TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE SUCRE

Sincelejo, cinco (05) de febrero de dos mil veinte (2020)

SALA PLENA

Magistrado ponente: **Andrés Medina Pineda**

Pérdida de Investidura	
Asunto:	Sentencia
Radicación:	N° 70001-23-33-000-**2019-00306-00**
Demandante:	**Pedro Moreno Sierra**
Demandado:	**Francisco Buenaventura Amell Amell como Concejal del Municipio de Buenavista - Sucre**

Tema: *Inhabilidad – Concejal – Desempeño del cargo - Renuncia – Inscripción - Taxatividad - Elegido alcalde – Sin coincidencia de períodos - Niega*

I. OBJETO A DECIDIR

Procede la Sala a dictar sentencia de primera instancia, dentro de la acción pública de pérdida de investidura, instaurada por Pedro Moreno Sierra, en contra de Francisco Buenaventura Amell Amell, como concejal del Municipio de Buenavista - Sucre (2016-2019).

II. ANTECEDENTES

2.1.- La demanda[1]. Se procura la pérdida de investidura como ***Concejal*** del municipio de Buenavista - Sucre, señor FRANCISCO BUENAVENTURA AMELL AMELL, de conformidad con la causal contenida en el numeral 1° del art. 48 de la Ley 617 de 2000[2].

[1] Fl. 1 Cd. Ppal.
[2] "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."

2.2.- Supuestos fácticos y jurídicos[3]. Para mejor entendimiento de los hechos que sustentan la pretensión del demandante, a continuación se transcribe textualmente lo descrito en el libelo genitor:

> *"1. El señor FRANCISCO BUENAVENTURA AMELL AMELL fue elegido como miembro del Concejo Municipal de Buenavista (Sucre), para el período 2016 - 2019.*
> *2. El concejal se desempeñó en el cargo de concejal hasta el 01 de marzo de 2019.*
> *3. El concejal presentó su renuncia, debido a que con anterioridad se había inscrito con el fin de ser Alcalde del Municipio.*
> *4. Conforme a las leyes que rigen la materia, el mencionado concejal violó el régimen de inhabilidades e incompatibilidades, configurando así causal de pérdida de investidura".*

Como fundamento jurídico, a su vez, sostuvo:

> *"**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.*
>
> *En el presente asunto, teniendo en cuenta que la finalidad del Concejal, era llegar a la Alcaldía de ese mismo municipio, debió tener en cuenta el régimen de incompatibilidades y prohibiciones señalado en el artículo 43 de la Ley 617 de 2.000, cuyo texto indica:*
>
> > *"**Artículo 43.- Duración de las incompatibilidades.** El Artículo 47 de la Ley 136 de 1994 quedará así: «Artículo 47.- Duración de las incompatibilidades. Las incompatibilidades de los concejales municipales y distritales, tendrán vigencia hasta la terminación del período constitucional respectivo. En caso de renuncia se mantendrán durante los seis (6) meses siguientes a su aceptación, si el lapso que faltare para el vencimiento del período fuere superior".*

[3] Fl. 1.

Sobre este tema la Corte Constitucional en sentencia C- 194 de 1995 expresó lo siguiente:

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

En este sentido, un concejal activo que aspira a la Alcaldía de su municipio debe renunciar con 6 meses de anticipación a la fecha de inicio del período de inscripciones (junio de 2019), es decir, que debe dejar el cargo de concejal a más tardar en diciembre de 2018, fecha a partir de la cual se contabilizan los 6 meses de la incompatibilidad indicada en el artículo 43 en mención, de tal manera que al momento de inscribir su candidatura a la Alcaldía de su municipio, se encuentre libre de cualquier restricción normativa, especialmente de lo indicado en el artículo 38 numeral 7º de la Ley 617 de 2.000, que prohíbe "inscribirse como candidato a cualquier cargo de elección popular durante el período para el cual fue elegido".

Vale aclarar que el período de inscripción de las elecciones el próximo año se abre 4 meses antes de la fecha de la correspondiente elección y dura 30 días, según lo estipula el artículo 30 de la Ley 1475 de 2011.

Este concepto se emite teniendo en cuenta la sentencia de unificación dictada por la Sección Quinta del Consejo de Estado, radicación No. 11001032800020150005l-00, consejero ponente, Dr. Alberto Yepes Barreiro, contra la ex gobernadora Oneida Pinto Pérez, en cuanto eliminó cualquier duda sobre la fecha en la cual parte la incompatibilidad, que es a partir de la inscripción y no de la elección como equivocadamente se viene interpretando. Igualmente, del concepto No. 198711 de 2016, emitido por el Departamento Administrativo de la Función Pública.

Es así claro que el Concejal se puso él mismo en una situación de violación del régimen de incompatibilidades e inhabilidades, lo cual lo hace acreedor a que se decrete la perdida de investidura."

2.3.- Contestación de la demanda[4]. En tiempo, el demandado presentó contestación de la demanda, manifestando en primer lugar que el hecho primero es "*cierto*"; que el segundo "*no es cierto*", por cuanto la renuncia fue radicada el 26 de febrero de 2019, según constancia que aparece en documento que se anexa, y la misma fue aceptada mediante Resolución 006 de febrero 28 de 2019.

Frente al hecho 3, sostuvo que "*no es cierto*", por cuanto el demandado fue elegido como concejal del municipio de Buenavista Sucre para el período 2016-2019, desempeñándose hasta el día 28 de febrero de 2019, fecha en la cual le fue aceptada la renuncia y con posterioridad se inscribió para aspirar a la alcaldía del mismo ente territorial período 2020-2024, razón por la cual lo sostenido en el hecho no está acorde con la realidad probatoria.

En lo tocante al último hecho, señaló que "*No es un hecho*", sino una mera apreciación subjetiva del actor que carece de fundamento fáctico y jurídico.

Como razones de defensa expresó que las pretensiones de la demanda deben ser denegadas en atención a lo siguiente:

La Ley 617 de 2000, en su art. 37 regula las inhabilidades para ser alcalde, así:

> "Artículo 95 de la ley 136 de 1994. Inhabilidades para ser alcalde. No podrá ser inscrito como candidato, ni elegido, ni designado alcalde municipal o distrital:
>
> 1. Quien haya sido condenado en cualquier época por sentencia judicial a pena privativa de la libertad, excepto por delitos políticos o culposos; o haya perdido la investidura de congresista o, a partir de la vigencia de la presente ley, la de diputado o concejal; o excluido del ejercicio de una profesión; o se encuentre en interdicción para el ejercicio de funciones públicas.
>
> 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 quien como empleado público del orden nacional, departamental o municipal, haya intervenido como ordenador del gasto en la ejecución de recursos de inversión o celebración de contratos, que deban ejecutarse o cumplirse en el respectivo municipio.
>
> 3. Quien dentro del año anterior a la elección haya intervenido en la gestión de negocios ante entidades públicas del nivel municipal o en la celebración de contratos con entidades públicas de cualquier nivel en interés propio o de terceros, siempre que los contratos deban ejecutarse o cumplirse en el respectivo municipio. Así mismo, quien dentro del

[4] Fls. 47-77.

año anterior a la elección, haya sido representante legal de entidades que administren tributos, tasas o contribuciones, o de las entidades que presten servicios públicos domiciliarios o de seguridad social de salud en el régimen subsidiado en el respectivo municipio.

4. Quien tenga vínculos por matrimonio, o unión permanente, o de parentesco hasta el segundo grado de consanguinidad, primero de afinidad o único civil, con funcionarios que dentro de los doce (12) meses anteriores a la elección hayan ejercido autoridad civil, política, administrativa o militar en el respectivo municipio; o con quienes dentro del mismo lapso hayan sido representantes legales de entidades que administren tributos, tasas o contribuciones, o de las entidades que presten servicios públicos domiciliarios o de seguridad social de salud en el régimen subsidiado en el respectivo municipio.

5. Haber desempeñado el cargo de contralor o personero del respectivo municipio en un periodo de doce (12) meses antes de la fecha de la elección."

