Señaló, además, que el fundamento de este proceso sancionatorio es preservar la dignidad del cargo público de elección popular y, en esa medida, se trata de un mecanismo de la democracia participativa, mediante el cual los ciudadanos ejercen control sobre sus representantes cuando estos incurran en conductas contrarias al buen servicio, al interés general o a la dignidad que ostentan.

78. La Corte Constitucional consideró además que las conductas que dan origen a la sanción de pérdida de investidura comportan la defraudación del principio de representación, motivo por el cual el Constituyente previó una grave consecuencia jurídica para el ejercicio de los derechos políticos del condenado, que es la separación inmediata de las funciones que venía ejerciendo como integrante de un cuerpo colegiado del que hace parte y la inhabilidad permanente para ser elegido en un cargo de elección popular en el futuro.

79. En razón a las particularidades del proceso de pérdida de investidura y, en especial, a su carácter sancionador, en él se debe dar plena aplicación de las garantías constitucionales del debido proceso, en particular, en cuanto se refiere a la observancia de los principios *pro homine*, *in dubio pro reo*, de legalidad [que implica que las causales son taxativas y no hay lugar a aplicar normas por analogía], razonabilidad, favorabilidad, proporcionalidad y culpabilidad.

80. Así lo consideró la Sala Plena del Consejo de Estado, en sentencia proferida el 23 de marzo de 2010, al señalar que “[...] [p]or tratarse [...] de una acción pública de tipo punitivo, la acción de pérdida de investidura está sujeta a los principios generales que gobiernan el derecho sancionador tales como la presunción de inocencia y el principio de legalidad de la causal por la cual se

27 Sentencia SU-426 de 2016, Magistrada Ponente Gloria Stella Ortíz Delgado.

impondría la sanción. Sanción que debe imponerse según los postulados del Estado Social de Derecho y conforme con las reglas del debido proceso [...]”²⁸.

81. En ese orden de ideas²⁹, en materia de pérdida de investidura, las conductas sancionables deben estar plenamente determinadas en la Constitución Política o en la ley “[...] *con el ánimo de excluir cualquier tipo de arbitrariedad en la aplicación de los supuestos fácticos y normativos que realice el juez, quien deberá estar siempre sometido al espectro conductual fijado por la literalidad de la prohibición o circunstancia causante de la pérdida de investidura [...]”*; esto es, se debe verificar la materialización objetiva de la conducta típica reprochable.

82. La Sala Plena³⁰ consideró que la acción de pérdida de investidura, atendiendo a su especial naturaleza, tiene las siguientes características:

[...] (i).- Constituye un juicio de responsabilidad que conlleva la imposición de una sanción de carácter jurisdiccional que castiga la transgresión al código de conducta que los Congresistas deben observar atendiendo la naturaleza representativa de la investidura que ostenta, todo en aras de garantizar el prestigio y respetabilidad del Congreso³¹.

(ii).- Es una sanción de carácter jurisdiccional, pues la competencia para decretarla es atribuida – exclusivamente- al Consejo de Estado³², razón por la cual es un juez el órgano encargado de adoptar la sentencia y tal naturaleza se extiende a la esencia de la decisión adoptada, sin que se altere por las consecuencias políticas derivadas de su aplicación.

(iii).- La pérdida de investidura es la sanción más grave que puede imponerse a un congresista, pues implica la separación inmediata de las funciones que venía ejerciendo como integrante del parlamento y, por expresa disposición de la propia Carta, la inhabilidad permanente para serlo de nuevo en el futuro³³, postura sostenida por el Consejo de Estado al precisar: “En el caso de los Congresistas, la violación al régimen de inhabilidades e incompatibilidades comporta la pérdida de su investidura (...) medida que, como lo ha señalado la jurisprudencia constituye la sanción más grave que se les puede imponer, toda vez que entraña la separación inmediata de sus funciones como integrantes de la Rama Legislativa y la inhabilidad perpetua para serlo de nuevo en el futuro”³⁴

28 Número único de radicación 110010315000200900198-00(PI).

29 Ver cita 26.

30 Sentencia de 29 de agosto de 2017, Expediente: 11001-03-15-000-2016-01700-00(PI), M.P. Milton Chaves García.

31 Sentencias de la Corte constitucional C-319 de 1994, M.P. Hernando Herrera Vergara y C-247 de 1995 M.P. José Gregorio Hernández Galindo y T-555 de 2008, M.P. Jaime Araujo Rentarías.

32 Sentencia de la Corte Constitucional C-247 DE 1995, M.P. José Gregorio Hernández Galindo. En el mismo sentido, Sentencia del Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, C.P.: Germán Rodríguez Villamizar, veinticinco (25) de mayo de dos mil cuatro (2004), Radicación número: 11001-03-15-000-2003-1463-01 y 11001-02-15-000-2004-00132-01(PI).

33 Sentencia de la Corte Constitucional C-247 de 1995, M.P. José Gregorio Hernández Galindo

34 Sentencia del Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, CP.: Gerardo Arenas Monsalve, diecinueve (19) de enero de dos mil diez (2010), Radicación numero: 11001-03-15-000-2009-00708-00(PI)

(iv).- Los procesos de pérdida de investidura limitan o reducen algunos derechos fundamentales previstos en la Constitución como el de elegir o ser elegido, el cual no puede ser sometido a restricciones indebidas, por ello las normas constitucionales que la regulan deben ser interpretadas de manera armónica con el artículo 29 de la Carta, con las necesarias adaptaciones que exige la naturaleza especial de aquellas³⁵ [...].”

83. En la misma providencia, la Sala Plena consideró que “[...] *la ética parlamentaria se conviene en un presupuesto fundamental de la democracia – tanto formal, como sustancial- requerida para la consolidación del Estado Social de Derecho, de ahí que la pérdida de investidura constituya un juicio de responsabilidad derivado de la imposición de una sanción de carácter jurisdiccional y, en tal sentido, se convierte en un mecanismo de control ciudadano, así como en un instrumento de autodeterminación de las corporaciones públicas contra sus propios integrantes, cuando estos incurran en conductas contrarias al buen servicio, el interés general o la dignidad que ostenta, por lo que dicho instituto tiene como axiología rescatar el prestigio y la respetabilidad del Congreso y garantizar el ejercicio transparente, efectivo y probo de la actividad legislativa [...]*”³⁶.

84. Con fundamento en las consideraciones expuestas anteriormente, la pérdida de investidura constituye un juicio de carácter ético desde el punto de vista jurídico; por ello, el análisis se debe realizar desde la perspectiva de la ética pública en armonía, además, con los principios y normas de lucha contra la corrupción reconocidos y aceptados por el Estado colombiano, con fundamento en el artículo 9.º de la Constitución Política.

85. Ahora bien, es de importancia resaltar que el juicio de responsabilidad que se realiza en el marco de la pérdida de investidura no puede ser considerado de ninguna manera como un juicio de responsabilidad objetiva; por el contrario, conforme con la jurisprudencia de las altas cortes³⁷, una vez verificada la configuración del elemento objetivo, se debe proceder al estudio del elemento culpabilidad, como juicio subjetivo de responsabilidad³⁸.

86. En efecto, el artículo 1.º de la Ley 1881, modificado por el artículo 4 de la Ley 2003 de 19 de noviembre de 2019, establece que “[...] *[e]l proceso sancionatorio*

³⁵ Sentencia de la Corte Constitucional C-247 de 1995, M.P. José Gregorio Hernández Galindo

³⁶ Sentencia *supra*. Ver cita 18.

³⁷ Corte Constitucional, Sentencia SU 424 de 2016.

³⁸ En criterio de la Corte Constitucional “[...] *atiende a las circunstancias particulares en las que se presentó la conducta y analiza si el demandado conocía o debía conocer de la actuación que desarrolló y si su voluntad se enderezó a esa acción u omisión [...]*”.

*de pérdida de investidura es un juicio de responsabilidad subjetiva. La acción se ejercerá en contra de los congresistas que, con su **conducta dolosa o gravemente culposa**, hubieren incurrido en una de las causales de pérdida de investidura establecidas en la Constitución [...]*³⁹ (Destacado fuera de texto).

87. En suma, el estudio de cada caso se debe realizar teniendo en cuenta que la pérdida de investidura es un juicio de carácter sancionatorio, lo cual implica que el juez debe realizar un análisis integral de la responsabilidad bajo una estricta aplicación de los principios que gobiernan el debido proceso, entre ellos, los principios **pro homine, in dubio pro reo y de favorabilidad**; y, con fundamento en ello, determinar si la conducta se subsume en el presupuesto fáctico de la norma que establece como consecuencia jurídica la pérdida de la investidura y si se configura o no el elemento subjetivo, relativo a la culpabilidad⁴⁰.

Principio pro homine

88. El principio *pro homine* o *pro persona*, también denominado “*Cláusula de favorabilidad en la interpretación de los derechos humanos*”⁴¹, ha sido entendido como el criterio hermenéutico en virtud del cual se debe acudir a la norma más amplia o a la interpretación más extensiva cuando lo pretendido es el reconocimiento de derechos⁴²; e inversamente a la norma o a la interpretación más restrictiva cuando lo pretendido es el establecimiento de restricciones permanentes al ejercicio de esos derechos o a su suspensión extraordinaria.

89. Este principio ha sido desarrollado en instrumentos internacionales del orden universal y regional; en la normativa interna y en la jurisprudencia de las altas cortes.

90. Por un lado, en el sistema universal de protección de los Derechos Humanos, la Sala observa que la Declaración Universal de los Derechos Humanos⁴³ y el

³⁹ Normativa aplicable a los procesos de pérdida de investidura de concejales y diputados, de conformidad con el artículo 22 de la Ley 1881, según el cual “[...] Las disposiciones contenidas en esta ley serán aplicables, en lo que sea compatible, a los procesos de pérdida de investidura de concejales y diputados [...]”.

⁴⁰ La Corte Constitucional, en sentencia de unificación SU 424 de 2016, precisó que el juez de este proceso sancionatorio debe determinar: i) si se configura la causal y ii) si a pesar de que ésta aparezca acreditada, existe alguna circunstancia que excluya la responsabilidad del sujeto, bien sea porque haya actuado de buena fe o, en caso de que la causal lo admita, se esté ante una situación de caso fortuito o fuerza mayor, o en general exista alguna circunstancia que permita descartar la culpa.

⁴¹ Corte Constitucional, sentencia T-284 de 2006; M.P. Clara Inés Vargas Hernández

⁴² Entiéndase Derechos Humanos y derechos fundamentales.

⁴³ Adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas mediante Resolución 217 A (III) de 10 de diciembre de 1948.

Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos⁴⁴, instrumentos que hacen parte de la denominada Carta Constitucional Internacional de los Derechos Humanos, adoptados por la Asamblea General de las Naciones Unidas, establecen mecanismos para la aplicación e interpretación de los Derechos Humanos de manera amplia o extensiva en tratándose de su reconocimiento y restringida cuando lo pretendido sea su limitación.

91. En este sentido, se destacan los siguientes artículos de la Declaración Universal de los Derechos Humanos:

91.1. **Artículo 28**, según el cual “[...] *[t]oda persona tiene derecho a que se establezca un orden social e internacional en el que los derechos y libertades proclamados en esta Declaración se hagan plenamente efectivos [...]*”;

91.2. **Artículo 29**, según el cual “[...] 1. *Toda persona tiene deberes respecto a la comunidad, puesto que sólo en ella puede desarrollar libre y plenamente su personalidad. [...]* 2. *En el ejercicio de sus derechos y en el disfrute de sus libertades, toda persona estará solamente sujeta a las limitaciones establecidas por la ley con el único fin de asegurar el reconocimiento y el respeto de los derechos y libertades de los demás, y de satisfacer las justas exigencias de la moral, del orden público y del bienestar general en una sociedad democrática [...]* [y] 3. *Estos derechos y libertades no podrán, en ningún caso, ser ejercidos en oposición a los propósitos y principios de las Naciones Unidas. [...]*”; y

91.3. **Artículo 30**, según el cual “[...] *[n]ada en esta Declaración podrá interpretarse en el sentido de que confiere derecho alguno al Estado, a un grupo o a una persona, para emprender y desarrollar actividades o realizar actos tendientes a la supresión de cualquiera de los derechos y libertades proclamados en esta Declaración. [...]*”

92. Asimismo, el **artículo 5** del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos establece, en primer orden, que “[...] *[n]inguna disposición [de ese] Pacto podrá ser interpretada en el sentido de conceder derecho alguno a un Estado, grupo o individuo para emprender actividades o realizar actos encaminados a la*

⁴⁴ El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos fue adoptado por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 16 de diciembre de 1966 y aprobado en Colombia mediante la Ley 74 de 26 de diciembre de 1968 “[...] *por la cual se aprueban los "Pactos Internacionales de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, de Derechos Civiles y Políticos, así como el Protocolo Facultativo de este último, aprobado por la Asamblea General de las Naciones Unidas en votación Unánime, en Nueva York, el 16 de diciembre de 1966" [...]*”.

destrucción de cualquiera de los derechos y libertades reconocidos en el Pacto o a su limitación en mayor medida que la prevista en él [...]; y, en segundo orden, que “[...] [n]o podrá admitirse restricción o menoscabo de ninguno de los derechos humanos fundamentales reconocidos o vigentes en un Estado Parte en virtud de leyes, convenciones, reglamentos o costumbres, so pretexto de que el [...] Pacto no los reconoce o los reconoce en menor grado [...].”

93. Por el otro, en el sistema regional de protección de los Derechos Humanos, la Sala destaca la Convención Americana sobre Derechos Humanos⁴⁵ y la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre⁴⁶.

93.1. La Convención Americana sobre Derechos Humanos en su **artículo 29** establece que ninguna disposición de la Convención puede ser interpretada en el sentido de: i) permitir a alguno de los Estados Partes, grupo o persona, suprimir el goce y ejercicio de los derechos y libertades reconocidos en la Convención o limitarlos en mayor medida que la prevista en ella; ii) limitar el goce y ejercicio de cualquier derecho o libertad que pueda estar reconocido de acuerdo con las leyes de cualquiera de los Estados Partes o de acuerdo con otra convención en que sea parte uno de dichos Estados; iii) excluir otros derechos y garantías que son inherentes al ser humano o que se derivan de la forma democrática representativa de gobierno; iv) excluir o limitar el efecto que puedan producir la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre y otros actos internacionales de la misma naturaleza. Además, el **artículo 30**, sobre el alcance de las restricciones, establece “[...] [l]as restricciones permitidas, de acuerdo con esta Convención, al goce y ejercicio de los derechos y libertades reconocidas en la misma, no pueden ser aplicadas sino conforme a leyes que se dictaren por razones de interés general y con el propósito para el cual han sido establecidas [...].”

93.2. Asimismo, el **artículo XXVIII** de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre establece que “[...] [l]os derechos de cada hombre están limitados por los derechos de los demás, por la seguridad de todos y por las justas exigencias del bienestar general y del desenvolvimiento democrático [...].”

⁴⁵ **Convención Americana sobre Derechos Humanos –Pacto de San José de Costa Rica-**, fue aprobado mediante la **Ley 16 de 30 de diciembre de 1972** “[...] Por medio de la cual se aprueba la Convención Americana sobre Derechos Humanos “Pacto de San José de Costa Rica”, firmado en San José, Costa Rica el 22 de noviembre de 1969 [...].”

⁴⁶ La Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, Aprobada en la Novena Conferencia Internacional Americana realizada en Bogotá, en el año 1948.

94. En el orden interno, los artículos 1 y 2 de la Constitución Política establecen que el Estado colombiano se funda en el respeto de la dignidad humana y tienen como fin esencial, entre otros, el de “[...] *garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución [...]*” y “[...] *proteger a todas las personas residentes en Colombia, en su vida, honra, bienes, creencias, y demás derechos y libertades [...]*”.

95. El principio *pro homine* o *pro persona* surge de una interpretación armónica, por un lado, de los instrumentos internacionales de orden universal y regional, previamente citados, y, por el otro, de los principios constitucionales y del mandato establecido en el artículo 93 de la Constitución Política, según el cual “[...] **[Los derechos y deberes consagrados en esta Carta, se interpretarán de conformidad con los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Colombia [...]]**”.

96. La Corte Constitucional en la sentencia T-320 de 2009 señaló que el principio referenciado es aplicable a la interpretación de los derechos fundamentales establecidos en la Constitución Política al señalar que este “[...] *se constituye en una valiosa pauta hermenéutica [que] ordena la adopción de la interpretación que mejor se compadezca con los **derechos fundamentales en juego**, [es decir] **la que sea “más favorable a la protección de los derechos del agenciado” [...]***” (Destacado fuera de texto).

En este orden de ideas, sin desconocer que las autoridades judiciales son competentes para aplicar e interpretar las normas jurídicas, en virtud del principio de autonomía e independencia judicial, lo cierto es que esa interpretación debe propender por una hermenéutica que resulte menos restrictiva de los derechos fundamentales *[lo cual implica una interpretación restrictiva de las causales de desinvestidura]* porque, se reitera, el principio *pro homine* impone al juez que “[...] *sin excepción, entre dos o más posibles análisis de una situación, se prefiera [aquella] que resulte más garantista o que permita la aplicación de forma más amplia del derecho fundamental [...]*”⁴⁷.

Principio *in dubio pro reo*

⁴⁷ Corte Constitucional, sentencia C-438 de 2013. M.P. Alberto Rojas Rios.

97. La Corte Constitucional y el Consejo de Estado han reconocido que la pérdida de investidura hace parte del poder punitivo del Estado⁴⁸ por comportar una sanción para el miembro de la corporación pública de elección popular –*Congreso de la República, concejo municipal o distrital o asamblea departamental*- que transgrede el régimen de inhabilidades, incompatibilidades y de conflictos de intereses, la cual conlleva la imposibilidad de ser elegidos nuevamente en un cargo de elección popular. En ese orden de ideas, por tratarse de un trámite sancionatorio, a esta clase de procesos se deben aplicar las reglas del debido proceso sancionador, entre ellas el principio de *in dubio pro reo*.

