

REPÚBLICA DE COLOMBIA

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CUNDINAMARCA
SALA PLENA

Bogotá, D.C. nueve (9) de marzo de dos mil veinte (2020)

Magistrado Ponente : ALFONSO SARMIENTO CASTRO
Ref. Expediente : 25000231500020190053900
Demandante : JONATHAN RAMÍREZ ROJAS
Demandado : NESTOR ENRIQUE ROZO ESCOBAR

PÉRDIDA DE INVESTIDURA
-SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA-

Procede la Sala Plena a resolver la solicitud de pérdida de investidura presentada por el ciudadano Jonathan Ramírez Rojas contra el señor Néstor Enrique Rozo Escobar, elegido Concejal del Municipio de Soacha, por el periodo constitucional 2020-2023.

I. SINTESIS DEL CASO

El ciudadano Jonathan Ramírez Rojas solicita que se decrete la pérdida de investidura del señor Néstor Enrique Rozo Escobar, elegido Concejal del Municipio de Soacha – Cundinamarca para el periodo constitucional 2020-2023, por violación al régimen de inhabilidades e incompatibilidades, dado que a su juicio, se encontraba inhabilitado para ser elegido Concejal, en los términos del numeral 2 del artículo 40 de la Ley 617 de 2000, esto es, por haber ejercido como empleado público dentro de los 12 meses anteriores a la fecha de elección.

II. ANTECEDENTES**1. La solicitud de pérdida de investidura.****1.1. Pretensiones.**

La parte solicitante en su escrito de tutela señaló la siguiente pretensión:

“Se declare la pérdida de investidura del señor NESTOR ENRIQUE ROZO ESCOBAR, identificado con la cédula de ciudadanía No. 79.218.554 como concejal

*de Soacha – Cundinamarca para el periodo 2020-2023 por el Partido Alianza verde
(Documento E-26 CON de sábado 02 de noviembre de 2019 a las 5:50 PM)*

1.2 Hechos.

La anterior pretensión se fundamentó en los siguientes hechos sintetizados por la Sala, así:

El señor Néstor Enrique Rozo Escobar, mediante acta de declaratoria de elección generada el día 02 de noviembre de 2019 E26 CON suscrita por los miembros de la comisión escrutadora, fue declarado electo Concejal del Municipio de Soacha – Departamento de Cundinamarca.

Señala el demandante que el señor Néstor Enrique Rozo Escobar violó el régimen de inhabilidades previsto para los concejales, por incurrir en la conducta establecida en el numeral 2 del artículo 40 de la Ley 617 de 2000, esto es, por haber ejercido como empleado público dentro de los 12 meses anteriores a la fecha de elección, jurisdicción o autoridad política, civil, administrativa o militar, en el respectivo municipio.

Manifiesta que el demandado fue nombrado mediante Decreto 373 de 2016 expedido por el Alcalde Municipal de Soacha, en el cargo de Director Técnico Código 009 grado 01, de nivel directivo de la Planta de Personal del Sector Central, tomando posesión el 17 de noviembre de 2016.

Por tanto, indica que, ostentó la condición de empleado público entre el 17 de noviembre de 2016 hasta el 13 de junio de 2019 (fecha en la cual fue aceptada su renuncia), esto es, dentro del año anterior a las elecciones para elegir a los concejales del Municipio de Soacha para el periodo 2020-2023 que se desarrollaron el día 27 de octubre de 2019.

Refiere que el cargo que ostentó el demandado fue un cargo de dirección, orientado a dar resultados, coordinando la formulación, ejecución, seguimiento y evaluación de los diferentes instrumentos de gestión pública (Plan de Desarrollo, Plan indicativo, Plan Operativo Anual de Inversiones, entre otros) de la Dirección de Desarrollo Económico donde tenía que evaluar mensualmente la gestión de los mismos, que le obligaban a tomar decisiones propias, y que además, contaba con un personal a su cargo para el desempeño de funciones de su dependencia. Afirma que las facultades

otorgadas al accionado como director eran de carácter administrativo, disciplinario y fiscal.

Además, que tenía otras funciones que igualmente lo inhabilitaban, ya que como supervisor de contratos de prestación de servicios, ejercía autoridad administrativa directa sobre ellos, gozando de las facultades que otorga la Ley a los supervisores e interventores de los contratos, como la de suscribir la certificación del cumplimiento y/o recibo a satisfacción del objeto contractual, con el fin de proceder al pago correspondiente, lo cual, lo convierte en ordenador del gasto, porque dependiendo de su informe se procede al desembolso de los recursos públicos.

1.3. Fundamentos de derecho.

El solicitante invocó, como sustento jurídico de su demanda, la causal prevista en el artículo 55 de la Ley 136 de 1994, según la cual, *los concejales perderán su investidura por violación del régimen de inhabilidades, incompatibilidades o de conflicto de intereses*, pues señala que incurrió en la inhabilidad establecida en el numeral 2 del artículo 40 de la Ley 617 de 2000.

1.4. Trámite procesal.

- El 19 de noviembre de 2019, el señor Jonathan Ramírez Rojas presentó demanda de pérdida de investidura contra Néstor Enrique Rozo Escobar, Concejal del Municipio de Soacha- Departamento de Cundinamarca. (Fl. 1-15 c1)

- Mediante auto del 20 de noviembre de 2019, el Despacho del Magistrado sustanciador inadmitió la solicitud. (Fl. 190-193 c1). Subsana la demanda, por auto del 2 de diciembre de 2019, fue admitida y se ordenó su notificación personal al señor demandado. (Fl. 215-218 c1)

- A través de auto del 11 de diciembre de 2019, se ordenó la notificación personal del auto admisorio al demandado, y oficiar al Concejo Municipal de Soacha – Cundinamarca, para que suministrara su dirección. (Fl. 228 c1)

- El 12 de diciembre de 2019, el actor presentó solicitud de medida cautelar para que el Concejo Municipal de Soacha se abstuviera de posesionar al demandado. (Fl. 229 c1)

- El 17 de diciembre de 2019, la Secretaria General del Concejo Municipal de Soacha informó la dirección del demandado. (Fl. 235 c1)

- El 16 de diciembre de 2019, la Secretaria General de la Corporación envió citatorio al demandado del auto admisorio de la demandada para su correspondiente notificación. (Fl. 236 c1)

- El 18 de diciembre de 2019, se notificó el auto admisorio de la demandada al demandado. (Fl.291 c1)

- A través de auto del 18 de diciembre de 2019, el Despacho corrió traslado de la medida cautelar al accionado. (Fl. 292 c1)

- El 14 de enero de 2020, el demandado, a través de apoderado, descorrió traslado de la medida cautelar solicitada por el señor Jonathan Ramírez Rojas y contestó la demanda de pérdida de investidura. (Fl. 293 c1)

- Mediante auto del 23 de enero de 2020, se negó la medida cautelar solicitada por el actor. (Fl. 320-325 c1)

- Por auto del 3 de febrero de 2020, el Despacho del Magistrado Ponente decretó el testimonio solicitado por la parte demandada, y fijó fecha y hora para la realización de la audiencia de pruebas y alegatos, la cual fue realizada el 20 de febrero siguiente, recibiendo el testimonio del señor Mario Fernando de la Pava Gallego. (Fl. 329- 331, 337-338 c1)

- El 24 de febrero de 2020 fue realizada la audiencia pública en el presente asunto, en la cual, la parte solicitante, Ministerio Público y parte demandado presentaron sus respectivos alegatos. (Fl. 369-371 c1)

2. Contestación de la demanda.

Mediante escrito radicado el 14 de enero de 2020, el demandado, a través de apoderado, contestó la demanda de pérdida de investidura, sostuvo que el solicitante

no allegó copia del correspondiente acto administrativo donde se determine el manual de funciones de la entidad territorial.

Indicó que los dos folios en fotocopia que se adjuntan como anexo a la demanda, se afirma que corresponden al manual de funciones del cargo de Director de la Dirección de Desarrollo Económico, pero no hay certeza sobre la persona que elaboró o firmó el mencionado manual, como tampoco se le atribuye a autoridad alguna específica, ni tiene fecha de elaboración, por tanto desconoce su autenticidad.

Manifestó que no existe una certificación de funcionario competente que indique que efectivamente el demandado desempeñó o ejerció las mencionadas funciones durante el lapso correspondiente al periodo inhabilitante.

Sostuvo que para el caso concreto se hacía imperioso establecer durante el periodo inhabilitante (del 27 de octubre de 2018 al 27 de octubre de 2019 o por lo menos hasta la fecha en que se hizo efectiva la renuncia – 18 de junio de 2019-): la ubicación del empleo del demandado, si correspondía efectivamente al de Director de Desarrollo Económico del Municipio, cuáles eran las funciones vigentes durante ese lapso, si efectivamente las había ejercido, para luego establecer si esas funciones implicaban autoridad política, civil o administrativa.

Indicó que ostentaba el cargo de Director Técnico y no de Director Administrativo, si bien, el cargo de Director Administrativo o Financiero o Técnico u Operativo se identifica con un mismo código, -009- no gozan de la misma naturaleza.

Las atribuciones presuntamente fijadas por el supuesto manual de funciones para el cargo de Director Técnico de la Dirección de Desarrollo Económico no implican el ejercicio de autoridad civil o administrativa, tampoco poderes decisorios de mando o imposición sobre subordinados o la sociedad.

Además, con relación a las funciones de supervisor de contratos, señaló que la autoridad administrativa de la que hace parte la dirección administrativa, la ejercen los funcionarios autorizados para celebrar contratos, y no los supervisores de los mencionados actos jurídicos.

De conformidad con el artículo 84 de la Ley 1474 de 2011, el supervisor del contrato tiene únicamente el deber de hacer el seguimiento al ejercicio del cumplimiento obligacional por la entidad contratante sobre las obligaciones a cargo del contratista, y se encuentra facultado para presentar informes, aclaraciones, pero se descarta cualquier facultad decisoria autónoma e independiente frente al contratista.

Respecto del elemento subjetivo, manifestó que se asesoró, informó y consultó con las directivas del partido Alianza Verde y sus asesores jurídicos sobre su situación como servidor público de la Alcaldía de Soacha, para efectos del otorgamiento del aval para las elecciones de 2019, advirtiendo y considerando con certeza tanto él como los dirigentes de la agrupación política después del análisis de la situación y de un concepto solicitado por la representante a la Cámara Katherine Miranda Peña del Partido Alianza Verde al Departamento Administrativo de la Función Pública que no estaba inhabilitado, razón por la que el representante legal del partido le otorgó el aval y procedió a realizar su inscripción como candidato al Concejo Municipal de Soacha.