El Artículo 40 Ley 617 de 2000, señala las Inhabilidades de los Concejales, en el siguiente orden:

"Artículo 43. Inhabilidades: No podrá ser inscrito como candidato ni elegido concejal municipal o distrito":

1. Quien haya sido condenado por sentencia judicial, a pena privativa de la libertad, excepto por delitos políticos o culposos; o haya perdido la investidura de congresista o, a partir de la vigencia de la presente ley, la de diputado o concejal; o excluido del ejercido de una profesión; o se encuentre en interdicción para el ejercicio de funciones públicas.

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.

3. Quien dentro del año anterior a la elección haya intervenido en la gestión de negocios ante entidades públicas del nivel municipal o distrital o en la celebración de contratos con entidades públicas de cualquier nivel en interés propio o de terceros, siempre que los contratos deban ejecutarse o cumplirse en el respectivo municipio o distrito. Así mismo, quien dentro del año anterior haya sido representante legal de entidades que administren tributos, tasas o contribuciones, o de las entidades que presten servicios públicos domiciliarios o de seguridad social en el régimen subsidiado en el respectivo municipio o distrito.

4. Quien tenga vínculo por matrimonio, o unión permanente, o de parentesco en segundo grado de consanguinidad, primero de afinidad o único civil, con funcionarios que dentro de los doce (12) meses anteriores a la elección hayan ejercido autoridad civil, política, administrativa o militar en el respectivo municipio o distrito; o con quienes dentro del mismo lapso

> hayan sido representantes legales de entidades que administren tributos, tasas o contribuciones, o de las entidades que presten servicios públicos domiciliarios o de seguridad social en el régimen subsidiado en el respectivo municipio o distrito. Así mismo, quien esté vinculado entre sí por matrimonio o unión permanente o parentesco dentro del segundo grado de consanguinidad, primero de afinidad o único civil, y se inscriba por el mismo partido o movimiento político para elección de cargos o de corporaciones públicas que deban realizarse en el mismo municipio o distrito en la misma fecha."

El artículo 48 de la Ley 617 de 2000, reglamenta la pérdida de investidura de diputados, concejales municipales y distritales y de miembros de juntas administradoras locales, en el siguiente sentido:

> "Los diputados y concejales municipales y distritales y miembros de juntas administradoras locales perderán su investidura:
>
> 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.
>
> 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.
>
> 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.
>
> Por indebida destinación de dineros públicos.
>
> Por tráfico de influencias debidamente comprobado.
>
> Por las demás causales expresamente previstas en la ley.
>
> Parágrafo 1°. Las causales 2 y 3 no tendrán aplicación cuando medie fuerza mayor.
>
> Parágrafo 2°. 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."

El Artículo 312 Constitución Política, dispone:

> "En cada municipio habrá una corporación administrativa elegida popularmente para períodos de cuatro (4) años que se denominará concejo municipal, integrado por no menos de siete, ni más de veintiún miembros según lo determine la ley, de acuerdo con la población respectiva. La ley determinará las calidades, inhabilidades e incompatibilidades de los concejales y la época de sesiones ordinarias de los concejos. Los concejales no tendrán la calidad de empleados públicos. La ley podrá determinar los

casos en que tengan derecho a honorados por su asistencia a
aceptación de cualquier empleo público, constituye falta absoluta
* Inciso primero modificado por Acto Legislativo 2/2002.

Indica que, acorde con el marco normativo expuesto, no existe ningu
para que los concejales –quienes no ostentan la calidad de empleado
postulen para ser elegidos alcaldes, razón por la cual no se encuentran ...o de la prohibición contenida en el numeral 2° del artículo 37 de la ley 617 del 2000; máxime cuando los períodos no coinciden ya que el de concejal para el presente caso terminó el 31 de diciembre del 2019 y fue elegido alcalde municipal de Buenavista Sucre para el período 2020-2024, desempeñándose a partir del 10 de enero del año en curso.

Agrega que, la inhabilidad relacionada con la aspiración a la alcaldía del mismo municipio en donde se desempeñó el demandado como concejal no aplica, porque la prohibición se refiere a aquella persona que dentro de los doce (12) meses anteriores a la fecha de elección haya ejercido como empleado público, jurisdicción o autoridad política o civil, administrativa o militar, y como quiera que los concejales no tienen la calidad de empleado público por disposiciones constitucionales y legales arriba señaladas, sino la de servidores públicos, no puede aplicarse la inhabilidad e incompatibilidad que pretende el actor en este asunto, unido a la circunstancia que las inhabilidades e incompatibilidades deben estar contenidas de manera expresa y no sujetas a interpretaciones.

En relación con la fecha de la renuncia del demandado como concejal, trae a colación el precedente del Consejo de Estado con ponencia de Alberto Yepes Barrero, radicado 2015-00051 del 7 de junio de 2016, conocido como el caso de Oneida Pinto el cual es invocado en la demanda, sosteniendo que no aplica al sub examine porque los concejales no son empleados públicos sino unos servidores públicos y además porque lo que se definió fueron los extremos temporales de inicio de la incompatibilidad prevista para alcaldes y gobernadores en los artículos 31.7, 32, 38.7 y 39 de la Ley 617 del 2000, normas éstas que se refieren a los alcaldes y gobernadores, o sea que la prohibición contemplada en los referidos estatutos trata de cargos uninominales de elección popular que han presentado un programa de gobierno en su aspiración política al cargo de alcalde o gobernador, motivo por el cual en caso de renuncia no pueden inscribirse como candidato a otros cargos de elección popular hasta tanto no finalice las incompatibilidades de ley; luego, entonces dicha prohibición - restricción no aplica a otros cargos como es el caso de

concejales, porque no son empleados públicos sino servidores públicos, por lo que reitera que lo que pretende el actor carece de fundamentos fácticos y jurídicos.

Por último, expresa que el Consejo Nacional Electoral mediante Resolución 5992 del 16 de octubre de 2019, se pronunció en relación a una solicitud de revocatoria de la inscripción del demandado como aspirante a la alcaldía del municipio de Buenavista Sucre para el período 2020-2024, basada en los mismos argumentos que se plantean en este proceso, la cual fue negada por considerar que no existía inhabilidad ni incompatibilidad para la aspiración de éste.

III. ACTUACIÓN PROCESAL

Actuación procesal	Folio	Fechas o asuntos
Presentación de la demanda	30	11 de diciembre de 2019
Auto admite demanda	32-34	13 de diciembre de 2019
Notificación por Estado No. 182	34 reverso	18 de diciembre de 2019
Envío Despacho Comisorio al Juzgado Primero y/o Civil del Circuito de Buenavista	36-37	16 de enero de 2020
Notificación por buzón electrónico a la procuraduría	38	23 de enero de 2020
Devolución del Despacho Comisorio	39-50	23 de enero de 2020
Diligencia de notificación personal al demandado	50	22 de enero de 2020
Contestación de la demanda	51-80	27 de enero de 2020
Auto prescinde de audiencia de pruebas y señala fecha para audiencia publica	83	30 de enero de 2020
Celebra audiencia pública		4 de febrero de 2020

IV.- AUDIENCIA PÚBLICA - ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

4.1. Parte demandante (Min. 14:50-23:05). Solicitó que se decrete la perdida de investidura, conforme a lo consagrado en la Ley 136 de 1994 en el Art. 41 Núm. 11, que estipula que los concejales no pueden aceptar cargos dentro del mismo municipio, al igual que lo plasmado en el Art. 291 de la Constitución, que reza "*los miembros de las corporaciones públicas de las entidades territoriales, no*

podrán aceptar cargo alguno en la Administración Pública, y si lo hicieren, perderán su investidura".

Manifiesta que, cuando el demandado oficialmente recibe el aval y firma la inscripción que lo distingue como candidato, se estructura la causal de perdida de investidura. Posteriormente, cuando sale elegido, recibe y firma el acta para aceptar la credencial como alcalde del municipio de Buenavista, en el que fue concejal, en ese momento pierde la investidura de concejal de Buenavista.

Insiste que, en el caso sub examine no sólo se está aceptando un cargo, sino que se inscribe voluntariamente para ser elegido a un cargo de elección popular.

