

CONCEJAL - Elementos de incompatibilidad por ser empleado de empresa que presta servicios públicos domiciliarios / PÉRDIDA DE INVESTIDURA DE CONCEJAL POR VIOLACIÓN AL RÉGIMEN DE INCOMPATIBILIDADES – Operario de empresa que presta servicios públicos domiciliarios en el municipio / RÉGIMEN DE INCOMPATIBILIDADES DE CONCEJAL - Interpretación restrictiva: Por ser enunciados legales con estructura de regla y restringir derechos de las personas / SALVAMENTO DE VOTO – No puede tenerse como precedente / REITERACIÓN DE JURISPRUDENCIA

[C]oncurren los presupuestos para que se configure la causal de incompatibilidad prevista en el numeral 5 del artículo 45 de la Ley 136, endilgada por el actor, pues está demostrado en el proceso que el señor IVÁN HUMBERTO PINEDA GÓMEZ, ejerce de manera simultánea el cargo de Concejal del Municipio de Titiribí (Antioquia) con el de operario en una empresa que presta servicios públicos domiciliarios de acueducto y alcantarillado en el mismo Municipio, conforme consta a folios 7 y 20 del cuaderno principal, hechos estos que por demás fueron aceptados por el demandado. En efecto, la causal de incompatibilidad alegada es clara en señalar que los concejales no podrán ser representantes legales, miembros de juntas o consejos directivos, auditores o revisores fiscales, empleados o contratistas de empresas que presten servicios públicos domiciliarios o de seguridad social en el respectivo Municipio.

PÉRDIDA DE INVESTIDURA DE CONCEJAL POR VIOLACIÓN AL RÉGIMEN DE INCOMPATIBILIDADES - Valoración del elemento subjetivo

[S]i bien la Sala no cuenta con elementos probatorios que le permitan inferir que el señor IVÁN HUMBERTO PINEDA GÓMEZ sabía de la existencia de una incompatibilidad que le impedía ejercer simultáneamente el cargo de concejal con el de operario de planta en la Empresa Sociedad de Acueductos y Alcantarillados Sostenibles S.A. E.S.P. en el mismo municipio y que, aun así, de forma dolosa, optó por hacerlo, lo cierto es que sí quedó demostrado que, teniendo un deber de diligencia ordinaria que atender en el marco de sus funciones -las que debía saber-, evidentemente no lo satisfizo con el cuidado mediano que las personas emplean normalmente en sus negocios propios, incurriendo en un descuido que tornó en negligente su conducta, es decir, que lo hizo actuar con la culpa objeto de verificación en el análisis subjetivo de esta causal de pérdida de investidura.

NOTA DE RELATORÍA: Ver sentencias Consejo de Estado, Sala Plena y Sección Primera, de 23 de julio de 2002, Radicación 68001-23-15-000-2001-00183-01 IJ-024, C.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo; de 4 de agosto de 2011, 25000-23-31-000-2010-02331-01(PI), C.P. María Elizabeth García González; de 11 de diciembre de 2015, Radicación 23001-23-33-000-2015-00023-01(PI), C.P. Guillermo Vargas Ayala; de 7 de diciembre de 2010, Radicación 11001-03-15-000-2010-00872-00(PI), C.P. Gerardo Arenas Monsalve; de 25 de mayo de 2017, Radicación 81001-23-39-000-2015-00081-01(PI), C.P. María Elizabeth García González

FUENTE FORMAL: LEY 136 DE 1994 – ARTÍCULO 45 NUMERAL 5 / LEY 617 DE 2000 – ARTÍCULO 41 / CÓDIGO CIVIL – ARTÍCULO 63

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCION PRIMERA

Consejera ponente: MARÍA ELIZABETH GARCÍA GONZÁLEZ

Bogotá, D.C., trece (13) de julio de dos mil diecisiete (2017)

Radicación número: 05001-23-33-000-2016-02008-01(PI)

Actor: LUIS FERNANDO BLANDÓN PULGARÍN

Demandado: IVÁN HUMBERTO PINEDA GÓMEZ

Referencia: APELACIÓN CONTRA LA SENTENCIA DE 26 DE OCTUBRE DE 2016, PROFERIDA POR EL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE ANTIOQUIA