Refirió que cumplió con el deber de diligencia que debía atender en cuanto al cumplimiento de los requisitos e inexistencia de prohibiciones para su inscripción y elección como concejal, a pesar de no tener estudios en derecho sino en su condición de administrador público, poniendo en conocimiento del partido su situación de empleado público. (Fl. 296- 310 c1)

3. Medios probatorios.

3.1. Documentales aportadas por el solicitante con la demanda y subsanación de la misma:

- Copia de Decreto No. 373 del 17 de noviembre de 2016 "por medio del cual, el Alcalde Municipal de Soacha nombra con carácter ordinario al señor Néstor Enrique Rozo Escobar, en el cargo de Director Técnico, código 009, grado 01, del Nivel Directivo de la Planta de Personal del Sector Centra. (Fl. 17 c1)
- Copia del Acta de Posesión No. 121 del 17 de noviembre de 2016. (Fl. 18 c1)
- Copia del documento denominado de dirección de desarrollo económico, empleo: Directivo, Código 009, Grado 01. (Fl. 19-20 c1)
- Copia del contrato No. 963 de 2018 de prestación de servicios de apoyo a la gestión suscrito entre el Municipio de Soacha y Javier Andrés Meneses Ramírez. (Fl. 21-29 c1)
- Copia de la designación supervisión contrato No. 963 de 2018. (Fl. 30-31 c1)
- Copia del informe de supervisión del 4 de septiembre, 2 de noviembre, 5 de diciembre de 2018 al contrato No. 963 de 2018. (Fl. 32-33 c1)
- Copia del acta de liquidación del contrato No. 963 de 2018. (Fl. 37-40 c1)

- Copia del contrato No. 1014 del 18 de septiembre de 2018, de prestación de servicios de apoyo a la gestión, suscrito entre el Municipio de Soacha y Daniel Orlando Moreno Rodríguez. (Fl. 41-49 c1)
- Copia de la designación supervisión contrato No. 1014 de 2018. (Fl. 50 c1)
- Copia del informe de supervisión del 4 de octubre, 2 de noviembre 2018 al contrato No. 1014 de 2018. (Fl. 52-54 c1)
- Copia del acta de liquidación del 31 de diciembre de 2018 del contrato No. 1014 de 2018. (Fl. 55-58 c1)
- Copia de la aceptación de la oferta No. 1269 del 12 de diciembre de 2018, a la invitación pública No. 105 de 2018. (Fl. 59-67 c1)
- Copia del Acta de inicio de la aceptación de la oferta No. 1269 de 2018. (Fl. 68-69 c1)
- Copia de la designación de supervisión Aceptación de la Oferta No. 1269 de 2018. (Fl. 70-71 c1)
- Copia del informe de supervisión del 31 de diciembre de 2018 al contrato No. 1269. (Fl. 72 c1)
- Copia del contrato No. 043 del 16 de enero de 2019, de prestación de servicios profesionales, suscrito entre el Municipio de Soacha y Sandra Patricia Cantor Conde. (Fl. 73-80 c1)
- Copia del Acta de inicio contrato No. 043 del 16 de enero de 2019. (Fl. 81-82 c1)
- Copia de la designación de supervisión contrato No. 043 de 2019. (Fl. 83-84 c1)
- Copia del contrato No. 0083 del 17 de enero de 2019, de prestación de servicios profesionales, suscrito entre el Municipio de Soacha y Jaime Andrés Vargas Sarria. (Fl. 85- 91 c1)
- Copia del Acta de inicio contrato No. 83 de 2019. (Fl. 92-93 c1)
- Copia de la designación de supervisión contrato No. 83 de 2019. (Fl. 94-95 c1)
- Copia del informe de supervisión del 7 de febrero, 7 de marzo, 4 de abril, 6 de mayo, 7 de junio de 2019 al contrato 83 de 2019. (Fl. 96-100 c1)
- Copia del contrato No. 388 del 31 de enero de 2019, de prestación de servicios profesionales, suscrito entre el Municipio de Soacha y Rafael Eduardo Romero Acosta. (Fl. 101-107 c1)
- Copia del Acta de inicio contrato No. 388 de 2019. (Fl. 108 - 109c1)
- Copia de la designación de supervisión contrato No. 388 de 2019. (Fl. 110-111 c1)
- Copia del contrato No. 613 del 7 de febrero de 2019, de prestación de servicios de apoyo a la gestión, suscrito entre el Municipio de Soacha y Cesar Augusto Orjuela Díaz. (Fl. 112-118 c1)
- Copia del Acta de inicio contrato 613 del 7 de febrero de 2019. (Fl. 119-120 - 109c1)
- Copia de la designación de supervisión contrato No. 613 de 2019. (Fl. 121-122 c1)
- Copia del contrato No. 649 del 11 de febrero de 2019, de prestación de servicios de apoyo a la gestión, suscrito entre el Municipio de Soacha y Jesús Alberto Ardila Céspedes. (Fl. 123-129c1)
- Copia del Acta de inicio contrato No. 649 de 2019. (Fl. 130c1)
- Copia de la designación de supervisión contrato No. 649 de 2019. (Fl. 121-122 c1)
- Copia de la cesión del contrato de prestación de servicios de apoyo a la gestión No. 649 de 2019. (Fl. 133-135 c1)
- Copia del acta de reinicio del contrato No. 649 de 2019. (Fl. 136 c1)
- Copia de la carta de aceptación de la oferta y acta de inicio No. 1076 de 2019. (Fl. 137-145 c1)
- Copia de la designación de supervisión contrato No. 1076 de 2019. (Fl. 146-147 c1)

- Copia del contrato No. 1484 del 6 de junio de 2019, de prestación de servicios técnicos para fortalecer la promoción del desarrollo turístico del Municipio de Soacha y acta de inicio. (Fl. 148-155 c1)
- Copia de la designación de supervisión contrato No. 1484 de 2019. (Fl. 156-157 c1)
- Copia del informe de supervisión de prestación de servicios, Contrato No. 1484. (Fl. 158-159 c1)
- Copia del Decreto No. 088 del 13 de junio de 2019 por medio del cual se acepta la renuncia de Néstor Enrique Rozo Escobar al cargo de Director Técnico, código 009, grado 01, del nivel directivo, emitida por el Alcalde Municipal de Soacha. (Fl. 160 c1)
- Copia del Acta parcial del escrutinio municipal del Concejo – Municipio de Soacha y resumen de la votación. (Fl. 161-174 c1)
- Copia del correo electrónico, radicado No. 914 dirigido a Francisco Escobar. (Fl. 175 c1)
- Copia del contrato No. 358 del 31 de enero de 2019, de prestación de servicios técnicos en proyectos de desarrollo económico y Acta de Inicio. (Fl. 176-184 c1)
- Copia de la designación de supervisión contrato No. 358 de 2019. (Fl. 185-186 c1)
- Copia del Acta Parcial de escrutinio municipal, elecciones autoridades territoriales, formulario E-26 del Concejo de Soacha. (Fl. 198-211 c1)
- Copia de la credencial de concejal del Municipio de Soacha E-27 otorgada a Néstor Enrique Rozo Escobar el 2 de noviembre de 2019. (Fl. 213 c1)

3.2. Documentales aportadas por el demandado con la contestación de la demanda:

- Copia del oficio No. 20196000056271 del 25 de febrero de 2019, ref: inhabilidades e incompatibilidades. (Fl. 311-315 c1)
- Copia del oficio D.R.H. 091 del 10 de enero de 2020, Ref: solicitud de documentos. (Fl. 315-316 c1)
- Copia del organigrama Alcaldía de Soacha. (Fl. 317 c1)
- Copia del diploma de Administrador Público otorgado a Néstor Enrique Rozo Escobar. (Fl. 318 c1)

3.3. Audiencia de pruebas.

El 20 de febrero de 2020, fue celebrada audiencia de pruebas, en la cual se recibió el testimonio solicitado por el demandado del señor Mario Fernando de la Pava Gallego – Secretario General del Directorio Departamental del Partido Alianza Verde- y se declaró finalizada la etapa probatoria. (F. 337-339 c1)

4. La audiencia pública.

El 24 de febrero de 2020, la Sala Plena de la Corporación celebró la audiencia pública prevista en el artículo 12 de la Ley 1881 de 2018, a la diligencia acudieron el solicitante, ciudadano Jonathan Ramírez Rojas; el Agente del Ministerio Público -Procurador Noveno Delegado ante este Tribunal; y el concejal Néstor Enrique Rozo Escobar, quien compareció con su apoderado. Las intervenciones de realizaron siguiendo el orden legalmente establecido, así:

4.1. Intervención del solicitante.

El señor Jonathan Ramírez Rojas reiteró los argumentos expuestos en la solicitud de pérdida de investidura, y además, manifestó que con las documentales del proceso no objetadas ni controvertidas, se evidencia la violación al régimen de inhabilidades en que incurrió el demandante, situación que fue igualmente ratificada con el testimonio impreciso y confuso del ciudadano Mario Fernando de la Pava Gallego, quién señaló ser Secretario General del Directorio Departamental del Partido Político Alianza Verde – Cundinamarca.

4.2. Intervención del Ministerio Público.

El Procurador Noveno Judicial II ante el Tribunal Administrativo de Cundinamarca emitió concepto favorable a las pretensiones del solicitante. Consideró que se encuentra acreditado que el demandado tiene la condición de concejal con las documentales allegadas al proceso. Asimismo, que ejerció el cargo de Director Técnico, Código 009, Grado 1 del Nivel Directivo de la Planta de Personal del Nivel Central del Municipio de Soacha, entre el 17 de noviembre de 2016 hasta el 13 de junio de 2019 fecha en la cual se aceptó su renuncia.

Sostuvo que está acreditado que el accionado estuvo vinculado como funcionario público en el Municipio de Soacha dentro de los 12 meses anteriores a la fecha de celebración de las elecciones para el Concejo Municipal de Soacha, evento que tuvo lugar el 27 de octubre de 2019.

Indicó que el demandado también ejerció labores de supervisor respecto de prestación de servicios celebrados y ejecutados dentro de los 12 meses anteriores al 27 de octubre de 2019, fecha de realización de los comicios en los cuales resultó electo.

Señaló que tanto las funciones que ejerció con relación a los contratos de prestación de servicios, en la condición de supervisor y las derivadas del cargo de Director Técnico, implicaban el ejercicio de actividad administrativa, y en consecuencia, de autoridad administrativa, pues las mismas lo investían de poderes decisorios de mando o imposición sobre subordinados y/o la comunidad conformada por los habitantes del Municipio de Soacha.

Respecto de las pruebas allegadas en copia simple de la parte pertinente del Manual de Funciones del Municipio de Soacha sostuvo que, reúnen los requisitos de existencia, validez y eficacia probatoria, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 245 y 246 del Código General del Proceso.

Además, sobre la conducta desplegada por el demandado advirtió que, se trata de una persona que, de acuerdo con su formación académica y experiencia profesional no podría excusarse del conocimiento preciso de la ley, en una materia que tiene relación específica con los requisitos que señala el ordenamiento jurídico para postularse a las elecciones para el concejo municipal, que además ya había ejercido. Por tanto, concluyó que se reúnen los presupuestos de orden factico y jurídico para acceder a la pérdida de investidura.

4.3. Intervención del apoderado del concejal demandado.

El demandado, a través de su apoderado, reiteró los argumentos expuestos en la contestación de la demanda, relacionados con la falta de prueba del ejercicio del cargo de dirección administrativa y de las funciones que se atribuyen al demandado en el municipio de Soacha durante el periodo inhabilitante.

Resaltó que de acuerdo con el artículo 190 de la Ley 136 de 1994, la autoridad administrativa la ejercen los alcaldes, secretarios de alcaldía, jefes de departamento administrativo, jefes de entidades descentralizadas, gerentes, jefes de unidades administrativas especiales, y en general los superiores del respectivo servicio. Y comprende también los empleados públicos autorizados para contratar, ordenar el gasto, conferir comisiones de servicios, licencias, decretar vacaciones, y otros.

Indicó que el cargo de Director Técnico de la Dirección de Desarrollo Económico, es un cargo del área funcional de la Secretaría de Planeación y Ordenamiento Territorial, por lo que no es el superior del respectivo servicio. El superior del servicio es el secretario (a) de la Secretaría de Planeación y Ordenamiento Territorial, cargo que sí está enunciado en la disposición legal como uno de los que implica ejercicio de autoridad administrativa.

