

PÉRDIDA DE INVESTIDURA DE CONCEJAL POR VIOLACIÓN AL RÉGIMEN DE INCOMPATIBILIDADES – Haber sido apoderado ante las entidades públicas del Municipio. Elementos / ENTIDAD PÚBLICA DEL MUNICIPIO – No lo son las Procuradurías Provincial y Regional / CONCEJAL – Presentación de queja disciplinaria / PÉRDIDA DE INVESTIDURA DE CONCEJAL POR VIOLACIÓN AL RÉGIMEN DE INCOMPATIBILIDADES – No se configura por presentar queja disciplinaria y actuar ante las Procuradurías Provincial y Regional

[S]i bien los hechos censurados tuvieron ocurrencia durante el período para el cual fueron elegidos concejales los demandados, esto es, que las quejas se interpusieron en ejercicio del período constitucional 2012-2015, lo cierto es que bajo ninguna circunstancia aquellos actuaron como apoderados de un sujeto procesal tal como lo exige la norma, y por el contrario, lo hicieron motu proprio invocando sus calidades de cabildantes municipales de Usiacurí (Atlántico) así como las normas que constitucional y legalmente les imponen el deber de formular quejas ante las autoridades disciplinarias. Adicionalmente, esta incompatibilidad requiere para su configuración, que el acto de apoderamiento se hubiese desplegado ante las entidades públicas del Municipio de Usiacurí (Atlántico), lo cual tampoco ocurrió en el caso concreto, pues lejos de ser organismos oficiales de dicho Municipio, las Procuradurías Provincial de Barranquilla y Regional del Atlántico hacen parte de la estructura orgánica de la Procuraduría General de la Nación en su nivel territorial, sin que se pueda predicar de ellas, dependencia o sujeción alguna a la Administración Municipal.

PÉRDIDA DE INVESTIDURA POR VIOLACIÓN AL RÉGIMEN DE INCOMPATIBILIDADES - Improcedencia con fundamento en normatividad disciplinaria

[L]a Sala, desde la vigencia de Ley 200, mantuvo la infracción de aquellas conductas y circunstancias previstas como prohibidas o incompatibles en materia disciplinaria, al margen del estudio jurisdiccional efectuado en el proceso de pérdida de investidura territorial, incluso, muy a pesar de que dicho compendio sí previera, como consecuencia de ello, la máxima pena para el ejercicio de los derechos políticos. [...] [L]a Sala observa que, en la actualidad, no está habilitada la invocación de las incompatibilidades dispuestas en el artículo 39 del Código Disciplinario Único como causales de pérdida de investidura territorial por violación de dicho régimen. [...] [S]e advierte, que en el caso concreto, no resulta viable la judicialización y consecuente análisis de las conductas descritas en la demanda como constitutivas de infracciones a los artículos 39, numeral 1, literales a) y b) de la Ley 734 (Código Disciplinario Único) por parte de los concejales municipales, bajo el entendido de que aquellas no están previstas en la Leyes especiales 136 ni 617 como causales de incompatibilidad y, menos aún, le fueron atribuidas como consecuencia jurídica de su vulneración, la sanción consistente en pérdida de investidura. [...] Mientras que un Concejal que haya transgredido el numeral 2, artículo 45 de la Ley 136 al haber sido apoderado ante las entidades públicas del respectivo municipio o ante las personas que administren tributos procedentes del mismo, o porque haya celebrado con ellas, por sí o por interpuesta persona, un contrato, no solo estará incurso en una causal de incompatibilidad con el potencial de configurar la pérdida de su investidura, sino que, a su vez, esa misma conducta podría llegar a comprometer su responsabilidad disciplinaria. Por lo tanto, de esta ecuación jurídica se puede concluir, bajo las anteriores consideraciones, que si bien el régimen de incompatibilidades dispuesto en las Leyes 136 y 617, hace parte integral del régimen de incompatibilidades establecido en la Ley 734, no sucede así lo contrario; esto es que, en la pérdida de investidura de concejales,

regulada en las Leyes 136 y 617, no puede invocarse como causal de incompatibilidad, una de las hipótesis introducida por la norma del Código Disciplinario Único.

FUENTE FORMAL: CONSTITUCIÓN POLÍTICA – ARTÍCULO 127 / CONSTITUCIÓN POLÍTICA – ARTÍCULO 293 / LEY 136 DE 1994 – ARTÍCULO 45 NUMERAL 2 / LEY 136 DE 1994 – ARTÍCULO 46 / LEY 136 DE 1994 – ARTÍCULO 47 / LEY 734 DE 2002 – ARTÍCULO 39 NUMERAL 1 LITERAL A / LEY 734 DE 2002 – ARTÍCULO 39 NUMERAL 1 LITERAL B

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCIÓN PRIMERA

Consejera ponente: MARÍA ELIZABETH GARCÍA GONZÁLEZ

Bogotá, D.C., treinta y uno (31) de agosto de dos mil diecisiete (2017)

Radicación número: 08001-23-33-000-2016-00753-01(PI)

Actor: GUILLERMO BRESNEIDER DEL RÍO

Demandado: RONALD EMIL PADILLA ACUÑA, NUMAS EDUARDO HURTADO URUETA, OCTAVIO ENRIQUE RODRÍGUEZ MÁRQUEZ, LUISA FERNANDA ZÁRATE GUTIÉRREZ Y MARGARITA CECILIA ZÁRATE SARMIENTO

Referencia: Recurso de apelación contra la sentencia de 27 de septiembre de 2016, proferida por el Tribunal Administrativo del Atlántico

Referencia: NO SE CONFIGURÓ LA CAUSAL DE INCOMPATIBILIDAD PREVISTA EN EL ARTÍCULO 45, NUMERAL 2, DE LA LEY 136 DE 1994 CON LA PRESENTACIÓN DE QUEJAS DISCIPLINARIAS POR PARTE DE LOS CONCEJALES DEL MUNICIPIO DE USIACURÍ (ATLÁNTICO) EN CONTRA DEL ALCALDE DEL MISMO MUNICIPIO NI CON LA ACTUACIÓN DESPLEGADA POR AQUELLOS EN LOS RESPECTIVOS PROCESOS DISCIPLINARIOS SURTIDOS ANTE LAS PROCURADURÍAS PROVINCIAL DE BARRANQUILLA Y REGIONAL DEL ATLÁNTICO. LAS HIPÓTESIS CONTEMPLADAS COMO CAUSALES DE INCOMPATIBILIDAD POR EL ARTÍCULO 39 DE LA LEY 734 DE 2002 (CÓDIGO DISCIPLINARIO ÚNICO) NO SON INVOCABLES NI APLICABLES EN EL PROCESO DE PÉRDIDA DE INVESTIDURA DE CONCEJALES, REGULADO DE FORMA ESPECIAL EN LAS LEYES 136 Y 617

La Sala decide el recurso de apelación oportunamente interpuesto por el actor contra la sentencia de 27 de septiembre de 2016, proferida por el Tribunal

Administrativo del Atlántico, por medio de la cual denegó la pérdida de investidura de los concejales del Municipio de Usiacurí (Atlántico), señores **RONALD EMIL PADILLA ACUÑA, NUMAS EDUARDO HURTADO URUETA, OCTAVIO ENRIQUE RODRÍGUEZ MÁRQUEZ, LUISA FERNANDA ZÁRATE GUTIÉRREZ y MARGARITA CECILIA ZÁRATE SARMIENTO.**

I-. ANTECEDENTES

I.1-. El ciudadano **GUILLERMO BRESNEIDER DEL RÍO** presentó demanda ante el Tribunal Administrativo del Atlántico, tendiente a que mediante sentencia y en los términos de los artículos 55, numeral 2, de la Ley 136 de 2 de junio de 1994¹ y 48, numeral 1 de la Ley 617 de 6 de octubre de 2000², se dispusiera la pérdida de investidura de los concejales del Municipio de Usiacurí (Atlántico), señores **RONALD EMIL PADILLA ACUÑA, NUMAS EDUARDO HURTADO URUETA³, OCTAVIO ENRIQUE RODRÍGUEZ MÁRQUEZ, LUISA FERNANDA ZÁRATE GUTIÉRREZ y MARGARITA CECILIA ZÁRATE SARMIENTO**, elegidos para el período 2012-2015, por haber violado el régimen de incompatibilidades consagrado en los artículos 39, numeral 1, literales a) y b) de la Ley 734 de 5 de febrero de 2002⁴ y 45, numeral 2, de la Ley 136.