98. El *in dubio pro reo* ha sido definido como aquella garantía constitucional, derivada del artículo 29 de la Constitución Política, según la cual el juez está obligado a resolver toda duda razonable en favor del demandado.

99. En ese orden de ideas, la aplicación del principio *supra* en los trámites sancionatorios se exige por razón de la severidad, las implicaciones y los prolongados efectos de la sanción, derivados de la inhabilidad permanente para desempeñar cargos de elección popular que aquella trae aparejada; en ese orden, en el proceso se debe demostrar de manera rotunda, concluyente y fehaciente, que el demandado realizó la conducta típica que el ordenamiento jurídico proscribe y que sanciona con la desinvestidura y que es culpable. Cualquier duda razonable en relación con la realización de la conducta o la culpabilidad se debe interpretar en favor del demandado.

100. Ahora bien, con el objeto de establecer si el demandado incurrió o no en pérdida de desinvestidura por incurrir en la prohibición que constituye incompatibilidad establecida en el artículo 127 de la Constitución Política, la Sala procederá al estudio de los elementos normativos esenciales para su configuración, **sin perjuicio que la completitud de las normas y sus conceptos deba ser buscada por fuera de los contornos de las normas invocadas por la parte demandante**; lo cual no constituye vulneración del debido proceso de la parte demandada –*en los términos expuestos en el recurso de apelación*- en la medida en que el escrito de la demanda en el caso *sub examine* fue claro al señalar que se solicita la pérdida de investidura del demandado por incurrir en “*violación del régimen de incompatibilidades previsto*

⁴⁸ Ver: sentencia T-1232 de 2003 la Corte Constitucional y sentencia proferida el 21 de julio de 2015 por la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado; proceso identificado con el número único de radicación 110010315000201200059-00.

para los concejales” por cuanto el demandado celebró un “[...] contrato de suministros con la Alcaldía municipal de Cácuta fungiendo para la misma época como concejal del Municipio de Pamplona [...].”

Principio de favorabilidad

101. El principio de favorabilidad ha sido entendido como aquella excepción que permite la aplicación de las normas sustanciales y procesales posteriores cuando *“[...] son más favorables al sancionado que las anteriores [...].”*⁴⁹.

102. Este principio se deriva de instrumentos internacionales del orden universal y regional; asimismo, ha sido establecido en la normativa interna y posteriormente desarrollado en la jurisprudencia de las altas cortes.

103. Por un lado, en el sistema universal de protección de los Derechos Humanos, la Sala destaca los artículos 30 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos; 5 y 15⁵⁰ del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos⁵¹; asimismo, en el sistema regional de protección de los Derechos Humanos, se destacan los artículos 9⁵² y 29 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos; normativa de la cual se deriva el principio de aplicación favorable de los derechos humanos.

104. Por el otro, en el orden interno, el 29 de la Constitución Política establece que *“[...] [n]adie podrá ser juzgado sino conforme a leyes preexistentes al acto que se le imputa, ante juez o tribunal competente y con observancia de la plenitud de las formas propias de cada juicio [...].”* y que, *“[...] [e]n materia penal [entiéndase sancionatoria], la ley permisiva o favorable, aun cuando sea posterior, se aplicará de preferencia a la restrictiva o desfavorable [...].”*

105. La Corte Constitucional ha considerado que el principio de favorabilidad es aplicable al medio de control de pérdida de investidura. En efecto, de las

⁴⁹ Corte Constitucional. Sentencia C-922 de 29 de agosto de 2001. M.P. doctor Marco Gerardo Monroy Cabra.

⁵⁰ *“[...] Artículo 15. Nadie será condenado por actos u omisiones que en el momento de cometerse no fueran delictivos según el derecho nacional o internacional. Tampoco se impondrá pena más grave que la aplicable en el momento de la comisión del delito. Si con posterioridad a la comisión del delito la ley dispone la imposición de una pena más leve, el delincuente se beneficiará de ello [...].”*

⁵¹ Instrumentos que hacen parte de la denominada Carta Constitucional Internacional de los Derechos Humanos, adoptados por la Asamblea General de las Naciones Unidas

⁵² *“[...] Artículo 9. Principio de Legalidad y de Retroactividad. Nadie puede ser condenado por acciones u omisiones que en el momento de cometerse no fueran delictivos según el derecho aplicable. Tampoco se puede imponer pena más grave que la aplicable en el momento de la comisión del delito. Si con posterioridad a la comisión del delito la ley dispone la imposición de una pena más leve, el delincuente se beneficiará de ello [...].”*

sentencias C-475 de 25 de septiembre de 1997⁵³, C-207 de 11 de marzo de 2003⁵⁴, C-922 de 29 de agosto de 2001⁵⁵, SU-515 de 1 de agosto de 2013⁵⁶ y SU-516 de 30 de octubre de 2019⁵⁷ se deriva que, en criterio de la Corte, el medio de control de desinvestidura es de naturaleza sancionatoria y, en consecuencia, le son aplicables los principios que gobiernan el ejercicio del *ius puniendi* del Estado, entre ellos el de favorabilidad. Lo anterior en la medida en que según señala la alta Corte, “[...] *el principio de favorabilidad no puede tener un carácter relativo, sino que por el contrario, su contenido es absoluto, es decir, no admite restricciones en su aplicabilidad, como elemento fundamental del debido proceso [...]*”.

106. La Sala Plena de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, mediante sentencia de 24 de abril de 2012⁵⁸ consideró que el principio de favorabilidad es aplicable a los procesos de pérdida de investidura al señalar lo siguiente:

*“[...] “Para la Sala, como bien lo consideró el señor Procurador Delegado ante el Consejo de Estado, en su intervención y en el escrito de alegaciones (fls. 568-616) el Acto Legislativo 01 de 2011, **resulta aplicable en el presente caso, en cuanto se trata de una disposición favorable dentro de un juicio de carácter sancionatorio como lo es el de pérdida de investidura.***

Lo anterior en cuanto la acción de pérdida de investidura, es una acción de tipo punitivo, especial, que tiene por objeto favorecer la legitimidad del Congreso de la República mediante la imposición de la más grave sanción a los Congresistas (y otros servidores de elección popular), cuando se acredita plenamente y con el lleno de garantías procesales que han incurrido en las conductas tipificadas previamente en Constitución y en la ley.

*Como se trata entonces de una acción pública que comporta el ejercicio del *ius puniendi* del Estado, está sujeta a los principios generales que gobiernan el derecho sancionador, tales como la presunción de inocencia, el principio de legalidad, y **el principio de favorabilidad en materia sancionatoria.***

*La Corte Constitucional ha indicado al respecto: “..., que tal como de manera reiterada se ha señalado por la jurisprudencia, la pérdida de investidura, tiene naturaleza eminentemente sancionatoria y por consiguiente participa de los principios que gobiernan el ejercicio del *ius puniendi* del Estado. Por tal razón, cuando ello resultase procedente*

⁵³ M.P. doctor Eduardo Cifuentes Muñoz.

⁵⁴ M.P. doctor Rodrigo Escobar Gil.

⁵⁵ M.P. doctor Marco Gerardo Monroy Cabra.

⁵⁶ M.P. doctor Jorge Iván Palacio Palacio.

⁵⁷ M.P. doctor Antonio José Lizarazo Ocampo.

⁵⁸ Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, sentencia de 24 de abril de 2012, proceso identificado con el número único de radicación 110010315000201100084-00; C.P. doctor Gerardo Arenas Monsalve.

en razón de un tránsito de legislación, los congresistas afectados por la sanción pueden ampararse en el principio de favorabilidad.”

De conformidad con el artículo 29 de la C.P., "En materia penal, la ley permisiva o favorable, aun cuando sea posterior, se aplicará de preferencia a la restrictiva o desfavorable".

La favorabilidad ha sido consagrada como un principio rector del derecho punitivo, reconocido por la Constitución y los tratados internacionales en favor de los sujetos sometidos a un juicio a cargo del Estado; en efecto, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (Aprobado por la ley 74 de 1968), se refiere a esta prerrogativa en los siguientes términos:

"Artículo 15. [...]

En el artículo 9° de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, Pacto de San José (Aprobado por la ley 16 de 1972), se consagra:

[...]

*En este orden de ideas, bajo el marco normativo y jurisprudencial que antecede, comoquiera que de acuerdo con el Acto Legislativo 01 de 2011, por el cual se adiciona el parágrafo del artículo 183 de la C.P., en lo relativo a que la causal de pérdida de investidura de los Congresistas por violación al régimen de conflicto de intereses no tendrá aplicación cuando se trate del debate y votación de proyectos de actos legislativos, la Sala se releva de cualquier otra consideración respecto el cargo formulado en la demanda¹⁷, **pues, como ya se dijo, la norma es aplicable al demandado pese a que el hecho imputado ocurrió con anterioridad a su vigencia, por principio de favorabilidad [...]**" (Destacado fuera de texto).*

107. Además de lo anterior, la aplicación del principio de favorabilidad implica que la situación objeto de examen no se encuentre consolidada; es decir, que pueda ser susceptible de debatirse ante la autoridad judicial correspondiente, en este caso, la jurisdicción de lo contencioso administrativo.

Marco normativo y los desarrollos jurisprudenciales de la causal de pérdida de investidura por violación del régimen de incompatibilidades

108. Visto el numeral 1.º artículo 48 de la Ley 617, sobre pérdida de investidura de concejales municipales, “[...] los diputados y concejales municipales y distritales y miembros de las juntas administradoras locales perderán su investidura: [...] [p]or violación del régimen de incompatibilidades [...]”.

109. Las incompatibilidades han sido definidas por esta Sección como “[...] la prohibición de ejercer dos actividades o realizar dos roles de manera simultánea,

taxativamente señaladas en la Constitución o en la ley, de modo que para el caso de los servidores públicos se traduce en la prohibición de desempeñar o ejercer otros cargos o realizar otras actividades distintas a las que corresponde a las funciones del cargo de que son titulares [...]”⁵⁹.

110. Asimismo, la Sección Quinta del Consejo de Estado⁶⁰ ha considerado que “[...] *[l]as incompatibilidades son todas aquellas actuaciones que le está prohibido realizar al funcionario durante el desempeño del cargo o con posterioridad, so pena de quedar sometido al régimen disciplinario correspondiente [...]”⁶¹.*

111. La Corte Constitucional, mediante sentencia C-903 de 6 de diciembre de 2008⁶², consideró que las incompatibilidades consisten en “[...] *una prohibición dirigida al titular de una función pública a quien, por ese hecho, se le impide ocuparse de ciertas actividades o ejercer, simultáneamente, las competencias propias de la función que desempeña y las correspondientes a otros cargos o empleos, en guarda del interés superior que puede verse afectado por una indebida acumulación de funciones o por la confluencia de intereses poco conciliables y capaces, en todo caso, de afectar la imparcialidad y la independencia que deben guiar las actuaciones de quien ejerce la autoridad en nombre del Estado [...]”* (Destacado fuera de texto).

112. Bajo el contexto fáctico y jurídico antes referido: la Sala procede a realizar el análisis de los elementos para la configuración de la causal de incompatibilidad invocada en el caso *sub examine* con el objeto de determinar si es procedente o no decretar la pérdida de la investidura del demandado.

Marco normativo y desarrollos jurisprudenciales sobre la prohibición que constituye incompatibilidad establecida en el inciso primero artículo 127 de la Constitución Política: la prohibición de los concejales de celebrar contrato con entidad pública

⁵⁹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, sentencia proferida el 17 de julio de 2008, identificada con núm. único de radicación 440012331000200800005 01, C.P. Rafael E. Ostau de Lafont Pianeta.

⁶⁰ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta; sentencia de 3 de septiembre de 1998, expediente núm. 1952, C.P. Miren De La Lombana De Magyaroff

⁶¹ También, en sentencia de 14 de septiembre de 2001, expediente núm. 2616, Sección Quinta, consejero ponente doctor Mario Alario Méndez, se dice: “*incompatibilidad, impedimento, prohibición o tacha para ejercer una actividad determinada cuando se ocupa un cargo o por razón de haberlo ocupado.*”

⁶² Magistrado Ponente, doctor Jaime Araujo Rentería.

113. Vistos los artículos: i) 123 y 127, inciso primero, de la Constitución Política, sobre servidores públicos y prohibición a los servidores públicos; ii) 45, 46 y 47 de la Ley 136, sobre incompatibilidades de los concejales, excepciones y duración de las incompatibilidades; iii) la Ley 177 de 28 de diciembre de 1994⁶³; iv) el artículo 96 de la Ley 617, sobre vigencias y derogatorias; y v) el literal f del numeral 1 del artículo 8.º y el artículo 10 de la Ley 80 de 28 de octubre de 1993⁶⁴, sobre las inhabilidades e incompatibilidades para contratar de los servidores públicos y excepciones.

El inciso primero del artículo 127 de la Constitución Política

114. La Sala observa que el artículo 127 de la Constitución Política establece una incompatibilidad general para los servidores públicos al señalar que “[...] **los servidores públicos no podrán celebrar, por sí o por interpuesta persona, o en representación de otro, contrato alguno con entidades públicas o con personas privadas que manejen o administren recursos públicos, salvo las excepciones legales [...]**”. Esta norma ha sido reconocida como “*la incompatibilidad general para los servidores públicos*” (Destacado fuera de texto).

115. Se trata de una incompatibilidad de orden constitucional en la medida en que la norma prohíbe a quien tenga la calidad de servidor público que, en forma simultánea, celebre, por sí o por interpuesta persona, o en representación de otro, contrato alguno con entidad pública o con personas privadas que administren recursos públicos.

116. La normativa constitucional en el inciso primero del artículo 123 establece que son servidores públicos los miembros de las corporaciones públicas, los empleados y trabajadores del Estado y de sus entidades descentralizadas territorialmente y por servicios. Asimismo, dispone que los servidores públicos están al servicio del Estado y de la comunidad y ejercerán sus funciones en la forma prevista por la Constitución Política, la ley y el reglamento⁶⁵.

⁶³ “Por la cual se modifica la Ley 136 de 1994 y se dictan otras disposiciones”.

⁶⁴ “Por la cual se expide el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública”.

⁶⁵ El artículo 123 establece: “Son servidores públicos los miembros de las corporaciones públicas, los empleados y trabajadores del Estado y de sus entidades descentralizadas territorialmente y por servicios. Los servidores públicos están al servicio del Estado y de la comunidad; ejercerán sus funciones en la forma prevista por la Constitución, la ley y el reglamento. La ley determinará el régimen aplicable a los particulares que temporalmente desempeñen funciones públicas y regulará su ejercicio”.

117. Lo anterior permite concluir que tienen la condición de servidores públicos aquellas personas que forman parte de un cuerpo colegiado de elección popular; entre otros, los miembros del Congreso de la República, asambleas departamentales y concejos municipales; en consecuencia, se concluye que estos son sujetos de la prohibición que configura incompatibilidad contenida en el inciso primero del artículo 127 de la Constitución Política.

La Ley 80 de 28 de octubre de 1993

118. La norma constitucional tuvo un primer desarrollo general contenido en el literal “f” del numeral 1.º del artículo 8 y en el artículo 10 de la Ley 80 de 28 de octubre de 1993, sobre inhabilidades e incompatibilidades para contratar y excepciones, en el sentido de reiterar la prohibición general para los servidores públicos de contratar con entidades públicas.

Los artículos 45, 46 y 47 de la Ley 136 de 2 de junio de 1994

119. El inciso primero del artículo 127 de la Constitución Política ha sido objeto de desarrollo legal. En relación con los concejales: el Congreso de la República expidió en un principio la Ley 136; normativa que, en sus artículos 45, 46 y 47, reguló las incompatibilidades de los concejales, las excepciones y la duración de las incompatibilidades. La norma establecía lo siguiente:

“[...] 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.

2. Ser apoderado ante las entidades públicas del respectivo municipio o ante las personas que administren tributos procedentes del mismo, o celebrar con ellas, por sí o por interpuesta persona, contrato alguno, con las excepciones que más adelante se establecen.

3. Ser miembros de juntas o consejos directivos de los sectores central o descentralizado del respectivo municipio, o de instituciones que administren tributos procedentes del mismo.

4. Celebrar contratos o realizar gestiones con personas naturales o jurídicas de derecho privado que administren, manejen o inviertan fondos públicos procedentes del respectivo municipio o sean contratistas del mismo o reciban donaciones de éste.

PARÁGRAFO 1o. <Aparte tachado INEXEQUIBLE> Se exceptúa del régimen de incompatibilidades el ejercicio de la cátedra ~~universitaria~~.

PARÁGRAFO 2o. El funcionario público municipal que nombre a un concejal para un empleo o cargo público o celebre con él un contrato o acepte que actúe como gestor en nombre propio o de terceros, en contravención a lo dispuesto en el presente artículo, incurrirá en causal de mala conducta [...]” (Destacado fuera de texto).

El artículo 3 de la Ley 177 de 28 de diciembre de 1994

120. La Ley 177 en su artículo 3.º y en relación con la incompatibilidad de los concejales estableció lo siguiente: “[...] [e]l numeral 1.º del artículo 45 de la Ley 136 de 1994, quedará así: [los concejales no podrán] [...] [a]ceptar o desempeñar cargo alguno en la administración pública ni vincularse como trabajador oficial, so pena de perder la investidura. [...] **Tampoco podrán contratar con el respectivo municipio o distrito y sus entidades descentralizadas** [...]”. El artículo 13 de la norma *ejusdem*, sobre vigencia, estableció que la Ley 177 “[...] rige a partir de la fecha de su sanción y **deroga las disposiciones que le sean contrarias** [...]” (Destacado fuera de texto).