Cita la Sentencia **C-194 de 1995** de la Corte Constitucional, en la cual se define el régimen de inhabilidades e incompatibilidades y la duración de las mismas; coligiendo que dicha duración de las incompatibilidades está previsto con el fin de que exista lealtad de quien fue elegido por voto popular y para que no se valgan de la posición que ostentan dentro del municipio para obtener privilegios sobre los otros candidatos.

Invoca también, la Sentencia proferida por el Consejo de Estado, el cual se declaró la nulidad de la elección de Oneida Pinto, por no renunciar seis (6) meses antes de la inscripción.

Por último, arguye que le demandado se inscribió dentro de los 6 meses de inhabilidad consagrados en la ley, haciéndose acreedor de la pérdida de investidura.

4.2. Ministerio Público (Min. 14:50-23:05). Rindió concepto manifestando que revisadas las causales de perdida de investidura, el hecho alegado no encuadra en ninguna de las causales señaladas en la constitución y la ley. Las cuales son taxativas y restrictivas.

También indica que el Consejo Nacional Electoral, mediante Resolución No. 5992 del 16 de octubre de 2019, negó la solicitud de revocatoria de la inscripción del señor FRANCISCO BUENAVENTURA AMELL AMELL.

Hace referencia además al pronunciamiento realizado por el Consejo de Estado, que sostiene:

"En este orden de ideas para el caso objeto de consulta, teniendo en cuenta lo establecido en la ley en cuanto a que las incompatibilidades de los concejales municipales y distritales, tendrán vigencia hasta la terminación del período constitucional respectivo, y lo expuesto por el Consejo de Estado, en el sentido de que el concejal no es titular de autoridad civil, política y dirección administrativa, esta Dirección considera que un Concejal de un municipio que aspire a ser elegido Alcalde del mismo ente territorial podrá hacerlo sin incurrir en inhabilidad.
Es decir, no requiere renunciar a su cargo de Concejal aun cuando presida dicha corporación, por cuanto, se reitera los concejales no tienen la calidad de empleados públicos. "

Concluyendo que, el caso citado por el demandante (Oneida Pinto) no es aplicable al sub examine, por cuanto se trató de una demanda de nulidad electoral, y las circunstancias fácticas y jurídicas son diferentes, ya que se trataba de un Alcalde que aspiraba a la gobernación, y los alcaldes tienen una prohibición expresa que deben renunciar para postularse a otro cargo de elección popular, conforme se indicó en dicha providencia:

"...la prohibición para el candidato electo consiste en presentarse a otro cargo de elección popular durante el lapso que el constituyente definió para el ejercicio de dicha dignidad, es decir, por todo el período constitucional, y no solo por el término que material y efectivamente el cargo ejerza, ello se impone del elemento normativo de la descripción típica de la prohibición.
Entonces, quien ha sido electo y declarado alcalde o gobernador, tiene prohibido durante los 4 años que fijó la norma constitucional como período del jefe de la administración territorial artículos 303 y 314 superiores- inscribirse a otro cargo de elección popular. Y, terminando dicho lapso, los artículos 32 y 39 de la misma normatividad disponen un tiempo adicional en el que la persona electa debe abstenerse de poner su nombre a consideración del electorado."

Conforme a lo expuesto, solicita a la Sala denegar las pretensiones de la demanda.

4.3. Parte demandada (Min. 23:17-29:48). Sostiene que la parte demandante encuadra la causal, según lo descrito en la demanda, en el artículo 48 numeral 1 de la ley 617 del año 2000. Indica que, el marco normativo está contemplado en la ley 617 Artículo 37, 40, 43, 48 y el 312 de la Constitución Política Nacional.

Manifiesta que, analizado ese marco normativo se puede colegir que dichas normas no aplican para el caso en estudio, teniendo en cuenta que los concejales son servidores públicos, como miembros de una corporación pública, por lo tanto, no tienen la calidad de empleado público, por tanto, no se encuentra dentro de las prohibiciones contempladas en la Ley 617 del año 2000.

Unido a la circunstancia de que las inhabilidades e incompatibilidades deben estar de manera expresa y no pueden ser sujetas a interpretaciones al no demostrar el actor o cumplir con su carga de probar la causal que pretende invocar y que en los alegatos modifica incluyendo un artículo nuevo -en 41 numeral 1 del cual no se había referido-.

Con fundamento en lo anterior, solicita que en la sentencia se nieguen las súplicas de la demanda por carecer de fundamentos fácticos y jurídicos.

Agrega que, el precedente conocido como caso de Oneida Pinto, no aplica en este asunto, por cuanto no es ni similar al tema, ya que en ese precedente el Consejo Estado lo que trató fue la relación de un Alcalde que renunciaba para aspirar a gobernador y, por lo tanto, las circunstancias fácticas no son aplicables al caso de los concejales, ya que bien es sabido que los alcaldes y gobernadores deben presentar un programa de gobierno el cual tiene un plazo de aplicabilidad durante su periodo y los concejales no presentan planes de gobierno, unido a la circunstancia de que los alcaldes si son empleados públicos y los concejales son unos servidores públicos, razón por la cual la norma que pretende invocar no aplica en este caso.

Por otra parte, arguye que los procesos de pérdida investidura son unos procesos sancionatorios por lo tanto debe acreditarse el elemento subjetivo para la prosperidad de las pretensiones y el actor no cumplió con esa carga de probar ese elemento subjetivo denominado culpabilidad, a título de dolo o de culpa; y no lo cumplió por la sencilla razón de que tal elemento subjetivo no existe, como no existe la prueba, ya que el demandado tuvo la oportunidad de interpretar la norma aplicable a su caso cuando aspiraba a la alcaldía del municipio de Buenavista y renunció con el fin de brindarle transparencia y probidad al debate electoral, muy a pesar de que no estaba obligado a renunciar a su curul de concejal.

Agrega que, el pronunciamiento del Consejo Nacional Electoral encargado del control de legalidad de las actuaciones dentro del proceso electoral ya se pronunció sobre la misma causal que se pretende invocar dentro de este proceso, en una solicitud de revocatoria de su inscripción, determinando de que no prosperaba la misma, toda vez que no se probó la causal e igualmente de que no se encontraba inhabilitado o con incompatibilidad para aspirar al cargo de alcalde municipal del municipio de Buenavista, por la sencilla razón de que los concejales son unos servidores públicos y no unos empleados y la norma invocada en la ley 617 por el

actor, se refiere es a esas circunstancias motivo por el cual debe denegarse de las súplicas de la demanda y mantener la credencial de concejal del señor Francisco Amell Amell.

V. CONSIDERACIONES

5.1. Competencia. El Tribunal Administrativo de Sucre, en su Sala Plena, es competente para conocer en **Primera Instancia** de la presente acción, conforme lo establecido en el artículo 152 numeral 15° del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

5.2. La causal de pérdida de investidura alegada por la parte demandante y el problema jurídico.

El demandante considera que el concejal del Municipio de Buenavista (Sucre) para el período 2016-2019, señor Francisco Buenaventura Amell Amell, incurrió en la inhabilidad prevista en el numeral 2° del artículo 40 de la Ley 617 de 2000, norma que modificó el artículo 43 de la Ley 136 de 1994; esto es, haber 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, dentro de los doce (12) meses anteriores a la fecha de la elección; causal de pérdida de investidura del numeral 1° del artículo 48 de la Ley 617, en concordancia con el numeral 2 del artículo 55 de la Ley 136. Las precitadas normas legales son del siguiente tenor:

> **LEY 617**
> **«[...] Artículo 40.- De las inhabilidades de los concejales. El Artículo 43 de la Ley 136 de 1994 quedará así:**
>
> **"Artículo 43.- Inhabilidades.** No podrá ser inscrito como candidato ni elegido concejal municipal o distrital:
> [...]
> 2. Quien dentro de los doce (12) meses anteriores a la fecha de la elección haya ejercido como empleado público, jurisdicción o autoridad política, civil, administrativa o militar, en el respectivo municipio o distrito, o quien como empleado público del orden nacional, departamental o municipal, haya intervenido como ordenador de gasto en la ejecución de recursos de inversión o celebración de contratos, que deban ejecutarse o cumplirse en el respectivo municipio o distrito."
>
> **[...]**

ARTICULO 43. DURACIÓN DE LAS INCOMPATIBILIDADES. El artículo 47 de la Ley 136 de 1994 quedará así:
"Artículo 47. Duración de las incompatibilidades. Las incompatibilidades de los concejales municipales y distritales, tendrán vigencia hasta la terminación del período constitucional respectivo. En caso de renuncia se mantendrán durante los seis (6) meses siguientes a su aceptación, si el lapso que faltare para el vencimiento del período fuere superior.
Quien fuere llamado a ocupar el cargo de concejal, quedará sometido al mismo régimen de incompatibilidades a partir de su posesión."