Referencia: LAS NORMAS QUE FIJAN EL RÉGIMEN DE INCOMPATIBILIDADES SON DE INTERPRETACION RESTRICTIVA, POR LO QUE ÚNICAMENTE SE CONFIGURA LA INCOMPATIBILIDAD SI CONCURREN EXACTAMENTE LAS SITUACIONES JURÍDICAS DESCRITAS EN ABSTRACTO POR EL RESPECTIVO PRECEPTO. LOS SALVAMENTOS DE VOTO NO PUEDEN TENERSE COMO PRECEDENTE, PUES ELLO SOLO ES PREDICABLE DE LAS SENTENCIAS PROFERIDAS FRENTE A CASOS SIMILARES SIEMPRE Y CUANDO SE HAYAN DICTADO CON ANTERIORIDAD AL ASUNTO EN EL CUAL SE RECLAME SU APLICACIÓN. LA SOLICITUD DE PÉRDIDA DE INVESTIDURA CARECE DE TÉRMINO DE CADUCIDAD. SE PUEDE EJERCITAR EN CUALQUIER MOMENTO, AÚN RESPECTO DE QUIENES YA SE LES VENCIÓ EL PERÍODO PARA EL CUAL FUERON ELEGIDOS O SE SEPARARON DEL CARGO POR CUALQUIERA OTRA CIRCUNSTANCIA

La Sala decide el recurso de apelación oportunamente interpuesto por el apoderado del demandado contra la sentencia de 26 de octubre de 2016, proferida por la Sala Plena del Tribunal Administrativo de Antioquia, en adelante el Tribunal, por medio de la cual decretó la pérdida de la investidura del Concejal del Municipio de Titiribí (Antioquia), señor **IVÁN HUMBERTO PINEDA GÓMEZ**.

I-. ANTECEDENTES

I.1-. El ciudadano **LUIS FERNANDO BLANDÓN PULGARÍN**, quien obra en su propio nombre, presentó demanda ante el Tribunal tendiente a que, mediante

sentencia, se dispusiera la pérdida de investidura del Concejal del Municipio de Titiribí, señor **IVÁN HUMBERTO PINEDA GÓMEZ**, elegido para el período constitucional 2016-2019.

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

Que el demandado funge como Concejal del Municipio de Titiribí (Antioquia) y a la vez es empleado de la Empresa Sociedad de Acueductos y Alcantarillados Sostenibles S.A. E.S.P., que presta servicios públicos en dicho ente territorial y mediante contrato administra, opera y hace mantenimiento a las redes de acueducto y alcantarillado de propiedad del citado Municipio.

Por lo anterior considera que el demandado violó el régimen de inhabilidades e incompatibilidades previsto como causal de pérdida de investidura en los numerales 3 del artículo 43 de la Ley 136 de 2 de junio de 1994¹, modificado por el artículo 40 de la Ley 617 de 6 de octubre de 2000², y 5 del artículo 45 de la citada Ley 136.

I.3- El demandado, a través de apoderado, contestó la demanda y para oponerse a las pretensiones adujo, en esencia, lo siguiente:

Que es cierto que funge como Concejal del Municipio de Titiribí y que desde hace tiempo tiene contrato de trabajo con la Empresa Sociedad de Acueductos y Alcantarillados Sostenibles S.A. E.S.P., la cual presta los servicios públicos

¹ "Por la cual se dictan normas tendientes a modernizar la organización y el funcionamiento de los municipios".

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

domiciliarios de acueducto y alcantarillado en el mencionado Municipio, en virtud de un contrato administrativo suscrito con el ente territorial.

Estima que no está incurso en ninguna inhabilidad o incompatibilidad por el hecho de tener un vínculo laboral con una entidad que a su vez tiene una relación contractual con el Municipio de Titiribí, por cuanto no ha intervenido en la gestión de negocios ante entidades públicas de nivel municipal y menos en la celebración de contratos con entidades públicas de cualquier nivel en interés propio o ajeno, dentro o fuera de la jurisdicción de dicho ente territorial, dado que no se ha desempeñado como representante legal, pues su cargo es de operario en labores de mantenimiento y sostenimiento de las redes de acueducto y alcantarillado.

Agrega que, no se puede deducir participación activa alguna que sugiera injerencia, por estar al servicio de una empresa que tenga relación contractual con el Municipio, que presta servicios públicos domiciliarios, por la potísima razón de que no tiene poder de mando y de decisión inherentes al representante legal o a los cargos de confianza, dirección y manejo.

Con fundamento en el salvamento de voto del Magistrado Rodrigo Escobar Gil en la sentencia C-179 de 1o. de marzo de 2005³, del cual transcribe algunos apartes, insiste en que es menester examinar la naturaleza jurídica del vínculo contractual y las funciones, facultades y poderes que ella entraña, para determinar de manera razonable si en verdad se pone en riesgo o se afecta la función pública, pues, de lo contrario, se vulneraría el principio de la buena fe, el derecho al trabajo y a ser elegido.

³ Magistrado ponente doctor Marco Gerardo Monroy Cabra.