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

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.

³ Tanto en el texto de la demanda, como en su contestación e incluso en la sentencia impugnada, se anotó erradamente "ARRIETA" como segundo apellido del Concejal demandado NUMAS EDUARDO HURTADO. No obstante, en el expediente aparecen pruebas irrefutables de que lo correcto es "URUETA" (folios 29, 228 y 428), por lo que así se referenciará en adelante.

⁴ Por la cual se expide el Código Disciplinario Único.

Que para las elecciones locales de 2011, los señores **RONALD EMIL PADILLA ACUÑA, NUMAS EDUARDO HURTADO URUETA, OCTAVIO ENRIQUE RODRÍGUEZ MÁRQUEZ, LUISA FERNANDA ZÁRATE GUTIÉRREZ** y **MARGARITA CECILIA ZÁRATE SARMIENTO**, resultaron elegidos concejales del Municipio de Usiacurí (Atlántico) para el período constitucional 2012-2015.

Señaló que, estos concejales incurrieron en las incompatibilidades establecidas en los artículos 39, numeral 1, literales a) y b) de la Ley 734⁵ y 45, numeral 2, de la Ley 136, al haber intervenido en nombre propio o ajeno en actuaciones administrativas en las cuales tenía interés tanto el Municipio de Usiacurí (Atlántico) como su Concejo Municipal, así como al haber actuado como gestores en un caso y, en otro como apoderado, ante autoridades disciplinarias.

Dichas conductas, en los términos de la demanda, tuvieron lugar en desarrollo del proceso disciplinario de competencia de la Procuraduría Provincial de Barranquilla con radicado IUS: 2014-144419, Expediente núm. IUC-2014-566-686451, iniciado por queja disciplinaria presentada el día 28 de abril de 2014 por los concejales demandados, en ejercicio de sus funciones y obligaciones constitucionales y legales, contra el Alcalde Municipal de Usiacurí (Atlántico), elegido para el mismo período constitucional 2012-2015, doctor William Bresneider Alvear.

Explicó, que en este proceso los demandados presentaron una adición de queja mediante oficio de 19 de septiembre de 2014, lo cual demuestra que intervinieron a nombre del Concejo en actuaciones administrativas de competencia de la Procuraduría Provincial de Barranquilla, pues siendo quejosos, no podían ir más allá de poner el hecho en conocimiento de la autoridad competente. Al estar clasificados como servidores públicos en los términos del artículo 123 de la

⁵ Por la cual se expide el Código Disciplinario Único.

Constitución Política, los concejales no podían haber ostentado la calidad de quejosos en el proceso disciplinario, por lo que incurrieron en la incompatibilidad prevista en el artículo 39, numeral 1, literal a) de la Ley 734.

Luego de ser declarado disciplinariamente responsable, el señor Alcalde de Usiacurí (Atlántico), doctor William Bresneider Alvear interpuso recurso de apelación contra dicha decisión, el cual le correspondió a la Procuraduría Regional del Atlántico. Allí, los concejales o uno o varios de ellos, según lo relata la demanda, presentaron alegatos de conclusión solicitando la confirmación del fallo de primera instancia, lo que también demuestra que incurrieron en la incompatibilidad prevista en el artículo 39, numeral 1, literal a) de la Ley 734 y, a su vez, la establecida en el literal b) ibídem al haber actuado como gestores ante autoridades disciplinarias.

De igual forma, las conductas censuradas también tuvieron ocurrencia, según la demanda, en otro proceso adelantado por la Procuraduría Regional del Atlántico con radicado IUS 2014-24572, Expediente núm. IUC-D2014-566-667813, surtido en contra del Alcalde Municipal de Usiacurí (Atlántico), doctor William Bresneider Alvear, en el que los demandados, en cabeza del concejal **OCTAVIO ENRIQUE RODRÍGUEZ MÁRQUEZ**, dieron traslado de un informe de la Contraloría General de la República de fecha 17 de enero de 2014, solicitando un control excepcional sobre los recursos de dicho Municipio por las presuntas irregularidades cometidas por actos de corrupción durante la administración del período 2012-2015.

Posteriormente, a la presentación de descargos por parte del disciplinado, el concejal **OCTAVIO ENRIQUE RODRÍGUEZ MÁRQUEZ**, actuando como representante del Concejo Municipal de Usiacurí (Atlántico) y veedor ciudadano, señalado así por el demandante, presentó memorial de 23 de octubre de 2014 con

argumentos mediante los cuales refuta los descargos presentados por el señor Alcalde, lo que demuestra que los demandados actuaron dentro del proceso disciplinario sin ser quejosos y, en el caso de uno de ellos, como apoderado del Concejo Municipal y la Veeduría, incurriendo en las incompatibilidades establecidas en el artículo 39, numeral 1, literales a) y b) de la Ley 734.

El día 5 de diciembre de 2014 se absolvió del cargo imputado al Alcalde Municipal de Usiacurí (Atlántico), doctor William Bresneider Alvear, pero el concejal **OCTAVIO ENRIQUE RODRÍGUEZ MÁRQUEZ**, en la misma audiencia, interpuso recurso de apelación contra dicha providencia de primera instancia, el cual sustentó, precisó y amplió con memorial de 11 de diciembre de 2014. Después, presentó y sustentó sus alegatos de conclusión el día 30 de enero de 2015, sin estar autorizado legalmente para ello, por lo que resulta evidente, para el actor, que los concejales demandados incurrieron en las incompatibilidades dispuestas en el artículo 39, numeral 1, literales a) y b) de la Ley 734, y relaciona como configurada la incompatibilidad establecida en el artículo 45, numeral 2, de la Ley 136.

I.3- Los demandados, a través de único apoderado, se opusieron a la prosperidad de las pretensiones de la demanda, mediante escrito de 19 de agosto de 2016 - folios 219 a 227-, indicando que es falso que los concejales no pudieran ampliar, de forma escrita o verbal, la queja presentada si con posterioridad se evidenciaron hechos nuevos que en su sentir tenían trascendencia disciplinaria, quienes además obraron en ejercicio de un deber legal impuesto por el artículo 70 de la Ley 734, que de manera expresa señala que el servidor público que tenga conocimiento de un hecho constitutivo de posible falta disciplinaria, pondrá el respectivo hecho en conocimiento de la autoridad competente sin importar la forma en que lo haga, bien sea a través de informe o de queja disciplinaria.

Manifestaron que es el operador disciplinario el que debe evaluar si el funcionario público actúa como quejoso o como informante, siendo la única relevancia de tal distinción, la posibilidad de interponer recursos contra la decisión de archivo o el fallo absolutorio, tal y como lo señala el artículo 90 de la Ley 734.

Indicaron que, formular una queja disciplinaria en contra del Alcalde Municipal de Usiacurí (Atlántico) no constituye la situación fáctica requerida por el artículo 39, numeral 1, literal a), de la Ley 734, pues dentro del derecho disciplinario el interés jurídicamente protegido es la función pública y no el de una persona individual o jurídica concreta tal y como se ha establecido en sentencia C-244 de 1996, por lo que el interés no recae en dicho Municipio sino en la protección de la función pública.