121. El cambio normativo generado por el artículo 3.º de la Ley 177, en relación con la incompatibilidad especial de los concejales establecida originalmente por el numeral 1.º del artículo 45 de la Ley 136, fue relevante en la medida en que la norma original, en desarrollo de la norma constitucional, establecía para los concejales la prohibición de, entre otras, “[...] vincularse como [...] contratista [con la administración pública], so pena de perder la investidura [...]”; **sin establecer algún tipo de límite territorial para la configuración de la incompatibilidad** y, en consecuencia, de la causal de desinvestidura. Por el contrario, la configuración normativa establecida por el artículo 3.º de la Ley 177 estableció que, en materia contractual, la incompatibilidad se configuraba cuando el concejal contrataba “**con el respectivo municipio o distrito y sus entidades descentralizadas**”; lo cual denota el establecimiento de un límite territorial para la configuración de la incompatibilidad.

La ley 617 de 6 de octubre de 2000

122. Posteriormente, el legislador expidió la Ley 617; normativa que en su artículo 96, sobre vigencia y derogatoria, estableció que “[...] [l]a presente ley rige

a partir de su promulgación y **deroga los artículos:** [...] 1o., 3o., 5o., 6o., 8o. y 11 de la **Ley 177 de 1994** [...]” (Destacado fuera de texto).

Las excepciones a la prohibición de celebrar contrato

123. El artículo 46 de la Ley 136 establece las excepciones a las incompatibilidades de los concejales al señalar que “[...] *[l]o dispuesto en los artículos anteriores no obsta para que los concejales puedan ya directamente o por medio de apoderado, actuar en los siguientes asuntos [...]*”:

123.1. En las diligencias o actuaciones administrativas y jurisdiccionales en las cuales, conforme a la ley, ellos mismos, su cónyuge, sus padres o sus hijos, tengan interés;

123.2. Formular reclamos por el cobro de impuestos, contribuciones, tasas y de multas que graven a las mismas personas;

123.3. Usar los bienes y servicios que las entidades oficiales de cualquier clase, las prestadoras de servicios públicos domiciliarios y de seguridad social ofrezcan al público, bajo condiciones comunes a todos los que lo soliciten⁶⁶;

123.4. Ser apoderados o defensores en los procesos que se ventilen ante la Rama Jurisdiccional del Poder Público. Sin embargo, los concejales durante su período Constitucional no podrán ser apoderados ni peritos en los procesos de toda clase que tengan por objeto gestionar intereses fiscales o económicos del respectivo municipio, los establecimientos públicos, las empresas industriales y comerciales del orden municipal y las sociedades de economía mixta en las cuales las mismas entidades tengan más del cincuenta por ciento (50%) del capital.

124. El artículo 47 de la Ley 136 estableció sobre la duración de las “incompatibilidades”⁶⁷ de los concejales, que “[...] *tendrán vigencia hasta la terminación del período constitucional respectivo. En caso de renuncia se*

⁶⁶ La redacción original, que corresponde al literal c del artículo 46 de la Ley 136 es la siguiente: “[...] *Usar los bienes y servicios que las entidades oficiales de cualquier clase ofrezcan al público, o condiciones comunes a todos los que lo soliciten [...]*”. El literal fue subrogado por el artículo 42 de la ley 617.

⁶⁷ La Corte Constitucional en la sentencia C-194 de 1995 consideró que la mención normativa debía entenderse como prohibición y no como incompatibilidad.

mantendrán durante los seis (6) meses siguientes a su aceptación, si el lapso que faltare para el vencimiento del período fuere superior [...]” Asimismo, que “[...] [q]uien fuere llamado a ocupar el cargo de concejal, quedará sometido al mismo régimen de incompatibilidades a partir de su posesión [...]”⁶⁸.

125. Por último, el literal “F” del numeral 1.º del artículo 8 de la Ley 80, sobre inhabilidades e incompatibilidades para contratar, establece la prohibición para los servidores públicos de celebrar contratos con las entidades públicas. A su turno, el artículo 10 de la Ley 80 dispone que “[...] [n]o quedan cobijadas por las inhabilidades e incompatibilidades de que tratan los artículos anteriores, las personas que contraten por obligación legal o lo hagan para usar los bienes o servicios que las entidades a que se refiere el presente estatuto ofrezcan al público en condiciones comunes a quienes los soliciten, ni las personas jurídicas sin ánimo de lucro cuyos representantes legales hagan parte de las juntas o consejos directivos en virtud de su cargo o por mandato legal o estatutario, ni quienes celebren contratos en desarrollo de lo previsto en el artículo 60 de la Constitución Política [...]”.

Conclusiones sobre la prohibición para los concejales de celebrar contratos con entidades públicas

126. En suma de todo lo anterior se pueden distinguir, en el orden constitucional y legal, cuatro periodos sobre la prohibición que constituye incompatibilidad para los concejales y en relación con la celebración de contratos con entidades públicas.

126.1. En el **primer periodo -4 de julio de 1991 a 1 de junio de 1994-**, se aplicó la prohibición general establecida en el inciso primero del artículo 127 de la Constitución Política⁶⁹ para los servidores públicos de celebrar, por sí o por interpuesta persona, contrato alguno con entidades públicas o con personas privadas que manejen o administren recursos públicos. La ley no establecía

⁶⁸ La redacción original, que corresponde al artículo 46 de la Ley 136 es la siguiente: “[...] Las incompatibilidades de los concejales tendrán vigencia desde el momento de su elección y hasta seis meses posteriores al vencimiento del período respectivo. En caso de renuncia, dichas incompatibilidades se mantendrán durante los seis meses siguientes a su aceptación, salvo para ser nombrado en el cargo de Alcalde Municipal por decreto cuando las circunstancias lo exigieren. [...] Quien fuere llamado a ocupar el cargo de concejal, quedará sometido al mismo régimen de incompatibilidades a partir de su posesión”. El artículo 46 *eiusdem* fue modificado por el artículo 43 de la ley 617.

⁶⁹ Prohibición que posteriormente obtuvo un desarrollo general para los servidores públicos en el artículo 8 de la Ley 80.

excepciones especiales a la incompatibilidad general de los servidores públicos en relación con los concejales⁷⁰.

127. En el **segundo periodo** -2 de junio de 1994 a 27 de diciembre de 1994-, conforme con los artículos 127 de la Constitución Política; 8 y 10 de la Ley 80; y 45, numeral 1.º, 46 y 47 de la Ley 136: se establece la prohibición que configura incompatibilidad para los concejales de poder celebrar, por sí o por interpuesta persona, o en representación de otro, contrato alguno con entidades públicas o con personas privadas que manejen o administren recursos públicos. Lo anterior sin perjuicio de las excepciones generales establecidas en el artículo 10 de la Ley 80 y las especiales contenidas en el artículo 46 de la norma *ejusdem*.

128. En el **tercer periodo** -28 de diciembre de 1994 a 5 de octubre de 2000- conforme con los artículos 127 de la Constitución Política; 8 y 10 de la Ley 80; y 45, numeral 1.º [**modificado por el artículo 3 de la Ley 177**], 46 y 47 de la Ley 136: se establece la prohibición que configura incompatibilidad para los concejales de contratar con “*el respectivo municipio o distrito y sus entidades descentralizadas*”. Lo anterior sin perjuicio de las excepciones establecidas en el artículo 46 de la norma *ejusdem*.

129. En el **cuarto periodo** -6 de octubre de 2000 a la fecha- conforme con los artículos: i) 127 de la Constitución Política; ii) 8 y 10 de la Ley 80; iii) 45, 46 y 47 de la Ley 136; y iv) 96 de la Ley 600: se establece la prohibición general que configura incompatibilidad para los servidores públicos, entre ellos los concejales, de celebrar, por sí o por interpuesta persona, contrato alguno con entidades públicas o con personas privadas que manejen o administren recursos públicos. La ley no establecía excepciones a la incompatibilidad general de los servidores públicos en relación con los concejales.

130. La Sala considera, conforme con la normativa indicada *supra*, que la prohibición que constituye incompatibilidad contenida en el inciso primero del artículo 127 de la Constitución Política sobre contratación es aplicable en forma directa a los concejales; sin perjuicio de las excepciones establecidas por el

⁷⁰ Sin embargo, es importante resaltar que a partir del 28 de octubre de 1993, fecha en que se expidió la Ley 80 y, en especial, su artículo 10, sobre las excepciones a las inhabilidades e incompatibilidades, estableció que “[n]o quedan cobijadas por las inhabilidades e incompatibilidades de que tratan los artículos anteriores, las personas que contraten por obligación legal o lo hagan para usar los bienes o servicios que las entidades a que se refiere el presente estatuto ofrezcan al público en condiciones comunes a quienes los soliciten, ni las personas jurídicas sin ánimo de lucro cuyos representantes legales hagan parte de las juntas o consejos directivos en virtud de su cargo o por mandato legal o estatutario, ni quienes celebren contratos en desarrollo de lo previsto en el artículo 60 de la Constitución Política”.

legislador en las leyes 80 y 136, relativas a: i) “[...] las personas que contraten por obligación legal o lo hagan para usar los bienes o servicios que las entidades a que se refiere el presente estatuto ofrezcan al público en condiciones comunes a quienes los soliciten [...]”; ii) “[...] ni las personas jurídicas sin ánimo de lucro cuyos representantes legales hagan parte de las juntas o consejos directivos en virtud de su cargo o por mandato legal o estatutario [...]”; iii) “[...] quienes celebren contratos en desarrollo de lo previsto en el artículo 60 de la Constitución Política [...]”; iv) “[...] Usar los bienes y servicios que las entidades oficiales de cualquier clase, las prestadoras de servicios públicos domiciliarios y de seguridad social ofrezcan al público, bajo condiciones comunes a todos los que lo soliciten [...]”; y v) “[...] Ser apoderados o defensores en los procesos que se ventilen ante la Rama Jurisdiccional del Poder Público. Sin embargo, los concejales durante su período Constitucional no podrán ser apoderados ni peritos en los procesos de toda clase que tengan por objeto gestionar intereses fiscales o económicos del respectivo municipio, los establecimientos públicos, las empresas industriales y comerciales del orden municipal y las sociedades de economía mixta en las cuales las mismas entidades tengan más del cincuenta por ciento (50%) del capital [...]”.

131. En ese orden de ideas, en caso de encontrarse probado que un concejal celebró un contrato estatal, **indistintamente de si se trata o no del municipio donde fue elegido**, constituye causal de pérdida de investidura⁷¹ por violación del régimen de incompatibilidades establecido por el inciso primero del artículo 127 *ibidem*.

132. Esta Sección ha considerado, en relación con la causal de desinvestidura por incurrir en la prohibición que constituye incompatibilidad establecida en el inciso primero del artículo 127 de la Constitución Política, lo siguiente:⁷²

*“[...] Inicialmente debe señalarse que el numeral 1º del artículo 45 de la Ley 136 de 1994, que consagró las incompatibilidades de los concejales, fue modificada por la Ley 177 de 1994 y, posteriormente, fue derogada por el artículo 96 de la Ley 617 de 2000, razón por la que no puede edificarse, con sustento en ella, la causal de pérdida de investidura por violación del régimen de incompatibilidades. Sin embargo, a juicio de la Sala, y contrario a lo manifestado por el Tribunal Administrativo de Bolívar, **el artículo 127 de la Carta Política consagra una incompatibilidad para los concejales, en la medida en que son servidores públicos, consistente en la prohibición de celebrar, por sí o por interpuesta persona, o en representación de***

⁷¹ Conforme con el numeral 1.º del artículo 48 de la Ley 617.

⁷² Consejo de Estado- Sala de lo Contencioso Administrativo- Sección Primera. Sentencia del 21 de enero de 2016. Expediente radicación nro. 13001-23-33-000-2014-00333-01.M.P.Roberto Augusto Serrato Valdés.

otro, contrato alguno con entidades públicas, mientras ostenten tal condición, salvo las excepciones legales. Así lo ha confirmado, inicialmente la Corte Constitucional, en la Sentencia C194 de 1995, y posteriormente, esta Sala, en sentencia del 10 de marzo de 2005 [...]” (Destacado fuera de texto).

133. Lo anterior permite a la Sala concluir que la prohibición que constituye incompatibilidad establecida por el inciso primero del artículo 127 de la Constitución Política **es una causal autónoma** que prohíbe a los servidores públicos, entre ellos a los concejales municipales o distritales, en forma general, “[...] **celebrar, por sí o por interpuesta persona, o en representación de otro, contrato alguno con entidades públicas o con personas privadas que manejen o administren recursos públicos, salvo las excepciones legales [...]**”.

134. Por último, la Sala considera que la tesis anterior encuentra respaldo en la sentencia C-194 de 4 de mayo de 1995, proferida por la Corte Constitucional; oportunidad en la cual se realizó el estudio de constitucionalidad de, entre otros, los artículos 45 y 47 de la Ley 136.

135. En esa oportunidad la Corte Constitucional explicó, **en relación con la incompatibilidad original contenida en el numeral 1.º del artículo 45 de la Ley 136**, lo siguiente: i) es aplicable en virtud de “*la regla constitucional*” contenida en el “[...] artículo 127, inciso 1º, de la Carta, que cobija a los concejales como servidores públicos [...]”; ii) “[...] de ninguna manera se rompe el principio de igualdad respecto de los demás colombianos [...] pues las incompatibilidades se tienen en razón del cargo que se desempeña, esto es, con motivo y por causa de una condición diferente a las de cualquier persona y a partir de las especiales responsabilidades que se asumen [...]”; y iii) esta norma se ajusta a la Constitución Política en la medida en que su consagración corresponde a la función legislativa que, en cuanto a la determinación de las circunstancias constitutivas de incompatibilidad, “[...] goza de amplia discrecionalidad en guarda de los intereses públicos [...]”.

136. Asimismo, la Corte Constitucional realizó el estudio del **artículo 47 de la ley ejusdem**, sobre “*duración de las incompatibilidades*”; norma que, se reitera, establece que “[...] [l]as incompatibilidades de los concejales municipales y distritales, tendrán vigencia hasta la terminación del período constitucional respectivo. En caso de renuncia se mantendrán durante los seis (6) meses siguientes a su aceptación, si el lapso que faltare para el vencimiento del período

fuere superior [...]”. Sobre el particular, la Corte explicó lo siguiente:

“[...] Es indudable que al legislador corresponde, ya que es inherente a su función, determinar cuándo comienza y cuándo finaliza la vigencia de las incompatibilidades para los cargos públicos cuya regulación le ha sido encomendada por la Carta, entre ellos el de concejal.

Tal determinación resulta, además, indispensable, por razones de seguridad jurídica, puesto que la persona elegida debe tener exacto y previo conocimiento acerca de aquello que es incompatible con la dignidad que ostenta, así como también tiene derecho a saber el momento preciso en que le es exigible la observancia de las pertinentes normas y el tiempo durante el cual se extiende su aplicación.

De la misma manera, la sociedad tiene que estar enterada sobre los mismos aspectos, para reclamar que el régimen correspondiente sea observado.

La aludida definición legal tiene también relevancia en el campo estrictamente jurídico, cuando se trate de establecer si en un caso determinado resulta desconocido el sistema de incompatibilidades y con el fin de deducir, al amparo de normas preexistentes, la responsabilidad de la persona y la aplicación de las pertinentes sanciones.

Ahora bien, la extensión de las incompatibilidades en el tiempo debe guardar proporción con las finalidades perseguidas por el legislador al establecerlas y no puede implicar el sacrificio injustificado de los derechos constitucionalmente reconocidos a quien desempeñe el cargo.

Que las incompatibilidades tengan vigencia desde el momento de la elección, como lo dispone el artículo impugnado, es algo que no contradice los preceptos superiores y que se explica por el objetivo de impedir que, si bien no posesionado, pero ya seguro sobre el futuro desempeño del cargo, el nuevo concejal haga uso de su poder público potencial para representar y gestionar todavía intereses privados que puedan entrar en colisión con los del bien público.

Debe precisarse que, durante el tiempo transcurrido entre la elección y la posesión, no hay propiamente incompatibilidades sino prohibición de actuar en papeles diferentes, pues todavía, aunque se tiene la dignidad, no se la ejerce.

Obviamente, se ajusta a la Carta Política y realiza su sentido la previsión de las incompatibilidades durante todo el tiempo de ejercicio del cargo de concejal, pues precisamente es la doble condición simultánea la que lleva a confundir el ámbito de los fines estatales con el del beneficio privado, en abierto desacato a los principios constitucionales de imparcialidad y moralidad en el ejercicio de toda función pública (artículos 123 y 209 C.P.).

Mayor análisis merece la disposición en cuanto prolonga las

incompatibilidades más allá del tiempo durante el cual se ejerce el cargo. No tiene sentido que la imposibilidad de cumplir otras actividades, habiendo culminado el período, se torne en absoluta. La filosofía del sistema no puede consistir en castigar al antiguo funcionario, haciéndole imposible que, al amparo de inalienables derechos constitucionales, procure su sustento mediante el trabajo o aspire a nuevos destinos públicos.