Por lo anterior, solicita que se desestime la pretensión de pérdida de investidura y de anulación electoral, toda vez que no está incurso en ninguna causal de inhabilidad y de incompatibilidad y menos de conflicto de intereses y además porque operó el fenómeno jurídico de la caducidad de la acción.

II. FUNDAMENTOS DE LA SENTENCIA RECURRIDA

El *a quo* accedió a las pretensiones de la demanda, para lo cual argumentó, en síntesis, lo siguiente:

Precisó que, el demandante alega como causal de pérdida de investidura, de conformidad con el artículo 48 de la Ley 617, la violación al régimen de incompatibilidades prevista en el artículo 41, *ibidem*, según el cual los concejales no podrán “[...] 5. Ser representantes legales, miembros de juntas o consejos directivos, auditores o revisores fiscales, empleados o contratistas de empresas que presten servicios públicos domiciliarios o de seguridad social en el respectivo municipio [...]”.

Que, adicionalmente, también alega la vulneración al régimen de inhabilidades, en especial, la causal prevista en el numeral 3 del artículo 43 de la Ley 136, que establece que no podrá ser inscrito como candidato ni elegido como concejal municipal ni distrital “[...] Quien dentro del año anterior a la elección haya intervenido en la gestión de negocios ante entidades públicas del nivel municipal o distrital o en la celebración de contratos con entidades públicas de cualquier nivel en interés propio o de terceros, siempre que los contratos deban ejecutarse o cumplirse en el respectivo municipio o distrito. Así mismo, quien dentro del año anterior haya sido representante legal de entidades que administren tributos, tasas o contribuciones, o de las entidades que presten servicios públicos domiciliarios o

de seguridad social en el régimen subsidiado en el respectivo municipio o distrito [...].”

Frente a esta última causal señaló que no se demostró la inhabilidad alegada, dado que no se logró probar en el proceso que la Empresa Sociedad de Acueductos y Alcantarillados Sostenibles S.A. E.S.P., tenga el carácter de público y que en el año anterior el demandado se hubiera desempeñado como representante legal de una empresa prestadora de servicios públicos domiciliarios en el respectivo Municipio. Que, por el contrario, lo que está demostrado es que el señor **IVÁN HUMBERTO PINEDA GÓMEZ**, se desempeñó como operador de planta y no como representante legal de la citada empresa.

Agregó que, no ocurre lo mismo en cuanto a la configuración de la incompatibilidad alegada, toda vez que existe una limitante legal, constitucionalmente exequible, que le impide a quien sea concejal desempeñar el cargo de trabajador de una empresa de servicios públicos en el Municipio donde ejerza dicha actividad.

Adujo que pese a que el demandado admite y da por cierta dicha situación, este afirma, con apoyo en el salvamento de voto del doctor Rodrigo Escobar Gil en la sentencia C-179 de 2005 de la Corte Constitucional, que la sola condición de empleado per se no comporta una afectación “ex ante” de la función pública que se pretende proteger, por lo que es menester detenerse en la naturaleza jurídica del vínculo contractual, las funciones, las facultades y poderes que ella entraña, para determinar si es cierto, que se pone en riesgo la función pública. Lo anterior, partiendo de que la finalidad de las incompatibilidades es “[...] minimizar la posibilidad de conflictos de interés en los servidores públicos, evitando que abusen de su poder y diferenciando con nitidez el beneficio público a cuya

realización están compelidos dichos servidores y sus intereses privados o personales [...]”.

Indicó que, tal posición no fue compartida por dicho Tribunal, como tampoco ha sido acogida por el Consejo de Estado⁴, que ha considerado que la estructura de la norma contenida en el artículo 45, numeral 5, de la Ley 136, es de regla y no de principio, lo que implica que “[...] frente a la verificación en concreto del supuesto de hecho que el Legislador ha tipificado como incompatibilidad dentro del régimen de inhabilidades e incompatibilidades de los concejales (subsunción de la conducta en el tipo legal), el resultado no puede ser otro que la producción de la consecuencia jurídica establecida por el legislador [...]”, lo anterior, “[...] con independencia de que el comportamiento específico que originó dicho resultado haya sido intencional o no, o que haya incidido o no en el buen funcionamiento del servicio [...]”.

Que en dicha providencia también se dijo que “[...] la verificación de tales elementos en un caso concreto, con independencia de que en el proceso se haya acreditado la no afectación del servicio o la falta de consciencia o voluntad respecto del resultado final, en manera alguna impiden que se produzca la consecuencia jurídica expresamente sancionada por la ley: la pérdida de investidura de quién incurre en tal comportamiento [...]”.