Anotaron que, no es cierto que hubiesen presentado alegatos de conclusión en el proceso con radicado IUS: 2014-144419, Expediente núm. IUC-2014-566-686451, pero que en caso de haberlo hecho, dicha circunstancia debía ser debatida al interior del proceso disciplinario y no sería imputable a los concejales demandados.

Confirmaron que, el concejal **OCTAVIO ENRIQUE RODRÍGUEZ MÁRQUEZ** sí formuló la otra queja disciplinaria contra el Alcalde Municipal de Usiacurí (Atlántico), con fundamento en un informe remitido por la Contraloría General de la República, lo que permitió iniciar el proceso con radicado IUS 2014-24572 (Expediente nro. IUC-D2014-566-667813), en el que se le reconoció como quejoso.

Insistieron en que dicha actuación no persiguió un interés personal o de un tercero, sino que los intereses del derecho disciplinario son los de la función pública, sin que se pueda predicar su titularidad de ninguna entidad pública o privada. Mucho menos, agrega, obró como apoderado de entidad municipal, pues en forma alguna se acompañó poder conferido para actividad a nombre del Concejo Municipal.

II- FUNDAMENTOS DE LA SENTENCIA RECURRIDA

El *a quo* denegó la solicitud de pérdida de investidura argumentando, en síntesis, que el parágrafo del artículo 90 de la Ley 734 establece que el quejoso tiene facultades de presentar y ampliar la queja, aportar pruebas, recurrir la decisión de archivo y el fallo absolutorio.

Observó que, en el proceso con radicado IUS: 2014-144419, Expediente núm. IUC-2014-566-686451 adelantado contra el Alcalde Municipal de Usiacurí (Atlántico) durante su período 2012-2015, los concejales **RONALD EMIL PADILLA ACUÑA, NUMAS EDUARDO HURTADO URUETA, OCTAVIO ENRIQUE RODRÍGUEZ MÁRQUEZ, LUISA FERNANDA ZÁRATE GUTIÉRREZ y MARGARITA CECILIA ZÁRATE SARMIENTO**, fueron los quejosos, lo cual podían hacer como servidores públicos si consideraban que dicho funcionario público había incurrido, posiblemente, en faltas disciplinarias, al no haber asistido al Concejo Municipal a rendir informe de su gestión del año 2013 y haber celebrado 51 contratos de prestación de servicios sin facultad ni autorización del Cabildo.

Consideró que, todos los servidores públicos, entre ellos los concejales, tienen la obligación de denunciar las faltas disciplinarias, tal como lo establece el artículo 34

de la Ley 734, lo que lejos de constituir una incompatibilidad, es un deber. La ampliación de la queja, igualmente, es una facultad con la que cuenta el quejoso por lo que tampoco constituye incompatibilidad alguna.

Anotó, finalmente en cuanto a ese proceso, que no se encontraron alegatos de conclusión suscritos por los concejales; solo descansan los alegatos de apoderados del investigado Alcalde Municipal de Usiacurí (Atlántico).

En cuanto al otro proceso con radicado IUS 2014-24572, (Expediente nro. IUC-D2014-566-667813), el *a quo* encontró que, previamente, el concejal **OCTAVIO ENRIQUE RODRÍGUEZ MÁRQUEZ** había presentado ante la Contraloría General de la República el documento denominado “[...] *Denuncia de actos de corrupción cometidos contra el erario público en la Administración Municipal del Municipio de Usiacurí-Atlántico (Alcalde William Bresneider Alvear, Tesorero Municipal Álvaro Amaranta Zarate)*[...]”, comoquiera que la primera autoridad de dicho Municipio habría aumentado su sueldo sin haberlo puesto a consideración del referido Concejo.

La Contraloría al recibir esta queja, dispuso el traslado de la misma a la Procuraduría Provincial de Barranquilla en la cual se surtieron los trámites de rigor, entre ellos, el escrito contentivo de sus argumentos, suscrito por el concejal **OCTAVIO ENRIQUE RODRÍGUEZ MÁRQUEZ**, así como su recurso de apelación, todo lo cual, explica la providencia, fue realizado en desarrollo de las facultades otorgadas por el artículo 90 de la Ley 734.

Señaló que, no hay prueba alguna que demuestre que el señor **OCTAVIO ENRIQUE RODRÍGUEZ MÁRQUEZ** haya actuado como apoderado del Concejo Municipal de Usiacurí (Atlántico) en ninguno de los dos procesos disciplinarios, ni

que le haya sido otorgado poder por alguna persona natural o jurídica para actuar como apoderado y, por el contrario, se demostró que este actuó como concejal quejoso y no en representación de alguna otra persona.

En conclusión, el Tribunal encontró que las actuaciones de los concejales demandados **RONALD EMIL PADILLA ACUÑA, NUMAS EDUARDO HURTADO URUETA, OCTAVIO ENRIQUE RODRÍGUEZ MÁRQUEZ, LUISA FERNANDA ZÁRATE GUTIÉRREZ** y **MARGARITA CECILIA ZÁRATE SARMIENTO** en los procesos disciplinarios con radicados IUS: 2014-144419, (Expediente núm. IUC-2014-566-686451) y IUS 2014-24572, (Expediente núm. IUC-D2014-566-667813) tramitados por las Procuradurías Provincial y Regional de Barranquilla, se ajustaron a las facultades estatuidas para los servidores públicos en el artículo 90 de la ley 734, cuando estos actúan como quejosos; por consiguiente, sus conductas no se encuentran en los supuestos señalados en los artículos 39, numeral 1, literales a) y b) de la Ley 734 y 45, numeral 2, de la Ley 136, razones suficientes para negar las pretensiones de la acción de pérdida de investidura.

III-. FUNDAMENTOS DEL RECURSO

El actor se muestra inconforme con la decisión de primer grado, al explicar que los argumentos expuestos por la Sala Plena del Tribunal Administrativo del Atlántico son violatorios del debido proceso, porque no analiza todos los cargos expuestos en la demanda y en la audiencia pública referentes al proceso con radicado IUS: 2014-144419 (Expediente núm. IUC-2014-566-686451). Es claro, para este, que el artículo 70 de la Ley 734 diferencia entre el servidor público que está obligado a informar la falta disciplinaria de que conozca mientras esté en el ejercicio de sus funciones de quien no lo es, y que en este caso, la queja fue presentada contra el Alcalde Municipal por los concejales en su calidad de servidores públicos, en

cumplimiento de un deber legal, mas no como particulares, lo cual en los términos del artículo 69 de la Ley 734, no les otorga el estatus de quejosos aunque ellos y la Procuraduría así lo quieran denominar.

Luego de insistir en ciertos pronunciamientos de la Procuraduría General de la Nación en cuanto a los conceptos de quejoso e informante y sus diferencias, manifestó que los demandados sí incurrieron en la incompatibilidad prevista en el artículo 39, numeral 1, literal a) y b) de la Ley 734 al haber presentado una adición a la queja inicial, así como pruebas luego de haberse proferido auto de citación a audiencia del disciplinado, intervenido en nombre propio o ajeno en actuaciones administrativas en las cuales tenían intereses tanto el Municipio de Usiacurí (Atlántico) como su Concejo Municipal y haber actuado, por tanto, como gestores ante las autoridades disciplinarias.

Frente a los cargos relativos al proceso con radicado IUS 2014-24572 (Expediente núm. IUC-D2014-566-667813), consideró nuevamente que los concejales demandados asumieron o fungieron como apoderados de la comunidad sin tener facultades para ello, pues el que no hayan tenido poder como lo manifiesta erróneamente el *a quo*, en su sentir no los exonera de responsabilidad alguna, ya que aquellos actuaron sin tener el estatus de quejosos.