Artículo 48.- Pérdida de investidura de diputados, concejales municipales y distritales y de miembros de juntas administradoras locales. Los diputados y concejales municipales y distritales y miembros de juntas administradoras locales perderán su investidura: [...]
1. Por violación del régimen de incompatibilidades o del de conflicto de intereses. 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. [...]».
[...]

LEY 136

«[...] ARTÍCULO 47°- DURACIÓN DE LAS INCOMPATIBILIDADES. <Artículo modificado por el artículo 43 de la Ley 617 de 2000. El nuevo texto es el siguiente:> Las incompatibilidades de los concejales municipales y distritales, tendrán vigencia hasta la terminación del período constitucional respectivo. En caso de renuncia se mantendrán durante los seis (6) meses siguientes a su aceptación, si el lapso que faltare para el vencimiento del período fuere superior.
Quien fuere llamado a ocupar el cargo de concejal, quedará sometido al mismo régimen de incompatibilidades a partir de su posesión.

«[...] 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 [...]».

Conforme a lo anterior, el **problema jurídico** que se debe resolver, se contrae a determinar si el demandado FRANCISCO AMELL AMELL debe ser despojado de su investidura de concejal del Municipio de Buenavista (Sucre) para el período 2016-2019, por haberse inscrito como candidato a la Alcaldía del Municipio de Buenavista tras haber fungido como concejal y no haber renunciado dentro de los 6 meses anteriores, contenida en el artículo 43 de la Ley 136, y que constituye causal de pérdida de investidura por virtud del numeral 1° del artículo 48 de la Ley 617 de 2000.

Previo a resolver el problema jurídico anterior, el Tribunal deberá determinar en primer lugar si el demandado FRANCISCO AMELL AMELL, se encuentra incurso en causal de inhabilidad 40.2 de la Ley 617 de 2000 y de incompatibilidad del art. 41 de la misma preceptiva, por haber fungido como concejal durante dicho periodo.

En lo que hace al problema jurídico a desatar, se abordará el siguiente hilo conductor: **(i)** Generalidades y aspectos sustanciales de la acción de pérdida de investidura; ***(ii)*** Marco legal y jurisprudencia del régimen de inhabilidades como causal de pérdida de investidura de los concejales; ***(iii)*** Causales de pérdida de investidura para concejales municipales; y, **(iv)** Caso concreto.

5.3.1.- Marco legal y jurisprudencia del régimen de inhabilidades como causal de pérdida de investidura de los concejales.

La acción de pérdida de investidura, fue establecida con un fin eminentemente ético y con el objeto de mantener la dignidad de quienes integran los cuerpos colegiados de elección popular, cuya conducta debe siempre caracterizarse por el decoro, honradez, probidad y transparencia, inherentes a quienes la voluntad popular, les ha encargado su representación[5]. Constitucionalmente, encuentra sustento en los artículos 110 y 291, siendo regulada a partir de 2018 en la Ley 1881 del mismo año, al derogarse la Ley 144 de 1994, advirtiéndose que en esta última Ley, la pérdida de investidura sólo aplicaba para los Congresistas y sólo, a partir de la expedición de la Ley 617 de 2000, se hizo extensiva para los diputados, concejales y miembros de juntas administradoras locales[6], indicación normativa que ahora es expresa por virtud del art. 21 de la Ley 1881.

Doctrinariamente, se ha definido la pérdida de investidura como:

> *"Una acción pública constitucional de carácter judicial, temporal, imprescriptible, directa, disciplinaria, de interés público o general, principal y autónoma, a través de la cual cualquier ciudadano, a nombre propio, sin necesidad de apoderado, o la mesa directiva de las cámaras, puede solicitar a las autoridades competentes de la jurisdicción de lo contencioso administrativo la sanción que lleva su nombre, cuando concurran algunas de las precisas causales señaladas en las normas*

[5] Ver sentencia C - 247 de 1995. Sala Plena Corte Constitucional. M. P. José Gregorio Hernández Galindo.

[6] En sentencia del 22 de noviembre de 2012, el Consejo de Estado, Sección Primera, C. P., Dra. MARÍA ELIZABETH GARCÍA GONZÁLEZ, Expediente No. 2012-230, expresó: "Cabe señalar que la figura de la pérdida de investidura tiene fundamento constitucional, pues basta leer el inciso primero del articulo 29/ de la Constitución Política, que dispuso que "Los miembros de las corporaciones públicas de las entidades territoriales no podrán aceptar cargo alguno en la administración pública, y si lo hicieren perderán su investidura"; también se harán acreedores a dicha sanción los que desempeñen funciones públicas e incumplan las prohibiciones contenidas en el artículo 110, ibídem, esto es, que contribuyan con los partidos, movimientos o candidatos, o induzcan a otros a que lo hagan".

aplicables al caso, en congresistas, diputados, concejales y miembros de juntas administradoras locales (...)

Se trata de un mecanismo procesal que se caracteriza por la aplicación directa de los principios básicos de nuestra convivencia como una organización política, democrática, reconducidos a través de la violación o el desconocimiento del régimen de inhabilidades e incompatibilidades, conflicto de intereses, y demás hipótesis establecidas en las normas reguladoras (...) por quienes fueron elegidos para una corporación de representación popular, como Congreso, Asamblea o Concejo"[7].

Para entrar a resolver, la Sala considera necesario establecer el marco legal y la jurisprudencia del régimen de inhabilidades como causal de pérdida de investidura de los concejales.

El artículo 55 de la Ley 136 de 1994 establece:

"ART. 55.- Pérdida de la investidura de concejal. Los concejales perderán su investidura por:
[...].
Por violación del régimen de inhabilidades, incompatibilidades o de conflicto de intereses.
[...] ".»

El artículo 48 de la Ley 617 de 2000 dispone:

"ART. 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:
[...].
Por violación del régimen de incompatibilidades o del de conflicto de intereses.
[...].
6. Por las demás causales expresamente previstas en la ley.
[...]".

La Sala Plena del Consejo de Estado, Sección Primera, mediante sentencia de 28 de julio de 2002[8] sostuvo que pese a que el artículo 48 de la Ley 617 de 2000 no contiene la violación del régimen de inhabilidades como causal de pérdida de investidura, no significa que esta haya sido suprimida para los concejales, pues el numeral 6º ibídem establece la posibilidad de que otras normas también consagren causales de pérdida de investidura.

Expuso la Sala en esa oportunidad:

---

[7] SANTOFIMIO GAMBOA, Jaime Orlando. Tratado de Derecho Administrativo. Contencioso Administrativo. Tomo III. Universidad Externado de Colombia. Primera Edición. Diciembre de 2004.
[8] Radicación 7177. Actor: Julio Vicente Niño Mateus. M.P. Gabriel E. Mendoza Martelo.