Asimismo, que “[...] No puede olvidarse que, como lo señaló la Corte Constitucional en la sentencia C-179 de 2005, la causal de incompatibilidad que se aplica representa una restricción legítima y proporcionada de los derechos de los miembros de los Concejos Municipales, por medio de la cual el legislador “con miras a preservar de manera más intensa la moralidad y la transparencia en la

⁴ Providencia de 11 de diciembre de 2015 (Expediente nro. 2015-00023-01, Consejero ponente doctor Guillermo Vargas Ayala).

gestión de estos sistemas de solidaridad [propios del esquema que operan las empresas de servicios públicos domiciliarios y de seguridad social], quiso ser celoso respecto de los posibles conflictos de interés que pudieran resultar del hecho de que los concejales fueran simultáneamente empleados o contratistas de empresas de seguridad social o de servicios públicos domiciliarios. [...]”.

Señaló que, como se sostuvo en la sentencia en mención, el legislador estableció esta restricción para quienes fueran empleados o contratistas de las ESPD⁵ y de las EPS⁶, no de manera caprichosa, sino teniendo en cuenta la naturaleza de dichas empresas y la injerencia que el concejo puede tener sobre estas, además del principio de solidaridad que orienta la operación de las mismas y que permite el otorgamiento de subsidios. Ello, a fin de que la imparcialidad, moralidad y transparencia de los representantes en el ejercicio de la función pública no se viera afectada por vínculos contractuales o laborales que tuvieran con aquellas.

De lo anterior, concluyó que no eran de recibo los argumentos expuestos por el demandado, dado que, independientemente de que en efecto se afecte la imparcialidad, exista tal beneficio o conflicto de intereses, una vez se den los supuestos de hecho contenidos en la causal de incompatibilidad, que, en este caso es ser empleado de una empresa prestadora de servicios públicos en el Municipio en el cual se es concejal, se da la consecuencia jurídica de la pérdida de investidura; y por cuanto esta interpretación no es desproporcionada ni restrictiva del derecho al trabajo, en la medida en que los concejales perciben honorarios equivalentes al 100% del salario que corresponde al respectivo alcalde y se causan por cada sesión del Concejo a la que asistan y tienen la posibilidad de laborar en otras empresas privadas o de contratar con ellas, siempre y cuando no se trate de EPS ni de ESPD.

⁵ Empresas de Servicios Públicos Domiciliarios.

⁶ Empresas Prestadoras de Salud.

Advirtió que el salvamento de voto que sirvió de fundamento para apoyar su defensa no es precedente vinculante, como sí lo son las razones de la decisión expuestas en la sentencia de constitucionalidad C-179 de 2005.

Al encontrar probado que el demandado ostenta la calidad de Concejal en el Municipio de Titiribí (Antioquia), para el período 2016-2019 y que ocupa simultáneamente el cargo de operador de planta en la Empresa Sociedad de Acueductos y Alcantarillados Sostenibles S.A. E.S.P. en el mismo Municipio, estimó que se configuraba la causal de pérdida de investidura establecida en el numeral 5 del artículo 45 de la Ley 136 y, en consecuencia, decretó la pérdida de su investidura.

III-. FUNDAMENTOS DEL RECURSO DE APELACIÓN

El demandado, a través de apoderado, en su impugnación se limitó a transcribir la contestación de la demanda, sin aducir ningún motivo de inconformidad con el fallo de primer grado.

IV-. ALEGATO DEL MINISTERIO PÚBLICO

El señor Procurador Delegado para la Conciliación Administrativa, en su vista de fondo se muestra partidario de que se confirme la sentencia apelada, en síntesis, por cuanto se configura la causal de pérdida de investidura alegada, toda vez que está demostrado en el proceso que el demandado ejerce de manera simultánea su investidura de Concejal con el cargo de operador de planta de la Empresa Sociedad de Acueductos y Alcantarillados Sostenibles S.A. E.S.P., en el Municipio de Titiribí (Antioquia), conducta proscrita por el ordenamiento constitucional y legal con el objeto de evitar el detrimento de los principios de moralidad, transparencia

e imparcialidad que debe guiar la actuación de los miembros de las corporaciones públicas de elección popular.

En cuanto a la caducidad de la acción señaló que el Consejo de Estado en múltiples pronunciamientos ha precisado que la pérdida de investidura no se encuentra sujeta a ningún término de caducidad, como sí ocurre con la acción de naturaleza electoral y por lo mismo, por tratarse de una acción de carácter público de consagración constitucional, cualquier ciudadano puede ejercitar dicho instrumento en cualquier tiempo, incluso en aquellos eventos en los que se produce el vencimiento del período para el cual fueron elegidos los servidores públicos de elección popular o se produjo su separación del cargo por cualquier circunstancia.