Señaló que en virtud de la misma normativa mencionada, la autoridad administrativa, de la que hace parte la dirección administrativa, la ejercen los funcionarios autorizados para celebrar contratos, y no los supervisores de esos actos jurídicos.

En lo que tiene que ver con la ausencia de responsabilidad subjetiva del demandado, sostuvo que en la audiencia de pruebas, se recibió el testimonio del señor Mario Fernando de la Pava Gallego, quién manifestó que para la época de los hechos era miembro de la Dirección Departamental del Partido Alianza Verde, movimiento político que le dio el aval al demandado e inscribió la lista al concejo de Soacha, para las elecciones celebradas el 27 de octubre de 2019, el testigo señaló que el accionado puso en conocimiento su caso ante el partido, relacionado con el hecho de haber desempeñado un cargo público en el municipio de Soacha y la posibilidad de una potencial inhabilidad, movimiento que consideró que no estaba inhabilitado.

Manifestó que lo anterior se encuentra corroborado con el concepto número 20196000056271 del 25 de febrero de 2019, emitido por José Fernando Ceballos Arroyave, asesor con funciones de la Dirección Jurídica del Departamento Administrativo de la Función Pública, dirigido a la representante a la Cámara, Katherine Miranda Peña, en el que se responde el interrogante relacionado con la fecha en que debe renunciar el Director de Desarrollo Económico de la Secretaría de Planeación de un municipio de Cundinamarca para aspirar al concejo municipal.

Refirió que cumplió con el deber mínimo de diligencia que debía atender en cuanto al cumplimiento de los requisitos e inexistencia de prohibiciones para su inscripción y elección como concejal, a pesar de no tener estudios de derecho, poniendo en conocimiento del partido su situación de empleado público y el cargo que desempeñaba, con la seguridad de que no había ninguna responsabilidad, con lo que prueba que actuó de manera diligente llegando al convencimiento de que no estaba inhabilitado por la decisión tomada por el partido, lo que constituye una actuación sin dolo y culpa.

III. CONSIDERACIONES DE LA SALA

1. Competencia.

La Sala Plena del Tribunal Administrativo de Cundinamarca es competente para conocer en primera instancia la solicitud de pérdida de investidura presentada por el ciudadano Jonathan Ramírez Rojas contra el concejal del Municipio de Soacha Néstor

Enrique Rozo Escobar, en virtud de lo dispuesto en el numeral 15 de la Ley 1437 de 2011¹, y parágrafo 2° del artículo 48 de la Ley 617 de 2000², en atención al cargo de elección popular del demandado y por la jurisdicción territorial del Concejo Municipal de Soacha.

2. Legitimación en la causa y acreditación de la calidad de Concejal del demandado.

El señor Jonathan Ramírez Rojas está legitimado en la causa por activa por disposición constitucional porque acreditó su condición de ciudadano Colombiano, atendiendo lo ordenado en auto del 20 de noviembre de 2019³, proferido por el Despacho del Magistrado sustanciador, que ordenó su presentación personal, indicó su dirección de notificaciones, la causal de pérdida de investidura en que fundamentó la petición. Por lo cual, se cumplieron las exigencias del artículo 5 de la Ley 1881 de 2018⁴.

Asimismo, está legitimado en la causa por pasiva el señor Néstor Enrique Rozo Escobar, pues se encuentra acreditada su condición de Concejal del Municipio de Soacha, con la copia del formulario E-26 para elecciones territoriales realizadas el 27 de octubre de 2019, y con la respectiva credencial, ambos expedidos por la Comisión Escrutadora Municipal de Soacha, aportados al expediente por el demandante (F. 211-213 c. ppal.). Además, contestó la acción incoada en contra de su elección.

1ARTÍCULO 152. COMPETENCIA DE LOS TRIBUNALES ADMINISTRATIVOS EN PRIMERA INSTANCIA

(...) 15. De la pérdida de investidura de diputados, concejales y ediles, de conformidad con el procedimiento establecido en la ley. En estos eventos el fallo se proferirá por la Sala Plena del tribunal.

2 ARTÍCULO 48. PERDIDA 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:(...)

PARAGRAFO 2o. La pérdida de la investidura será decretada por el Tribunal de lo Contencioso Administrativo con jurisdicción en el respectivo departamento de acuerdo con la ley, con plena observancia del debido proceso y en un término no mayor de cuarenta y cinco (45) días hábiles, contados a partir de la fecha de la solicitud formulada por la mesa directiva de la asamblea departamental o del concejo municipal o por cualquier ciudadano. La segunda instancia se surtirá ante la sala o sección del Consejo de Estado que determine la ley en un término no mayor de quince (15) días.(...)

³ Visible a folio 190-193.

⁴ "Por la cual se establece el procedimiento de pérdida de la investidura de los Congresistas, se consagra la doble instancia, el término de caducidad, entre otras disposiciones".

Aplicable de conformidad con lo establecido en el artículo 22, según el cual las disposiciones de la Ley serán aplicables, en lo que sea compatible, a los procesos de pérdida de investidura de concejales y diputados.

3. Del otorgamiento del aval.

El aval constituye uno de los requisitos establecidos por la Ley para que los ciudadanos puedan presentarse como candidatos a cargos de elección popular por una colectividad política con personería jurídica. Procedimiento llevado a cabo al interior de la colectividad y que constituye además un trámite previo a la inscripción de una candidatura. La finalidad que tiene dentro del ordenamiento jurídico, es servir como i) requisito de inscripción de candidatos de un partido o movimiento político con personería jurídica; ii) ser una garantía para la comunidad en general de que las personas inscritas por un partido o movimiento político pertenecen al mismo; y por último iii) constituye un parámetro para determinar que el inscrito reúne las condiciones en cuanto hace a los requisitos para desempeñar el cargo y que se encuentra libre de inhabilidades para su acceso⁵.

La importancia del aval consiste en que, indica la militancia de un partido político, garantiza el acatamiento de las normas estatutarias dentro de éste, moraliza la actividad política, bajo el entendido que avalar un candidato implica que el interesado cuenta con requisitos y calidades para ejercer el cargo⁶.

De conformidad con el artículo 9 de la Ley 130 de 1994 "*Por la cual se dicta el estatuto básico de los partidos y movimientos políticos, se dictan normas sobre su financiación y la de las campañas electorales y se dictan otras disposiciones*", la inscripción de un candidato deberá ser avalada por el respectivo representante legal del partido o movimiento político al que pertenece, o por quien éste delegue. En consonancia, la Ley 1475 de 2011⁷, dispone que la inscripción del candidato se realiza previa verificación del cumplimiento de las calidades y requisitos, así como de que no se encuentran incursos en causales de inhabilidad o incompatibilidad⁸.

⁵ Ver al respecto, Consejo de Estado – Sala de lo Contencioso Administrativo – Sección Quinta – Radicado 11001-03-28-000-2018-00603-00. M.P. Rocío Araújo Oñate.

⁶ Ver al respecto, Consejo de Estado – Sala de lo Contencioso Administrativo – Sección Quinta – Radicado 11001-03-28-000-2018-00091-00. M.P. Rocío Araújo Oñate.

⁷ Por la cual se adoptan reglas de organización y funcionamiento de los partidos y movimientos políticos, de los procesos electorales y se dictan otras disposiciones.

⁸ **ARTICULO 9º -Ley 130 de 1994.** —Designación y postulación de candidatos. Los partidos y movimientos políticos, con personería jurídica reconocida podrán postular candidatos a cualquier cargo de elección popular sin requisito adicional alguno.

La inscripción deberá ser avalada para los mismos efectos por el respectivo representante legal del partido o movimiento o por quien él delegue. (...)

LEY 1475 DE 2011 ARTÍCULO 28 INSCRIPCIÓN DE CANDIDATOS. Los partidos y movimientos políticos con personería jurídica podrán inscribir candidatos a cargos y corporaciones de elección popular previa verificación del cumplimiento de las calidades y requisitos de sus candidatos, así como de que no se encuentran incursos en causales de inhabilidad o incompatibilidad. Dichos candidatos deberán ser escogidos mediante procedimientos democráticos, de conformidad con sus estatutos. Las listas donde se elijan 5 o más curules para

Asimismo, la jurisprudencia del Consejo de Estado ha señalado que, de conformidad con el artículo 28 citado, en la etapa de inscripción, la agrupación política debe revisar las calidades y requisitos del candidato, en aras de que no se encuentre inmerso en una causal de inhabilidad o que no cumpla con los requisitos de acceso al cargo al que aspira. Por tanto, los partidos políticos deben cumplir dos requisitos, unos sustanciales que comprenden la verificación de las calidades y constatar la ausencia de inhabilidades e incompatibilidades y uno formal que corresponde al otorgamiento previo del aval⁹. Todo ello, lo realizan de conformidad con su organización, funcionamiento y lo establecido en sus propios estatutos, como lo dispone el artículo 7 de la Ley 130 de 1994, según el cual, *la organización y funcionamiento de los partidos y movimientos políticos se regirán por lo establecido en sus propios estatutos (...)*

No obstante, aunque el aval a un candidato por parte de un partido político se otorgue luego de examinar que no se encontraba incurso en inhabilidad, tal situación para la Sala no impide su análisis en sede jurisdiccional, incluso el arribo por el Juez a una conclusión contraria, pues el concepto y el estudio realizado por la respectiva colectividad no supedita a la autoridad judicial competente en un determinado sentido.

4. Del concepto emitido por el Departamento Administrativo de la Función Pública.

La Sala recuerda que en la contestación de la solicitud de pérdida de investidura, se manifestó que el Departamento Administrativo de la Función Pública mediante oficio No. 20196000056271, dirigido a la Representante a la Cámara Katherine Miranda Peña, estimó que el accionado, entonces candidato, no se hallaba incurso en causal de inhabilidad.

Observa la Corporación que en el oficio No. 20196000056271 del 25 de febrero de 2019 suscrito por el Asesor con Funciones de la Dirección Jurídica, José Fernando Ceballos Arroyave del Departamento Administrativo de la Función Pública, dirigido a

corporaciones de elección popular o las que se sometan a consulta -exceptuando su resultado- deberán conformarse por mínimo un 30% de uno de los géneros.

Los Partidos y Movimientos Políticos con Personería Jurídica podrán inscribir candidatos y listas para toda clase de cargos y corporaciones de elección popular, excepto para la elección de congresistas por las circunscripciones especiales de minorías étnicas.

⁹ Ibidem.

la Representante a la Cámara Katherine Miranda Peña, obrante en el proceso, se consignó:

"(...) 3.- Ahora bien, frente a la fecha en la que debe renunciar el Director actual de Desarrollo Económico de la Secretaría de Planeación de un municipio de Cundinamarca para aspirar al concejo municipal del mismo ' municipio, me permito señalar:

(...)

En este orden de ideas, para la inhabilidad en comento es necesario analizar dos aspectos: en primer lugar, el ejercicio como empleado público de jurisdicción o autoridad política, civil, administrativa o militar; y en segundo lugar que ese ejercicio se hubiera dado en el respectivo municipio o distrito en donde se busca inscribirse como candidato.

Frente a lo que debe entenderse por ejercicio de cargo con autoridad la Ley 136 de 1994 establece:

(...)