Recordó que, además, el concejal **OCTAVIO ENRIQUE RODRÍGUEZ MÁRQUEZ** presentó y sustentó recurso de apelación contra la decisión de primera instancia, tal y como se demuestra en la sentencia que en el presente proceso se impugna, actuando una vez más sin tener la condición de quejoso, todo lo cual demuestra que los concejales demandados fungieron como gestores ante las autoridades disciplinarias en lo que debe entenderse como la incompatibilidad establecida en el artículo 39, numeral 1, literal b), de la Ley 734.

Concluyó que, al quedar plenamente demostrado que los demandados no eran quejosos en el proceso disciplinario pues intervinieron tanto en nombre propio como ajeno en actuación administrativa en la cual tenían intereses el Municipio de Usiacurí (Atlántico) y su Concejo Municipal, quedó estructurada la incompatibilidad referida y, con ello, la respectiva causal de pérdida de investidura.

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 no se configura la causal de incompatibilidad determinada en los artículos 39, numeral 1, literales a) y b) de la Ley 734 y 45, numeral 2, de la Ley 136, dado que no se presentó la situación fáctica que sirve de fundamento para que concurra la misma.

Indicó que, en el caso concreto los demandados no se encontraban impedidos para poner en conocimiento un hecho grave en su Administración, primero porque la actuación disciplinaria puede iniciarse de oficio, por información proveniente de servidor público, por queja formulada por cualquier persona o por cualquier otro medio que amerite credibilidad y, segundo, porque aunque el artículo 202 de la Ley 734 se refiere al quejoso, nada se opone a que el servidor público que informó sobre la comisión de la conducta presuntamente irregular, sea considerado también como quejoso y pueda impugnar el auto de archivo y el fallo absolutorio, pues igualmente de él se puede predicar la existencia de un interés general en que se garantice el efectivo cumplimiento de los fines del Estado.

Por tal razón, consideró que no son de recibo las acusaciones del actor, toda vez que las denominaciones aunque tienen contenidos procesales diferentes y un tratamiento distinto de los particulares hacia los servidores públicos, mal podrían enmarcarse en una conducta propia de la incompatibilidad invocada, puesto que los demandados actuaron con la convicción de dar a conocer unos hechos presuntamente irregulares por parte del Alcalde Municipal de Usiacurí (Atlántico) y no con la convicción de obtener un beneficio jurídico que mejorara su condición en los procesos llevados a cabo por los órganos de control.

V-. CONSIDERACIONES DE LA SALA

En relación con la controversia sometida a estudio, la Sala advierte que las causales de incompatibilidad planteadas en la demanda, son las previstas, para los concejales, en los artículos 45, numeral 2, de la Ley 136 y 39, numeral 1, literales a) y b) de la Ley 734:

“[...] **Ley 136, 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.” (Negrillas por fuera de texto).

“**Ley 734, artículo 39. Otras incompatibilidades.** Además, constituyen incompatibilidades para desempeñar cargos públicos, las siguientes:

1. Para los gobernadores, diputados, alcaldes, **concejales** y miembros de las juntas administradoras locales, **en el nivel territorial donde hayan ejercido jurisdicción, desde el momento de su elección y hasta cuando esté legalmente terminado el período:**

a) **Intervenir en nombre propio o ajeno en asuntos, actuaciones administrativas o actuación contractual en los cuales tenga interés el departamento, distrito o municipio correspondiente, o sus organismos;**

b) **Actuar como apoderados o gestores ante entidades o autoridades disciplinarias,** fiscales, administrativas o jurisdiccionales [...] (Negrillas fuera de texto)”.

El primero de los eventos incompatible con el ejercicio del cargo de concejal Municipal, es el que viene insertado en el artículo 45, numeral 2 de la Ley 136, relativo para el caso concreto, a haber sido apoderado ante las entidades públicas del Municipio de Usiacurí (Atlántico), siendo sus elementos configurantes los siguientes:

(i) Que los hechos censurados hayan tenido ocurrencia durante el período constitucional para el cual fue elegido concejal o, de haber renunciado, dentro de los seis (6) meses siguientes a la aceptación de la misma si el lapso que faltare para el vencimiento del período hubiese sido superior⁶.

(ii) Y, haber fungido como apoderado ante las entidades públicas del Municipio de Usiacurí (Atlántico), es decir, haber recibido un mandato de otra persona para ejecutar, al interior de cualquiera de las entidades del orden municipal, una o más gestiones o trámites de cualquier tipo, en su nombre y representación⁷.

Pruebas que reposan en el expediente

- Obra copia del Formato E-26 CO (folio 29) contentivo del resultado del escrutinio de los comicios desarrollados el día 30 de octubre de 2011 en el Municipio de Usiacurí (Atlántico), en que se declaran elegidos para ocupar una curul en su Concejo Municipal, a los señores **RONALD EMIL PADILLA ACUÑA, NUMAS**

⁶ Ley 136, "Artículo 47. Duración de las incompatibilidades. <Artículo modificado por el artículo 43 de la Ley 617 de 2000. El nuevo texto es el siguiente:> Las 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.

Quien fuere llamado a ocupar el cargo de concejal, quedará sometido al mismo régimen de incompatibilidades a partir de su posesión."

⁷ Código Civil colombiano: "Artículo 2142. Definición de Mandato. El mandato es un contrato en que una persona confía la gestión de uno o más negocios a otra, que se hace cargo de ellos por cuenta y riesgo de la primera.

La persona que concede el encargo se llama comitente o mandante, y la que lo acepta **apoderado**, procurador, y en general mandatario." (Negrillas por fuera de texto).

EDUARDO HURTADO URUETA, OCTAVIO ENRIQUE RODRÍGUEZ MÁRQUEZ, LUISA FERNANDA ZÁRATE GUTIÉRREZ y MARGARITA CECILIA ZÁRATE SARMIENTO, para el período constitucional 2012-2015.

- Aparece copia del proceso disciplinario con radicado IUS: 2014-144419 (Expediente nro. IUC-2014-566-686451), iniciado con la queja de 28 de abril de 2014 (folios 422 a 428) suscrita por todos los concejales demandados, dirigida a la Procuraduría Provincial de Barranquilla, mediante la cual, *“en ejercicio de las funciones propias e inherentes conferidas por la Constitución y la Ley”*, solicitan que se investigue al Alcalde del Municipio de Usiacurí (Atlántico), señor William Bresneider Alvear, por no presentar Informe general de Administración o, también denominado, Informe de Gestión del año 2013 ante el Concejo Municipal de Usiacurí (Atlántico) y celebrar y/o suscribir 51 contratos de prestación de servicios cuyos valores excedieron los ochocientos millones de pesos (\$800.000.000.oo M/cte.) a pesar de no tener las facultades o autorizaciones que solo el Cabildo Municipal podía otorgar.

- Posteriormente, tres de los concejales quejosos, en concreto los señores **RONALD EMIL PADILLA ACUÑA, NUMAS EDUARDO HURTADO URUETA y OCTAVIO ENRIQUE RODRÍGUEZ MÁRQUEZ** radicaron un escrito el día 19 de septiembre de 2014 (folios 344 a 348), mediante el cual, *“en ejercicio de las funciones otorgadas por la Constitución Política y la Ley”*, presentaron unos argumentos y pruebas relacionadas con el expediente de la referencia *“con fundamento en el artículo 90 de la Ley 734 de 2002”*.

- También descansa en el expediente, copia del proceso disciplinario con radicado IUS 2014-24572, Expediente núm. IUC-D2014-566-667813, que fuere iniciado luego de que uno de los concejales demandados, señor **OCTAVIO ENRIQUE**

RODRÍGUEZ MÁRQUEZ, en su condición de tal, presentara una “Solicitud de Control Excepcional ESE Hospital Local y Alcaldía Municipal de Usiacurí, Departamento del Atlántico” de 25 de noviembre de 2013 (folios 305 y 306) de conformidad con el artículo 26 de la Ley 42 de 26 de enero de 1993⁸, ante la otrora Contralora General de la República, doctora Sandra Morelli Rico.