V-. CONSIDERACIONES DE LA SALA

Como ya se indicó, el *a quo* decretó la pérdida de investidura del señor **IVÁN HUMBERTO PINEDA GÓMEZ**, en su condición de Concejal del Municipio de Titiribí (Antioquia), para el período 2016-2019, al estimar que se configuraba la causal establecida en el numeral 5 del artículo 45 de la Ley 136, por desempeñar simultáneamente el cargo de concejal con el de operador de planta en la Empresa Sociedad de Acueductos y Alcantarillados Sostenibles S.A. E.S.P. en el mismo Municipio.

El demandado apeló sin aducir los motivos de inconformidad frente a lo decidido en el citado fallo, pues en el escrito contentivo del recurso de alzada se limita a consignar los mismos argumentos planteados en la solicitud de pérdida de investidura.

Precisado lo anterior, la Sala pone de manifiesto que comparte plenamente los argumentos expuestos por el Tribunal de primera instancia en el fallo recurrido, por lo que los prohíja, toda vez que concurren los presupuestos para que se configure la causal de incompatibilidad prevista en el numeral 5 del artículo 45 de la Ley 136, endilgada por el actor, pues está demostrado en el proceso que el señor **IVÁN HUMBERTO PINEDA GÓMEZ**, ejerce de manera simultánea el cargo de Concejal del Municipio de Titiribí (Antioquia) con el de operario en una empresa que presta servicios públicos domiciliarios de acueducto y alcantarillado en el mismo Municipio, conforme consta a folios 7 y 20 del cuaderno principal, hechos estos que por demás fueron aceptados por el demandado.

En efecto, la causal de incompatibilidad alegada es clara en señalar que **los concejales no podrán ser** representantes legales, miembros de juntas o consejos directivos, auditores o revisores fiscales, **empleados** o contratistas **de empresas que presten servicios públicos domiciliarios** o de seguridad social **en el respectivo Municipio.**

Cabe precisar que el legislador al adicionar el artículo 45 de la Ley 136 con la causal 5, a través del artículo 41 de la Ley 617, amplió el ámbito de incompatibilidad de los Diputados y Concejales, fortaleciendo dicho régimen, en aras de lograr la moralidad, transparencia e imparcialidad en el ejercicio de tales cargos, para impedir “[...] la confluencia de intereses personales y públicos en cabeza de un mismo sujeto, en garantía de la recta administración de entidades sometidas a un régimen especial por su vinculación con sistemas de solidaridad, de subsidio y de redistribución de ingresos [...]”, criterio sostenido por esta Corporación⁷ y la Corte Constitucional⁸.

⁷ Entre otras, en sentencias 23 de julio de 2002 (Expediente 2001-00183-01, Consejero ponente doctor Gabriel Eduardo Mendoza Martelo); de 4 de agosto de 2011 (Expediente 2010-02331-01 (PI), Consejera

Por tal razón, como lo sostuvo la Sala en sentencia de 11 de diciembre de 2015⁹, que ahora se reitera, por tratarse de una regla que establece una incompatibilidad la misma tiene carácter excepcional y los enunciados que la determinan deben interpretarse y aplicarse con criterio restrictivo; y que comoquiera que las reglas envuelven mandatos definitivos, que por su estructura más precisa y detallada, implican su aplicación mediante la subsunción del caso bajo el enunciado fáctico que establece la norma, sin consideración de aspectos teleológicos, de la intencionalidad de la conducta o ponderación alguna.

En tal providencia también se reiteró el criterio de la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado¹⁰, frente a las normas que fijan el régimen de incompatibilidades de los parlamentarios, por resultar extensibles a los concejales, en el sentido de que “[...] por razones de justicia y seguridad jurídica, debe concluirse que dichas normas son de interpretación restrictiva, es decir, que únicamente se configura la incompatibilidad si se dan exactamente las situaciones jurídicas descritas en abstracto por el respectivo precepto. Las incompatibilidades lo son solamente en los términos en que lo establezca la Carta Política o la ley, con las características y dentro de las condiciones que las normas hayan precisado, por lo cual quedan excluidas las interpretaciones analógicas y extensivas [...]”.

Siendo ello así, le asistió razón al *a quo* al decretar la pérdida de investidura del demandado, pues tal decisión fue el resultado de haber verificado el supuesto de hecho que el legislador ha tipificado como incompatibilidad dentro del régimen de

ponente doctora María Elizabeth García González); y de 11 de diciembre de 2015 (Expediente 2015-00023-01 (PI), Consejero ponente doctor Guillermo Vargas Ayala).

⁸ Sentencia C-179 de 1o. de marzo de 2005 (Magistrado ponente doctor Marco Gerardo Monroy Cabra).

⁹ Expediente 2015-00023-01 (PI). Consejero ponente doctor Guillermo Vargas Ayala.