Obsérvese, por ejemplo, que, según el artículo 45 de la misma Ley 136 de 1994, entre las incompatibilidades cuya vigencia se extiende por seis meses después de haber dejado el puesto de concejal, está la de "aceptar o desempeñar cargo alguno en la administración pública", **sin circunscribir la aplicación de la norma al ámbito del municipio, que sería lo razonable una vez terminado el período,** y la de "vincularse como trabajador oficial o **contratista**", **también sin distinción alguna sobre el nivel territorial o administrativo en que pudiera tener lugar la vinculación.**

Así, pues, en la norma examinada **aparece desvirtuado el concepto de incompatibilidad,** cuyo alcance corresponde al **ejercicio de ocupaciones simultáneas,** **cuando a todas luces la dualidad, inherente a aquélla, desaparece desde el momento mismo en que culmina el período o es aceptada la renuncia.**

Pero, por otra parte, la Corte considera que carecería de todo sustento constitucional una decisión que privara al legislador de la facultad - implícita en la potestad que le corresponde- de señalar prohibiciones, durante cierto tiempo, a quien ha ejercido un cargo, **en guarda del interés público y de la claridad que debe prevalecer en las actuaciones de quien acaba de ser funcionario y hace tránsito al ejercicio de actividades privadas.**

Lo ajustado a la Carta Política en esas situaciones **no es la consagración de mandatos extremos que impliquen hacer nugatorios los derechos de la persona o abrir las posibilidades de indebidas manipulaciones de la función pública para abonar el terreno de los beneficios particulares, sino el equilibrio armónico entre el interés común, que la ley preserva mediante la introducción de límites y restricciones razonables, y el sano ejercicio de los derechos fundamentales del individuo.**

Un debido entendimiento de la norma demandada, bajo las perspectivas dichas y en desarrollo de una interpretación constitucional sistemática, permite concluir en su exequibilidad, aunque declarada bajo el supuesto de que, por una parte, en el texto legal se ha utilizado impropriamente el término "incompatibilidades", cuando se hace referencia a los seis meses que siguen a la dejación del cargo, pues en realidad se trata de prohibiciones, y, por otra, que **éstas no deben interpretarse ni aplicarse como absolutas,** lo que las haría inconstitucionales. De allí resulta que su alcance admisible, es decir, conforme a los postulados de la Carta Política, se reduce a impedir que la aceptación o desempeño de cargos, la celebración de contratos, la realización de gestiones y, en general, las diferentes tareas que el artículo 45 de la Ley 136 de 1994 denomina "incompatibilidades", **para quien ha dejado de ser concejal,** durante los seis meses

*siguientes a la culminación del período o la efectividad de la renuncia, **puedan llevarse a cabo en relación con el mismo municipio o distrito al cual se sirvió en la posición enunciada [...]*** (Destacado fuera de texto).

137. En relación con el artículo 47 de la Ley 136 –*no así para el artículo 45-*, se puede concluir que la sentencia C-194 de 1995 estableció la siguiente interpretación:

137.1. El artículo 47 no debe ser entendido como “*incompatibilidad*” sino como “*prohibición*” en la medida en que la incompatibilidad prohíbe el ejercicio simultáneo de dos condiciones “[...] *que lleva a confundir el ámbito de los fines estatales con el del beneficio privado [...]*”; lo anterior en la medida en que, en el supuesto fáctico del artículo 47 no se tiene la doble condición que genera incompatibilidad porque la persona ya no ostenta la condición de miembro de corporación pública de elección popular, bien sea por renuncia o por terminación del periodo.

137.2. La prohibición contenida en el artículo 47 *ejusdem* prohíbe la aceptación o desempeño de cargos, la celebración de contratos y la realización de gestiones ante entidades públicas “[...] **para quien ha dejado de ser concejal, durante los seis meses siguientes a la culminación del período o la efectividad de la renuncia [...]**”. Asimismo, se trata de una **prohibición limitada en relación con el mismo municipio o distrito** en el cual se tuvo la condición de concejal.

138. Pues bien, la Sala considera que la interpretación que realizó la Corte Constitucional sobre el alcance de la prohibición contenida en el artículo 47 *ejusdem* no es aplicable a las incompatibilidades establecidas en el artículo 45 *ejusdem*, conforme se explica a continuación:

138.1. En **primer orden**, porque la Corte Constitucional realizó la interpretación indicada *supra* en relación con el artículo 47 -*que establece prohibiciones-* y no del 45 –*que establece incompatibilidades-*;

138.2. En **segundo orden**, porque los artículos establecen figuras procesales diversas que no pueden ser equiparadas como iguales y que implican estudios más rigurosos; es decir, no es procedente hacer extensiva la interpretación realizada por la Corte Constitucional en relación con el artículo 47 al artículo 45 de la Ley *ejusdem*. En efecto, la misma Corte señaló, por un lado y en relación con la

incompatibilidad establecida por el numeral 1.º del artículo 45 *supra* –que se reitera no establecía un límite territorial para la configuración de la incompatibilidad–, que su consagración corresponde a la función legislativa que, en cuanto a la determinación de las circunstancias constitutivas de incompatibilidad, goza de amplia discrecionalidad en guarda de los intereses públicos.

138.3. Por el otro, en cuanto a la prohibición establecida en el artículo 47, consideró que esta debía ser limitada al ámbito territorial correspondiente en virtud del equilibrio que debe existir entre el interés común y el particular, partiendo de una premisa relevante; a saber, que la persona ya no ostenta la dignidad de concejal y, en consecuencia, la prohibición general constituiría una limitación indebida de los derechos de la persona.

138.4. Expuesto lo anterior, la Sala procede a determinar cuáles son los elementos para la configuración de la incompatibilidad establecida por el artículo 127 de la Constitución Política.

Conclusión sobre los elementos que configuran la incompatibilidad establecida por el artículo 127 de la Constitución Política

139. La Sala considera que la configuración de la prohibición general establecida por el artículo 127 de la Constitución Política y en relación con el caso *sub examine* implica la acreditación de los siguientes supuestos:

- i) Que el demandado haya sido elegido concejal municipal o distrital;
- ii) Que el demandado haya celebrado, por sí o por interpuesta persona, o en representación de otro, contrato alguno, mientras ostentaba la investidura de concejal; y
- iii) Que el contrato se haya celebrado con una entidad pública.

La calificación habilitante

140. Visto el marco normativo y los desarrollos jurisprudenciales indicados *supra*, la Sala procede a determinar si el demandado, señor Calixto Gélvez Suárez, es sujeto pasible de la solicitud de desinvestidura formulada por la parte demandante.

141. La persona demandada tiene la calidad de concejal conforme se encuentra acreditado con el Acta núm. 001 de Sesión ordinaria del Concejo Municipal de Pamplona⁷³, por la cual se tomó posesión del demandado como Concejal del Municipio de Pamplona, para el período constitucional 2016-2019.

142. En ese orden de ideas, la condición de concejal del demandado se tiene por cierta en la medida en que el documento relacionado en el párrafo anterior constituye prueba de dicha calidad, lo cual lo hace sujeto pasivo del medio de control de pérdida de investidura. Asimismo, esta circunstancia no es objeto de controversia en esta instancia.

Análisis del caso concreto

143. Visto el marco normativo y los desarrollos jurisprudenciales en la parte considerativa de esta sentencia, la Sala procede a realizar el análisis del acervo probatorio para, posteriormente, en aplicación del silogismo jurídico, concluir el caso concreto.

144. Para efectos metodológicos, la Sala procederá al estudio de: i) el acervo y valoración probatorios; ii) análisis de los elementos constitutivos de la incompatibilidad alegada como causal de pérdida de investidura en el caso concreto; y iii) conclusión.

Acervo y valoración probatorios

145. Vistos: los artículos 211 y 212 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo⁷⁴, sobre el régimen probatorio y oportunidades probatorias; y 165, 167 y 176⁷⁵ de la Ley 1564 de 12 de julio de 2012⁷⁶ sobre medios de prueba, carga de la prueba y apreciación de las pruebas; la Sala procede a apreciar y a valorar en su conjunto **todas las pruebas decretadas y aportadas, en primera instancia**, de conformidad con las reglas de la sana crítica y aplicando las de la lógica y la certeza que sobre determinados hechos se requiere para efectos de decidir lo que en derecho corresponda, con el objeto de determinar si el demandado incurrió o no en la causal de pérdida de investidura *supra*.

⁷³ Cfr. Folio 4 a 9.

⁷⁴ Aplicables en virtud de los artículos 21 y 22 de la Ley 1881.

⁷⁵ Aplicables en virtud del artículo 211 de la Ley 1437 de 2011

⁷⁶ Por medio de la cual se expide el Código General del Proceso y se dictan otras disposiciones.

146. Vistos: i) el artículo 95⁷⁷ de la Ley 270 de 7 de marzo de 1996⁷⁸, sobre las tecnología al servicio de la administración de justicia; y ii) los artículos 243, sobre distintas clases de documentos; 244, sobre documentos auténticos; 245, sobre aportación de documentos; 246, sobre valor probatorio de las copias; y 260 de la Ley 1564, sobre alcance probatorio de los documentos privados; la Sala realizará la valoración probatoria de los documentos allegados al proceso, en original o copia y les otorgará el valor correspondiente. Asimismo, se reconoce a los documentos técnicos, electrónicos, informáticos y telemáticos la misma validez y eficacia de un documento original, siempre que se garantice su autenticidad e integridad y “[...] el cumplimiento de los requisitos exigidos por las leyes procesales [...]”.

147. Visto el artículo 247 de la Ley 1564, sobre valoración de mensajes de datos, y la Ley 527 de 18 de agosto de 1999⁷⁹, en especial, sus artículos 10, sobre admisibilidad y fuerza probatoria de los mensajes de datos; y 11, sobre criterios para valorar probatoriamente un mensaje de datos, la Sala considera que, en virtud al criterio de equivalencia funcional, se valorarán los documentos electrónicos aportados al proceso en el formato de origen o en otro medio, siempre y cuando se cumplan los requisitos de forma, fiabilidad, inalterabilidad y rastreabilidad, de la información contenida en el documento.

148. La Sala observa que en el proceso se decretaron y practicaron las siguientes pruebas:

Prueba documental

⁷⁷ “[...] ARTÍCULO 95. TECNOLOGÍA AL SERVICIO DE LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA. El Consejo Superior de la Judicatura debe propender por la incorporación de tecnología de avanzada al servicio de la administración de justicia. Esta acción se enfocará principalmente a mejorar la práctica de las pruebas, la formación, conservación y reproducción de los expedientes, la comunicación entre los despachos y a garantizar el funcionamiento razonable del sistema de información.

Los juzgados, tribunales y corporaciones judiciales podrán utilizar cualesquier medios técnicos, electrónicos, informáticos y telemáticos, para el cumplimiento de sus funciones.

Los documentos emitidos por los citados medios, cualquiera que sea su soporte, gozarán de la validez y eficacia de un documento original siempre que quede garantizada su autenticidad, integridad y el cumplimiento de los requisitos exigidos por las leyes procesales.

Los procesos que se tramiten con soporte informático garantizarán la identificación y el ejercicio de la función jurisdiccional por el órgano que la ejerce, así como la confidencialidad, privacidad, y seguridad de los datos de carácter personal que contengan en los términos que establezca la ley [...]”.

⁷⁸ Estatutaria de Administración de Justicia.

⁷⁹ Por medio de la cual se define y reglamenta el acceso y uso de los mensajes de datos, del comercio electrónico y de las firmas digitales, y se establecen las entidades de certificación y se dictan otras disposiciones.

148.1. Copia del Acta núm. 001 de Sesión Ordinaria del Concejo Municipal de Pamplona, mediante la cual se toma posesión a, entre otros, el demandado como concejal de ese municipio⁸⁰.

148.2. Copia del *“CONTRATO DE COMPRAVENTA MINIMA CUANTÍA MC-038 DE 2016”* suscrito el 14 de diciembre de 2016 entre el *“MUNICIPIO DE CACOTA”* y el señor *“CALIXTO GELVEZ SUAREZ”*; cuyo objeto es la *“COMPRAVENTA DE PLANTULAS DE FRESA PROYECTO PRODUCTIVO POBLACIÓN VICTIMA DEL CONFLICTO DEL MUNICIPIO DE CACOTA”*, por valor de once millones novecientos treinta y cuatro mil pesos M/cte. (\$11'934.000,00). En el contrato se pacta que el lugar de ejecución y domicilio contractual será el *“el municipio de Cócota, Norte de Santander”*⁸¹.

148.3. Copia del *“ACTA DE EVALUACIÓN PROCESO SELECCIÓN MÍNIMA CUANTÍA MC-038 DE 2016”*; del *“ACTA DE INICIO”*; del *“RECIBO A SATISFACCIÓN DE CONTRATOS Y/O CONVENIOS SUSCRITOS CON EL MUNICIPIO”*; y del *“INFORME FINAL DEL SUPERVISOR DE CONTRATOS SUSCRITOS CON EL MUNICIPIO”* en la cual se deja constancia: i) que, para la *“COMPRAVENTA DE PLÁNTULAS DE FRESA PROYECTO PRODUCTIVO POBLACIÓN VÍCTIMA DEL CONFLICTO DEL MUNICIPIO DE CACOTA”*, se presentó un oferente; a saber, el señor Calixto Gélvéz Suárez; ii) que la propuesta presentada por el demandado se encuentra dentro del precio y cumple con todos los requisitos exigidos; iii) que el 14 de diciembre de 2016 se declaró iniciada la ejecución del contrato; y iv) que el 20 de diciembre de 2016 el supervisor del contrato dejó constancia sobre el cumplimiento a satisfacción del objeto del contrato⁸².

148.4. Copia del *“ACTA DE LIQUIDACIÓN DEL CONTRATO MC-038/2016 SUSCRITO ENTRE MUNICIPIO (SIC) DE CACOTA Y CALIXTO GELVEZ SUAREZ”* suscrita el 29 de diciembre de 2016 en la cual las partes acuerda liquidar el Contrato MC-038/2016⁸³.

148.5. Copia auténtica del registro civil de nacimiento del señor *“Calixto Gelves⁸⁴ Suárez”* según el cual nació el 14 de mayo de 1963 en Iscaligua del Municipio de

⁸⁰ Cfr. Folios 4 a 9.

⁸¹ Cfr. Folios 10 a 16.

⁸² Cfr. Folios 95 a 100

⁸³ Cfr. Folios 17 a 19.

⁸⁴ Así lo consigna el registro civil de nacimiento.

Pamplona. Asimismo, el documento deja constar que el padre del señor “*Gelvez Suárez*” tiene como profesión la de agricultor y que su madre es de “*profesión Hogar*”⁸⁵.

148.6. Certificación expedida por el Rector y por la Secretaria de la Institución Educativa Colegio San José Provincial del Municipio de Pamplona mediante la cual dejan constancia que “**GELVEZ SUARES CALIXTO**, *identificado con Documento de Identidad [...] (N.S.) Cursó Y Reprobó en esa Institución en la sección Diurna el siguiente grado, de acuerdo a la intensidad horaria, Juicios valorativos, y año lectivo que se relacionan a continuación: GRADO PRIMERO DE BACHILLERATO - 1978 [...]*”⁸⁶.

148.7. Constancia suscrita por el señor Christian Suárez Contreras el 4 de abril de 2019, en su condición de Secretario General del Concejo Municipal de Pamplona, mediante la cual manifiesta que “[...] *revisados los archivos de la Corporación Pública, se puede certificar que durante los días 18, 21, 27, 28, 29 y 31 del mes de diciembre de 2016 se desarrollaron las sesiones extraordinarias, de las cuales se constata la asistencia del H.C. Calixto Gelvez Suárez [...] a todas y cada una de las sesiones programadas [...]*”⁸⁷.

148.8. Actas núms. 095, 096, 097, 098, 099 y 100 de sesión extraordinaria del Concejo Municipal de Pamplona, realizadas los días 18, 21, 27, 28, 29 y 31 de diciembre de 2016 en las cuales consta la asistencia del demandado.

148.9. Constancia suscrita por el señor Christian Suárez Contreras el 2 de abril de 2019, en su condición de Secretario General del Concejo Municipal de Pamplona, mediante la cual manifiesta que “[...] *revisados los archivos de la Corporación Pública, se puede certificar y constatar que en el transcurso del año 2016 no se realizaron capacitaciones a los honorables concejales en relación al régimen de inhabilidades e incompatibilidades [...]*”⁸⁸.

148.10. Copia de una impresión de pantalla tomada del “**SISTEMA DE DOCUMENTACIÓN E INFORMACIÓN MUNICIPAL**” sobre el Municipio de

⁸⁵ Cfr. Folio 83.

⁸⁶ Cfr. Folio 84.

⁸⁷ Cfr. Folio 85.

⁸⁸ Cfr. Folio 92.

Pamplona, Norte de Santander, en la cual se detallan, entre otros, que el Municipio es de “**Categoría: 6**”⁸⁹.

148.11. Copia del Certificado de Matrícula Mercantil de Perona Natural del señor Calixto Gélvez Suárez en el cual consta que: i) su actividad económica es la “*VENTA DE VIVERES Y ABONOS*”; ii) su actividad principal es el “*COMERCIO AL POR MENOR EN ESTABLECIMIENTOS NO ESPECIALIZADOS CON SURTIDO COMPUESTO PRINCIPALMENTE POR ALIMENTOS, BEBIDAS O TABACO*”; iii) su actividad secundaria es “*EL COMERCIO AL POR MAYOR DE PRODUCTOS QUÍMICOS BÁSICOS, CAUCHOS Y PLÁSTICOS EN FORMAS PRIMARIAS Y PRODUCTOS QUÍMICOS DE USO AGROPECUARIO*”; y iii) otras actividades son “*COMERCIO AL POR MENOR DE OTROS ARTÍCULOS DOMÉSTICOS E ESTABLECIMIENTOS ESPECIALIZADOS*”. Asimismo, certifica que es el propietario del establecimiento denominado: Bodega La Rebaja Núm. 2 de Pamplona ubicada en el Centro de Acopio Local 12.⁹⁰

Prueba testimonial

Testimonio de la señora Leidy Vianey Parra Villamizar

148.12. **Testimonio que rindió la señora Leidy Vianey Parra Villamizar** el 10 de abril de 2019.

i) El Magistrado pregunta a la testigo sobre los generales de ley y si conoce al señor Calixto Gélvez Suárez. A lo cual la testigo Respondió:

“[...] soy concejal del Municipio de Pamplona. De profesión abogada; [...] hasta ahora terminé el programa de derecho. [...] Compañera del señor Calixto en el Concejo Municipal. [...] Es mi primer periodo de Concejal; lo terminé ahorita en el 2019. Antes de ingresar al Concejo [...] ya pues mis familiares también son como del campo, entonces [...] se sabía del local comercial porque allá compraban insumos, en ese local, y ahorita que somos compañeros del concejo pues [...] ya lo he conocido como un poco más [...]”.

ii) El apoderado de la parte demandada pregunta a la testigo: ¿qué sabe sobre los hechos que nos convocan hoy en esta audiencia?; la testigo respondió:

⁸⁹ Cfr. Folio 93.