- Luego, el mismo concejal, mediante escrito de 6 de diciembre de 2013 (folios 303 y 304), dio alcance al oficio anterior, exponiendo ciertos hechos que según su dicho: “[...]se constituirían en soporte de la denuncia sobre posible corrupción y manejo, al perecer irregular de recursos públicos, de acuerdo con nuestras facultades de control político [...]”, entre ellos, aquel relacionado con que el Alcalde del Municipio de Usiacurí (Atlántico), se habría aumentado el salario de manera inconsulta con el Concejo Municipal, ocasionando así un presunto detrimento a las finanzas municipales.

- Una vez analizada tal solicitud por la Contraloría General de la República, procedió a remitirla por competencia a la Procuraduría General de la Nación (folio 302), la que decidió entonces dar apertura al proceso de la referencia. Con escrito de 23 de octubre de 2014 (folios 347 a 349), nuevamente el concejal **OCTAVIO ENRIQUE RODRÍGUEZ MÁRQUEZ** presentó argumentos que a su juicio podían “[...] entregar mayor claridad procesal al asunto objeto de investigación en el proceso verbal adelantado contra el Sr. Alcalde de Usiacurí, Dr. William Pastor Bresneider Alvear [...]”.

- Y, finalmente, este mismo concejal interpuso recurso de apelación contra el fallo absolutorio de la Procuraduría Provincial de Barranquilla, lo cual hizo en estrados luego que el mismo fuese notificado (folio 400).

⁸ Sobre la organización del sistema de control fiscal financiero y los organismos que lo ejercen.

A partir de lo anterior, para la Sala es evidente que si bien los hechos censurados tuvieron ocurrencia durante el período para el cual fueron elegidos concejales los demandados, esto es, que las quejas se interpusieron en ejercicio del período constitucional 2012-2015, lo cierto es que bajo ninguna circunstancia aquellos actuaron como apoderados de un sujeto procesal tal como lo exige la norma, y por el contrario, lo hicieron *motu proprio* invocando sus calidades de cabildantes municipales de Usiacurí (Atlántico) así como las normas que constitucional y legalmente les imponen el deber de formular quejas ante las autoridades disciplinarias.

Adicionalmente, esta incompatibilidad requiere para su configuración, que el acto de apoderamiento se hubiese desplegado ante las entidades públicas del Municipio de Usiacurí (Atlántico), lo cual tampoco ocurrió en el caso concreto, pues lejos de ser organismos oficiales de dicho Municipio, las Procuradurías Provincial⁹ de Barranquilla y Regional¹⁰ del Atlántico hacen parte de la estructura orgánica de la Procuraduría General de la Nación en su nivel territorial¹¹, sin que se pueda predicar de ellas, dependencia o sujeción alguna a la Administración Municipal.

Por lo tanto, la Sala no observa configurada la incompatibilidad contenida en el artículo 45, numeral 2, de la Ley 136.

⁹ Artículo 76 del Decreto núm. 262 de febrero 22 de 2000 "Por el cual se modifican la estructura y la organización de la Procuraduría General de la Nación y del Instituto de Estudios del Ministerio Público; el régimen de competencias interno de la Procuraduría General; se dictan normas para su funcionamiento; se modifica el régimen de carrera de la Procuraduría General de la Nación, el de inhabilidades e incompatibilidades de sus servidores y se regulan las diversas situaciones administrativas a las que se encuentren sujetos."

¹⁰ Artículo 75, *Ibíd.*

¹¹ Artículo 2, *Ibíd.* De igual forma, el artículo 80 determina: "Dependencia directa. **Los procuradores regionales** y distritales **dependen directamente del Procurador General**. **Los procuradores provinciales** dependen directamente de los respectivos **procuradores regionales**."

El segundo de los escenarios planteado como incompatible, es el consignado en el artículo 39, numeral 1, literales a) y b) de la Ley 734 (Código Disciplinario Único), consistente en que desde el momento de su elección y hasta cuando estuvo legalmente terminado su período constitucional, el Concejal aparentemente no podía, a nivel municipal, haber intervenido en nombre propio o ajeno, en asuntos o actuaciones administrativas en los cuales tuviera interés el Municipio de Usiacurí (Atlántico) o sus organismos, así como tampoco podía haber actuado como apoderado o gestor ante entidades o autoridades disciplinarias.

En este punto cabe resaltar que, frente al eventual ensamble de tales causales de incompatibilidad disciplinaria al interior del régimen de incompatibilidades, cuya transgresión es capaz de provocar la pérdida de investidura de los miembros de las corporaciones públicas territoriales (reguladas de forma especial por las Leyes 134 y 617), la Sección tuvo la oportunidad de considerar lo siguiente en vigencia de la Ley 200 de julio 28 de 1995¹², Código Disciplinario Único anterior a la Ley 734:

“[...] La violación de esta prohibición la ubica el actor en la causal 6ª del artículo 48 de la Ley 617 de 2000, en concordancia con el artículo 29, numeral 9, de la Ley 200 de 1995. Tales preceptos a la letra dicen:

“Artículo 48 (Ley 617 de 2000) Pérdida de investidura de diputados, concejales municipales y distritales y de miembros de juntas administradoras locales. Los diputados y concejales municipales y distritales y miembros de juntas administradoras locales perderán su investidura:

1. Por violación del régimen de incompatibilidades o del de conflicto de intereses. No existirá conflicto de intereses cuando se trate de considerar asuntos que afecten al concejal o diputado en igualdad de condiciones a las de la ciudadanía en general.
2. Por la inasistencia en un mismo período de sesiones a cinco (5) reuniones plenarias o de comisión en las que se voten proyectos de ordenanza o acuerdo, según el caso.

¹² Por la cual se adopta el Código Disciplinario Único.

3. Por no tomar posesión del cargo dentro de los tres (3) días siguientes a la fecha de instalación de las asambleas o concejos, según el caso, o a la fecha en que fueren llamados a posesionarse.
4. Por indebida destinación de dineros públicos.
5. Por tráfico de influencias debidamente comprobado.
6. Por las demás causales expresamente previstas en la ley.

Parágrafo 1º. Las causales 2 y 3 no tendrán aplicación cuando medie fuerza mayor.”

“**Art. 29.- (Ley 200 de 1995) Sanciones principales.** Los servidores públicos estarán sometidos a las siguientes sanciones principales:

(...)

9.- Pérdida de la investidura para los miembros de las corporaciones públicas, de conformidad con las normas de la Constitución y la ley que la regule”.

Se observa que el numeral 6 del artículo 48 primeramente transcrito contempla una causal indeterminada, en cuanto su descripción está remitida a cualquier norma de orden legal que describa una causal específica o completa en sí misma, **luego su aplicación en el presente caso depende de que exista una disposición legal que establezca expresamente la violación de las prohibiciones de los servidores públicos, o de la aquí anotada, como causal de pérdida de investidura de los diputados.**

Una connotación similar tiene el numeral 9 del artículo 29 de la Ley 200 de 1995, en la medida en que remite la aplicación de la pérdida de investidura de los miembros de las corporaciones públicas a otras normas de manera indeterminada, en cuanto dice “de conformidad con las normas de la Constitución y la ley que la regule”, ley que en el presente caso es la 617 de 2000.

Sobre el particular, se puede apreciar, sin dificultad alguna, que ninguna de las normas invocadas en la demanda consagran dicha conducta como motivo de pérdida de investidura, tal como lo han advertido el tribunal a quo y el Ministerio Público, de suerte que no se puede tener como acreditada la ocurrencia de causal que amerite la pérdida de la investidura del demandado, razón por la cual se debe confirmar la sentencia apelada. [...]”¹³ (Negrillas por fuera de texto).