¹⁰ Sentencia de 7 de diciembre de 2010 (Expediente 2010-00872-00 (PI), Consejero ponente doctor Gerardo Arenas Monsalve).

inhabilidades e incompatibilidades de los concejales, esto es, el estar demostrado

que ejerce de manera simultánea el cargo de Concejal del Municipio de Titiribí (Antioquia) con el de operario en una empresa que presta servicios públicos domiciliarios de acueducto y alcantarillado en el mismo Municipio, sin que haya lugar a verificar la naturaleza del vínculo contractual y las funciones, facultades y poderes que ella entraña, como lo pretende el citado concejal, con fundamento en el salvamento de voto del Magistrado Rodrigo Escobar Gil en la sentencia C-179 de 2005 de la Corte Constitucional, pues, como ya se indicó, las causales de incompatibilidad son de aplicación restrictiva, amén de que los salvamentos de voto no pueden tenerse como precedente, pues ello solo es predicable de las sentencias proferidas frente a casos similares siempre y cuando se hayan dictado con anterioridad al asunto en el cual se reclame su aplicación.

Ahora, comoquiera que la causal de incompatibilidad en comento se refiere solo a los concejales que sean contratistas y empleados de las empresas de servicios públicos domiciliarios y de seguridad social que prestan servicios en el Municipio, estos “[...] conservan la posibilidad de trabajar en cualquier otra empresa privada que no sea de la categoría de las cobijadas por la incompatibilidad, o de contratar con ellas, o de ejercer cualquier profesión u oficio independiente [...]”, conforme lo señaló la Corte Constitucional en la ya citada sentencia C-179 de 2005, al estudiar la exequibilidad de dicha disposición, lo que descarta restricción alguna respecto del derecho al trabajo.

En cuanto al análisis subjetivo, cabe señalar que la Corte Constitucional en la sentencia SU-424 de 11 de agosto 2016 (Magistrada ponente doctora Gloria Stella

Ortiz Delgado)¹¹, precisó que en los procesos de pérdida de investidura una vez verificada la causal endilgada, el juez debe examinar “[...] **si en el caso particular se configura el elemento de culpabilidad (dolo o culpa) de quien ostenta la dignidad, esto es, 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 [...]**”; que, asimismo, [...] **debe determinar si se configura la causal y si a pesar de que esta 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 [...]**” (Negritas fuera de texto).

En consideración a esta postura de la Corte Constitucional, la Sala en sentencia de 25 de mayo de 2017 (Expediente nro. 2015-00081-01 (PI), Consejera ponente María Elizabeth García González), señaló que el “[...] proceso de pérdida de investidura exige, entonces, a partir de estos claros parámetros, la observancia del derecho fundamental al debido proceso del demandado, particularmente, de los principios *pro homine*, *in dubio pro reo*, de legalidad (las causales son taxativas y no hay lugar a aplicar normas por analogía), objetividad, razonabilidad, favorabilidad, proporcionalidad y culpabilidad [...]”; y que de acuerdo con la sentencia SU-501 de 6 de agosto de 2015¹² (Magistrada ponente doctora Myriam Ávila Roldán), se requiere acreditar un mínimo de culpabilidad para que sea impuesta la sanción, dado que en los procesos de pérdida de investidura no es posible calificar el grado de culpabilidad (dolo, culpa grave o leve) y, por ende, tampoco modular la sanción.

¹¹ Cabe señalar que para la fecha en que se notificó la citada sentencia, esto es, 17 de noviembre de 2016, ya se había proferido el fallo apelado en el proceso de la referencia, razón por la cual el *a quo* no estaba obligado a estudiar el elemento subjetivo para resolver la solicitud de pérdida de investidura.

¹² Proferida por la Corte Constitucional.

Por tal razón, estudió el elemento subjetivo, en el caso particular, a partir del análisis del dolo y la culpa.

Para tal efecto, señaló:

“[...] Preciado lo anterior, el abordaje del aspecto 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.

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 de 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.

[...]Ahora bien, para establecer esta diligencia acudiremos a los presupuestos señalados en el artículo 63 del Código Civil, el cual prevé:

“ARTICULO 63. CULPA Y DOLO. La ley distingue tres especies de culpa o descuido.

Culpa grave, negligencia grave, culpa lata, es la que consiste en no manejar los negocios ajenos con aquel cuidado que aun las personas negligentes o de poca prudencia suelen emplear en sus negocios propios. Esta culpa en materias civiles equivale al dolo.

Culpa leve, descuido leve, descuido ligero, es la falta de aquella diligencia y cuidado que los hombres emplean ordinariamente en sus negocios propios. Culpa o descuido, sin otra calificación,

significa culpa o descuido leve. Esta especie de culpa se opone a la diligencia o cuidado ordinario o mediano.