⁹⁰ Cfr. Folio 94.

*“[...] el día de ayer el Secretario del Concejo le notificó o le envió una notificación a la exsecretaria, que es ahorita amiga mía; y ella me notificó ayer que tenía que presentarme el día de hoy aquí. Entonces, pues yo llamé a don Calixto para preguntarle [...] pues sabía del proceso que se adelanta [...] porque en Pamplona pues todo el mundo sabe pero no sabía a qué me citaban. Entonces don Calixto me recordó que en alguna oportunidad... nosotros estuvimos hablando, eso fue para el año 2016, finales del año, primer periodo, el primer año de ser concejal; estuvimos hablando, él nos comentó que como él siempre había ejercido el comercio él nos comentó a la que en ese tiempo era la Secretaria y a mí, estábamos en una cafetería; estábamos hablando de cosas personales y en ese momento nos comentó que si era posible de que él... iba a vender una maticas, o sea pues unos insumos para el Municipio de Cácuta. Eran creo que unos árboles, unas matas, en ese tiempo. **Entonces pues él me dijo, nos dijo que si a él de pronto podía traerle algún inconveniente y pues nosotros dijimos [...] pues revisemos!** y nos metimos al celular y miramos en el celular pues como las incompatibilidades, pues que tenemos nosotros como concejales, y nos remitimos de una vez a la 136 que es... la 136 del 94, la ley que nos rige a nosotros como concejales, y miramos el régimen de incompatibilidades. Y pues todos los ítems, todos los numerales de los que hablaba, todos restringían a que no se podían hacer ciertas cosas específicas dentro del mismo municipio. Pues ese día, eso fue lo que hablamos; obviamente fue algo informal; no fue un concepto que nosotros hubiéramos emitido en ese momento ni nada por igual, cuando todavía no me había graduado tampoco yo de la Universidad pero sí hicimos una revisión de la norma, de la 136, y pues entonces para eso es que estoy yo aquí, para contarles que ese día hicimos pues esa revisión con don Calixto porque él nos preguntó sobre eso. Pero pues después de eso no habíamos vuelto a hablar sobre el tema sino hasta ahorita [...]”.*

iii) A la pregunta del apoderado de la parte demandada relativa a ¿por qué considera que el señor Calixto se les acercó a ustedes a hacerles esa pregunta? y ¿en qué momento?, si se acuerda de la fecha exacta o aproximada de eso; la testigo respondió: *“[...] pues como le digo estábamos, estábamos departiendo. **Eso fue en el 2016, en el primer año de periodo y eso fue terminando las sesiones: teníamos sesiones extraordinarias; eso fue terminando el año. Eso fue como en diciembre, más o menos [...]**”.*

iv) A la pregunta del apoderado de la parte demandada relativa a: diga si en el Concejo Municipal Usted como Concejal y todos los concejales del Municipio de Pamplona, para el año 2016, recibieron algún tipo de capacitación en área de función pública y en áreas específicamente del régimen de inhabilidades e incompatibilidades, respondió:

*“[...] **No pues realmente, en el año 2016 no recibimos ningún tipo de capacitación; [...] lo recuerdo porque [...] yo estaba a la expectativa porque es mi primer periodo como concejal y estaba***

con la expectativa de mirar qué asesoría nos daban a nosotros como concejales porque a pesar de que yo estaba... ya había terminado como materias en derecho... pero pues hay cosas que son importantes saber nosotros como concejales. Las capacitaciones ya como después, como en el 2017 nos hicieron algunas por la ESAP y así; pero en el 2016 no hubo ninguna capacitación [...]".

v) A la pregunta del apoderado de la parte demandada relativa a: ¿cuánto ganaba un concejal en el 2016 por honorarios?; la testigo respondió: "[...] bueno; en el 2016 pues recuerdo... pues no, ahorita un concejal... ganamos como somos un Municipio de categoría sexta pues ganamos más o menos dos millones de pesos cada tres meses que, es que sesionamos, porque nosotros ganamos por honorarios. Entonces para ese tiempo estábamos ganando más o menos como, por ahí, millón setecientos mil cada tres meses. De ahí que nosotros tenemos que suplir los gastos [...] son honorarios que devengamos [...]".

vi) A la pregunta del apoderado de la parte demandada relativa a: ¿Qué supo al fin usted del contrato: si el señor Calixto lo aceptó o lo ejecutó? y si pudo enterarse sobre los pormenores de ese contrato con el Municipio de Cácuta de Velasco; la testigo respondió: "[...] No. Pues ya la verdad fue ahorita después que con lo que pasó... pues **porque igual todos quedamos tan convencidos de que la ley pues restringía al municipio porque en todo era como muy restrictivo al municipio... pues que la verdad no volvimos a tocar el tema y pues todos quedamos ahí como pensando lo mismo [...]**".

vii) A la pregunta del apoderado de la parte demandada relativa a: ¿cómo califica Usted?, siendo compañera del señor Calixto, hace más de tres años: ¿cómo lo califica como persona en su grado de escolaridad?; ¿cómo actúa él?; la testigo respondió: "[...] pues don Calixto es una persona... pues yo la describo como una persona muy servicial: pues a pesar de que en estos momentos no nos encontremos en la misma posición política; pero sí, él ha sido una persona que siempre ha sido servicial pues todos lo conocemos porque **su enfoque siempre ha sido el campo. Pues de por sí que él es de raíces campesinas; entonces, pues definitivamente, yo lo veo y con todo el respeto yo digo que es una persona campesina pero que ha ejercido pues el comercio y me parece que es una persona muy responsable y muy entregada al servicio del concejo. Siempre lo veo como en ese enfoque a don Calixto [...]**".

viii) A la pregunta del apoderado de la parte demandada relativa a: Considera Usted que don Calixto pudo actuar de mala fe al haber aceptado ese contrato de vender unas plantas, como Usted lo mencionó; la testigo respondió: “[...] **pues yo no considero que él esté o que haya actuado de mala fe, por decirlo de cierta manera; no lo considero porque pues incluso yo digo: a veces nosotros como concejales y pues no tenemos como la claridad exacta de la normatividad; pues considero que no; que él no actuó de mala fe; máxime cuando él siempre ha sido una persona que dentro del concejo siempre respeta, como yo dijera: como de los 15 concejales que habemos en el municipio de Pamplona, por lo menos somos de los que más respetamos la asistencia a las sesiones. Es una persona que es puntual, que es responsable, o sea que dentro de sus características yo no creo que hubiera actuado de mala fe [...]**”.

ix) El Ministerio Público pregunta a la testigo: nos manifestó anteriormente que en el año 2016 y en lo que lleva del desarrollo de su función como concejal no ha recibido ningún tipo de capacitación en torno a inhabilidades, incompatibilidades y prohibiciones; ¿estoy en lo correcto? La testigo respondió: “[...] **No; por eso le manifesté que en el 2016 no hubo ningún tipo y más adelante, como en el 2017 - 2018 nos hicieron algunas capacitaciones no enfocadas al régimen de incompatibilidades; [...]** o sea nos hicieron de incompatibilidades e inhabilidades así como tal nos hicieron una capacitación por parte de la ESAP, pero de resto no [...]”.

x) A la pregunta del Ministerio Público relativa a: Al examinar la Ley 617 de 2000 establece como exigencia para la posesión de los concejales el hecho de que hayan recibido una capacitación por parte de la ESAP; ¿Ustedes recibieron esa capacitación?; la testigo respondió: “[...] **como le dije anteriormente esa capacitación la recibimos en los años posteriores a 2016; en el primer año de periodo de gobierno, que fue en el 2016, no recibí ninguna capacitación por parte de la ESAP; fue posterior, fue en el año 2017 o 2018, no recuerdo bien en este momento, que ellos han ido a capacitarnos en diferentes temas [...]**”. El Ministerio Público reitera: “[...] **Entonces para posesionarse no hubo capacitación de la ESAP como lo exige la ley [...]**”; la testigo respondió: “[...] **No señor, no... pues una capacitación por parte de la ESAP para posesionarnos, no señor [...]**”.

xi) A la pregunta del Magistrado relativa a: díganos si usted sabe si el señor Calixto Gélvez Suárez ha ocupado, a diferencia de este periodo, igualmente el

cargo de concejal con anterioridad; la testigo respondió: “[...] Pues yo sé que el concejal Calixto antes es repitente con algunos otros compañeros. No sé en qué, cuántos periodos [...] **pero la verdad es que antes de este periodo sí. Sí señor** [...]”. El Magistrado pregunta nuevamente si en periodos anteriores el señor Calixto Gélvez Suárez ha ocupado el cargo de concejal en el Municipio de Pamplona; la testigo responde: **“sí señor”**.

Testimonio de la señora Gina Gisela Vargas Montilla

148.13. **Testimonio que rindió la señora Gina Gisela Vargas Montilla** el 10 de abril de 2019.

i) El Magistrado pregunta sobre los generales de ley y si conoce al señor Calixto Gélvez Suárez; la testigo respondió: “[...] Actualmente soy abogada. Conozco al señor Calixto Gélvez Suáres desde hace aproximadamente unos 4 años [...] porque trabajé como secretaria del Concejo Municipal de la ciudad de Pamplona; entonces trabajé hasta el 31 de diciembre del año 2018 [...]”.

ii) El apoderado de la parte demandada pregunta lo siguiente: Infórmele al Despacho qué conoce de los hechos que nos reúnen aquí en esta audiencia el día de hoy; la testigo respondió lo siguiente:

*“[...] bueno, el día de ayer recibí en horas de la tarde una llamada del secretario actual del concejo municipal donde me informaba que había sido citada para rendir un testimonio en este proceso. Yo inmediatamente llamé a don Calixto pues para preguntarle sobre qué [...] era el tema y pues él me dijo que era sobre lo que habíamos conversado en algún momento entonces cuando yo era secretaria del Concejo, en alguna ocasión me encontraba con algunos de los miembros de la corporación y en ese momento en la cafetería surgió el tema de don Calixto. [...] Pues él nos preguntaba de que... si podía existir algún inconveniente en poder suministrar algunas matas que estaban comprando en un municipio cercano a pamplona y entonces pues en el momento lo que hicimos fue pues como lo normal del concejo es revisar la Ley 136 y la Ley 1551 que es de lo que trata el tema de los concejales y dentro de las inhabilidades vimos claramente que había como una restricción que era dentro del Municipio... cuando se desempeñaba el contrato dentro del Municipio y pues claramente **lo que hicimos con mi compañero fue leerle el artículo a Don Calixto y decirle pues como que nuestra interpretación, una interpretación propia, yo deducía que la prohibición se hacía únicamente frente al Municipio en donde desempeñaba la función.** Y entonces yo le dije: Don Cali pues yo no le veo ningún problema porque aquí la norma está siendo muy clara y pues eso fue como lo que le dije en el momento [...]”.*

iii) El apoderado de la parte demandada pregunta a la testigo si como secretaria del Concejo Municipal de Pamplona en el 2016 le consta si el señor Calixto asistió o no a las sesiones extraordinarias realizadas a finales de año; la testigo respondió: “[...] *No, por lo general [...] don Calixto siempre ha sido muy responsable con el tema de las asistencias y siempre asistió, independientemente de que fueran ordinarias o extraordinarias. Siempre asistía [...]*”. Asimismo, el apoderado pregunta a la testigo si como secretaria del Concejo para el año 2016, recuerda si hubo alguna capacitación para los señores concejales en temas de función pública y régimen de inhabilidades, a lo cual la testigo respondió: “[...] **No, no señor no ocurrió ninguna [...]**”.

iv) El apoderado pregunta a la testigo: ¿Qué supo Usted de ese contrato si don Calixto lo ejecutó; supo algo posteriormente en relación con ese contrato del que Usted manifiesta vender o suministrar unas plantas o unas matas?; la testigo respondió: “[...] *Bueno, lo que yo tengo entendido fue lo que don Calixto nos expresó en el momento; que un conocido de él y cliente del local; don Calixto tiene un local en el centro de acopio del municipio, le había dicho que estaban comprando unas matas y que don Calixto podía suministrarlas. Don Calixto le dice pues que él no tiene como experiencia en eso y pues la persona que lo busca le dice que no se preocupe, que él le hace como todo, que don Calixto solo tiene que ir a llevar las plantas y efectivamente, ya después al tiempo, fue que le pregunté a don Calixto [...] me contó que ya había suministrado las plantas, que ya las había entregado y ya eso fue lo que supe hasta ahora que salió pues el tema de la demanda [...]*”.

v) El Magistrado solicita a la testigo que informe ¿desde qué periodo fungió Usted como Secretaria del Concejo Municipal de Pamplona? La testigo respondió: “*desde el 20 de mayo del año 2016 hasta el 31 de diciembre del año 2018*”

vi) El Magistrado solicita a la testigo que informe, en atención a su condición de Secretaria del Concejo Municipal, en ese periodo, si recuerda durante cuántos periodos con anterioridad fue concejal del Municipio de Pamplona el señor Calixto Gélvez. La testigo respondió: “[...] **Dos periodos, señor Magistrado. Dos o tres periodos. O sea, estuvo dos periodos antes de yo entrara trabajar en el Concejo Municipal. Sí señor [...]**”.

vii) El Magistrado pregunta a la testigo si, en su condición de Secretaria del Concejo Municipal, sabe usted si a los señores concejales, en particular al señor Calixto, se le brindó capacitación previa a tomar posesión del cargo en este periodo o en periodos anteriores. La testigo respondió: “[...] No. *Realmente en el concejo Municipal nunca recibió ese tipo de capacitaciones. Tratamos de implementarlas porque se hizo la solicitud, a partir del año 2017 o mediados, debido a que existían ciertas dudas entre los concejales. Entonces se empezó a pedir capacitaciones a la ESAP pero nos la empezaron a brindar a partir de Junio del año 2017 [...]*”. A lo anterior, la testigo agrega que “[...] No podría dar fe y estaría segura que no; o sea en el Municipio no ha existido ese tipo de colaboración por entidades públicas [...]”.

Testimonio de la señora Ludy Carolina Daza Suárez

148.14. **Testimonio que rindió la señora Ludy Carolina Daza Suárez** el 10 de abril de 2019.

i) El Magistrado pregunta a la testigo sobre los generales de ley y si conoce al señor Calixto Gélvez Suárez. La testigo respondió: “[...] Soy profesional en comercio exterior [...] actualmente soy administradora del condominio centro de acopio de pampón y claro que sí conozco a Don Calixto Gélvez, aproximadamente 10 años, desde el 2009, marzo. [...] Yo soy administradora del centro de acopio y desde antes lo conocía. Desde el 2009 ingresé como administradora y Don Calixto tiene allá un local. Se dedica a la venta de víveres y abonos”.

ii) El apoderado de la parte demandada pregunta a la testigo lo siguiente: ¿cómo califica al señor Calixto Gélvez Suárez; ¿su personalidad, su trato con la comunidad? Usted ¿qué ha observado en relación con esa situación personal Calixto Gélvez Suárez? La testigo respondió:

[...] En mi concepto, don Calixto es una persona honesta, es una persona trabajadora. Viene del sector rural, es de la vereda Iscaligua. También tengo contacto con sus familiares porque él en la bodega trabaja con su esposa y con alguno de sus hijos. Incluso uno de los hermanos es vecino de mi casa materno. Es taxista. Entonces don Calixto lo calificó como una persona muy trabajadora, comerciante y como lo dije antes, pues yo trabajo en el centro de acopio y en el centro de acopio es donde confluyen todos los vehículos, los buses que vienen de las veredas circunvecinas y entonces don Calixto se encarga de proveerles

todo lo del mercado, a parte que la gente llega a vender sus productos, también llegan a abastecerse de productos. Entonces don Calixto les vende ciertos productos, abonos, víveres, etc. [...]

iii) El apoderado de la parte demandada pregunta a la testigo si la conducta del señor Calixto la calificaría de buena fe o de mala fe; a lo cual la testigo respondió: “[...] bueno, en mi concepto yo conozco a Don Calixto y opino que él siempre obra de buena fe. O sea, siempre que hago las rondas diariamente veo que muchas personas acuden a él. Por pedirle favores, desde pedir una cita médica, que vengan del Sisben, cualquier tipo de caso y el siempre demuestra como esa voluntad de ayuda a la comunidad, bajo mi concepto [...]

iv) El apoderado pregunta a la testigo si consideraría que el señor Calixto es una persona experta en temas administrativos o si lo dimensiona desde otro punto de vista. La testigo respondió: “[...] Bueno, lo que yo conozco de don Calixto es que **tiene estudios básicos. Yo diría que no llegó a la secundaria, entonces estudios y experiencia, así como Usted me lo dice, en administración, pues no. El sí sabe mucho de negocios, de comercio, venta de productos, sí; pero tal como experiencia en ese tipo de cosas no**”.

v) Por último, el Magistrado pregunta a la testigo, “[...] en atención al conocimiento que tiene usted de hace más de diez años del señor Calixto Gélvez Suárez, si sabe desde hace cuánto ha sido concejal del Municipio de Pamplona [...]”; la testigo respondió: “[...] **Actualmente es concejal y en el periodo anterior también [...]** No recuerdo; no, no lo tengo clara pero si en el respectivo periodo, no sé si dos o tres. No estoy completamente segura pero sí ha repetido; el anterior y este sí [...]”. Por último, la testigo agrega a su declaración lo siguiente: “[...] No pues ese es mi conocimiento y mi concepto ante Don Calixto. Como digo, son personas humildes, pero siempre con actitud de ayuda. O sea Cualquier persona puede llegar a él, pedirle un favor y él con mucho gusto, si está a su alcance le puede colaborar y ejemplo de honestidad sí; pues nunca se ha manejado ningún caso de que diga lo contrario y pues entonces es una persona que admiro [...]”.