"Teniendo en cuenta que, ciertamente, el artículo 48 de la Ley 617 de 2000 no reguló "íntegramente" lo relacionado con las causales de pérdida de investidura, no deben entenderse derogadas las demás disposiciones alusivas al punto, pues a simple vista se advierte que tal norma no agotó en su totalidad el tema, ya que expresamente permitió que otras leyes también lo trataran, organizaran o definieran, cuando en el numeral 6º dispuso que se perdería la investidura: "por las demás causales expresamente previstas en la ley". Tal regulación reconoce de manera expresa la vigencia, y por ende, la obligatoriedad de lo que otras leyes señalan al respecto. Y es preciso tener en cuenta que la Ley 617 de 2000, como ya se advirtió, solo introdujo cambios parciales al Código de Régimen Municipal, pues no se trató de una derogatoria total ni de una "sustitución en bloque", aspecto en el que resulta muy ilustrativo su título o encabezamiento en el que se precisa su alcance así: "Por la cual se reforma parcialmente la Ley 136 de 1994...". Como no existe razón meritoria que induzca a una consideración distinta, la Sala concluye que la violación al régimen de inhabilidades sigue siendo causal de pérdida de investidura para los concejales, exégesis que habrá de orientar la definición de esta litis".

Ahora, si bien la pérdida de investidura contiene una sanción para el funcionario[9], *"tanto la Jurisprudencia de la Corte Constitucional como del Consejo de Estado, han precisado la autonomía de la acción de pérdida de investidura frente a las demás acciones que puedan originarse por los hechos que se encuadren en las causales previstas para ella. De ahí que no se hayan consultado los principios del derecho penal o disciplinario, que reclama el demandado, para establecer si la violación del régimen de inhabilidades continuaba siendo causal de pérdida de investidura para los Concejales, pues la sanción que se impone no tiene el carácter de disciplinaria (correctivo), sino de índole política, cuyo fin primordial es la de procurar moralidad y que el comportamiento ético de quienes ejercen poder político a través de las corporaciones públicas de elección popular se ajuste al interés general y al bien común"*[10].

5.3.2. El mandato de tipicidad y taxatividad. Conducta típica del numeral 1 del artículo 48 de la Ley 617 de 2000.

Ya se ha sostenido que la pérdida de investidura es una acción pública de carácter sancionatorio prevista en la Constitución y la ley, que tiene como finalidad castigar a los miembros de las corporaciones públicas que incurran en conductas

[9] El Consejo de Estado, ha señalado que, *"la acción de pérdida de investidura, fundamentalmente constituye una sanción para los miembros de las corporaciones públicas, dado que implica la separación definitiva, permanente y vitalicia de dicha condición, se halla fundamentada en causales taxativamente señalados, de carácter esencialmente jurisdiccional-disciplinario"*. Ver sentencia 25 de mayo de 2004. Expediente 11001-03-15-000-2003-1463-01 y 11001-03-15-000-2004-00132-01.
[10] Ídem.

consideradas reprochables, por ser incompatibles con la dignidad del cargo que ostentan.

En ese orden de ideas, se trata de un juicio sancionatorio, que se efectúa en ejercicio del *ius puniendi* del Estado[11], previsto por el Legislador como un procedimiento jurisdiccional a cargo del Juez contencioso administrativo, quien hace un juicio de reproche sobre un comportamiento[12].

Ahora, al encontrarnos en el escenario del derecho sancionatorio, la pérdida de investidura sólo puede aplicarse en los casos, bajo las condiciones y con las consecuencias que la Carta Política establece, considerándose como resultado, que las causas que dan lugar a ella, son taxativas (artículo 183 C. P.), por ende, requieren de precisa descripción legal (tipicidad).

Siendo así y no descuidando el contenido del art. 29 de la C. P., que señala:

> **"ARTÍCULO 29.** El debido proceso se aplicará a toda clase de actuaciones judiciales y administrativas.
>
> Nadie podrá ser juzgado sino conforme a leves preexistentes al acto Que se le imputa ante juez o tribunal competente y con observancia de la plenitud de las formas propias de cada juicio.
>
> En materia penal, la ley permisiva o favorable, aun cuando sea posterior, se aplicará de preferencia a la restrictiva o desfavorable.
>
> Toda persona se presume inocente mientras no se la haya declarado judicialmente culpable. Quien sea sindicado tiene derecho a la defensa y a la asistencia de un abogado escogido por él, o de oficio, durante la investigación y el juzgamiento; a un debido proceso público sin dilaciones injustificadas; a presentar pruebas y a controvertir las que se alleguen en su contra; a impugnar la sentencia condenatoria, ya no ser juzgado dos veces por el mismo hecho.
>
> Es nula, de pleno derecho, la prueba obtenida con violación del debido proceso"

Debe considerarse que en materia de pérdida de investidura, rige el denominado ***mandato de tipificación,*** que al decir de la doctrina coincide con:

> "<<el mandato de tipificación» coincide con la vieja exigencia de la lex certa y con lo que habitualmente suele llamarse «principio de determinación (precisa)» y, más recientemente todavía, «principio de taxatividad», cuyos confesados objetivos estriban en proteger la seguridad (certeza) jurídica y la reducción de la discrecionalidad o arbitrio en la aplicación del Derecho»[13]

---

[11] Ver sentencias C-181 de 2002 (M. P. Marco Gerardo Monroy Cabra), C-948 de 2002 (M. P. Álvaro Tafur Galvis) y P1093 de 2004 (M. P. Manuel José Cepeda Espinosa).
[12] Sentencia SU-1159 de 2003 (M. P. Manuel José Cepeda Espinosa).
[13] NIETO, Alejandro, Derecho Administrativo Sancionador. Vid. su obra Derecho administrativo sancionador, Tecnos, Madrid, 2012, pp. 260.

Luego entonces, sólo quien trasgreda el ordenamiento jurídico adecuando su conducta a la descripción de reproche, sumado a la antijuridicidad de la conducta y la culpabilidad del comportamiento (art. 10 de la Ley 1881 de 2018), podrá ser sancionado con pérdida de investidura.

En el caso de las eventualidades descritas en el numeral 1° del art. 48 de la Ley 617 de 2000, como causal de pérdida de investidura, el Honorable Consejo de Estado ha señalado:

> "Particularmente, en el caso de los concejales y alcaldes, la Corte Constitucional ha señalado en su jurisprudencia al examinar la constitucionalidad de las normas que gobiernan el régimen de inhabilidades, incompatibilidades y conflictos de interés, que en el nivel municipal, es necesario que quienes representan los intereses de la comunidad local se dediquen con seriedad e integridad a la gestión de su cargo, por lo cual se justifica el señalamiento de causales que aseguren que, en el ejercicio de sus funciones, los concejales y alcaldes no se valgan de su posición para obtener beneficios particulares o se alejen de la defensa de los intereses de la comunidad. Estos motivos, han llevado a que la Corte Constitucional en múltiples ocasiones declare la exequibilidad de diversas disposiciones que establecen restricciones para el acceso o el ejercicio a dichos cargos.
>
> Se ha dicho también que de conformidad con el artículo 209 de la Constitución Política el ejercicio de la función pública debe realizarse siguiendo unos parámetros mínimos de conducta en los que predominen los criterios de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad; que la necesidad de poner en práctica la aplicación de estos principios superiores conlleva a que, no obstante el derecho ciudadano a la participación en la conformación, ejercicio y control del poder político, quienes pretendan acceder y accedan al desempeño de funciones públicas deben someterse al cumplimiento de ciertas reglas y exigencias.
>
> Es importante citar lo expresado por esta Corporación[14] en relación con las inhabilidades en cuanto le es aplicable también a las incompatibilidades y a los conflictos de interés, pues todos ellos constituyen prohibiciones cuya trasgresión genera la sanción de pérdida de investidura.
>
> Ha expresado el Consejo de Estado que las inhabilidades, y por ende las incompatibilidades, tienen como objetivo principal lograr la moralización, idoneidad, probidad e imparcialidad de quienes van a ingresar o ya están desempeñando empleos públicos.
>
> Que los hechos que el constituyente o el legislador tipifican como causales son de distinta índole, algunas son de carácter general ya que operan para toda clase de servidores públicos, mientras que otras sólo se establecen para determinada entidad o rama del poder público.

[14] Sentencia de enero 22 de 2002. Rad. 1101-03-15-000-2001-0148-01 (PI). M.P. Dr Germán Ayala Mantilla. Sentencia de marzo 3 de 2005, Exp. 2004-00823-01. M.P. Dr Camilo Arciniegas Andrade.