El que debe administrar un negocio como un buen padre de familia, es responsable de esta especie de culpa.

Culpa o descuido levísimo es la falta de aquella esmerada diligencia que un hombre juicioso emplea en la administración de sus negocios importantes. Esta especie de culpa se opone a la suma diligencia o cuidado.

El dolo consiste en la intención positiva de inferir injuria a la persona o propiedad de otro”.

En el caso concreto, la revisión de los requisitos y el marco normativo que rige el cargo al cual se aspira, es una obligación general para quien pretende acceder a la función pública, 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, así como a 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.

Esta conducta corresponde, según el citado artículo 63, a la falta de cuidado que los hombres emplean ordinariamente en los negocios propios. La Ley 136 establece en su artículo 42 las calidades o requisitos positivos con los que debe contar un candidato para ser elegido Concejal Municipal, esto es, 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.

A su vez, en su artículo 43, esta Ley prevé las inhabilidades o requisitos negativos de los que debe carecer el candidato al Concejo para ser elegido y ejercer la curul, dentro de las cuales se encuentra, como ya se ha explicado, haber intervenido en el año anterior a las elecciones, en la celebración de contratos con entidades públicas en interés propio o de terceros, para ser ejecutados en el mismo Municipio al cual aspira a ser Concejal.

Ambos tipos de requisitos son de obligatoria observancia, revisión y análisis previos por parte de todo ciudadano que pretenda ser elegido Concejal Municipal. Esa, es una diligencia que surge como debida en el ordinario transcurrir del proceso de inscripción del respectivo candidato, siéndole por demás **exigible** en medio de las normales medidas de cuidado y precaución que tenía que adelantar para llegar a la certeza del cumplimiento de los mismos y, por ende, de una candidatura reglamentaria y sometida a las condiciones legales para ejercer el cargo de Cabildante.

Al respecto, el artículo 9º del Código Civil, según el cual, “*la ignorancia de las leyes no sirve de excusa*”, fue objeto de examen de constitucionalidad por la Corte Constitucional, que en dicha ocasión explicó lo siguiente, que ahora de prohija:

“[...] Precisamente la disposición que hoy se cuestiona, fue demandada como contraria al contenido del artículo 16 de la Carta anterior, que implícitamente recogía el principio de igualdad. Y al desechar el cargo, dijo la Corte Suprema, en fallo elaborado por el Magistrado Luis Carlos Sáchica: “*Es la igualdad jurídica, que otorga iguales facultades e impone idénticos deberes, y da igual protección a unos y a otros. Esto es, se repite, una igualdad de derechos y no de medios. Si no*

se acepta este principio, se rompe la unidad y uniformidad del orden jurídico, atomizado en múltiples estatutos particulares, o sea, en un sistema de estatutos privados privilegiados (...)

(...) Excluir de la obediencia de la ley a quien la ignora equivale a establecer un privilegio a su favor violatorio de la igualdad constitucional y generador del caos jurídico”.¹³

[...]

Es claro, desde luego, que el deber jurídico implícito en la ficción supone, a la vez, una obligación ineludible a cargo del Estado: promulgar las leyes, **pues sólo a partir de ese acto se hace razonable la efectividad de las consecuencias jurídicas que pueden seguirse de su inobservancia.**

No puede desprenderse de lo anterior que la educación juegue un papel insignificante en el conocimiento del derecho y en el cumplimiento de los deberes que de él se desprenden (aunque a menudo se utiliza para evadirlos sin dejar rastro). Por esa razón, entre otras, el derecho a acceder a ella ocupa un lugar importante en la Carta. **Pero no puede argüirse razonablemente que quienes carecen de educación o tienen dificultades para conocer la ley, se encuentran imposibilitados para conocer sus deberes esenciales y que por tanto deban ser relevados de cumplirlos [...]**¹⁴ (Negrillas fuera de texto)”.

Al aplicar dichos lineamientos al caso bajo examen, con miras a definir este elemento subjetivo, el análisis de la conducta debe dirigirse a establecer si el señor **IVÁN HUMBERTO PINEDA GÓMEZ** conocía o debía conocer que la suya

¹³ Corte Suprema de Justicia, Sala Plena, marzo 30 de 1978.

¹⁴ Corte Constitucional, sentencia C-651 de 1997, Magistrado ponente Carlos Gaviria Díaz.

era constitutiva de incompatibilidad, para determinar si existió dolo o culpa en su comportamiento.