De conformidad con lo señalado en los artículos 188, 189 y 190 de la Ley 136 de 1994 y lo establecido por el Consejo de Estado, el ejercicio de autoridad está ligado a dos aspectos; el primero se fundamenta en la investidura de un cargo en particular, como por ejemplo los de Presidente de la República, ministros y directores de departamentos administrativos que integran el Gobierno, Contralor General de la Nación, Defensor del Pueblo, Miembro del Consejo Nacional Electoral y Registrador Nacional del Estado Civil, esto en el nivel nacional; o los alcaldes y gobernadores y sus secretarios de despacho en el nivel territorial.

El otro aspecto que permite establecer que un servidor público ejerce autoridad conforme lo señala la ley 136 de 1994 en la respectiva circunscripción en la cual pretende ser elegido, se obtiene del análisis del contenido funcional del respectivo empleo para determinar si el mismo implica poderes decisorios, es decir, que estos impliquen atribuciones de mando o imposición, sobre los subordinados o la sociedad.

Así las cosas, con el fin de determinar si en un cargo se ejerce jurisdicción o autoridad administrativa o civil en el nivel municipal, tal como lo afirma la sentencia anteriormente señalada, se hace necesario acudir a las funciones generales asignadas.

(...)" (Fl. 311-314 c1)

Entonces, para la Sala, si bien, el caso particular del demandado se consultó al Departamento Administrativo de la Función Pública; examinado el contenido de su respuesta, concluye que este organismo no conceptuó de manera positiva o negativa acerca de la inhabilidad, sino advirtió la necesidad de examinar y confrontar el cargo desempeñado - el Manual de Funciones de la entidad-, con los conceptos de autoridad civil y dirección administrativa establecidos en la Ley 136 de 1994. Sin embargo, se debe aclarar, que aunque hubiera emitido concepto favorable al accionado, de conformidad con lo previsto en el artículo 28 de la Ley 1437 de 2011, los conceptos emitidos por las autoridades como respuestas a peticiones realizadas en ejercicio del derecho a formular consultas no serán de obligatorio cumplimiento o ejecución.

5. Problema jurídico.

La Sala Plena debe determinar si el concejal del Municipio de Soacha Néstor Enrique Rozo Escobar, incurrió en violación al régimen de inhabilidades, por hallarse incurso en la inhabilidad establecida en el numeral 2 del artículo 40 de la Ley 617 de 2000, esto es; (I) haber ejercido como empleado público, jurisdicción o autoridad política, civil, administrativa o militar, en el respectivo municipio, o si (II) como empleado público intervino como ordenador de gasto en la ejecución de recursos de inversión o celebración de contratos, que deban ejecutarse o cumplirse. En consecuencia, si resulta procedente decretar la pérdida de su investidura por la configuración objetiva y subjetiva de la causal contenida en el numeral 2 del artículo 55 de la Ley 136 de 1994.

6. De la pérdida de investidura de concejales y la causal invocada.

La acción pública de pérdida de investidura consiste en la sanción o decisión jurisdiccional impuesta contra los miembros de las corporaciones públicas de elección popular, como el Congreso de la República, las Asambleas, los Concejos y Juntas Administradoras Locales, que genera la separación definitiva de su cargo, por la causación de alguna de las causales previstas por el ordenamiento colombiano.

La Sala recuerda que la Ley 136 de 1994 *"Por la cual se dictan normas tendientes a modernizar la organización y el funcionamiento de los municipios"*, establece en su artículo 55, las causales de pérdida de investidura de los concejales, así:

"ARTÍCULO 55. PÉRDIDA DE LA INVESTIDURA DE CONCEJAL. Los concejales perderán su investidura por:
(...)
2. Por violación del régimen de inhabilidades, incompatibilidades o de conflicto de intereses.
(...)"

Asimismo, que la Ley 617 de 2000¹⁰, reformó parcialmente la Ley 136 de 1994, y en lo relacionado con las inhabilidades de los concejales, dispuso:

"ARTICULO 40. DE LAS INHABILIDADES DE LOS CONCEJALES. El artículo 43 de la Ley 136 de 1994 quedará así:
(...)"

¹⁰ "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".

2. Quien dentro de los doce (12) meses anteriores a la fecha de la elección haya ejercido como empleado público, jurisdicción o autoridad política, civil, administrativa o militar, en el respectivo municipio o distrito, o quien como empleado público del orden nacional, departamental o municipal, haya intervenido como ordenador de gasto en la ejecución de recursos de inversión o celebración de contratos, que deban ejecutarse o cumplirse en el respectivo municipio o distrito.
(...)”.

A su vez, el artículo 48 de la Ley 617 de 2000, estableció unas causales por las cuales podrá perder su investidura un concejal:

“ARTICULO 48. Pérdida de Investidura de Diputados, Concejales Municipales y Distritales y de miembros de Juntas Administradoras Locales. Los diputados y concejales municipales y distritales y miembros de juntas administradoras locales perderán su investidura:

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

El solicitante considera que el accionado incurrió en la causal de pérdida de investidura prevista en el numeral 6° del artículo 48 de la Ley 617 de 2000, que establece que los diputados y concejales municipales y distritales y miembros de juntas administradoras locales perderán su investidura por *las demás causales expresamente previstas en la ley*. En armonía con lo establecido en el numeral 2 del artículo 55 de la Ley 136 de 1994, y numeral 2 del artículo 40 de la primera normativa mencionada.

Parte la Sala por aclarar que el artículo 48 ya citado, establece las causales por las cuales los diputados, concejales municipales y distritales y los miembros de las juntas administradoras locales pueden perder su investidura, tipificado bajo distintos

supuestos de hecho, las razones por las cuales estos servidores de elección popular deberán ser separados de su cargo por orden judicial. El numeral 6 de la normativa, prevé que también perderán su investidura *por las demás causales expresamente previstas en la Ley*. Esas otras causales, como quedó señalado, se encuentran reguladas, entre otras, en el numeral 2 del artículo 55 de la Ley 136 de 1994, norma vigente en el ordenamiento jurídico.

Con relación a la vigencia de la inhabilidad prevista en el numeral 2 del artículo 55 de la Ley 136 de 1994, el Consejo de Estado ha acogido la interpretación mencionada en el párrafo anterior y se ha expresado de la siguiente manera¹¹:

“Por consiguiente, es forzoso concluir que las causales de pérdida de investidura de diputados, concejales y miembros de juntas administradoras locales, no se limitan a las consagradas en los numerales 1 a 5 del referido artículo 48 de la Ley 617 de 2000, ya que deben tenerse en cuenta las demás establecidas en otras leyes. En este sentido, el pronunciamiento de esta Corporación al que se está haciendo alusión expresó:

(...)

5.6.4.- Así las cosas, las causales previstas en el artículo 55 de la Ley 136 de 1994 no previstas en la Ley 617 de 2000 pueden ser invocadas a fin de controvertir la investidura de un concejal. Ahora bien, la remisión normativa contemplada en el numeral 6 no podrá hacerse respecto de normas que se encuentren derogadas pues ello escapa a toda lógica jurídica, lo que obliga a explicar por qué la mencionada disposición se encuentra vigente.

5.6.5.- Lo primero que se advierte al respecto, es que la Ley 136 de 1994 y en particular su artículo 55 no ha sido derogado expresamente, de allí que su derogatoria dependerá de la compatibilidad que exista entre esta y las normas posteriores, o de que el legislador disponga que la materia se agote porque fue tratada íntegramente por otra ley. En otras palabras, como quiera que el artículo no fue ni ha sido derogado expresamente, habrá que ver si lo ha sido tácita u orgánicamente”.

Adicionalmente, la Sala considera que dado su carácter sancionatorio la acción de pérdida de investidura sólo prosperará por la comisión de una conducta como concejal que pueda subsumirse en alguna de las causales expresamente establecidas, consagradas en la ley, como acción personal para el destinatario de la norma: *“Destaca la Corte, que tal como de manera reiterada se ha señalado por la jurisprudencia, la pérdida de la investidura, tiene naturaleza eminentemente sancionatoria y por consiguiente participa de los principios que gobiernan el ejercicio del ius puniendi del Estado.”*¹²

¹¹ Ver al respecto, Consejo de Estado – Sala de lo Contencioso Administrativo – Sección Primera- M.P. Roberto Augusto Serrato Valdés Rad. 05001-23-33-000-2016-00738-01(PI) y expediente No. IJ 024 C.P. Gabriel Eduardo Mendoza.

¹² Corte Constitucional. Sentencia de Constitucionalidad C-207/03

Así, conforme lo ha considerado la alta Corporación de lo Contencioso Administrativo, por tratarse de una restricción al derecho a elegir y ser elegido, tanto las inhabilidades como las incompatibilidades y las causales de pérdida de investidura deben ser taxativas y no admiten interpretaciones extensivas o analógicas por plausibles que estas sean¹³. Esa Corporación, en sentencia del 8 de febrero de 2018, resaltó la importancia de la legalidad de las causales que conducen a la pérdida de investidura, y a que estas son de orden público y de interpretación restrictiva¹⁴.

En el mismo sentido, la jurisprudencia Constitucional ha manifestado que por la índole excepcional de las inhabilidades e incompatibilidades, las normas que las contemplan deben ser interpretadas y aplicadas con un criterio restrictivo y, por tanto, con exclusión de un criterio extensivo¹⁵. De esta manera, señaló que *el principio de legalidad es inherente al Estado Social de Derecho, representa una de las conquistas del constitucionalismo democrático, protege la libertad individual, controla la arbitrariedad judicial, asegura la igualdad de todas las personas ante el poder punitivo estatal y actúa regulando el poder sancionatorio del Estado a través de la imposición de límites al ejercicio de dicha potestad punitiva. Así, en virtud de este principio las conductas sancionables no sólo deben estar descritas en norma previa sino que, además, deben tener un fundamento legal*¹⁶.

En esta medida, para la Sala la adecuación típica de la conducta, es decir, el resultado de subordinar los hechos atribuidos al demandado a la premisa normativa sustancial que regula la causal, debe corresponder de manera lógica, jurídica, razonable y materialmente, para evitar subsumir cualquier clase de conducta no prevista por el legislador. Por tanto, la configuración de la causal no depende de la interpretación del accionante, accionado o fallador, sino de la correspondencia entre el contenido normativo y los hechos probados en el plenario.

El Consejo de Estado ha desarrollado las características del medio de control de pérdida de investidura¹⁷, y ha considerado que:

¹³ Ver al respecto, Consejo de Estado- Sala de lo Contencioso Administrativo- Sección Primera. M.P. Marco Antonio Velilla Moreno. Rad. 05001-23-31-000-2012-00280-01(PI) 13 de febrero de 2014.

¹⁴ Ver al respecto, Consejo de Estado, Sentencia 8 de febrero de 2018. M.P. Roberto Augusto Serrato Valdés, Rad. 25000-23-41-000-2016-02068-01(PI)

¹⁵ Ver al respecto, Corte Constitucional, Sentencia C -903 de 2008. M.P. Jaime Araujo Rentería.

¹⁶ Corte Constitucional, Sentencia T-1285 de 2005. M.P. Clara Inés Vargas Hernández

¹⁷ Ver al respecto, Consejo de Estado- Sala Plena de lo Contencioso Administrativo - Sala Primera Especial de Decisión de Pérdida de Investidura, 19 de febrero de 2019, Radicado 11001-03-15-000-2018-02417-00(PI). M.P. María Adriana Marín.