Seguidamente, esta posición fue reiterada, así:

“[...] Cabe resaltar que la Ley 617 de 2000 en su artículo 48 creó la institución de la Pérdida de Investidura de Diputados de conformidad con las siguientes causales:

(...)

Dentro de las causales enunciadas expresamente no se encuentra la relativa a la reproducción de actos suspendidos o anulados por la jurisdicción de lo Contencioso Administrativo.

¹³ Sentencia de 7 de marzo de 2002, radicado nro. 50001-23-31-000-2001-00346-01(7716) (PI), Consejero ponente doctor Manuel Santiago Urueta Ayola.

Ahora, es cierto que el artículo 29 de la Ley 200 de 1995 clasificó las sanciones principales a que estarán sometidos los servidores públicos y en el numeral 9 aludió a la “Pérdida de investidura para los miembros de las corporaciones públicas (...)”.

Igualmente resulta cierto que en el artículo 41 enlistó las conductas que se les prohíbe realizar a los servidores públicos y en el numeral 23 consagra la relativa a “Reproducir actos administrativos suspendidos o anulados por la jurisdicción contencioso administrativa; o proceder contra resolución o providencia ejecutoriada del superior”.

Empero, no es menos cierto que el artículo 29, numeral 9 al hacer alusión a la sanción principal de pérdida de investidura la condicionó a “las normas de la constitución y la ley que la regule”, lo cual significa que necesariamente debe existir una normatividad específica que desarrolle tal sanción indicando expresamente las conductas que la ameritan. Ello, en desarrollo del principio constitucional de la legalidad de la sanción, consagrado en el artículo 29 de la Carta Política, aplicable a toda clase de actuaciones, que responde al postulado de que toda conducta imputable debe haber sido descrita previamente como sancionable, lo que supone no solo la descripción del comportamiento prohibido sino la sanción o pena a que se hace acreedor el infractor que incurra en él.

En este caso, la Ley 617 de 2000, en su artículo 48, no previó expresamente como sancionable con pérdida de la investidura de Diputados la conducta consistente en reproducir un acto anulado o suspendido por la jurisdicción de lo contencioso administrativo; y la Ley 200 de 1995 tampoco le atribuyó expresamente a dicha conducta la mencionada consecuencia jurídica, razón por la que no es procedente acceder a las pretensiones de la demanda [...]”¹⁴ (Negrillas por fuera de texto).

Estas decisiones evidencian que la Sala, desde la vigencia de Ley 200, mantuvo la infracción de aquellas conductas y circunstancias previstas como prohibidas o incompatibles en materia disciplinaria, al margen del estudio jurisdiccional efectuado en el proceso de pérdida de investidura territorial, incluso, muy a pesar de que dicho compendio sí previera, como consecuencia de ello, la máxima pena para el ejercicio de los derechos políticos.

Como se pudo constatar, fueron tres las razones principales: la primera en cuanto que, el numeral 6 del artículo 48 de la Ley 617, al ordenar una causal indeterminada, pues su descripción está remitida a cualquier norma de orden legal

¹⁴ Sentencia de 14 de marzo de 2002, radicado nro. 50001-23-31-000-2001-00368-01(7715) (PI), Consejero ponente doctor Gabriel Eduardo Mendoza Martelo.

que describa una causal específica o completa en sí misma, hizo depender su aplicación a que exista una disposición legal que establezca expresamente la violación de las prohibiciones de los servidores públicos como causal de pérdida de investidura de los diputados.

Lo segundo es que el artículo 29, numeral 9 de la Ley 200, al establecer como sanción principal la de pérdida de investidura, la dejó condicionada a “las normas de la constitución y la ley que la regule”, lo cual significa que necesariamente debe existir una normativa específica que desarrolle tal sanción indicando expresamente las conductas que la ameritan, en cumplimiento del principio constitucional de la legalidad de la sanción, determinado por el artículo 29 de la Carta Política, aplicable a toda clase de actuaciones y según el cual, toda conducta imputable debe haber sido descrita previamente como sancionable, lo que supone no solo la descripción del comportamiento prohibido sino la sanción o pena a que se hace acreedor el infractor que incurra en él.

Y, lo tercero, es que en ese sentido, la Ley 617 de 2000, en su artículo 48, no previó expresamente como sancionable con pérdida de investidura (de Diputados en el caso concreto de las providencias citadas), las conductas relatadas en los hechos de esas demandas, así como tampoco la Ley 200 les atribuyó la mencionada consecuencia jurídica en concreto.

No obstante, en una providencia posterior, ya en vigencia del nuevo y actual Código Disciplinario Único, la Sección encontró viable el examen de la conducta de un concejal municipal por la transgresión de la incompatibilidad prevista en el artículo 39, literal b) de la Ley 734, para lo cual, consideró, contrario a lo sostenido hasta ese momento, lo siguiente:

[...] 3.2.2.- La segunda cuestión comporta la aplicabilidad de la Ley 734 de 2002 a los concejales, en particular el artículo 39, literal b), **pudiéndose decir sin necesidad de mayores consideraciones que el texto de la misma disposición ofrece la solución de la misma, en tanto de manera expresa incluye a los concejales dentro de los sujetos o servidores públicos a los cuales está dirigido, tal como se evidencia en su lectura al señalar en el numeral “1” que son incompatibilidades “Para los gobernadores, diputados, alcaldes, CONCEJALES y miembros de las juntas administradoras locales...” (destaca la Sala);** norma similar al literal b) del artículo 44 de la Ley 200 de 1995, que a su turno fue declarada exequible por la Corte Constitucional respecto de gobernadores, alcaldes y diputados, en sentencias C-559 de 1996 y C-426 de 1996, sin que exista pronunciamiento de esa Corporación sobre concejales.

Además, se ha de entender que el régimen de incompatibilidades a que se refiere el artículo 48, numeral 1, de la Ley 617 de 2000, no solamente es el comprendido en el artículo 45 de la Ley 136 de 1994, adicionado por el 41 de dicha ley 617, sino en cualquier otra norma, sea de rango constitucional o legal; de allí, que como lo señaló la Sala respecto de otra disposición de la Ley 734 de 2002 - artículo 48¹⁵ -, el numeral 1 del artículo 48 de la Ley 617 en mención debe armonizarse con el 39, numeral 1, literal b), en comento.

En ese orden, se tiene que la incompatibilidad se configura por actuar como apoderado o gestor ante cualquiera de las entidades o autoridades que se relacionan en la norma, esto es, disciplinarias, fiscales, administrativas o jurisdiccionales [...]¹⁶ (Negrillas por fuera de texto).

A pesar de ello y en un caso similar, la Sala regresó rápidamente a la argumentación inicial, con la cual, tornó inocua la aplicación del referido literal b) dentro del ámbito de las incompatibilidades judicializadas en la acción de pérdida de investidura. En esta ocasión, la Sala sostuvo:

[...] **B. Causal endilgada.**

El demandante solicita la Pérdida de la Investidura de Concejal de Circasia del señor Jaime Andrés López Gutiérrez por la siguiente causal:

Violación al régimen de incompatibilidades contenido en el **artículo 39 numeral 1° literal b de la Ley 734 de 2002 – Código Único Disciplinario**, en armonía con lo dispuesto por el artículo 45 numeral 2° de la Ley 136 de 1994.

Dice el citado artículo 39 del CDU: (...)

¹⁵ Sentencia de 3 de diciembre de 2004, radicado núm. 52001-23-31-000-2004-00483-01, Consejero ponente Camilo Arciniegas Andrade.

¹⁶ Sentencia de 24 de julio de 2008, radicado núm. 63001-23-31-000-2007-00149-01(PI), Consejero ponente Rafael E. Ostau De Lafont Pianeta.