En el caso del dolo, el objeto de prueba está encaminado a determinar el **pleno conocimiento** que tiene el sujeto sobre que determinada conducta (en el *sub lite* la de ejercer simultáneamente el cargo de concejal con el de operador de planta en una empresa que presta servicios públicos en el mismo municipio), constituye una incompatibilidad, pues ante dicho conocimiento, la ejecución de la conducta demuestra la intención de permanecer en ella.

Y para determinar si la conducta fue culposa, tiene que estar demostrado, al menos, que el sujeto **debía conocer** su ilicitud en virtud de la diligencia que para ejercer sus funciones como Concejal del Municipio de Tiribí (Antioquia) y de manera simultánea el de operador de planta en la Empresa Sociedad de Acueductos y Alcantarillados Sostenibles S.A. E.S.P. en el mismo municipio, le era menester desplegar.

Precisado lo anterior y de las pruebas obrantes en el expediente, la Sala advierte que el demandado no fue diligente en consultar las normas tanto legales como constitucionales relativas al régimen de incompatibilidad, ni en averiguar el estado actual de la jurisprudencia del Consejo de Estado respecto del ejercicio simultáneo de concejal y empleado o contratista de empresas que presten servicios públicos domiciliarios en el respectivo municipio, pues de haber sido así, se habría percatado de tal prohibición.

Además, cabe advertir que el demandado no alegó la existencia de situaciones de fuerza mayor o caso fortuito que justifiquen haber incurrido en la incompatibilidad que se le endilga.

Por lo tanto, si bien la Sala no cuenta con elementos probatorios que le permitan inferir que el señor **IVÁN HUMBERTO PINEDA GÓMEZ** sabía de la existencia de una incompatibilidad que le impedía ejercer simultáneamente el cargo de concejal con el de operario de planta en la Empresa Sociedad de Acueductos y Alcantarillados Sostenibles S.A. E.S.P. en el mismo municipio y que, aun así, de forma dolosa, optó por hacerlo, lo cierto es que sí quedó demostrado que, teniendo un deber de diligencia ordinaria que atender en el marco de sus funciones -las que debía saber-, evidentemente no lo satisfizo con el cuidado mediano que las personas emplean normalmente en sus negocios propios, incurriendo en un descuido que tornó en negligente su conducta, es decir, que lo hizo actuar con la culpa objeto de verificación en el análisis subjetivo de esta causal de pérdida de investidura.

Por último, en lo que tiene que ver con la caducidad de la acción de pérdida de investidura¹⁵, la Sala resalta que por tratarse de aquellas que revisten carácter popular, **carece de término de caducidad**. En tal sentido la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo ha sido enfática en señalar “[...] que la acción que permite solicitar la desinvestidura, como sucede, en términos generales, con las que revisten carácter popular, carece de término de caducidad y, por lo mismo, se puede ejercitar en cualquier momento, aún respecto de quienes ya se les venció el período para el cual fueron elegidos o se separaron del cargo por cualquiera otra circunstancia. Criterio este último que ha venido prohijando la jurisprudencia de la Sala Plena Contenciosa del Consejo de Estado, en relación con los Congresistas y que es perfectamente aplicable a los miembros de las corporaciones públicas territoriales [...]”.

¹⁵ Argumento frente al cual no se pronunció el a quo, no obstante haber sido planteado en la demanda.

Tal tesis ha sido reiterada por la Sala en sentencias de 9 de diciembre de 2004 (Expediente nro. 2004-0648 (PI), Consejero ponente doctor Gabriel Eduardo Mendoza Martelo), 16 de julio de 2009 (Expediente nro. 2008-00700 (PI), Consejera ponente doctora Martha Sofía Sáenz Tobón (q.e.p.d.), 22 de noviembre de 2012 (Expediente nro. 2012-00230 (PI), Consejera ponente doctora María Elizabeth García González) y 11 de diciembre de 2015 (Expediente nro. 2015-00023-01 (PI), Consejero ponente doctor Guillermo Vargas Ayala) , entre otras.

Así las cosas, al quedar configurados los elementos objetivo y subjetivo en el estudio de la causal de pérdida investidura de concejal prevista en el artículo 45, numeral 5, de la Ley 136, la Sala procederá a confirmar la sentencia apelada, como en efecto lo dispondrá en la parte resolutive de esta providencia.

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

F A L L A

CONFÍRMASE la sentencia de 26 de octubre de 2016, proferida por el Tribunal Administrativo de Antioquia, por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

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

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

Se deja constancia de que la anterior sentencia fue leída, discutida y aprobada por la Sala en la sesión del día 13 de julio de 2017.

ROBERTO AUGUSTO SERRATO VALDÉS
Presidente

MARÍA ELIZABETH GARCÍA GONZÁLEZ

HERNANDO SÁNCHEZ SÁNCHEZ