(i) Es de naturaleza sancionatoria, pues hace parte del *ius puniendi* del Estado y, a diferencia de los procesos sancionatorios administrativos, la competencia para tramitarlo y decidirlo corresponde a la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, con fundamento en el procedimiento previamente establecido por el legislador, con estricto apego a todos y cada uno de los subprincipios y subreglas que integran el derecho al debido proceso, contenidos en el artículo 29 de la Carta Política, incluido el de favorabilidad⁶.

(ii) El objeto del proceso es de carácter ético, en tanto las causales establecidas por el Constituyente reflejan un código positivizado de conducta, que tiene por objeto reprochar y sancionar comportamientos contrarios a la dignidad del cargo que ejercen los representantes del pueblo. Dignidad que surge con el voto ciudadano y el principio de representación democrática.

A partir de la tipificación de las conductas objeto de reproche, ha de entenderse que el juez de la pérdida de la investidura debe juzgar si determinada conducta, acto o acción de quien ostenta la representación popular se ajusta a lo que el Constituyente y el legislador esperan de él.

Entonces, el juez de la pérdida de investidura debe determinar si el demandado, con su conducta, lesionó la dignidad del cargo que ostenta y el principio de representación, a partir del análisis de las específicas causales fijadas. Son causales que imponen deberes y restricciones comportamentales a los aspirantes (inhabilidades) y a los integrantes (incompatibilidades y otras prohibiciones) de las corporaciones de elección popular.

Teniendo en cuenta lo expuesto, corresponde a la Sala determinar si la causal de pérdida de investidura invocada por el señor Jonathan Ramírez Rojas se configuró en el presente evento.

7. Hechos probados.

En el caso examinado, la Sala encuentra demostrado lo siguiente:

- El 27 de octubre de 2019, el demandado Néstor Enrique Rozo Escobar resultó elegido concejal del municipio de Soacha (Cundinamarca) para el periodo constitucional 2020-2023, por el Partido Alianza Verde, según se desprende del acta

de escrutinio de votos para el Concejo- formato E-26 y credencial E-27, expedidos por la Comisión Escrutadora Municipal de Soacha. (f. 211-213 c1).

-. Al contestar la medida cautelar presentada dentro del presente asunto, el señor Néstor Enrique Rozo Escobar aceptó haberse posesionado como Concejal del Municipio de Soacha. (Fl. 295 c1).

-. Mediante Resolución No. 373 del 17 de noviembre de 2016, la Alcaldía Municipal de Soacha nombró a Néstor Enrique Rozo Escobar en el cargo de Director Técnico, Código 009, grado 01, del nivel Directivo de la Planta de Personal del Sector Central. (f. 17 c1).

-. En las consideraciones de la Resolución citada en el párrafo anterior, se consignó que el cargo de Director Técnico código 009 grado 01, hace parte de la Dirección de Desarrollo Económico de la entidad territorial.

-. El 17 de noviembre de 2016, el demandado Néstor Enrique Rozo Escobar tomó posesión del cargo de Director Técnico código 009 grado 01, lo cual se evidencia del Acta de Posesión No. 121. (f. 18 c1)

-. A través de Decreto No. 088 del 13 de junio de 2019, el Alcalde Municipal de Soacha aceptó la renuncia del Néstor Enrique Rozo Escobar al empleo de Director Técnico, Código 009, grado 01, del Nivel Directivo de la Planta Global única de personal, a partir del 18 de junio de 2019. (f. 160 c1)

8. Caso concreto.

La Sala procede a realizar el análisis de los elementos que configuran la causal de pérdida endilgada al demandado, para determinar si procede o no decretar la pérdida de la investidura. Para el efecto, entonces, encuentra que para que se estructure la conducta constitutiva de inhabilidad prevista en el numeral 2 del artículo 40 de la Ley 617, se requiere la presencia de los siguientes supuestos:

- (i) Tener la condición de Concejal; y
- (ii) Que dentro de los doce (12) meses anteriores a la fecha de la elección haya ejercido como empleado público, jurisdicción o autoridad política, civil, administrativa o militar, en el respectivo municipio o distrito, o como empleado público del orden nacional, departamental o municipal, haya intervenido

como ordenador de gasto en la ejecución de recursos de inversión o celebración de contratos, que deban ejecutarse o cumplirse en el respectivo municipio o distrito.

8.1. La condición de concejal.

Frente a la primera condición, como se advirtió líneas atrás, la Sala recuerda que dentro del plenario está acreditado que el señor Néstor Enrique Rozo Escobar, fue electo y posesionado como concejal del municipio de Soacha (Cundinamarca), para el período constitucional 2020-2023. (Fl. 211-213 c1)

8.2. La condición de empleado público y periodo inhabilitante.

Respecto del segundo presupuesto, está probado para la Sala y no fue objeto de discusión que Néstor Enrique Rozo Escobar ostentó el cargo de Director Técnico código 009 grado 01 de la Dirección de Desarrollo Económico del Municipio de Soacha desde el 17 de noviembre de 2016 hasta el 13 de junio de 2019.

Es decir, dentro del año anterior a las elecciones para la escogencia de los concejales del municipio de Soacha (Cundinamarca) para el período 2020-2023, desarrolladas el día 27 de octubre de 2019, fungió como empleado público del mismo ente territorial.

La Sala advierte que el periodo inhabilitante del demandado, es decir, el término previsto en el numeral 2 del Artículo 40 de la Ley 617 de 2000, corrió en el presente asunto, desde el 27 de octubre de 2018 hasta el 27 de octubre de 2019, última fecha en la cual tuvieron lugar las elecciones en las que resultó elegido concejal. Entonces, lo evidenciado por la Sala es que el señor Néstor Enrique Rozo Escobar, dentro de los 12 meses anteriores a la fecha de su elección ostentó la calidad de empleado público en la Alcaldía Municipal de Soacha.

En este orden, la Sala debe determinar si el accionado en su condición de empleado público, ejerció jurisdicción o autoridad política, civil, administrativa o militar, en el respectivo municipio o distrito territorial que lo eligió concejal.

8.3 Examen de los elementos constitutivos de la inhabilidad.

Destaca la Corporación que la Ley 136 de 1994, en sus artículos 188 y siguientes, define los conceptos de autoridad civil, política, dirección administrativa, de la siguiente manera:

“ARTÍCULO 188. AUTORIDAD CIVIL. Para efectos de lo previsto en esta Ley, se entiende por autoridad civil la capacidad legal y reglamentaria que ostenta un empleado oficial para cualquiera de las siguientes atribuciones:

1. Ejercer el poder público en función de mando para una finalidad prevista en esta Ley, que obliga al acatamiento de los particulares y en caso de desobediencia, con facultad de la compulsión o de la coacción por medio de la fuerza pública.
2. Nombrar y remover libremente los empleados de su dependencia, por sí o por delegación.
3. Sancionar a los empleados con suspensiones, multas o destituciones.

ARTÍCULO 189. AUTORIDAD POLÍTICA. Es la que ejerce el alcalde como jefe del municipio. Del mismo modo, los secretarios de la alcaldía y jefes de departamento administrativo, como miembros del gobierno municipal, ejercen con el alcalde la autoridad política.

Tal autoridad también se predica de quienes ejerzan temporalmente los cargos señalados en este artículo.

ARTÍCULO 190. DIRECCIÓN ADMINISTRATIVA. Esta facultad además del alcalde, la ejercen los secretarios de la alcaldía, los jefes de departamento administrativo y los gerentes o jefes de las entidades descentralizadas, y los jefes de las unidades administrativas especiales, como superiores de los correspondientes servicios municipales.

También comprende a los empleados oficiales autorizados para celebrar contratos o convenios; ordenar gastos con cargo a fondos municipales; conferir comisiones, licencias no remuneradas, decretar vacaciones y suspenderlas, para trasladar horizontal o verticalmente los funcionarios subordinados reconocer horas extras, vincular personal supernumerario o fijarle nueva sede al personal de planta; a los funcionarios que hagan parte de las unidades de control interno y quienes legal o reglamentariamente tengan facultades para investigar las faltas disciplinarias. (...)”.

Ahora, según el diccionario de la Real Academia Española, Autoridad significa **1. Carácter o representación de una persona por su empleo, mérito. 2. Potestad, facultad. 3. Poder que tiene una persona sobre otra que le esté subordinada. 4. Persona revestida de algún poder, mando o magistratura**¹⁸.

Sobre el alcance de las expresiones referidas, la Jurisprudencia Contenciosa Administrativa, ha considerado que, particularmente, la autoridad civil, no sólo se ejerce sobre los ciudadanos, sino que tiene, además de esa expresión exógena,

¹⁸ Diccionario de la Lengua Española- Real Academia Española – Vigésima Primera Edición. Tomo I Pág. 234.

una manifestación endógena, es decir, el ejercicio, al interior de la propia administración, del poder de mando y dirección¹⁹. De esta manera, advirtió la Corporación:

“(…)

Como se logrará advertir, cada una de las modalidades de autoridad que tiene previstas la Ley 136 de 1994 viene caracterizada por el poder de decisión que algunos funcionarios, no todos, de la administración pública ostentan para distintos fines; la regla general es que son pocos los empleados públicos a quienes sus funciones les permiten el ejercicio de autoridad, determinada en algunos casos por un aspecto funcional, esto es por las competencias que constitucional o legalmente les hayan sido asignadas, y en otros por un criterio orgánico, pues será su ubicación en la estructura administrativa la que dirá si el servidor público está investido de autoridad o no.

Así, por ejemplo, la autoridad civil es caracterizada por el legislador porque el empleado público está investido de capacidad legal y reglamentaria para emplear el poder público ‘en función de mando con el propósito de desarrollar los altos fines perseguidos por la ley, y en caso de desacato por el destinatario de la respectiva orden, hacerse obedecer con el auxilio de la fuerza pública de ser necesario. De igual forma al ejemplificar el artículo 188 la autoridad civil cuando se ejerce el poder de nominación, bien para designar o ya para remover libremente a los empleados de su dependencia, o cuando se ejerce la potestad disciplinaria sobre los empleados, se logra entender que la autoridad civil tiene un reflejo endógeno y otro reflejo exógeno; por el primero se comprende el ejercicio de esa potestad intraorgánicamente, cuando el funcionario público la emplea respecto de los empleados bajo su dirección, o también cuando entra a disciplinarlos por la realización de una conducta tipificada en el ordenamiento disciplinario; y el reflejo exógeno de la autoridad civil es la manifestación de la voluntad de la administración teniendo como destinatarios a personas ajenas a la administración, como cuando a través de actos administrativos se imparten órdenes a terceros o se les imponen sanciones por no dar cumplimiento a esos mandatos de actuación o de abstención. (...)”

En esa misma oportunidad, la Alta Corporación indicó que la autoridad civil, es una especie de la autoridad pública –como lo es la jurisdiccional, la política, la militar, la administrativa, entre otras-, y consiste en el ejercicio de actos de poder y mando, que se desarrollan mediante típicos actos de autoridad, así como a través de la definición de la orientación de una organización pública, y de sus objetivos y tareas, la cual ejerce un servidor público o un particular que cumple función pública; poder que se expresa tanto sobre los ciudadanos y la comunidad en general –expresión exógena de la autoridad civil- como al interior de la organización estatal –expresión endógena de la autoridad civil²⁰.

¹⁹ Ver al respecto, Consejo de Estado – Sala de lo Contencioso Administrativo- Sección Primera, Radicado. 44001-23-31-001-2016-00055-01. Sentencia del 20 de octubre de 2017. M.P. Roberto Augusto Serrato Valdés.

²⁰ Ibidem.