> Que "dado su carácter prohibitivo, su consagración debe ser expresa, al tiempo que su interpretación estricta, esto es que su deducción y aplicación siempre debe estar ajustada a los presupuestos que para cada causal haya señalado el constituyente o el legislador, dado que no es posible su aplicación extensiva o analógica.".(subrayado de la cita)".[15]

Así, tratándose de la imputación de unas causales de inhabilidad como causal de perdida de investidura, la Sala pasa a considerarlas.

6.- Caso Concreto.

Como pruebas válidamente incorporadas, al presente asunto se han allegado los siguientes documentos:

⇒ Copia del acta E - 26CON del 29 de octubre de 2019, que contiene la declaración de electo como Alcalde del municipio de Buenavista - Sucre, período 2019 - 2023 a FRANCISCO BUENAVENTURA AMELL AMELL por el partido Alianza Social Independiente ASI.[16]

⇒ Copia del formato E-6AL con fecha de radicación del 27 de julio de 2019, diligenciado por FRANCISCO BUENAVENTURA AMELL AMELL como candidato a la Alcaldía por el partido político ASI.[17]

⇒ Copia del AVAL conferido por la Representante legal del partido ASI a FRANCISCO BUENAVENTURA AMELL AMELL como candidato a la Alcaldía por ese partido.[18]

⇒ Copia de la carta de renuncia radicada por FRANCISCO BUENAVENTURA AMELL AMELL como concejal el 26 de febrero de 2019, con efectos a partir del 1º de marzo de 2019.[19]

⇒ Copia de la Resolución No. 006 del 28 de febrero de 2019, suscrita por el presidente del Concejo Municipal de Buenavista, en donde, en su art. Primero acepta la renuncia a la curul presentada por FRANCISCO BUENAVENTURA AMELL AMELL, miembro del partido ASI a partir del 1º de marzo de 2019.[20]

⇒ Copia del acta E-26 CON de fecha 26 de octubre de 2015, en donde se declara

---

[15] Sentencia del 13 de julio de 2006. Rad. 2005-01132-01 (PI)
[16] Fls. 6-7.
[17] Fl. 8-9
[18] Fls. 10-13, con actos de delegación del representante legal del partido ASI
[19] Fl. 14 y 62-63
[20] Fl. 17-19

la elección de FRANCISCO BUENAVENTURA AMELL AMELL como concejal del Municipio de Buenavista, Sucre por el partido alianza social independiente.[21]

⇒ Copia del formato E-6CO con fecha de radicación del 24 de julio de 2015, diligenciado por FRANCISCO BUENAVENTURA AMELL AMELL como candidato al Concejo por el partido político ASI.[22]

⇒ Copia de la Resolución No. SUCR029 del 15 de julio de 2019, que confiere AVAL a FRANCISCO BUENAVENTURA AMELL AMELL como candidato al concejo por el partido ASI.[23]

⇒ Copia del certificado expedido por el secretario general del concejo PEDRO JOSÉ RIZO ATENCIA, donde hace constar que el señor FRANCISCO BUENAVENTURA AMELL AMELL, se desempeñó como concejal del Municipio de Buenavista Sucre, en el periodo comprendido entre el 1º de enero de 2016 hasta el 1º de marzo de 2019.[24]

⇒ Copia de la Resolución No. 5992 del 16 de octubre de 2019, expedida por el Consejo Nacional Electoral, por medio del cual se niega la solicitud de revocatoria de inscripción del señor FRANCISCO BUENAVENTURA AMELL AMELL, inscrito por el Partido Alianza Social Independiente –ASI-, para las elecciones de 27 de octubre de 2019, dentro del rad. 19084-19.[25]

De conformidad con las pruebas obrantes en el expediente, es claro que el señor FRANCISCO BUENAVENTURA AMELL AMELL, fue elegido como Concejal de Buenavista, Sucre, para el período 2016-2019. Del mismo modo, se encuentra probado que desempeñó como concejal durante el periodo comprendido entre el 1º de enero de 2016 hasta el 1º de marzo de 2019[26], por renuncia aceptada mediante Resolución Nº 006 del 28 de febrero de 2019, suscrita por el Presidente del Concejo del Municipio de Buenavista, Sucre[27].

Sea lo primero precisar, en relación con la naturaleza del cargo de **concejal**, que en virtud del artículo 312 de la Constitución, los concejales son miembros de una corporación político administrativa, elegidos popularmente, con funciones, competencias específicas, régimen especial de honorarios y seguridad social, dado

[21] Fl. 20 y 61
[22] Fl. 21-23
[23] Fls. 24-27, con actos de delegación del representante legal del partido ASI
[24] Fl. 28
[25] Fls. 64-80
[26] Fl. 28
[27] Fl. 17-19

que no devengan salario.

Sobre el particular, la sentencia del 30 de mayo de 2019 proferida por el Consejo de Estado, Sección Quinta[28], sostuvo:

> *"A efectos de establecer si se cumplen los elementos de la inhabilidad contenida en el artículo 179.2, es pertinente comenzar con el aspecto subjetivo, a efectos determinar si los* ***Concejales[29], son o no empleados públicos.***
>
> *2.6.1. De conformidad con lo normado de forma expresa en el artículo 312 de la Constitución Política, los concejales no tienen la calidad de empleados públicos y, por tal razón, no les es aplicable la causal de inhabilidad en cuestión. Dicha disposición normativa enuncia que:*
>
> > **"Artículo 312. (...)**
> > La ley determinará las calidades, inhabilidades, e incompatibilidades de los concejales y la época de sesiones ordinarias de los concejos. **Los concejales no tendrán la calidad de empleados públicos.**
> > (...)." (Subrayado y negrilla fuera de texto original).
>
> *2.6.2. Es necesario indicar, que si bien los concejales son considerados, como servidores públicos de acuerdo con en el artículo 123 de la Constitución Política, dicha calidad, no les confiere la condición de empleados públicos, más aún cuando expresamente la Constitución ha establecido que no hacen parte de tal categoría. En esa medida bajo el amparo del artículo 312 de la Carta, a los concejales de ninguna manera se le pueden hacer extensivas las limitaciones y prohibiciones que se predican de los empleados públicos y, por consiguiente, es necesario observar, en cada caso en concreto, cual es el régimen de inhabilidades que le es aplicable.*
>
> *2.6.3. Aunado a lo anterior, el Consejo de Estado[30] y la Corte Constitucional[31], han reafirmado que los concejales no son empleados*

---

[28] Consejera ponente: ROCÍO ARAÚJO OÑATE, Radicación número: 11001-03-28-000-2018-00091-00 (ACUMULADO 11001-03-28-000-2018-00601-00), Actor: JORGE LARA BONILLA Y OTROS, Demandado: HORACIO JOSÉ SERPA MONCADA – SENADOR DE LA REPÚBLICA - PERÍODO 2018-2022

[29] Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta, sentencia de 4 de septiembre de 2008, Proceso No. 73001-23-31-000-2007-00703-01, M.P. Filemón Jiménez Ochoa.Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta, sentencia de 5 de febrero de 2009, Proceso No. 05001-23-31-000-2007-03280-01, M.P. Susana Buitrago Valencia. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta, sentencia de 10 de julio de 2009, Proceso No. 08001-23-31-000-2008-00965-01, M.P. Mauricio Torres Cuervo.

[30] Consejo de Estado. Sala Plena de lo Contencioso Administrativo Rad. 66001-23-31-000-2008-00120-01(PI). Demandado: José Geniver Corrales Galeano. M.P. María Claudia Rojas Lasso. 12 de marzo de 2009. Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Quinta. Rad. 73001-23-31-000-2007-00703-01. Demandado: Concejal Municipio de Ibagué. M.P. Filemón Jiménez Ochoa. 4 de septiembre de 2008. Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Quinta. 15001-23-31-000-2011-00623-01. M.P. Susana Buitrago Valencia. Demandado: Concejal de Tunja. 18 de abril de 2013. Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Quinta. 05001-23-31-000-2007-03280-01, Sentencia del 5 de febrero de 2009M.P. Susana Buitrago Valencia.