Testimonio del señor Carlos Armando Bastos Fernández

148.15. **Testimonio que rindió el señor Carlos Armando Bastos Fernández** el 10 de abril de 2019.

i) El Magistrado pregunta al testigo sobre los generales de ley y si conoce al señor Calixto Gélvez Suárez, a lo cual el testigo respondió: “[...] *Mis estudios son universitarios, de profesión arquitecto. Pues conozco a Calixto Gélvez desde hace ya mucho tiempo cuando era un líder del sector rural. He venido ejerciendo la acción política en la región de Pamplona hace más o menos ya 40 años; **por eso es que tengo de conocerlo como líder del sector rural.** Posteriormente lo reconocí ya como comerciante establecido en Pamplona en el mercado cubierto y posteriormente en el centro de acopio [...]*”.

ii) El Apoderado de la parte demandada solicita al testigo que informe si conoce cuáles son los hechos por los que fue citado a declarar en esa audiencia. El testigo respondió lo siguiente:

*“[...] En el mes de diciembre de 2016 yo tengo por costumbre escanear la página del Secop para mirar los procesos de contratación que se hacen en los municipios especialmente en la zona, en la provincia de Pamplona. Ello con el fin de mirar las expectativas que hay, tanto contractuales, para mí como para las personas a las que yo conozca y les pase la información. **Eso sucedió cuando el señor Calixto Gélvez cuando vi en la página del Secop que había una convocatoria para suministrar unas semillas o plántulas de fresa. Conociendo yo pues la historia comercial que tiene Calixto y que el maneja todo el tema de productos agrícolas pues entonces yo le comenté que había esa opción, que regresara si estaba interesado y que si llenaba los requisitos. También pues mirando la posibilidad de que pues se consideraba que por la Ley 136 estableció pues que las inhabilidades para contratar en su condición de concejal era en el área de jurisdicción del municipio donde él era concejal pero que pues revisara ese tema. Posteriormente me visitó en mi casa y allí hablamos del tema y me dijo que pues yo lleno los requisitos pero no se elaboró la propuesta. Entonces yo le dije: pues yo le colaboro con ello. Eso sí, como una relación de amistad no fue un negocio, ni yo recibí honorarios por ello ni nada. **Pues simplemente el ejercicio de confianza que tenemos con el señor Calixto. Entonces yo le elaboré la propuesta que él presentó al Municipio de Cácuta y efectivamente entiendo que no se presentaron más oferentes y en el entendido le fue adjudicado el contrato. Hasta ahí tengo yo conocimiento del proceso.**”***

iii) El apoderado de la parte demandada solicita al testigo que informe si la condición de concejal del señor Calixto pudo haber influido para que aceptaran la propuesta que ayudó a elaborar para el Municipio de Cácuta. El testigo respondió: “[...] *Pues no. relación directa no hay pues las jurisdicciones son diferentes y entiendo que pues tampoco es cercano o era cercano al Alcalde de ese Municipio y entonces pienso que no. Esa era una oferta que se estaba haciendo por el Municipio en una página pública que todo el mundo puede acceder y*

definitivamente así como Calixto presentó su oferta, hubiesen presentado otras [...]”.

iv) El apoderado de la parte demandada pregunta al testigo “[...] *en la charla que Usted tuvo con él, ¿Usted percibió si el señor Calixto tiene manejo de contratación o Usted como lo percibió en esa charla y en el apoyo que usted le hizo? [...]”*. El testigo respondió: “[...] *Pues me dio la impresión de **que era muy nuevo en todos estos procesos pues la verdad no tenía conocimiento de cómo acceder al Secop; mucho menos de como presentar o elaborar una propuesta hacia el Municipio; entonces, por esa razón, considero que no es su fuerte precisamente, la contratación pública [...]”***.”.

v) El apoderado de la parte demandada pregunta al testigo si considera que si el señor Calixto hubiera sabido que presentarse para ese contrato le acarrearía algún tipo de incompatibilidad, ¿Usted cree que él lo hubiera hecho? El testigo respondió: “[...] *Pues yo creo que no; yo creo que de alguna manera los que le aconsejamos en el caso personal de que a primera vista no había alguna incompatibilidad pues tampoco se lo hubiéramos recomendado. Nadie está interesado en perjudicarse a sí mismo [...]”*.”.

vi) El Magistrado pregunta al testigo si, en atención a que usted refiere ejercer la política desde hace más de 40 años, ¿usted sabe si el señor Calixto Gélvez Suárez ha ocupado con anterioridad el cargo de concejal? *A lo cual el testigo responde: “[...] **Entiendo que ya con este son dos periodos** que lleva ejerciendo como concejal en el Municipio de Pamplona [...]”*.”.

vii) El Magistrado le manifiesta al testigo lo siguiente: “[...] *Usted ha hecho referencia a la amistad que tiene con el señor Calixto Gélvez Suárez [...]”* y a continuación le pregunta: ¿Usted sabe si dentro de esa relación que los une se le ha informado de la participación del señor Calixto en otras actuaciones contractuales similares a las que ha hecho referencia el día de hoy?; el testigo responde: “[...] *Pues la verdad no; pues cada uno se desempeña pues en su área; él en la comercial y yo en la profesional y esta fue una casualidad y un evento pues como aislado [...]”*”. Por último, el testigo agrega a su declaración lo siguiente: “[...] *básicamente, señor Magistrado y señor Procurador, la idea es que me parece que **el señor Calixto Gélvez es una persona honesta; una persona que de buena fe pudo haberse equivocado; pero que en la evidencia está que es un hombre que ha crecido por su propio esfuerzo, de extracción humilde***”.

campesina pero que ha crecido como comerciante en el Municipio de Pamplona y pues ese es un elemento que se debe reconocer en él en ejercicio de un buen ciudadano [...]”.

Análisis de los elementos constitutivos de la incompatibilidad alegada como causal de pérdida de investidura en el caso concreto

149. Para efectos de resolver los problemas jurídicos, la Sala procede al estudio de cada uno de los elementos constitutivos de la incompatibilidad prevista en el 127 de la Constitución Política que, a su vez, constituye causal de pérdida de investidura por violación del régimen de incompatibilidades⁹¹, con el objeto de determinar si la conducta del señor Calixto Gélvez Suárez se subsume en los presupuestos fácticos y normativos de la causal.

150. Es importante reiterar que la decisión de decretar la pérdida de investidura constituye una medida de una severidad excepcional que implica no solamente la separación inmediata y definitiva del demandado que ha incurrido en la causal prevista en el ordenamiento jurídico, sino que conlleva, además, la imposibilidad de volver a ser elegido en un cargo de elección popular en el futuro.

151. Por lo anterior, la Sala considera que el juzgador debe encontrar probado en el proceso la configuración de cada uno de los elementos de la conducta que constituye causal de pérdida de investidura –*tipicidad de la conducta*- y, en el evento de que la conducta del demandado se subsuma en el supuesto de la norma que establece la prohibición, se debe estudiar el elemento subjetivo de culpabilidad. Solamente configurada la tipicidad de la conducta y la culpabilidad del demandado, resulta procedente la declaratoria de pérdida de investidura.

152. La Sala procede a realizar el estudio de los elementos para la configuración de la causal, a saber: i) que el demandado haya sido elegido concejal municipal o distrital; ii) que el demandado haya celebrado, por sí o por interpuesta persona, o en representación de otro, contrato alguno mientras ostentaba la investidura de concejal; y iii) que el contrato se haya celebrado con una entidad pública.

153. Para efectos metodológicos de la presente decisión, la Sala estudiará el segundo y el tercer supuesto en forma conjunta.

⁹¹ En los términos del numeral 1.º del artículo 48 de la Ley 617.

Primer elemento: Que el demandado haya sido elegido concejal municipal o distrital

154. La Sala considera que el primer elemento de la incompatibilidad *sub examine* se encuentra acreditado, conforme se explicó en los párrafos 140 a 142 *supra*.

Segundo y tercer elementos: que el demandado haya celebrado, por sí o por interpuesta persona, o en representación de otro, algún contrato con entidades públicas mientras ostentaba la investidura de concejal

155. En primer orden, la Sala encuentra acreditado que el demandado fue elegido como Concejal del Municipio de Pamplona, para el periodo constitucional **2016-2019**, y que tomó posesión de su investidura **el 1 de enero de 2016**, según consta en el Acta de Sesión Ordinaria del Concejo Municipal de Pamplona núm. 001 de 1 de enero de 2016.

156. En segundo orden, se encuentra acreditado que el demandado, actuando en nombre propio, **suscribió el 14 de diciembre de 2016** con el Municipio de Cácuta de Velasco el “*CONTRATO DE COMPRAVENTA MÍNIMA CUANTÍA MC-038 DE 2016*” cuyo objeto es la “[...] *COMPRAVENTA DE PLANTULAS DE FRESA PROYECTO PRODUCTIVO POBLACIÓN VÍCTIMA DEL CONFLICTO DEL MUNICIPIO DE CACOTA [...]*”, por valor de once millones novecientos treinta y cuatro mil pesos M/cte. (\$11´934.000,00). Del documento se destacan, entre otras, las cláusulas 5.8 según la cual “[...] *El Contratista al momento de la celebración del presente contrato no se encuentra en ninguna causal de inhabilidad, incompatibilidad o conflicto de intereses [...]*”; y la Cláusula vigésima novena, sobre lugar de ejecución y domicilio contractual, según la cual “[...] *[l]as actividades previstas en el presente contrato se debe desarrollar en la jurisdicción del municipio de Cácuta, Norte de Santander y el domicilio contractual es el Palacio Municipal [...]*”.

157. Asimismo, se encuentra acreditado que el contrato terminó el **20 de diciembre de 2016** y se liquidó posteriormente el **29 de diciembre de esa misma anualidad**.

158. Todo lo anterior consta en la copia del “*CONTRATO DE COMPRAVENTA MÍNIMA CUANTÍA MC-038 DE 2016*”; y en el “*ACTA DE LIQUIDACIÓN DEL CONTRATO MC-038/2016 SUSCRITO ENTRE MUNICIPIO (sic) DE CACOTA Y CALIXTO GELVEZ SUAREZ*”; documentos visibles desde el folio 10 y hasta el folio 19 del cuaderno núm. 1.

159. Los documentos anteriores permiten a la Sala concluir que el demandado, señor Calixto Gélvez Suárez, celebró en interés propio un contrato de compraventa con el Municipio de Cápota de Velasco –*Norte de Santander*-, mientras ostentaba en forma simultánea la investidura de Concejal del Municipio de Pamplona –*Norte de Santander*-.

160. Asimismo, es importante resaltar que la suscripción del contrato indicado *supra* no se encuentra dentro de las excepciones establecidas en los artículos 46 de la Ley 136 y 10 de la Ley 80 indicados *supra*.

161. En consecuencia, la Sala considera que se encuentra acreditado el segundo elemento de la incompatibilidad *sub examine* y, en consecuencia, que se configuró el elemento objetivo de la causal de desinvestidura por violación del régimen de incompatibilidades.

El estudio de la culpabilidad en las solicitudes de desinvestidura

162. Visto el artículo 1.º de la Ley 1881, modificado por el artículo 4 de la Ley 2003 de 19 de noviembre de 2019 “[...] [e]l **proceso sancionatorio de pérdida de investidura es un juicio de responsabilidad subjetiva**. La acción se ejercerá en contra de los congresistas que, con su **conducta dolosa o gravemente culposa**, hubieren incurrido en una de las causales de pérdida de investidura establecidas en la Constitución [...]”; normativa aplicable al caso *sub examine* en virtud del principio de favorabilidad en la medida en que establece una situación más favorable al demandado y en tanto la situación no se encuentra consolidada (Destacado fuera de texto).

163. Esta Corporación ha considerado⁹² que “[...] [e]l **análisis subjetivo del juicio que debe efectuar el juez de la pérdida de la investidura en razón de su carácter**

⁹² Véase por ejemplo: i) Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo; número único de radicación 110010315000201500102-00; sentencia de 23 de febrero de 2016; Consejera Ponente, doctora Carmen Teresa Ortiz de Rodríguez; ii) Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, sentencia del 27 de septiembre de 2016, proceso identificado con número único de radicación

sancionatorio, a la luz del artículo 29 constitucional, impone, por demás, un análisis de responsabilidad basado en la culpabilidad y que la doctrina constitucional ha interpretado como la proscripción de la responsabilidad objetiva en el ejercicio del jus puniendi del Estado [...]”.

164. Sobre el particular, la Corte Constitucional⁹³ consideró que en el marco de las solicitudes de pérdida de la investidura se debía determinar en cada caso si se configuraba el elemento subjetivo de culpabilidad de quien ostenta la dignidad porque el juicio de responsabilidad contiene un elemento objetivo, sobre la adecuación típica de la conducta, y un elemento subjetivo que “[...] *atiende a las circunstancias particulares en las que se presentó la conducta y analiza si el demandado conocía o debía conocer de la actuación que desarrolló y si su voluntad se enderezó a esa acción u omisión [...]”.*

165. Lo anterior porque el análisis de responsabilidad que realiza el juez en este proceso sancionatorio es de carácter subjetivo; además, porque “[...] *[e]n un Estado de Derecho los juicios que implican un reproche sancionador, por regla general, no pueden operar bajo un sistema de responsabilidad objetiva, y las sanciones que se adopten en ejercicio del ius puniendi deberán verificar la ocurrencia de una conducta regulada en la ley (principio de legalidad o tipicidad), contraria al ordenamiento jurídico (principio de antijuridicidad) y culpable [...]”⁹⁴.*

166. Precisado lo anterior, es importante resaltar que el estudio del elemento subjetivo requiere el análisis del dolo y la culpa, entendido el primero como la intención positiva de lesionar un interés jurídico; entretanto, la segunda atañe a un concepto que está ligado a la diligencia debida para el desarrollo de determinada actividad.

167. Para llegar a definir si una conducta es dolosa o gravemente culposa se deben analizar los elementos que constituyen el aspecto subjetivo de la misma, los cuales corresponden al conocimiento tanto de los hechos como de la ilicitud de la conducta; es decir, se debe determinar si el sujeto conocía o debía conocer que su comportamiento resultaba contrario al ordenamiento jurídico.

1100103150002014003886-00, Consejero Ponente, doctor Alberto Yepes Barreiro; y iii) Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, Sala Séptima Especial de Decisión de Pérdida de Investidura; sentencia de 20 de febrero de 2019; proceso identificado con el número único de radicación 110010315000201803883-00; Consejera Ponente, doctora María Adriana Marín.

⁹³ Corte Constitucional, Sentencia SU-424 de 11 de agosto de 2016; Magistrada Ponente, doctora Gloria Stella Ortiz Delgado.

⁹⁴ Corte Constitucional, Sentencia SU-424 de 2016

168. Por un lado, en los casos en los cuales se pruebe que el demandado conocía plenamente que su comportamiento era constitutivo de una causal de pérdida de investidura, estaríamos ante una situación de total intención en la realización de la misma y, por ende, de un grado de culpabilidad doloso; por el otro, en aquellos eventos en los que se concluya que el sujeto no conocía la ilicitud de su conducta pero que, en virtud de la diligencia requerida para el desarrollo de su actividad, debía saber que la misma resultaba contraria a derecho y adoptar las medidas para evitar su realización, se estaría ante un comportamiento culposo, de no mediar sólidas circunstancias que se lo hubieran impedido.

169. Para definir el elemento subjetivo en el caso concreto, el análisis de la conducta debe dirigirse a establecer si el señor Calixto Gelvéz Suárez conocía o debía conocer que la conducta correspondiente a la violación del régimen de incompatibilidades es contraria a las normas y principios establecidos en la Constitución Política y en la ley y si conocía o debía conocer que su conducta, consistente en celebrar contrato con una entidad pública, mientras ostentaba la investidura de concejal, se encontraba prohibida en virtud del artículo 127 de la Constitución Política; ello con miras a determinar si su conducta fue dolosa o gravemente culposa.

La conducta dolosa o gravemente culposa

170. Visto el artículo 1 de la Ley 1881, modificado por el artículo 4 de la Ley 2003.

171. Para efectos de la configuración de una conducta dolosa se deben determinar, por un lado, el conocimiento del sujeto en relación con que determinada conducta *-en este caso, haber suscrito un contrato estatal con entidad pública mientras se ostentaba la investidura de concejal-* se encontraba prohibida por la Constitución Política y la ley.

172. Y, por el otro, que la voluntad del sujeto se dirigió a realizar la acción contraria a derecho. Ante el conocimiento, la ejecución de la conducta demuestra la intención en la misma.

173. Asimismo, la pérdida de investidura solamente tendrá lugar si la conducta es *“gravemente culposa”*, lo que conlleva que debe ser inexcusable.

Análisis de la conducta del demandado en el caso *sub examine*

174. Para efectos de determinar si la conducta del demandado fue dolosa o gravemente culposa se deberá tener en cuenta: i) las condiciones personales del sujeto; y ii) las circunstancias externas que influyeron en la conducta del demandado

Las condiciones personales del demandado

175. En relación con las condiciones personales del demandado, se encuentra acreditado lo siguiente:

175.1. Que el demandado nació el 14 de mayo de 1963 en la vereda Iscaligua del Municipio de Pamplona. Asimismo, que el padre del demandado tenía como profesión la de agricultor y que su madre se dedicaba al cuidado *del hogar*.

175.2. Que el demandado tiene un grado de escolaridad de hasta quinto de primaria. Asimismo, que el demandado cursó en la Institución Educativa Colegio San José Provincial del Municipio de Pamplona el “GRADO PRIMERO DE BACHILLERATO”, el cual reprobó en el año 1978. Ello permite concluir que el demandado tiene un nivel de educación formal “básico de primaria” en la medida en que superó el quinto grado de primaria⁹⁵.