Consideró que “ *la autoridad civil suele expresarse a través de i) la toma de decisiones, o su injerencia efectiva en ellas, o ii) de la ejecución de las mismas. Las primeras deben denotar la idea de mando, poder, dirección, coordinación y control que se tiene sobre los ciudadanos, los bienes que posee o administra el Estado, o sobre los sectores sociales y económicos; pero no se trata de cualquier clase de decisión -las cuales adopta, incluso, un funcionario del nivel operativo de una organización, en la labor diaria que tiene a cargo-, sino de aquella que determinan originariamente el modo de obrar mismo del Estado. La segunda supone la realización práctica de las tareas que desarrolla la entidad, y su puesta en práctica demuestra el control que se tiene sobre la administración, los funcionarios y los ciudadanos destinatarios de las políticas que se trazan desde un vértice de la administración pública*²¹. ”

Por otro lado, sobre el concepto de autoridad administrativa, la Corporación señaló que existe un criterio orgánico, “ *por virtud del cual el legislador entiende que determinados funcionarios de la administración, pertenecientes a niveles superiores de la misma, se hallan revestidos de esas prerrogativas, las que a nivel local están dadas a los alcaldes, los secretarios de despacho, jefes de departamento administrativo, gerentes de entidades descentralizadas y jefes de unidades administrativas especiales* ” No obstante, existe un criterio funcional o material consistente en que otros empleos que no siendo de dirección en la correspondiente estructura de la entidad comportan el ejercicio de autoridad.

Por tanto, concluyó que “ *cuando se pretenda indagar si una persona ejerció o no dicha autoridad, no basta con determinar la categoría que su cargo tiene en la estructura de la administración, pues si bien aquel puede no hacer parte del nivel directivo, es posible que por las competencias asignadas a este se pueda determinar su presencia de aquella, por tenerlas expresamente atribuidas a ese cargo, en la Ley, el reglamento o el correspondiente manual de funciones*²² ”

8.3.1. Con fundamento en lo expuesto, y retornando al caso que ocupa nuestra atención, la Sala recuerda que el demandado ejerció el cargo de Director Técnico de la Secretaría de Planeación y Ordenamiento Territorial de la Dirección de Desarrollo Económico de la Alcaldía Municipal de Soacha, de Nivel Directivo, código 009, grado 01.

²¹ *Ibidem.*

²² *Ibidem.*

Así las cosas, el Decreto 785 de 2005²³ que establece el sistema de nomenclatura, clasificación de empleos, de funciones y de requisitos generales de los cargos de las entidades territoriales, dispone los niveles jerárquicos de los empleos, clasificándolos en Nivel Directivo, Nivel Asesor, Nivel Profesional, Nivel Técnico y Nivel Asistencial.

La normatividad prevé que al Nivel Directivo, como funciones generales, le corresponde las de Dirección General, de formulación de políticas institucionales y de adopción de planes, programas y proyectos²⁴.

En la contestación de la demanda, el accionado desconoció el contenido del Manual de Funciones de los empleos de la Alcaldía Municipal de Soacha aportado por el demandante con la solicitud de pérdida de investidura, por cuanto se encontraba incompleto.

8.3.2. Por tanto, la Sala empleando lo dispuesto en el artículo 167 de la Ley 1437 de 2011²⁵, al realizar la consulta en la página web de la Alcaldía Municipal de Soacha²⁶, advierte que mediante Resolución No. 1292 del 10 de noviembre de 2017, se unifica, modifica y adopta el Manual Específico de Funciones, Requisitos y Competencias Laborales para los empleos de la Planta de personal del Nivel Central de la Alcaldía Municipal de Soacha.

En este sentido, evidencia que, de conformidad con el Manual Específico de Funciones citado, en la entidad territorial solo hay un cargo de Director Técnico de la Secretaría de Planeación y Ordenamiento Territorial de la Dirección de Desarrollo Económico, cuyo propósito principal consiste en *formular, dirigir y orientar la planeación, generación y desarrollo de políticas de Desarrollo Económico, para el crecimiento y competitividad de la economía municipal, la generación de empleo y el mejoramiento de la calidad de vida de los ciudadanos.*

²³ "Por el cual se establece el sistema de nomenclatura y clasificación y de funciones y requisitos generales de los empleos de las entidades territoriales que se regulan por las disposiciones de la Ley 909 de 2004"

²⁴ Artículo 4 Decreto 785 de 2005.

²⁵ **ARTÍCULO 167. NORMAS JURÍDICAS DE ALCANCE NO NACIONAL.** Si el demandante invoca como violadas normas que no tengan alcance nacional, deberá acompañarlas en copia del texto que las contenga. Con todo, no será necesario acompañar su copia, en el caso de que las normas de carácter local que se señalen infringidas se encuentren en el sitio web de la respectiva entidad, circunstancia que deberá ser manifestada en la demanda con indicación del sitio de internet correspondiente.

²⁶ <http://www.alcaldiasoacha.gov.co/component/phocadownload/file/3853-resolucion-1292-de-2017-manual-de-funciones>

Como funciones esenciales del cargo se consignaron las siguientes:

“1. Coordinar la formulación, ejecución, seguimiento y evaluación de los diferentes instrumentos de gestión pública (Plan de Desarrollo, Plan indicativo, Plan operativo anual de inversiones, Plan de acción, entre otros) de la Dirección de Desarrollo Económico y evaluar mensualmente la gestión de los mismos.

2. Propiciar el crecimiento y competitividad de la economía municipal y propender porque los sectores productivos logren aumentar su participación en atención a la demanda de productos y servicios en los ámbitos regional, departamental, nacional e internacional de acuerdo con la especialidad del mercado.

3. Contribuir a la generación de empleo a través de la coordinación e intermediación con los sectores productivos del municipio.

4. Fomentar la creación de centros productivos, con canales y mecanismos de participación del pequeño y mediano productor a los mercados regionales, nacionales e internacionales.

5. Promover la creación de nuevas empresas y el fortalecimiento de las ya existentes para generar desarrollo del sector empresarial, industrial, turístico y comercial del municipio.

6. Preparar, analizar y evaluar los diferentes indicadores socio- económico del municipio, en aspectos de producción, consumo, comercio, servicios, ingresos e inversión y preparar estudios e informes sobre la tendencia de la economía municipal para la planeación integral y sectorial del municipio.

7. Identificar, cuantificar y caracterizar los grupos poblacionales en situación de marginalidad, pobreza y vulnerabilidad y proponer programas y proyectos que permitan mejorar su calidad de vida.

8. Dirigir y gestionar el Sistema de Identificación de Potenciales Beneficiarios de Programas Sociales – SISBEN en el municipio, manteniendo actualizada la metodología que determine el Departamento Nacional de Planeación.

9. Dirigir, gestionar y mantener actualizado el Banco de Programas y Proyectos de Inversión Municipal, revisar y viabilizar los proyectos que se inscriban en el banco municipal de proyectos.

10. Mantener la estratificación del Municipio actualizada según la metodología que determine el Departamento Nacional de Estadística - DANE y generar anualmente los reportes del Sistema Único de Información- SUI.

11. Las demás que le sean asignadas, acordes con la naturaleza del cargo, y necesidades del servicio, para el logro de la misión institucional”. (Destaca la Sala)

8.3.3. En primer lugar, respecto de lo señalado por el accionado relacionado con que no existe una certificación de funcionario competente que indique que efectivamente desempeñó o ejerció las mencionadas funciones durante el lapso correspondiente al periodo inhabilitante; la Sala considera que como lo ha reconocido la Jurisprudencia del Consejo de Estado, no es necesario demostrar el ejercicio de tales competencias, sino que la persona las tuvo, por tanto, la autoridad se tiene por ejercida con el solo requisito de demostrar que las funciones atribuidas

al cargo la implican, de forma que la misma se ejerce por el solo hecho de detentarla²⁷.

En este sentido, señaló la Alta Corporación:

"(...) El apelante adujo como motivo de inconformidad con el fallo, que no se había probado el ejercicio de la autoridad administrativa en el desempeño del cargo analizado, y que por el contrario la certificación expedida por el responsable de la liquidación del INCORA indicaba que el demandado no había ejecutado recursos de inversión de esa entidad en el municipio de Viterbo, ni celebró contrato alguno con el mismo. Este argumento plantea la disyuntiva de si la inhabilidad examinada se configura cuando material y efectivamente el empleado público ha ejercido las funciones que denotan autoridad administrativa o si basta con que el empleo desempeñado las tenga asignadas.

Es evidente que el sentido de la norma estudiada viene dada tanto por la finalidad que persigue como por su coherencia con el resto del ordenamiento, sobre todo en el nivel constitucional. En efecto, su "telos" es garantizar la igualdad de trato de los candidatos a ser elegidos alcaldes, así como los derechos políticos a elegir y ser elegidos sin interferencias no autorizadas por el ordenamiento, derechos todos de carácter fundamental. Tal garantía se consagra, en el caso que nos ocupa, frente a la posibilidad de que alguno de los candidatos, dentro de un periodo anterior a la elección, haya podido influir sobre los electores a través del desempeño de un empleo al que se haya asignado jurisdicción o determinadas formas de autoridad, lo que le otorgaría una ventaja frente a los demás.

(...)

Las anteriores citas nos obligan a concluir que la interpretación de la expresión "hayan ejercido" a que se refiere la causal de inhabilidad objeto de estudio, no implica ni conlleva la realización de actuaciones específicas y concretas que evidencien, por parte del funcionario pariente, el ejercicio material de las funciones a él atribuidas.

En suma, para la Sala Electoral, la autoridad se tiene como ejercida con el solo requisito de demostrar que las funciones atribuidas al cargo la implican, de forma que la misma, se ejerce por el solo hecho de detentarla (...) ²⁸

Superado el argumento invocado por la defensa, la Sala parte por deducir que el cargo ejercido por el demandado no ostentaba el ejercicio de dirección administrativa, en primer lugar porque no se encuentra dentro de la estructura prevista en el artículo 190 de la Ley 136 de 1994, no está dentro de aquellos que implican autoridad administrativa - no cumple con el criterio orgánico, facultades que ejerce el alcalde, secretarios de la alcaldía, los jefes de departamento administrativo y los gerentes o jefes de las entidades descentralizadas, y los jefes de las unidades administrativas especiales, como superiores de los correspondientes servicios municipales.

²⁷ Ibidem.

²⁸ Ibidem.

8.3.4. En segundo lugar, porque no cumple con el criterio funcional previsto en el mencionado artículo, pues las funciones que ostentaba en su calidad de Director Técnico de la Secretaría de Planeación y Ordenamiento Territorial de la Dirección de Desarrollo Económico de la Alcaldía Municipal de Soacha no implicaban la facultad de celebrar contratos o convenios; ordenar gastos con cargo a fondos municipales; conferir comisiones, licencias no remuneradas, decretar vacaciones y suspenderlas, trasladar horizontal o verticalmente los funcionarios subordinados; reconocer horas extras, vincular personal supernumerario o fijarle nueva sede al personal de planta; y de investigar faltas disciplinarias.

8.3.5. Ahora, sobre si el contenido funcional del cargo ostentado por el demandado reviste el ejercicio de autoridad civil, de la lectura literal del Manual de Funciones de la entidad territorial, es posible colegir que ellas no implicaban manejo de personal, esto es, tener capacidad de nombrar y remover libremente empleados de su dependencia, ejercer el poder público en función de mando, que obligara al acatamiento de los particulares, y en caso de desobediencia con facultad de compulsión o coacción por medio de la fuerza pública, ni sancionar empleados con suspensiones, multas o destituciones.