[31] Corte Constitucional, sentencia de 14 de abril de 1999. Proceso No. C-222, M.P. José Gregorio Hernández Galindo. Corte Constitucional, sentencia de 28 de enero del 2003. Proceso No. C-043, M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra.

públicos, en la sentencia C-222 de 1999, el máximo Tribunal Constitucional señaló:

> *"(...)*
>
> *Respecto de los concejales municipales, la Constitución consagra en forma enfática (art. 312 C.P.) que "los concejales no tendrán la calidad de empleados públicos". No obstante, en el artículo 123* ***Ibídem*** *sí se establece con claridad que los miembros de las corporaciones públicas* ***son servidores públicos.*** *Y es que no es lo mismo pertenecer a este género (servidor público) -que abarca a todos los que mantienen un vínculo laboral con el Estado, bien desde el punto de vista legal y reglamentario o puramente contractual- que ser catalogado como empleado público, una especie de aquél, que se caracteriza por una relación legal y reglamentaria, de modo que el nexo con el Estado tiene lugar por nombramiento y posesión y no por contrato. Los empleados públicos son servidores públicos. Los concejales también, pero sin tener el carácter específico de empleados públicos, dado el origen de su vinculación, por elección popular, que difiere del de aquéllos." (se resaltó).*

2.6.4. Adicionalmente, en la Sentencia ***C-043 de 2003****, acotó:*

> *"(...)*
>
> *En cuanto a la naturaleza jurídica de la función que llevan a cabo los concejales (de Bogotá o de cualquier municipio), el Consejo de Estado indicó que se trata de la denominada "función pública de carácter administrativo". Sobre si tal actividad era "trabajo", en los términos del artículo 25 de la Constitución Política, y sobre la calidad en que se desempeñaba por parte de los concejales, el Consejo recordó que si bien, de conformidad con lo indicado por el artículo 123 de la Constitución Política,* ***los concejales como todos los miembros de las corporaciones públicas son servidores públicos, no por ello pertenecen a las categorías de empleados públicos*** *o trabajadores oficiales. Agregó que la actividad que realizan en ejercicio de las funciones públicas, como actividad humana que es, puede calificarse de trabajo, pero que éste no les confiere la calidad jurídica de "trabajadores". En cuanto a si la actividad que desempeñan los concejales está comprendida dentro de la protección prevista en el artículo 53 de la Constitución, la Sala de consulta respondió al Ministro del Interior que el término "honorarios" que utiliza el artículo 312 de la Constitución Política al referirse a la remuneración de los concejales llevaba a entender que su actividad no estaba comprendida como objeto de los principios esenciales consignados en el artículo 53 de la misma Carta, que fija las bases del estatuto de trabajo. Añadió que los concejales están sujetos al estatuto especial que les es propio y al régimen de responsabilidades, inhabilidades e incompatibilidades que la misma Carta y la ley les señalan en su condición de servidores públicos".*

> *2.6.5. Bajo el amparo de las premisas normativas y jurisprudenciales, es pertinente inferir que los Concejales,* ***no son empleados públicos****, pues hacen parte de una categoría denominada miembros de una corporación política administrativa, elegidos popularmente, con funciones, competencias específicas, régimen especial de honorarios y seguridad social, dado que no devengan salario. Por lo tanto, si el juez electoral los tratara dentro de esa categoría, como lo pretende el demandante, se estaría desconociendo de manera flagrante y palmaria la carta constitucional la cual es de obligatorio cumplimiento."*

En síntesis, es evidente que en el presente asunto no concurren los elementos que tipifican la causal de inhabilidad contenida en el art. 40.2 de la Ley 617 de 2000[32], esto es, **la calidad de empleado público**, razón suficiente para dar por **no** probada la misma.

La misma suerte corre la situación descrita en el art. 41[33] de la Ley 617 de 2000, al no encontrarse estructurada la causal de incompatibilidad, pues se itera, los concejales son servidores públicos más no empleados públicos y tampoco se encuentra demostrado que el demandado haya ejercido como representante legal, miembros de juntas o consejos directivos, auditores o revisores fiscales, empleado o contratista de empresas que presten servicios públicos domiciliarios o de seguridad social en el Municipio de Buenavista.

En ese orden, este Tribunal considera que al no estar el demandado incurso en inhabilidad o incompatibilidad por haber fungido como concejal en el periodo constitucional 2016-2019; es decir, periodo inmediatamente anterior al que ahora ostenta como Alcalde, forzoso resultaría colegir que NO le es aplicable el art. 47 de la Ley 617 de 2000[34], de duración de las inhabilidades, pues uno es consecuencial al

---

[32] *"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."*

[33] 50. Ser representantes legales, miembros de juntas o consejos directivos, auditores o revisores fiscales, empleados o contratistas de empresas que presten servicios públicos domiciliarios o de seguridad social en el respectivo municipio."

[34] **ARTICULO 43. DURACIÓN DE LAS INCOMPATIBILIDADES. El artículo 47 de la Ley 136 de 1994 quedará así:**

> "Artículo 47. Duración de las incompatibilidades. Las incompatibilidades de los concejales municipales y distritales, tendrán vigencia hasta la terminación del período constitucional respectivo. En caso de renuncia se mantendrán durante los seis (6) meses siguientes a su aceptación, si el lapso que faltare para el vencimiento del período fuere superior.
>
> Quien fuere llamado a ocupar el cargo de concejal, quedará sometido al mismo régimen de incompatibilidades a partir de su posesión."

otro y dicho plazo no puede ser aplicado si no concurre la causal de incompatibilidad alegada, en razón que dicha previsión no puede ser entendida como una causal autónoma o adicional a la contenida en el art. 41 de la Ley 617 de 2000.

En este punto, es pertinente resaltar que los miembros de corporaciones públicas tienen la vocación y la facultad para seguir participando en actividades políticas, pues es connatural del derecho de participación política que les asiste; por ende, están habilitados para dejar su cargo en una corporación pública y postularse a otra.

Por el contrario, quien ostenta un cargo de elección popular de **carácter uninominal** –Alcaldes, Gobernadores-, no puede ejercer dichos actos, toda vez que iría contra la voluntad popular que lo eligió y que en últimas es el sustento del mismo sistema democrático[35]. Argumento suficiente para indicar que la sentencia de unificación de la sección quinta del Consejo de Estado, citada en la demanda y en la audiencia pública como sustento a su tesis, identificada con radicado 11001-03-28-000-2015-00051-00 y conocida como el caso Oneida Pinto, no puede ser aplicada al caso en estudio, en razón a que abordó supuestos fácticos disímiles.

Acorde con el raciocinio anterior, se colige que, los concejales no tienen prohibido, mientras se encuentran en su curul, inscribirse como candidatos para aspirar a ser alcaldes municipales, sin que pueda ser de recibo la aplicación extensiva del art. 38.7 de la Ley 617 de 2000, por virtud del mandato de tipificación y taxatividad, en tanto, lo ahí consignado sólo aplica a quienes ostenta un cargo de elección popular de **carácter uninominal** -Alcalde Municipal-. Al efecto, dicha norma señala:

> *"**ARTICULO 38. INCOMPATIBILIDADES DE LOS ALCALDES.*** Los ***alcaldes,*** así como *los que los reemplacen* en el ejercicio *del* cargo no podrán:...
>
> *7. Inscribirse* como *candidato* a *cualquier* cargo de elección *popular* durante *el* período para *el* cual fue elegido..." (Negrilla fuera de texto)

Vale anotar en este punto y simplemente con fines ilustrativos; pues, el cargo no fue formulado en la demanda de manera expresa, ni tampoco se indicó así en el auto admisorio de la demanda, que con motivo de la expedición de la Ley 1952 de 2019 Código General Disciplinario, se suscitó un debate frente a la interpretación del art. 43.1 -norma que se dijo aplicable para los eventos de los comicios del pasado mes de octubre de 2019-, cuando en su tenor literal señala:

---

[35] sentencia de unificación de la Sección Quinta del Consejo de Estado con radicado No. 2015-00051-00.