175.3. Se encuentra acreditado que el demandado es comerciante, dedicado a la venta de víveres y abonos al por menor y al por mayor; y que es propietario de un establecimiento de comercio denominado: Bodega La Rebaja Núm. 2 de Pamplona, que se encuentra ubicado en el Centro de Acopio de ese municipio.

175.4. Conforme con los testimonios de Leidy Vianey Parra Villamizar, Ludy Carolina Daza Suárez y Carlos Armando Bastos Fernández se encuentra acreditado que el demandado: i) es un líder del sector rural del Municipio de Pamplona; ii) de origen campesino; iii) su enfoque ha sido el comercio, el campo y la agricultura; iv) ha sido Concejal del Municipio de Pamplona durante dos periodos, correspondiendo el periodo 2016-2019 al segundo de ellos; y v) no es una persona versada en la aplicación y el uso de nuevas tecnología.

⁹⁵ Conforme con el artículo 11 de la Ley 115 de 8 de febrero de 1994, “*por la cual se expide la ley general de educación*”.

175.5. Por último, los testigos describen al demandado como una persona humilde, honesta, responsable, puntual, servicial, colaboradora, trabajadora, que actúa de buena fe y que es entregada al servicio y a la comunidad.

Las circunstancias externas que influyeron en la conducta del demandado

176. En relación con las circunstancias externas que influyeron en la conducta del demandado, se encuentra acreditado lo siguiente:

177. Que los concejales del Municipio de Pamplona no recibieron ninguna capacitación por parte de la Escuela Superior de Administración Pública ni de otra institución de educación superior: ni previo a la posesión que tuvo lugar el 1 de enero de 2016 ni durante el transcurso de ese mismo año.

177.1. Al respecto, es importante resaltar que la capacitación de los “*nuevos servidores públicos electos*”, entre ellos los concejales, constituye un mandato establecido por el artículo 82 de la ley 617 con el objeto de garantizar que el ciudadano elegido adquiriera unas competencias específicas en materia de administración pública que permitan el cumplimiento de las funciones propias de su investidura⁹⁶. La norma establece lo siguiente:

[...] ARTÍCULO 82. CAPACITACION A NUEVOS SERVIDORES PUBLICOS ELECTOS. La Escuela Superior de Administración Pública (Esap), y las demás instituciones de educación pública universitaria adelantarán un programa de capacitación en administración pública, dirigido a los alcaldes, gobernadores y miembros de corporaciones públicas de elección popular, durante el período que medie entre su elección y posesión [...] (Destacado fuera de texto).

177.2. Asimismo, se encuentra acreditado que las capacitaciones se realizaron a partir del año 2017, en virtud de las reiteradas solicitudes presentadas por los concejales; es decir, con posterioridad a la suscripción del contrato entre el demandado y el Municipio de Cácuta de Velasco.

⁹⁶ Lo anterior atiende a una lógica que deviene de las calidades que se requieren para ser elegido concejal y el objeto de los cargos de elección popular; entre ellos, los de corporaciones públicas. Conforme con el artículo 42 de la Ley 136, para ser elegido concejal la ley exige unos requisitos básicos, entre ellos “[...] se requiere ser ciudadano en ejercicio y haber nacido o ser residente del respectivo municipio o de la correspondiente área metropolitana durante los seis (6) meses anteriores a la fecha de la inscripción o durante un período mínimo de tres (3) años consecutivos en cualquier época [...]”.

177.3. Lo anterior se desprende de la constancia suscrita por el señor Christian Suárez Contreras el 2 de abril de 2019, en su condición de Secretario General del Concejo Municipal de Pamplona⁹⁷; y de los testimonios de las señoras Leidy Vianey Parra Villamizar, quien ostentó la condición de concejal durante el periodo 2016-2019; y de Gina Gisela Vargas Montilla, quien fungió como secretaria del Concejo Municipal de Pamplona durante el año 2016. Esta última manifestó incluso, que en periodos anteriores al 2016 no se habían realizado capacitaciones a los concejales del Municipio de Pamplona.

177.4. En efecto, la señora Leidy Vianey Parra Villamizar manifestó, en relación con las capacitaciones, que: “[...] **en el año 2016 no recibimos ningún tipo de capacitación; [...] lo recuerdo porque [...] yo estaba a la expectativa porque es mi primer periodo como concejal y estaba con la expectativa de mirar qué asesoría nos daban a nosotros como concejales porque a pesar de que yo estaba... ya había terminado como materias en derecho... pero pues hay cosas que son importantes saber nosotros como concejales. Las capacitaciones ya como después, como en el 2017 nos hicieron algunas por la ESAP y así; pero en el 2016 no hubo ninguna capacitación [...]**” (Destacado fuera de texto).

177.5. A su turno, la señora Gina Gisela Vargas Montilla al responder la pregunta relativa a si a los señores concejales, en particular al señor Calixto, se le brindó capacitación previa a tomar posesión del cargo **en este periodo o en periodos anteriores**, respondió: “[...] **No. Realmente en el concejo Municipal nunca recibió ese tipo de capacitaciones [...]**”. Asimismo, señaló lo siguiente: “[...] [t]ratamos de implementarlas porque se hizo la solicitud, a partir del año 2017 o mediados, **debido a que existían ciertas dudas entre los concejales. Entonces se empezó a pedir capacitaciones a la ESAP pero nos la empezaron a brindar a partir de Junio del año 2017 [...]**” (Destacado fuera de texto).

178. La Sala encuentra acreditado que el demandado solicitó el concepto de personas que por su condición podían otorgar cierta claridad sobre la materia; entre ellas, una compañera concejal, que se encontraba cursando estudios en derecho; la Secretaría del Concejo Municipal de Pamplona, quien tenía la condición de abogada; y un exalcalde de ese mismo municipio; personas que, según se encuentra acreditado, le manifestaron al demandado que la incompatibilidad para los concejales establecida en el artículo 45 de la Ley 136 no

⁹⁷ Cfr. Folio 92.

se configuraba si el contrato se suscribía con un municipio diferente a donde resultó elegido concejal.

179. Por último, la Sala encuentra acreditada una situación que fue reconocida por esta Sección en la sentencia de 19 de abril de 2018⁹⁸, relativa a que, al menos, para el año 2015, no se podía predicar la existencia de una línea jurisprudencial clara sobre la incompatibilidad de los concejales para la celebración de contratos estatales con entes territoriales municipales diferentes al del cual resultó elegido; en efecto, la Sección consideró *in extensu* lo siguiente:

“[...] [Manifiesta] el apoderado del recurrente [que] para la época de tal celebración, es decir, para el año 2015, solo había dos sentencias previas del Consejo de Estado que se referían a la incompatibilidad de los concejales para suscribir contratos con entidades estatales; la primera proferida el 10 de marzo de 2005 en el expediente radicación 44001-23-31-000-2004- 00056 (PI) que lo prohibía, mientras que la del año 2010, en el expediente radicado con el número 70001-23-31-0002008-000-40-01(PI), lo permitía; además que las sentencias de los años 2016 y 2017 no era posible tenerlas en cuenta para edificar la causal, por ser posteriores a la realización de la conducta.

Para ello es importante determinar si lo dicho constituye precedente, el cual está definido “(...) “como la sentencia o el conjunto de ellas, anteriores a un caso determinado, que por su pertinencia y semejanza en los problemas jurídicos resueltos, debe necesariamente considerarse por las autoridades judiciales al momento de emitir un fallo”. Asimismo, la doctrina lo ha definido como el mecanismo jurisdiccional que tiene su origen en el principio stare decisis o estar a lo decidido, el cual consiste en la aplicación de criterios adoptados en decisiones anteriores a casos que se presenten en situaciones posteriores y con circunstancias similares (...).”

Con el propósito de establecer si las sentencias a las que alude el recurrente son precedente se verifica lo siguiente:

Esta Sección en la sentencia proferida el 10 de marzo de 2005 en el expediente con radicación número 44001-23-31-000-2004-00056-01, dentro de un proceso de pérdida de investidura de concejal, en donde se invocaron como infringidas las mismas normas que en este caso se citan, estos son, los artículos 127 de la Constitución Política así como el artículo 8° de la Ley 80 de 1993 y la causal de pérdida de investidura se circunscribió al artículo 48 numeral 1 de la Ley 617 de 2000 dijo:⁹⁹

“[...] Por lo tanto, la situación se contrae a establecer si el hecho que la demandada hubiera celebrado contrato con el

⁹⁸ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera; sentencia de 19 de abril de 2019; proceso identificado con el número único de radicación 410012333000201700359-01; C.P. doctor Oswaldo Giraldo López.

⁹⁹ Consejo de Estado- Sala de lo Contencioso Administrativo- Sección Primera. Sentencia del 10 de marzo de 2005. C.P. Rafael E. Ostau de Lafont Pianeta.

departamento de la Guajira para ejecutar unas obras en el municipio de Fonseca constituye causal de pérdida de la investidura de concejal por violación del régimen de incompatibilidades a la luz de los artículos 127 de la Constitución Política y 8º, numeral 1, literales a) y f) de la Ley 80 de 1993, que son las normas invocadas en la demanda como las contentivas de la incompatibilidad en comento.

(...)

4. El artículo 127 del Estatuto Supremo establece ciertamente una incompatibilidad genérica para los servidores públicos, en el sentido de que por regla general no pueden celebrar contratos, por sí o por interpuesta persona, o en representación de otro, con entidades públicas o con personas privadas que manejen o administren recursos públicos. Las excepciones a esa regla deben ser señaladas por ley, lo que quiere decir que deben ser expresas, taxativas y precisas, como toda excepción, y por lo mismo requiere ser demostrada.

Quiere decir que quien pretenda encontrarse en una situación de excepción, no sólo debe alegarla, sino también demostrarla

No hay lugar a discusión que los concejales tienen la calidad de servidores públicos, en tanto son miembros de una corporación administrativa territorial, y el artículo 123 de la Constitución Política los cataloga o define como tales al decir que “Son servidores públicos los miembros de las corporaciones públicas, los empleados y trabajadores del Estado y de sus entidades descentralizadas territorialmente y por servicios”.

Así las cosas, en principio, o por regla general, los concejales, en tanto servidores públicos se encuentran cobijados por la incompatibilidad o prohibición establecida en el artículo 127 de la Constitución Política, salvo que exista norma especial para ellos que regule el punto y en ese orden los exceptúe de dicha regla, respecto de lo cual la demandada se remite a la Ley 136 de 1994, y de ella invoca el artículo 45, del cual deduce que la incompatibilidad se circunscribe al mismo municipio o distrito, o a sus entidades descentralizadas.

Para claridad del punto conviene traer la disposición pertinente de dicho artículo, así: (...)

*Significa lo anterior que se está ante una regulación especial, pero de ella no se deduce el señalamiento de excepción alguna frente a la regla general, y menos en el sentido de que sustrae de ésta a los concejales, pues ello no se dice de forma expresa, como debe ser, ni tampoco puede considerarse implícito, toda vez que no existe razón para que pese a su condición de servidores públicos se les exceptúe de dicha incompatibilidad general. **De suerte que la norma transcrita no hace más que reiterarla respecto de los concejales en relación con el municipio en el que se desempeñan como tales, sin que se deba interpretar que excluye los demás***

ámbitos u órdenes territoriales de la Administración Pública. Por ello resulta armónica y complementaria con el artículo 127 de la Constitución Política.

(...)

Por lo tanto es claro que la situación examinada se encuadra en la incompatibilidad descrita en el artículo 127 de la Constitución Política y literal f) del numeral 1 del artículo 8º de la Ley 80 de 1993, de donde se configura la causal de pérdida de la investidura prevista en el artículo 55, numeral 2, de la Ley 136 de 1994, en cuanto hace a la violación del régimen de incompatibilidades, que en virtud de los referidos contratos se le endilga en la demanda a la actora. [...]

(se destaca)

Mientras que en la sentencia del 4 de febrero de 2010 igualmente proferida dentro de un proceso de pérdida de investidura de concejal, expediente con radicación nro. 70001-23-31-000-2008-000-40-01 (PI), las normas invocadas como infringidas fueron los artículos 2 y 127 de la Constitución Política, el numeral 4 del artículo 45 de la Ley 136 de 1994, el artículo 10 de la Ley 80 de 1993 y la Ley 617 de 2000, la Sala indicó:¹⁰⁰

*“[...] Se encuentra acreditado que el demandado ostentó la condición de concejal de Corozal, Sucre, dentro del período 2004-2007, según copia auténtica de las actas de los respectivos escrutinios (folios 66 a 69 del cuaderno principal).
(...)”*

La causal de pérdida de la investidura que se le endilga al concejal inculpado es la de violación del régimen de incompatibilidades de los concejales, en primer lugar, por efecto de la celebración de dos contratos con una dependencia del departamento de Sucre y, en segundo lugar, por la suscripción por interpuesta persona con una entidad de salud perteneciente al municipio de Corozal, donde el demandado era concejal por esa misma época.

(...)

*Revisadas las causales de incompatibilidad señaladas en el artículo 45 de la Ley 136 de 1994, se observa que la situación descrita no encuadra en ninguna de ellas, **pues no se prevé en alguna de las mismas la celebración de contratos con entidades distintas a las del municipio donde se es Concejal.** Por el contrario, la relativa a contratos con entidades públicas es la descrita en el numeral 2º de dicho artículo, y **ella tiene como supuesto estructurante de la incompatibilidad, la circunstancia de que el contrato sea suscrito con entidad que pertenezca al mismo municipio donde se***

¹⁰⁰ Consejo de Estado- Sala de lo Contencioso Administrativo- Sección Primera. Sentencia del 4 de febrero de 2010. C. P. Rafael E. Ostau de Lafont Pianeta.

ostente tal investidura, o administre recursos provenientes de éste, luego deja por fuera las demás entidades.

Así se puede constatar en el citado numeral, que a la letra dice:

“ARTÍCULO 45. INCOMPATIBILIDADES. Los concejales no podrán:

(...)

2. Ser apoderado ante las **entidades públicas del respectivo municipio** o ante las personas que administren tributos procedentes del mismo, o **celebrar con ellas, por sí o por interpuesta persona, contrato alguno, con las excepciones que más adelante se establecen.**”

Lo anterior explica que el actor no invoque causal alguna de las previstas en ese canon legal, y que en su lugar aduzca como violado el artículo 127 de la Constitución Política (...).

(...) La situación examinada sí se encuadra en el primer inciso de este precepto constitucional, pues el inculpado, en tanto concejal era servidor público (artículo 123 de la Constitución Política), y el departamento de Sucre es una entidad pública, y entre ambos se suscribieron los referidos contratos.

Pero observa la Sala que tal disposición constitucional nada prevé sobre los efectos de la investidura que ostente el servidor público, es decir, que no tipifica como causal de pérdida de la investidura la violación de esa prohibición, como sí ocurre con otras normas de igual rango (v. gr. artículos 110 y 291 de la Constitución Política).

Así las cosas, la norma en comento no pasa de contener una prohibición, sin carácter de incompatibilidad, y menos tipificada como causal de pérdida de la investidura por el Constituyente, a lo cual se ha de agregar que el Constituyente reservó al legislador la facultad de establecer el régimen de incompatibilidades de los concejales (artículo 312 ibídem).

[...]

(se destaca)

Se deduce de lo señalado, que pese a que las providencias citadas por el recurrente **parten de supuestos fácticos similares, se contradicen entre sí, pues mientras la primera prescribe que la prohibición de contratar se extiende a cualquier entidad pública, la segunda se circunscribe a la entidad territorial correspondiente;** siendo esta última la tesis que se encontraba vigente para el momento en que el demandado celebró los respectivos contratos.

Con posterioridad a esta sentencia, la Sala verifica que fueron

expedidas otras providencias antes del año 2015,¹⁰¹ que si bien no son precedentes por la temática que trataron, pueden ilustrar la situación a manera de antecedente, en los siguientes términos:

En la sentencia proferida el 5 de junio de 2014, al estudiar que la doble asignación proveniente del tesoro público no era causal de violación al régimen de incompatibilidades ni de pérdida de investidura, esta Sección recordó que lo que generaba la causal de incompatibilidad era el vínculo que el concejal mantuviera en forma paralela con la Administración pública y que las causales de pérdida de investidura eran taxativas, así: ¹⁰²

“[...] La Sala en sentencia de 13 de diciembre de 2012 (Expediente: 2012-00534, M.P. Dra. María Elizabeth García González) reiteró el anterior pronunciamiento y precisó que lo que genera la causal de incompatibilidad es el vínculo que el Concejal en forma paralela mantenga con la Administración Pública, y no si recibe o no efectivamente la remuneración, puesto que podría renunciar a ella, sin que se deje de incurrir en la causal de pérdida de investidura.

Asimismo, la Sala en la citada providencia recalcó que las causales de incompatibilidad que dan lugar a la pérdida de investidura son taxativas, y la doble asignación proveniente del tesoro público no está tipificada en nuestro ordenamiento jurídico como causal de pérdida de investidura.

En esa oportunidad, la Sala sostuvo:

(...)

*En efecto, conforme se colige de la sentencia de 10 de marzo de 2005 (Expediente núm. 2004-00056 (PI), Consejero ponente doctor Rafael E. Ostau de Lafont Pianeta), se admitió que por regla general los Concejales, como servidores públicos, “se encuentran cobijados por la incompatibilidad o prohibición establecida en el artículo 127 de la Constitución Política, salvo que exista norma especial para ellos que regule el punto y en ese orden los exceptúe de dicha regla”; **y que de acuerdo con el artículo 45 de la Ley 136 de 1994 la incompatibilidad se circunscribe al mismo municipio o distrito, o a sus entidades descentralizadas.***

Es decir, conforme lo indicó el Ministerio Público, lo que genera la causal de incompatibilidad es el vínculo que el Concejal en forma paralela mantiene con la Administración Pública, y no si recibe o no efectivamente la remuneración, puesto que podría renunciar a ella, sin que se deje de incurrir en la causal de pérdida de investidura.