8.3.6. Así, las funciones otorgadas para contribuir a la generación de empleo; promover la creación de nuevas empresas; dirigir y gestionar el Sistema de Identificación de Potenciales Beneficiarios – SISBEN; no conllevaban el ejercicio de autoridad civil dado que ninguna de estas denota poder de mando ni facultad decisoria, y tampoco autoridad administrativa porque no implicaban ordenación del gasto, definición de la orientación de una organización pública u objetivos, como se explicará.

8.3.7. La Sala debe destacar que el Departamento Nacional de Planeación –DNP- es el encargado de definir la metodología del Sisbén y de orientar a los municipios para su implementación. Igualmente, esa entidad del orden nacional se encarga de consolidar y publicar la base nacional certificada en la cual se valida el puntaje asignado a cada persona registrada en el Sisbén. En tanto, los municipios son los responsables de la implementación, actualización, administración y operación de la base de datos del Sisbén. Es decir, son los encargados de registrar cambios en la

base, como el ingreso de personas a la misma o la actualización de su información²⁹.

Recuerda la Sala que una de las formas de expresarse de la "autoridad civil" es "la toma de decisiones o su injerencia efectiva en ellas" pero tal como lo reconoció la jurisprudencia contenciosa, no se trata de cualquier clase de decisión, sino de aquella que determina el modo de obrar del mismo Estado, motivo por el cual, se debe concluir que la función referida, no conllevaba la dirección de la entidad territorial por parte del demandado en ese sentido, porque adicionalmente se advierte que ella estaba supeditada a la metodología que determinara el Departamento Nacional de Planeación.

Si bien, podría considerarse que dirigir y gestionar el SISBEN, eventualmente, podría implicar un grado de autonomía en un programa social dirigido a la población, la Sala puede inferir que el demandado no ostentaba las funciones de realizar las afiliaciones de nuevas personas, focalizar los beneficiarios de escasos recursos, tampoco dirigir y coordinar labores del personal de la oficina SISBEN, por cuanto ello estaba asignado a otro funcionario de la Alcaldía Municipal, cuyo jefe inmediato no era el accionado, sino el Secretario de Planeación y Ordenamiento Territorial.

Lo anterior, bajo la égida asimismo de que, el Sistema de Identificación de Potenciales Beneficiarios –SISBEN, es la base de datos en la cual se encuentran los potenciales beneficiarios para los programas sociales del gobierno, que entiende la Sala, era la función que competía al demandado, es decir, dirigía y gestionaba, en otras palabras, la base de datos del SISBEN, con la metodología, criterios y lineamientos del Departamento Nacional de Planeación, situación que como ya se advirtió, no implicaba realizar las nuevas afiliaciones ni dirigir la oficina del programa, pues así no lo señala concretamente la función.

8.3.8. En el mismo sentido, de la facultad de *contribuir a la generación de empleo a través de la coordinación e intermediación con los sectores productivos del municipio*, la Sala no observa ejercicios de actos de poder y mando, que pudiera conllevar a configurar la inhabilidad invocada, por cuanto, dicha atribución la realizaba con la intermediación de los sectores productivos del Municipio y no de forma directa con

²⁹ Ver al respecto, artículo 24 Ley 1176 de 2007 "Por la cual se desarrollan los artículos 356 y 357 de la Constitución Política y se dictan otras disposiciones" y, <https://www.sisben.gov.co/sisben/Paginas/C%C3%B3mo-opera-el-Sisb%C3%A9n.aspx>

los habitantes del mismo. De igual forma, a juicio de la Sala, la expresión “coordinación” no denota un poder decisorio sobre los sectores económicos del ente territorial, no tenía las funciones de autoridad – propias del ejercicio de autoridad civil.

8.3.9. Ahora, respecto de la función de *coordinar la formulación, ejecución, seguimiento y evaluación de los diferentes instrumentos de gestión pública (Plan de Desarrollo, Plan indicativo, Plan operativo anual de inversiones, Plan de acción, entre otros) de la Dirección de Desarrollo Económico y evaluar mensualmente la gestión de los mismos.*

La Sala destaca que de conformidad con lo dispuesto en la Ley 152 de 1994, en las entidades territoriales habrá un plan de desarrollo que estará conformado por una parte estratégica y un plan de inversiones a mediano y corto plazo, en los términos y condiciones que de manera general reglamenten las Asambleas Departamentales y los Concejos Distritales y Municipales o las autoridades administrativas que hicieren sus veces, siguiendo los criterios de formulación, establecidos en la Ley.

De conformidad con el artículo 33 de la normativa, son autoridades de planeación en las entidades territoriales:

“Artículo 33º.- Autoridades e instancias de planeación en las entidades territoriales. Son autoridades de planeación en las entidades territoriales:

1. El Alcalde o gobernador, que será el máximo orientador de la planeación en la respectiva entidad territorial.
2. El Consejo de Gobierno Municipal, Departamental o Distrital, o aquellas dependencias equivalentes dentro de la estructura administrativa de las entidades territoriales que llegaren a surgir en aplicación de las normas constitucionales que autoricen su creación.
3. La Secretaría, Departamento Administrativo u Oficina de Planeación, que desarrollará las orientaciones de planeación impartidas por el Alcalde o Gobernador, dirigirá y coordinará técnicamente el trabajo de formulación del Plan con las Secretarías y Departamentos Administrativos, y las entidades descentralizadas departamentales o nacionales que operen en la jurisdicción.
4. Las demás Secretarías, Departamentos Administrativos u Oficinas especializadas en su respectivo ámbito funcional, de acuerdo con las orientaciones de las autoridades precedentes”.

Asimismo, el plan de acción en las entidades territoriales, fue definido por la Ley 152 de 1994, así:

“Artículo 41º.- Planes de acción en las entidades territoriales. Con base en los planes generales departamentales o municipales aprobados por el correspondiente Concejo o Asamblea, cada secretaria y departamento administrativo preparará, con

la coordinación de la oficina de planeación, su correspondiente plan de acción y lo someterá a la aprobación del respectivo Consejo de Gobierno departamental, distrital o municipal. En el caso de los sectores financiados con transferencias nacionales, especialmente educación y salud, estos planes deberán ajustarse a las normas legales establecidas para dichas transferencias.

Para el caso de los municipios, además de los planes de desarrollo regulados por la presente Ley, contarán con un plan de ordenamiento que se regirá por las disposiciones especiales sobre la materia. El Gobierno Nacional y los departamentos brindarán las orientaciones y apoyo técnico para la elaboración de los planes de ordenamiento territorial”.

Por su parte, el plan de inversiones públicas contendrá los presupuestos plurianuales de los principales programas y proyectos de inversión pública y la especificación de los recursos financieros requeridos para su ejecución (Artículo 339 Constitución Política).

Recuerda la Sala que planear significa elaborar un proyecto. No obstante, el accionado no tenía dicha atribución pues el verbo “coordinar” no lo implicaba, esas facultades corresponden a las autoridades de planeación, quienes deben impartir las orientaciones para la elaboración del proyecto, someterlo a aprobación por parte del concejo, y finalmente, preparar el plan de acción que corresponde a su ejecución. (Ley 152 de 1994)

En este sentido, la Sala reitera que la función del demandado de coordinar la formulación, ejecución, seguimiento y evaluación de los diferentes planes de ordenamiento territorial, no constituye un poder decisorio sobre los ciudadanos, los bienes del municipio ni sobre los sectores sociales y económicos. Ello, porque el cargo que ostentó no se encuentra dentro de las instancias de planeación en las entidades territoriales, que pudiera, eventualmente, configurar el poder de mando, y además porque si bien, podría hacer parte de aquellas denominadas como *Oficinas especializadas en su respectivo ámbito funcional*, esta Corporación evidencia que no tendría autonomía en la decisión pues implicaría una laboral de intermediación, porque obraría conforme a las orientaciones de las autoridades del referido artículo y no de manera autónoma.

Del Manual de Funciones de la entidad, la Corporación observa que tal atribución, estaba asignada al Secretario de Despacho de la Secretaría de Planeación y Ordenamiento Territorial, pues le correspondía *dirigir y coordinar técnicamente la formulación del plan de desarrollo económico, social, ambiental, y de obras públicas del*

Municipio, funcionario que además, tenía que realizarlo con la orientación del respectivo Alcalde. De esta manera, la acepción *coordinar* para el demandado, podía ser traducida como ordenar el trabajo pero no poder decisorio pues estaba atado a las directrices del superior jerárquico.

Entonces, dado el carácter sancionatorio de la pérdida de investidura, principio de taxatividad y aplicación restrictiva de sus causales, reconocidos por la jurisprudencia constitucional y contenciosa administrativa, la Sala está impedida de hacer una interpretación extensiva y general, y dar el alcance como lo pretende el actor, a las funciones ejercidas por el demandado, y debe restringir su análisis y conclusiones a los hechos probados y su confrontación con las normas aplicables, sin presumir objetivamente que ellas implicaban el ejercicio de autoridad civil y dirección administrativa. Si bien, el Decreto 785 de 2005 dispone como función general de los empleos de Nivel Directivo la *dirección General, de formulación de políticas institucionales y de adopción de planes, programas y proyectos*; en el caso concreto, es posible colegir que ellas se encontraban atribuidas legalmente al Alcalde y Secretario de Despacho de Planeación y Ordenamiento Territorial, también de Nivel Directivo, como fue advertido, correspondiendo al accionado brindar apoyo para su ejecución, sin que se advierta poder decisorio sobre las mismas.

8.4. De las labores de supervisión del demandado.

Adicionalmente, señala el demandante que el señor Néstor Enrique Rozo Escobar como supervisor de contratos de prestación de servicios, ejercía autoridad administrativa directa sobre ellos, gozando de las facultades que otorga la Ley a los supervisores e interventores de los contratos, como la de suscribir la certificación del cumplimiento y/o recibo a satisfacción del objeto contractual, con el fin de proceder al pago correspondiente, lo cual, lo convierte en ordenador del gasto, porque dependiendo de su informe se procede al desembolso de los recursos públicos.

La Sala destaca que de conformidad con el artículo 14 de la Ley 80 de 1993, para el cumplimiento de los fines de la contratación estatal, las entidades estatales al celebrar un contrato, tendrán la dirección general y la responsabilidad de ejercer el contrato y vigilancia de su ejecución. Para ello, se han dispuesto en el ordenamiento las figuras de supervisión e interventoría.

La interventoría consiste en el seguimiento técnico que sobre el cumplimiento del contrato realice una persona natural o jurídica contratada para tal fin por la Entidad Estatal, cuando el seguimiento del contrato suponga conocimiento especializado en la materia, o cuando la complejidad o la extensión del mismo lo justifiquen³⁰.

En virtud del contrato de interventoría la Administración Pública despliega, a través de un tercero, sus potestades de coordinación, supervisión, control y hasta la dirección misma respecto de la ejecución de otro u otros contratos³¹. En este sentido, efectúa a nombre de la administración las revisiones periódicas indispensables para verificar que las obras ejecutadas, los servicios prestados o los bienes suministrados cumplan con las condiciones de calidad ofrecidas por los contratistas.

Por su parte, la supervisión radica en el seguimiento técnico, administrativo, financiero, contable, y jurídico que se haga sobre el cumplimiento del objeto del contrato, es ejercida por la misma entidad estatal cuando no requieren conocimientos especializados. Para la supervisión, la Entidad estatal podrá contratar personal de apoyo, a través de los contratos de prestación de servicios que sean requeridos³².