La Sala precisa que la disposición consagrada en el Código Único Disciplinario en el literal b) del artículo 39 pre transcrito, hace relación a que los concejales que han actuado como apoderados o gestores ante entidades o autoridades disciplinarias, fiscales, administrativas o jurisdiccionales no pueden desempeñar cargos públicos durante el término que dure la incompatibilidad, so pena de incurrir en sanción disciplinaria. La norma se refiere a situaciones posteriores al ejercicio del cargo de concejal y les prohíbe a éstos desempeñar cargos públicos si durante su gestión como concejales se desempeñaron como apoderados en las condiciones descritas.

En el caso en estudio si bien el actor invocó la norma de la Ley 734 de 2002, lo cierto es que describió una conducta aparentemente irregular realizada por parte del demandado como fue la de actuar como apoderado ante una entidad del municipio cuando se desempeñaba como concejal, lo cual está prohibido al tenor de lo dispuesto en el artículo 45 de la Ley 136 de 1994 numeral 2°, so pena de incurrir en violación al régimen de incompatibilidades y de perder la investidura.

La Sala entonces aplicará la norma especial relacionada con las incompatibilidades de los concejales en ejercicio del cargo como causal de pérdida de investidura entre las cuales se encuentra la de actuar como apoderado, así como las excepciones, señaladas respectivamente en los artículos 45 y 46 de la Ley 136 de 1994 [...]¹⁷ (Negrillas y subrayas por fuera de texto).

De igual forma, manteniendo esta postura, la Sección explicó en otro caso reciente

que:

“[...] 5.2.- De la violación del principio del *“non bis in ídem”*”

No comparte la Sala el criterio del apelante referido a la violación al principio del NON BIS IN ÍDEM.

El proceso de pérdida de investidura es ante todo de naturaleza jurisdiccional y como tal se rige por las normas especiales que consagran tanto su trámite como sus causales. **Tan cierto es ello que la Ley 734 de 2002 no consagró como sanción principal la pérdida de la investidura, como sí lo hacía, de manera discutible, la Ley 200 de 1995 en su artículo 29, numeral 9, lo que pone de manifiesto que dicho proceso, por no ser del conocimiento de las autoridades administrativas sino judiciales, no tiene la misma connotación del que se regula en aquella y, por ende, no constituye sanción dentro de éste.**

Las normas previstas en la Ley 734 de 2002 están dirigidas al proceso disciplinario que, por su naturaleza, difiere del de carácter jurisdiccional. De ahí que no pueda afirmarse que tales preceptos deban tener aplicación preferente, pues no se está en presencia de dos actuaciones de la misma naturaleza, ni mucho menos con las mismas

¹⁷ Sentencia de 30 de octubre de 2008, radicado nro. 63001-23-31-000-2007-00148-01(PI), Consejera ponente doctora Martha Sofía Sanz Tobón.

consecuencias sancionatorias [...]”¹⁸ (Negritas y subrayas por fuera de texto).

Así las cosas, la Sala observa que, en la actualidad, no está habilitada la invocación de las incompatibilidades dispuestas en el artículo 39 del Código Disciplinario Único como causales de pérdida de investidura territorial por violación de dicho régimen.

El argumento de la especialidad fue deferido por la Constitución Política a la ley. Es así como conforme al artículo 293, sin perjuicio de lo establecido en la Constitución, la ley determinará las calidades, inhabilidades, incompatibilidades, causales de destitución, etc., de los elegidos popularmente; y el artículo 127 *ibidem*, establece la prohibición a los servidores públicos de celebrar por sí o por interpuesta persona o en representación de otro, contrato alguno con entidades públicas o personas privadas que manejen o administren recursos públicos, salvo las excepciones legales.

Las Leyes 136 y 617 regulan el régimen de incompatibilidades que de los concejales debe verificarse en el proceso de pérdida de investidura; es así como los artículos 45, 46 y 47 de la Ley 136, efectivamente disponen, cuáles son las causales y eventos de incompatibilidad, sus excepciones y la duración de las mismas:

“[...] **Artículo 45º.- 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 antes 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.

¹⁸ Sentencia de 4 de mayo de 2011, radicado nro. 68001-23-31-000-2010-00713-01(PI), Consejero ponente doctor Rafael E. Ostau De Lafont Pianeta.

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.

5. (Adicionado por el artículo 41 de la Ley 617). 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.

Parágrafo 1º.- Se exceptúa del régimen de incompatibilidades el ejercicio de la cátedra.

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.

Artículo 46º.- Excepciones. Lo dispuesto en los artículos anteriores no obsta para que los concejales puedan ya directamente o por medio de apoderado, actuar en los siguientes asuntos:

a. 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;

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

c. (Adicionado por el artículo 42 de la Ley 617). 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.

d) 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.

Artículo 47º.- Duración de las incompatibilidades (Modificado por el artículo 43 de la Ley 617). Las 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.

Quien fuere llamado a ocupar el cargo de concejal, quedará sometido al mismo régimen de incompatibilidades a partir de su posesión. [...]"

Este sistema de prohibiciones, insertado por la Ley 136 y luego modificado por la Ley 617, fue el producto de un mandato expreso contenido en la Constitución Política de 1991:

“[...] **Artículo 293.** Sin perjuicio de lo establecido en la Constitución, la ley determinará las calidades, inhabilidades, incompatibilidades, fecha de posesión, períodos de sesiones, faltas absolutas o temporales, causas de destitución y formas de llenar las vacantes de los ciudadanos que sean elegidos por voto popular para el desempeño de funciones públicas en las entidades territoriales. La ley dictará también las demás disposiciones necesarias para su elección y desempeño de funciones [...]”.

Es ese el marco legal, por voluntad constitucional, al cual se circunscribe el régimen de incompatibilidades cuya transgresión se prevé como causal de pérdida de investidura de los concejales en los artículos 55, numeral 2, de la Ley 136 y 48, numeral 1 de la Ley 617, sin que, bajo circunstancia alguna, este haya previsto la posibilidad de ampliarse o extenderse a otro tipo de normas del mismo rango y, por lo mismo, sin que sea conducente la adición de eventos de incompatibilidad establecidos en otro tipo de leyes como la disciplinaria, salvo que sea ese el objeto de la regla legal posterior. Lo anterior, sin perjuicio, evidentemente, de las causales de incompatibilidad que se llegaren a disponer en los términos del artículo 293 Superior.

Así las cosas y en síntesis, se advierte, que en el caso concreto, no resulta viable la judicialización y consecuente análisis de las conductas descritas en la demanda como constitutivas de infracciones a los artículos 39, numeral 1, literales a) y b) de la Ley 734 (Código Disciplinario Único) por parte de los concejales municipales, bajo el entendido de que aquellas no están previstas en la Leyes especiales 136 ni 617 como causales de incompatibilidad y, menos aún, le fueron atribuidas como consecuencia jurídica de su vulneración, la sanción consistente en pérdida de investidura.

Como elemento final y complementario, se advierte, que en cualquier caso, en el pluricitado artículo 39 de la Ley 734 reposan "otras incompatibilidades", que sumadas a las genéricas de la Constitución y ley, deben observarse para efectos eminentemente disciplinarios; ello, por cuanto en su artículo 36, contrario al método cerrado empleado por las Leyes 136 y 617, la Ley 734 incorporó al Código Disciplinario Único, bajo un método abierto, todas las inhabilidades, impedimentos, **incompatibilidades** y conflicto de intereses señalados en la Constitución y en la ley.