Precisamente, en dicho proceso se configuró la causal de pérdida de investidura prevista en el numeral 2 del artículo 45

¹⁰¹ Fecha en la que el concejal demandado celebró los contratos de obra pública con entidades territoriales distintas a donde fungía como concejal.

¹⁰² Consejo de Estado- Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Primera. Sentencia del 5 de junio de 2014. Expediente radicación número: 25000-23-42-000-2012-01139-01(PI). C.P. María Claudia Rojas Lasso.

de la Ley 136 de 1994, por cuanto la Concejal demandada celebró contrato con el Departamento de la Guajira para la ampliación de redes del Municipio de Fonseca, no obstante que se desempeñaba como Concejal del citado Municipio, lo que permite evidenciar que lo que da lugar a la causal de incompatibilidad es el vínculo con la Administración Pública y no si recibe remuneración del tesoro público. [...]"

(se destaca)

En similar sentido, en la sentencia proferida por esta Sección el 8 de mayo de 2014, también había dicho que lo que generaba la causal era el vínculo que el concejal en forma paralela mantuviera con la Administración Pública y más aún con el respectivo ente territorial:¹⁰³

"[...] La causal en que se fundamenta la demanda es la de violación al régimen de incompatibilidades, por cuanto el demandado cuando fungió como Concejal del Municipio de Caracolí (Antioquia), esto es, del 2 de enero al 6 de agosto de 2012 (fecha de la posesión y de aceptación de la renuncia), percibió dos asignaciones del tesoro público al desempeñar simultáneamente los cargos de Concejal del citado ente territorial y la labor derivada de los Contratos de Prestación de Servicios núms. 128 y 419 de 2012 que suscribió con el Servicio Nacional de Aprendizaje -SENA-.

(...)

Como lo ha sostenido la Sala frente a asuntos similares, dentro de las causales de incompatibilidad previstas en el artículo 45 de la Ley 136 de 1994, no está erigida como causal de pérdida de investidura de Concejal la de percibir doble asignación del tesoro público.

(...)

De igual manera, en sentencia de 10 de marzo de 2005 (Expediente núm. 2004-00056 (PI), Consejero ponente doctor Rafael E. Ostau de Lafont Pianeta), reiterada, entre otras, en providencia de 13 de diciembre de 2012 (Expediente núm. 2012-00534-01 (PI), Consejera ponente doctora María Elizabeth García González), se dijo que por regla general los Concejales, como servidores públicos, "se encuentran cobijados por la incompatibilidad o prohibición establecida en el artículo 127 de la Constitución Política, salvo que exista norma especial para ellos que regule el punto y en ese orden los exceptúe de dicha regla"; **y que de acuerdo con el artículo 45 de la Ley 136 de 1994 la incompatibilidad se circunscribe al mismo municipio o distrito, o a sus entidades descentralizadas, pues lo que genera dicha causal es el vínculo que el Concejal en forma paralela mantiene con la Administración Pública**, y no si recibe o no efectivamente la remuneración, puesto que podría renunciar a ella, sin que se

¹⁰³ Consejo de Estado- Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Primera. Sentencia del 5 de junio de 2014. Expediente radicación número: 05001-23-31-000-2013-00909-01(PI). C.P. María Elizabeth García González.

deje de incurrir en la causal de pérdida de investidura. [...]”

(se destaca)

También se observa que en la sentencia proferida por esta Sección el 2 de junio de 2006, en el expediente con radicación número: 08001-23-31-000-2005-01480-01(PI), la Sala dijo lo siguiente:¹⁰⁴

“[...] E. Las incompatibilidades de los concejales respecto de las causales de pérdida de la investidura.

(...)

Es importante resaltar en este aspecto la Sentencia C - 179 de 2005¹⁰⁵, proferida por la Corte Constitucional, que declaró exequible el artículo 41 de la Ley 617 de 2000 que adicionó el artículo 45 de la Ley 136 de 1994 arriba transcrita, en la cual señaló que las incompatibilidades, no sólo lo son por ministerio de la ley, sino básicamente porque su esencia consiste en impedir la acumulación de funciones en cabeza de una misma persona, es decir el ejercicio simultáneo de dos actividades que el legislador estima que pueden poner a quien las lleva en situación de conflicto de intereses. Se trata, efectivamente, de una prohibición dirigida exclusivamente a los concejales, a quienes por el sólo hecho de serlo se les impide emplearse en ciertos cargos, o contratar con cierta categoría de empresas.

(...)

Armonizando las normas aplicables y la jurisprudencia precitada, encuentra la Sala que la conducta del demandado no está enmarcada dentro de las causales de pérdida de la investidura.

En efecto, dado que el contrato de prestación de servicios y los honorarios que recibe el concejal provienen de otro municipio, se concluye que los recibidos por el señor Fabián Tadeo Pérez Caputo, como concejal, al tenor de las normas citadas no son incompatibles con los honorarios que percibe por prestar en el municipio de Sabanalarga, sus servicios profesionales como médico.

De otro lado, si bien es cierto que el artículo 20 de la Ley 617 de 2000, norma posterior a la ley 136 de 1994, también se refiere a los honorarios de los concejales y exceptúa de la incompatibilidad de recibir otra asignación del Tesoro Público del respectivo municipio, los honorarios que se reciben por concepto de servicios profesionales de salud, también es cierto que en ningún caso, por las razones expuestas, un concejal puede celebrar contrato de prestación de servicios con una

¹⁰⁴ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Primera. Expediente radicación número: 08001-23-31-000-2005-01480-01(PI). C.P. Martha Sofía Sanz Tobón.

¹⁰⁵ Sentencia C – 179/05 del 1° de marzo de 2005, referencia D – 5334. M.P. Dr MARCO GERARDO MONROY CABRA. Referencia D – 5334, demanda de inconstitucionalidad contra el artículo 41 (parcial) de la Ley 617 de 2000” por la cual se reforma parcialmente la Ley 136 de 1994, el Decreto Extraordinario 1222 de 1986, se adiciona la Ley Orgánica del Presupuesto, el decreto 1421 de 1993, se dictan otras normas tendientes a fortalecer la descentralización, y se dictan normas para la racionalización del gasto nacional.

empresa de seguridad social en el respectivo municipio. (...)

(se destaca)

Corolario de lo señalado, **la Sala observa que para la fecha de la ejecución de la conducta por el demandado, esto es, el año 2015, no puede predicarse la existencia de una línea clara ni consistente de esta Sección que permitiera afirmar sin lugar a equívocos, que acorde con el contenido constitucional y normativo, pudiera deducirse que a los concejales les estaba prohibido celebrar contratos estatales con municipios diferentes a donde resultó elegido**,¹⁰⁶ o que la jurisprudencia más cercana a los hechos se inclinaba por la negativa a este cuestionamiento [...]” (Destacado fuera de texto).

180. No obstante lo anterior, esta Sección adoptó una postura uniforme sobre la materia **a partir de la sentencia proferida el 21 de enero de 2016**¹⁰⁷ -anterior a la celebración del contrato sub examine-; oportunidad en la cual se precisó que el mandato contenido en el artículo 127 de la Constitución Política, que prohíbe en forma general a los servidores públicos la celebración de contratos con entidades públicas, constituye causal de pérdida de investidura para los concejales por violación del régimen de incompatibilidades.

181. En efecto, la Sala observa que la posición contenida en **la sentencia de 21 de enero de 2016** fue reiterada en sentencias posteriores, lo cual **implica la estructuración de una postura uniforme sobre la materia que inició con aquella sentencia**. Se resaltan por ejemplo las sentencias de 30 de junio de 2017¹⁰⁸, 2 de agosto de 2017¹⁰⁹ y 19 de abril de 2018¹¹⁰ según las cuales la incompatibilidad general establecida en el artículo 127 de la Constitución Política, que prohíbe, entre otros, celebrar contrato con entidad pública, es aplicable a los concejales en su condición de servidores públicos, **sin que se deba interpretar que excluye los demás ámbitos u órdenes territoriales de la Administración Pública**, en virtud del artículo 45 de la Ley 136.

182. En suma de todo lo anterior, la Sala considera que, **partiendo de las**

¹⁰⁶ La Sala Plena de lo Contencioso Administrativo de la Corporación había dicho que desempeñaban función pública y por lo tanto eran servidores públicos según lo previsto por el artículo 123 de la Constitución Política. Véase sentencia del 29 de septiembre de 2009. Expediente radicación número: 25000-23-15-000-2006-02002-01(IJ). C.P. Víctor Hernando Alvarado Ardila.

¹⁰⁷ Expediente identificado con el número único de radicación 130012333000201400333-01. C.P., doctor Roberto Augusto Serrato Valdés.

¹⁰⁸ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Primera. Sentencia de 30 de junio de 2017. Proceso identificado con el número único de radicación: 080012333000201600278-01. C.P. Hernando Sánchez Sánchez.

¹⁰⁹ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Primera. Sentencia de 30 de junio de 2017. Proceso identificado con el número único de radicación 730012333005201600620-01. C.P. María Elizabeth García González.

¹¹⁰ C.P. doctor Oswaldo Giraldo López. Ver cita ut supra.

condiciones personales y externas del sujeto contra el cual se presenta la solicitud de desinvestidura, se deben estudiar en cada caso concreto si la conducta fue dolosa o gravemente culposa, con el objeto de determinar si se debe o no decretar la desinvestidura del miembro de la corporación pública de elección popular.

183. La Sala considera, en virtud de los principios desarrollados en acápites *supra* de esta providencia, así como de los hechos probados, en especial, los relacionados con las condiciones personales del demandado, indicadas en párrafos anteriores, y de los factores externos previamente mencionados, lo siguiente:

184. En **primer orden**, que el demandado, al suscribir el contrato con el Municipio de Cácuta de Velasco, no actuó en forma dolosa en la medida en que se encuentra acreditado que suscribió el contrato amparado en la íntima convicción de no estar incurso en prohibición constitucional o legal alguna. En ese orden de ideas, en el caso *sub examine* no se configura el elemento subjetivo del dolo en la medida en que la conducta contraria a derecho no se realizó con conocimiento y voluntad

185. Lo anterior fue reconocido por el mismo Tribunal en la sentencia proferida en primera instancia en cuanto señaló que “[...] conforme las citadas pruebas, es claro en el abordaje del aspecto subjetivo que la conducta del demandado no se cometió con dolo, toda vez que el demandado **no tenía pleno conocimiento sobre si la celebración del contrato con el municipio de Cacota, constituía una incompatibilidad [...]**” (Destacado fuera de texto).

186. En **segundo orden**, para el 14 de diciembre de 2016, fecha en que se suscribió el “CONTRATO DE COMPRAVENTA MINIMA CUANTÍA MC-038 DE 2016” entre el “MUNICIPIO DE CACOTA” y el señor “CALIXTO GELVEZ SUAREZ”, ya se había proferido la **sentencia de 21 de enero de 2016**. En consecuencia, el demandado tenía la obligación de actuar con diligencia y, en ese sentido, indagar sobre cuál era el criterio jurisprudencial vigente de esta Corporación con el objeto de determinar si la suscripción del contrato constituía o no una incompatibilidad en los términos de la Constitución y de la ley.

187. En **tercer orden**, la Sala considera que la conducta del demandado **es excusable** si se tienen en cuenta: por un lado, las condiciones personales del

demandado; por el otro, las indagaciones realizadas con el objeto de verificar la regularidad de la situación; y, por último, las situaciones externas mencionadas *supra*, en especial, que, para el momento en que se suscribió el contrato estatal – *incluso en periodos anteriores, según se acreditó*–, el demandado no había sido capacitado¹¹¹, conforme lo establece el artículo 82 de la Ley 617. En ese orden de ideas, la conducta del demandado no es gravemente culposa.

188. Asimismo, se encuentra acreditado que la falta de capacitación no es atribuible a los miembros del concejo, entre ellos el demandado, en la medida en que, conforme con los testimonios y en armonía con las certificaciones expedidas por los secretarios del Concejo Municipal de Pamplona, estas fueron proporcionadas a partir del año 2017 en virtud de las reiteradas peticiones presentadas por los miembros del concejo municipal.

189. En efecto, como se explicó en la sentencia proferida el 19 de abril de 2019 indicada *supra*, la Corte Constitucional al proferir la sentencia SU-424 del 11 de agosto de 2016¹¹² explicó que “[...] *la pérdida de investidura es una acción pública de carácter sancionatorio prevista en la Constitución y la ley, que tiene como finalidad castigar a los miembros de las corporaciones públicas que incurran en conductas consideradas reprochables por ser incompatibles con la dignidad del cargo que ostentan [...]*”.

190. Asimismo, esta Sección ha considerado que el elemento subjetivo debe ser estudiado con el objeto de establecer si el miembro de la corporación pública de elección popular tenía conocimiento tanto de los hechos como de la ilicitud de su conducta; es decir, si conocía o debía conocer que su comportamiento resultaba contrario al ordenamiento jurídico, con el objeto de determinar si se debe o no decretar la desinvestidura. Al respecto, en sentencia proferida el 25 de mayo de 2017¹¹³ se explicó lo siguiente:

“[...] el abordaje del aspecto subjetivo requiere el análisis de dolo y de culpa, entendido el primero como la intención positiva de lesionar un interés jurídico, entretanto la segunda atañe a un concepto que está

¹¹¹ La capacitación adquiere relevancia en el caso *sub examine* por las condiciones personales del demandado en tanto que los miembros de las corporaciones públicas tienen el deber y el derecho a ser capacitados con el objeto de garantizar el adecuado ejercicio de la investidura y otorgar con ello unas competencias específicas en materia de administración pública porque, se reitera, las calidades para ser concejal fueron establecidas con el objeto de que cualquier ciudadano pueda acceder a estos cargos en representación de la comunidad.

¹¹² *Ejusdem*.

¹¹³ Consejo de Estado- Sala de lo Contencioso Administrativo- Sección Primera. Sentencia del 25 de mayo de 2017. Expediente radicación número: 81001-23-39-000-2015-00081-01.

ligado a la diligencia debida para el desarrollo de determinada actividad.

*Para llegar a definir si una conducta se cometió con dolo o con culpa, deben analizarse los elementos que constituyen el aspecto subjetivo de la misma, los cuales corresponden al conocimiento tanto de los hechos como la ilicitud, esto es, si el sujeto **conocía o debía conocer** que su comportamiento resultaba contrario al ordenamiento jurídico.*

En los casos en los cuales se pruebe que el demandado conocía plenamente que su comportamiento era constitutivo de una causal de pérdida de investidura, estaríamos ante una situación de total intención en la realización de la misma y, por ende, de un grado de culpabilidad doloso. En aquellos eventos en los que se concluya que el sujeto no conocía la ilicitud de su conducta, pero que en virtud de la diligencia requerida para el desarrollo de su actividad debía saber que la misma resultaba contraria a derecho, se está ante un comportamiento culposo, de no mediar sólidas circunstancias que se lo hubieran impedido. [...]”.

191. En ese orden, la Sala resalta que la naturaleza sancionatoria de la pérdida de investidura exige la aplicación estricta de ciertas garantías procesales, entre ellas los principios *in dubio pro reo* y de favorabilidad, aplicables en el caso *sub examine*, las cuales implican que el juez está obligado a resolver la duda razonable en favor del demandado y a aplicar una normativa más favorable, como quiera que estos principios constituyen una salvaguarda en este tipo de procesos de carácter sancionatorio y aseguran, en mejor manera, las garantías fundamentales en el juicio de desinvestidura. Además, la Sala considera que la parte demandante no cumplió con la carga de probar la configuración del elemento subjetivo, con el objeto de que se declarara la desinvestidura del demandado.

192. La Sala considera que, partiendo del supuesto de que para el demandado su conducta no resultaba contraria al ordenamiento jurídico -es decir, no se configura el elemento cognoscitivo del dolo-, según se encontró acreditado en el caso *sub examine* y, además, es excusable, conforme con las consideraciones expuestas *supra*, lo cual implica que no fue gravemente culposa: pese a que incurrió en la prohibición prevista en el inciso primero del artículo 127 de la Constitución Política, como constitutiva de causal de desinvestidura en los términos del numeral 1.º del artículo 48 de la Ley 617, la conducta del demandado no es dolosa ni gravemente culposa y, en consecuencia, no se configura el elemento subjetivo de la pérdida de investidura.

Conclusiones

193. La Sala considera que en el caso *sub examine* no se encontró acreditada la

configuración del elemento subjetivo de la causal de desinvestidura por violación del régimen de incompatibilidades establecido en el inciso primero del artículo 127 de la Constitución Política, en la medida en que la conducta no se realizó en forma dolosa o gravemente culposa; en consecuencia, se revocará la sentencia de 29 de abril de 2019 proferida por la Sala Plena del Tribunal Administrativo de Norte de Santander.

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,

III. RESUELVE:

PRIMERO: REVOCAR la sentencia de 29 de abril de 2019 proferida por la Sala Plena del Tribunal Administrativo de Norte de Santander, por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia. En su lugar, **NEGAR** las pretensiones de la demanda.

SEGUNDO: ORDENAR a la Secretaría que, una vez en firme esta sentencia, **DEVUELVA** el expediente al Tribunal de origen.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

La anterior providencia fue discutida y aprobada por la Sala en la sesión de la fecha.

NUBIA MARGOTH PEÑA GARZÓN
Presidenta
Consejera de Estado

OSWALDO GIRALDO LÓPEZ
Consejero de Estado

HERNANDO SÁNCHEZ SÁNCHEZ
Consejero de Estado

ROBERTO AUGUSTO SERRATO VALDÉS
Consejero de Estado