El artículo 83 de la Ley 1474 de 2011³³, estableció la figura de la supervisión e interventoría, de la siguiente manera:

“ARTÍCULO 84. FACULTADES Y DEBERES DE LOS SUPERVISORES Y LOS INTERVENTORES. La supervisión e interventoría contractual implica el seguimiento al ejercicio del cumplimiento obligacional por la entidad contratante sobre las obligaciones a cargo del contratista.

Los interventores y supervisores están facultados para solicitar informes, aclaraciones y explicaciones sobre el desarrollo de la ejecución contractual, y serán responsables por mantener informada a la entidad contratante de los hechos o circunstancias que puedan constituir actos de corrupción tipificados como conductas punibles, o que puedan poner en riesgo el cumplimiento del contrato, o cuando tal incumplimiento se presente.

PARÁGRAFO 1o. El numeral 34 del artículo 48 de la Ley 734 de 2000 <sic, es 2002> quedará así:

No exigir, el supervisor o el interventor, la calidad de los bienes y servicios adquiridos por la entidad estatal, o en su defecto, los exigidos por las normas técnicas obligatorias, o certificar

³⁰ Artículo 83 Ley 1474 de 2011 “Por la cual se dictan normas orientadas a fortalecer los mecanismos de prevención, investigación y sanción de actos de corrupción y la efectividad del control de la gestión pública”.

³¹ Ver al respecto, Consejo de Estado- Sala de lo Contencioso Administrativo – Sección Tercera-, Sentencia del 13 de febrero de 2013, Rad. 76001-23-31-000-1999-02622-01(24996). M.P. Mauricio Fajardo Gómez.

³² Ibídem.

³³ “Por la cual se dictan normas orientadas a fortalecer los mecanismos de prevención, investigación y sanción de actos de corrupción y la efectividad del control de la gestión pública”.

como recibida a satisfacción, obra que no ha sido ejecutada a cabalidad. También será falta gravísima omitir el deber de informar a la entidad contratante los hechos o circunstancias que puedan constituir actos de corrupción tipificados como conductas punibles, o que puedan poner o pongan en riesgo el cumplimiento del contrato, o cuando se presente el incumplimiento.

PARÁGRAFO 2o. Adiciónese la Ley 80 de 1993, artículo 8o, numeral 1, con el siguiente literal:

k) <sic> <Literal CONDICIONALMENTE exequible> El interventor que incumpla el deber de entregar información a la entidad contratante relacionada con el incumplimiento del contrato, con hechos o circunstancias que puedan constituir actos de corrupción tipificados como conductas punibles, o que puedan poner o pongan en riesgo el cumplimiento del contrato.

Esta inhabilidad se extenderá por un término de cinco (5) años, contados a partir de la ejecutoria del acto administrativo que así lo declare, previa la actuación administrativa correspondiente.

PARÁGRAFO 3o. El interventor que no haya informado oportunamente a la Entidad de un posible incumplimiento del contrato vigilado o principal, parcial o total, de alguna de las obligaciones a cargo del contratista, será solidariamente responsable con este de los perjuicios que se ocasionen con el incumplimiento por los daños que le sean imputables al interventor.

Cuando el ordenador del gasto sea informado oportunamente de los posibles incumplimientos de un contratista y no lo comine al cumplimiento de lo pactado o adopte las medidas necesarias para salvaguardar el interés general y los recursos públicos involucrados, será responsable solidariamente con este, de los perjuicios que se ocasionen. (...). (Destaca la Sala)

De las pruebas obrantes en el proceso, la Sala evidencia que durante el periodo inhabilitante, esto es, del 27 de octubre de 2018 al 27 de octubre de 2019, el señor Néstor Enrique Rozo Escobar fungió como supervisor de los contratos de prestación de servicios No. 1269 del 12 de diciembre de 2018, No. 043 del 16 de enero de 2019, No. 083 del 17 de enero de 2019, No. 388 y 358 del 31 de enero de 2019, No. 613 del 7 de febrero de 2019, No. 649 del 11 de febrero de 2019, No. 1076 del 30 de abril de 2019, No. 1484 del 6 de junio de 2019. (Fl. 68, 81,92, 83, 119, 130, 155,176 c1)

A su vez, evidencia que las funciones establecidas para la supervisión de los contratos de prestación de servicios, correspondían textualmente a:

- “1. Cumplir con las obligaciones de control y vigilancia establecidas por la Ley 80 de 1993 demás normas y disposiciones concordantes.
2. Verificar el cumplimiento del objeto contractual y de las obligaciones contraídas por las partes.
3. Elaborar los informes de cumplimiento de la ejecución del contrato si se solicitan y las actas a que haya lugar, remitiéndolos de manera oportuna a las instancias correspondientes.
4. Suscribir la certificación del cumplimiento y/o recibo a satisfacción del objeto contractual, con el fin de proceder al pago correspondiente, previa verificación del cumplimiento por parte del CONTRATISTA de sus obligaciones con el Sistema de Seguridad Social en Salud, Pensión y Riesgos Labores, en los porcentajes de ley.

Adicionalmente el supervisor deberá verificar la afiliación.

5. Verificar la realización del objeto del presente contrato en los términos y condiciones pactados en el mismo.

6. verificar previo a la suscripción de cualquier actuación contractual los antecedentes disciplinarios, fiscales, judiciales, profesionales y la no inclusión en el registro nacional de medidas correctivas del contratista.

7. Suscribir las actas de iniciación, de recibo parcial, y a satisfacción de los servicios objeto del presente contrato y remitirlas a la Oficina Asesora Jurídica para el respectivo archivo.

8. Revisar e impartir visto bueno a los informes mensuales presentados por el CONTRATISTA y remitirlos a la Oficina Asesora Jurídica para el respectivo archivo.

9. Suscribir los demás documentos que se generen en desarrollo del presente contrato y enviarlos a la Oficina Asesora Jurídica.

10. Solicitar oportunamente las adiciones o modificaciones al contrato, cuando sea procedente.

11. Si durante la ejecución del contrato o al vencerse el término estipulado en él, se presenta incumplimiento de las obligaciones a cargo del CONTRATISTA, deberá informar inmediatamente al ordenar del gasto y a la Oficina Asesora Jurídica del Municipio.

12. Verificar la inscripción del contratista en el registro de Información Tributaria en la Dirección de Impuestos del Municipio.

13. Realizar la remisión de todos los documentos elaborados con ocasión del proceso a la Oficina Asesora Jurídica dentro del día siguiente a su suscripción con el fin de que sean publicados en las diferentes plataformas". (Subrayado fuera de texto)

Para la Sala, contrario a lo señalado por el actor en el escrito de pérdida de investidura, las facultades otorgadas como supervisor de los referidos contratos al demandado, en primer lugar, no lo invisten de poderes de mando, pues ello, corresponde a otros funcionarios que ostentan la dirección y control sobre los contratistas, quienes tienen la posibilidad de declarar el incumplimiento contractual, imponer multas, sanciones y hacer efectiva la cláusula penal. (Artículo 88 Ley 1474 de 2011)

Respecto de lo señalado por el actor con relación a que por el hecho de suscribir la certificación del cumplimiento y/o recibo a satisfacción del objeto contractual, el demandado tenía las funciones de ordenador del gasto, porque dependiendo de su informe se procede al desembolso de los recursos públicos.

La Sala trae a colación lo considerado por la Corte Constitucional con relación al concepto de ordenador del gasto, el cual, en palabras de esa Corporación, se refiere a la capacidad de ejecución del presupuesto. Ejecutar el gasto, significa que, a partir del programa de gastos aprobado - limitado por los recursos aprobados en la ley de presupuesto -, se decide la oportunidad de contratar, comprometer los recursos y ordenar el gasto, funciones que atañen al ordenador del gasto. Así lo señaló en sentencia C-101 de 1996.

La Sala puede deducir, tanto de las disposiciones legales mencionadas como de las funciones específicas que ostentaba el accionado como supervisor de contratos que, la atribución de ordenar el gasto no corresponde al supervisor del negocio jurídico, ella se encuentra asignada a otro funcionario de la respectiva entidad estatal, adviértase como en el numeral 11 se estipula que en caso de incumplimiento del contrato, el supervisor debía informar al ordenador del gasto, no pudiéndose hacer una analogía entre uno y otro funcionario porque el carácter taxativo y la interpretación restrictiva de las causales de pérdida de investidura no lo permiten.

Entonces, las pruebas obrantes en el proceso permiten concluir que el demandado no tenía tales funciones, y ellas no se generaban *per se* por la circunstancia de suscribir la certificación de cumplimiento y/o recibo a satisfacción del objeto contractual. De las documentales del expediente se evidencia que funge como ordenador del gasto de los respectivos contratos de prestación de servicios una persona distinta al supervisor. A su vez, de la lectura del Manual de Funciones de la entidad territorial, Resolución No. 1292 de 2017, la Sala observa que quién tiene la función de ordenar el gasto y celebrar contratos es el respectivo Alcalde Municipal de acuerdo con el presupuesto, lo cual se advierte del numeral 10, literal c, del artículo primero.

9. CONCLUSIÓN: la Sala concluye que el accionado en el cargo de Director Técnico de la Secretaría de Planeación y Ordenamiento Territorial no ejercía autoridad civil por cuanto no tenía función de mando comoquiera que no tenía poder de nominación (designar o remover empleados), ni la facultad de expedir actos administrativos impartiendo órdenes a terceros o imponer sanciones, tampoco autoridad administrativa porque no definía la orientación de la entidad territorial ni tomaba decisiones que implicaran el modo de obrar de la misma, ni su empleo se encontraba dentro del criterio orgánico previsto en la normativa.

Finalmente, se deja constancia que la presente sentencia fue aprobada en sesión de Sala Plena de la Corporación llevada a cabo en la fecha, y mientras se obtenía la firmas de todos los Magistrados de la Corporación su trámite quedó suspendido, debido a las medidas sanitarias excepcionales de prevención, confinamiento y aislamiento, adoptadas por las autoridades distritales para contener la pandemia del virus COVID-19, como la suspensión de términos judiciales, tomadas por el Consejo Superior de la Judicatura mediante Acuerdos No. PCSJA20-11526 del 22 de marzo

de 2020, PCSJAA20-11532 del 11 de abril de 2020, PCSJA20-11546 del 25 de abril de la misma anualidad, y el Gobierno Nacional a través de Decreto No. 417 del 17 de marzo de 2020 y Decreto 637 del 6 de mayo de 2020, que declaró el Estado de Emergencia Nacional. Por ende, la presente sentencia será suscrita por la Presidenta de la Corporación y el Magistrado Ponente en señal de aceptación de su contenido y aprobación por la Sala Mayoritaria.

En mérito de lo expuesto, LA SALA PLENA DEL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CUNDINAMARCA,

RESUELVE

PRIMERO: NEGAR la solicitud de pérdida de investidura de concejal del municipio de Soacha – Cundinamarca señor Néstor Enrique Rozo Escobar, identificado con cédula de ciudadanía 79.218.554, según lo expuesto en la parte considerativa de la presente providencia.

SEGUNDO: Ejecutoriada esta providencia, archívese el expediente.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

(Discutido y aprobado en la sesión de la fecha)



AMPARO NAVARRO LÓPEZ
Presidenta



ALFONSO SARMIENTO CASTRO
Magistrado Ponente