Esto representa dos aspectos importantes a tener en cuenta, que robustecen lo considerado hasta el momento: lo primero es que la codificación disciplinaria permite que sean incorporadas, a su ordenamiento, las **incompatibilidades** e inhabilidades contenidas en otros reglamentos, tal como tuvo la oportunidad de explicarlo la Corte Constitucional en la sentencia C-307 de 11 de julio de 1996, desde cuando estudió la constitucionalidad del literal b), numeral 1, artículo 44 de la Ley 200 (derogado por el literal b, numeral 1 del artículo 39 de la Ley 734, pero que lo reprodujo en su integridad):

"Sin embargo, para comprender el verdadero alcance de la incompatibilidad descrita en la norma acusada, es necesario que ésta sea analizada en concordancia con las otras disposiciones que regulan la materia, y no en forma aislada como lo hace el impugnante en la demanda. **Ciertamente, la razón de ser de su interpretación integral, encuentra pleno respaldo en la propia Ley 200 de 1995, que en su artículo 42 permite que sean incorporadas a su ordenamiento las incompatibilidades e inhabilidades contenidas en otros reglamentos.** Obviamente dicha incorporación debe ser entendida de conformidad con las reglas de interpretación normativa contenidas en el artículo 2o. de la ley 153 de 1887 y en el artículo 5 de la ley 57 de 1887, en cuanto que las normas incorporadas no resulten incompatibles con las disposiciones que reglamentan la materia en dicha ley.

Efectivamente, el artículo 42 de la Ley 200 de 1995, señala expresamente:

"ARTICULO 42. LAS INHABILIDADES. Se entienden incorporadas a este Código las incompatibilidades e inhabilidades previstas en la Constitución, la ley y los reglamentos administrativos."

Pero no sólo el artículo 42 de la citada ley permite inferir la interpretación integral. El propio artículo 44 demandado, refiriéndose a las incompatibilidades descritas en el numeral primero (1o.), dispone en su numeral segundo (2o.) que estas son aplicables, "**Salvo las excepciones constitucionales y legales y el ejercicio de la docencia universitaria hasta por ocho horas semanales dentro de la jornada laboral.**"

En éstos mismos términos se pronunció la Sala de Consulta y Servicio Civil del honorable Consejo de Estado, cuando refiriéndose a la interpretación de los artículos 42 y 44 de la ley 200 de 1995, señaló:

"Al establecer el artículo 42 de la Ley 200 de 1995, que se entienden incorporadas las incompatibilidades e inhabilidades previstas en la Constitución, la ley y los reglamentos administrativos, se entiende que salvo la primera, las demás lo son en cuanto no resulten incompatibles con las disposiciones que sobre la materia establece dicho Estatuto, el cual por ser posterior y de carácter especial prima sobre disposiciones anteriores..."

Una interpretación armónica del artículo 44 permite inferir que la salvedad sobre las 'excepciones constitucionales y legales' consignadas en el numeral 2o., está referida no solo al ejercicio de la docencia por más de ocho horas semanales dentro de la jornada laboral, sino a las prohibiciones generales que trae el numeral primero, porque como se anotó, la incorporación en el 'Código Disciplinario Único' de las 'incompatibilidades e inhabilidades previstas en la Constitución, la ley y los reglamentos administrativos' (art. 42), comprende no sólo el catálogo de prohibiciones sino sus excepciones en lo que no fuere incompatible." (Pronunciamento de 6 de diciembre de 1995, Consejero Ponente, doctor Roberto Suarez Franco).

De acuerdo con lo anterior, cabe advertir, que las incompatibilidades establecidas para los concejales y miembros de las juntas administradoras locales señaladas en la Ley 136 de 1994 -"por la cual se dictan normas tendientes a modernizar la organización y el funcionamiento de los municipios"-, hacen parte integral del régimen disciplinario único, pues lejos de ser contrarias a su espíritu, son complementarias, en cuanto desarrollan la incompatibilidad que en forma general se encuentra descrita en el literal acusado.

Efectivamente, el artículo 45 y 46 de la ley 136 se refieren en forma expresa a las incompatibilidades y excepciones de los concejales y el artículo 126 y 128 del mismo ordenamiento, a las incompatibilidades y excepciones de los miembros de las juntas administradoras locales. Así, si a estos servidores públicos les está prohibido aceptar o desempeñar cargo alguno en la administración pública, vincularse como trabajadores oficiales o contratistas, ser apoderados ante las entidades públicas del respectivo municipio (o ante quienes administren tributos procedentes del mismo para el caso de los concejales), celebrar contratos o realizar gestiones con funcionarios municipales, así mismo, les está permitido directamente o por medio de apoderado, intervenir "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 legítimo interés", y "ser apoderados o defensores en los procesos que se ventilen ante la rama jurisdiccional del poder público." (artículos 46 y 128 de la ley 136 de 1994).

En este último caso, con una restricción adicional para los concejales, descrita en el artículo 46-d de la ley en mención, según la cual “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 [...]”¹⁹ (Negrillas por fuera de texto).

Y, lo segundo, es que esas “*otras incompatibilidades*” que fueron enunciadas en el artículo 39, entre ellas, los literales a) y b) del numeral 1, invocadas como transgredidas en el *sub lite*, surgieron por la necesidad de tipificar como prohibiciones, eventos no descritos en las incompatibilidades generales de orden constitucional y legal, pero, en cualquier caso, concebidos dentro de los límites disciplinarios y para las exclusivas consecuencias disciplinarias.

En efecto, el ámbito de aplicación de la ley disciplinaria ordena, que esta se empleará a sus destinatarios **cuando incurran en falta disciplinaria** dentro o fuera del territorio nacional²⁰. Cuando los gobernadores, diputados, alcaldes, **concejales** y miembros de las juntas administradoras locales, en el nivel territorial donde hayan ejercido jurisdicción, desde el momento de su elección y hasta cuando esté legalmente terminado el período, hayan intervenido en nombre propio o ajeno en asuntos, actuaciones administrativas o actuación contractual en los cuales tenga interés el departamento, distrito o municipio correspondiente, o sus organismos, o hayan actuado como apoderados o gestores ante entidades o autoridades disciplinarias, fiscales, administrativas o jurisdiccionales, muy posiblemente se verán abocados a responder por la eventual comisión de una falta disciplinaria, que no por la vulneración del régimen de incompatibilidades judicializado en sede de pérdida de investidura de miembros de corporación públicas territoriales, a menos que, una de estas actividades, se encuentre

¹⁹ Corte Constitucional, sentencia C-307 de 11 de julio de 1996, magistrado ponente Vladimiro Naranjo Mesa.

²⁰ Ley 734, artículo 24.

reproducida de forma autónoma en las Leyes 136 y 617, en cuyo caso, las normas que deberán invocarse serán estas últimas.

Mientras que un Concejal que haya transgredido el numeral 2, artículo 45 de la Ley 136 al haber sido apoderado ante las entidades públicas del respectivo municipio o ante las personas que administren tributos procedentes del mismo, o porque haya celebrado con ellas, por sí o por interpuesta persona, un contrato, no solo estará incurso en una causal de incompatibilidad con el potencial de configurar la pérdida de su investidura, sino que, a su vez, esa misma conducta podría llegar a comprometer su responsabilidad disciplinaria.

Por lo tanto, de esta ecuación jurídica se puede concluir, bajo las anteriores consideraciones, que si bien el régimen de incompatibilidades dispuesto en las Leyes 136 y 617, hace parte integral del régimen de incompatibilidades establecido en la Ley 734, no sucede así lo contrario; esto es que, en la pérdida de investidura de concejales, regulada en las Leyes 136 y 617, no puede invocarse como causal de incompatibilidad, una de las hipótesis introducida por la norma del Código Disciplinario Único.

Así las cosas, la Sala procederá a confirmar, en su integridad, el fallo impugnado.

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

F A L L A

CONFÍRMASE la sentencia apelada.

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

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

Se deja constancia de que la anterior sentencia fue leída, discutida y aprobada por la Sala en la sesión del día 31 de agosto de 2017.

ROBERTO AUGUSTO SERRATO VALDÉS
Presidente

MARÍA ELIZABETH GARCÍA GONZÁLEZ

CARLOS ENRIQUE MORENO RUBIO (E)