> **"ARTÍCULO 43. OTRAS INCOMPATIBILIDADES.** Además, constituyen incompatibilidades para desempeñar cargos públicos, las siguientes:
> 1. Para los gobernadores, diputados, alcaides, concejales y miembros de las juntas administradoras locales, en el nivel territorial donde hayan ejercido jurisdicción, desde el momento de su elección y hasta doce meses después del vencimiento de su período o retiro del servicio..."

Al indicarse que los concejales, entre otros, no podían aspirar a cargos como el de concejal o alcalde municipal, dada la temporalidad de la incompatibilidad ahí señalada; sin embargo, tal inquietud, fue resuelta por el Honorable Consejo de Estado, el pasado 23 de abril de 2019[36], a través de consulta elevada ante su Sala de Consulta y Servicio Civil, cuando de manera expresa indicó que la norma en comento no se refiere a cuestiones electorales y no afecta las inhabilidades o incompatibilidades de los servidores públicos.

Ad litteram:

> **"D. El campo de aplicación del numeral 1 del artículo 43 de la Ley 1952 de 2019**
>
> La consulta se dirige esencialmente a la interpretación de las incompatibilidades contempladas en el numeral 1 del artículo 43 de la Ley 1952 de 2019, el nuevo Código General Disciplinario, para lo cual se cita nuevamente su texto:
>
> **"ARTÍCULO 43.** Otras incompatibilidades. Además, constituyen incompatibilidades para desempeñar cargos públicos, las siguientes:
>
> 1. Para los gobernadores, diputados, alcaldes, concejales y miembros de las juntas administradoras locales, en el nivel territorial donde hayan ejercido jurisdicción, desde el momento de su elección y hasta doce meses después del vencimiento de su período o retiro del servicio:
>
> a) Intervenir en nombre propio o ajeno en asuntos, actuaciones administrativas o actuación contractual en los cuales tenga interés el departamento, distrito o municipio correspondiente, o sus organismos;
>
> b) Actuar como apoderados o gestores ante entidades o autoridades disciplinarias, fiscales, administrativas o jurisdiccionales.
>
> (.. .)".
>
> Como se aprecia, esta norma regula los siguientes aspectos:
>
> a. Establece incompatibilidades para desempeñar cargos públicos.
>
> b. Señala a determinados servidores públicos del orden territorial a quienes se les aplican esas incompatibilidades, los cuales son los gobernadores, los diputados, los alcaldes, los concejales y los miembros de las juntas administradoras locales.
>
> c. Determina el ámbito espacial de las incompatibilidades, al disponer que estas tienen aplicación en el nivel territorial donde tales servidores públicos hayan ejercido jurisdicción. Sería más preciso aludir, por la naturaleza de los

[36] Consejo de Estado. Sala de Consulta y Servicio Civil. Radicación: 11001-03-06-000-201900049-00. Radicación Interna 2414.

cargos mencionados, al ejercicio de autoridad y/o de funciones administrativas, según el cargo.

d. Fija el ámbito temporal de las incompatibilidades, el cual es el comprendido desde el momento de su elección y hasta doce (12) meses después del vencimiento de su período o retiro del servicio.

e. Establece las conductas constitutivas de las incompatibilidades, las cuales son dos:

- Intervenir en nombre propio o ajeno en asuntos, actuaciones administrativas o actuación contractual en los cuales tenga interés el departamento, distrito o municipio correspondiente o sus organismos.

- Actuar como apoderados o gestores ante entidades o autoridades disciplinarias, fiscales, administrativas o jurisdiccionales.

Ahora bien, la consulta indaga acerca de si en razón de las mencionadas incompatibilidades, los servidores públicos que desempeñan en la actualidad los citados cargos, se encuentran impedidos para inscribirse en las próximas elecciones territoriales a desarrollarse el 27 de octubre de 2019.

A este respecto, resulta pertinente hacer sobre la norma del numeral 1 del artículo 43 de la Ley 1952 de 2019, las siguientes observaciones:

1. La norma no se está refiriendo al desempeño de otro cargo.

Conforme se indicó, estas incompatibilidades se refieren a dos conductas muy específicas: la de intervenir en asuntos o actuaciones administrativas o contractuales en los cuales tenga interés el departamento, distrito o municipio correspondiente o sus organismos, y la de actuar como apoderado o gestor ante entidades o autoridades públicas.

Tales incompatibilidades no se refieren a que el servidor público de uno de los cargos mencionados, desempeñe otro cargo público.

En consecuencia, se observa que por las incompatibilidades objeto de análisis, no hay impedimento de que el servidor público que actualmente esté desempeñando uno de tales cargos, se pueda inscribir como candidato en las elecciones territoriales del 27 de octubre de 2019, pues si sale elegido y se produce el vencimiento de su actual período o ya se encuentra retirado de su cargo, los doce (12) meses de extensión de las mencionadas incompatibilidades no se le aplican, porque estas se refieren específicamente a intervenir en asuntos de interés de la entidad territorial correspondiente o actuar como apoderado ante autoridades públicas, no a ejercer otro cargo público."

Tampoco resulta aplicable lo señalado en el art. 55 de la Ley 136 de 1994, que a la letra dice:

"Artículo 55°.- Pérdida de la investidura de concejal. Los concejales perderán su investidura por:

1. La aceptación o desempeño de un cargo público, de conformidad con el artículo 291 de la Constitución Política, salvo que medie renuncia previa, caso en el cual deberá informar al Presidente del Concejo o en su receso al alcalde sobre este hecho...."

La misma norma establece, que la pérdida de la investidura no resulta aplicable cuando ha mediado renuncia previa; como ocurre en este caso, en donde ya se

estableció que el demandado renunció a la curul de concejal, período 2016 - 2019 el 26 de febrero de 2019, con efectos a partir del 1º de marzo de 2019, teniendo conocimiento de tal renuncia, la Corporación del Concejo Municipal, quien mediante Resolución Nº 006 del 28 de febrero de 2019[37] la aceptó.

Conforme a lo anterior, este Tribunal no avizora fundamento alguno para considerar viable la pérdida de investidura de FRANCISCO BUENAVENTURA AMELL AMELL, como concejal del municipio de Buenavista; en tanto, los hechos probados no se adecuan a la causal de pérdida de investidura invocada y que se estudia en esta oportunidad.

De ahí que en el presente asunto, el mandato de tipificación no se halle debidamente adecuado, en razón a que lo invocado en demanda no constituye causal de pérdida de investidura. De ahí que, se impone la negativa de las pretensiones.

En mérito de lo expuesto, el TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE SUCRE, SALA PLENA DE DECISIÓN ORAL, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

RESUELVE:

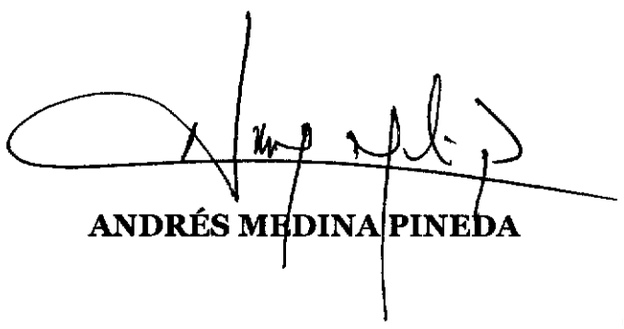
PRIMERO: NEGAR las pretensiones de la demanda.

SEGUNDO: Ejecutoriada esta providencia, **ARCHIVASE** el expediente en su oportunidad.

El proyecto de esta providencia fue considerado y aprobado por la Sala, en sesión de Sala Plena de la fecha, según consta en Acta Nº 002.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Los Magistrados,



ANDRÉS MEDINA PINEDA

CONTINÚAN LAS FIRMAS

[37] Fl. 62-63

CONTINÚAN LAS FIRMAS

EDUARDO JAVIER TORRALVO NEGRETE

RUFO ARTURO CARVAJAL ARGOTY

TULIA ISABEL JARAVA CÁRDENAS