



República de Colombia
Rama Judicial

**TRIBUNAL CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO DEL HUILA
SALA PLENA**

Neiva, cuatro (04) de octubre de dos mil diecisiete (2017).

MAGISTRADO PONENTE: GERARDO IVÁN MUÑOZ HERMIDA
MEDIO DE CONTROL: PÉRDIDA DE INVESTIDURA
DEMANDANTE: FELIX CRUZ SÁNCHEZ
DEMANDADO: GERMAN CASAGUA BONILLA
RADICACIÓN: 41 001 23 33 000 2017 00359 00

Aprobado en Sala Plena de la fecha. Acta No. 021

1.- POSICIÓN DEL DEMANDANTE.

Solicitó decretar la pérdida de investidura como concejal de Neiva de **GERMAN CASAGUA BONILLA** por estar cobijado por causal de inhabilidad al tiempo de la elección y que se le cancele la credencial como tal.

El **sustento fáctico** señaló que el 30 de octubre de 2011 se llevó a cabo el proceso electoral regional en donde participó el demandado por el partido Cambio Radical, resultando elegido concejal del municipio de Neiva y así lo declaró la comisión escrutadora en el formulario E-26 CO, para el periodo constitucional 2012-2015 y reelecto para el periodo 2016-2019.

En su criterio, el demandado se encontraba inhabilitado porque estando ejerciendo como concejal del Municipio de Neiva, suscribió dos contratos de obra con los municipios de Colombia y Nátaga-Huila, en calidad de representante legal de las firmas contratistas, lo que en su criterio, se constituye en causal de incompatibilidad de acuerdo a lo dispuesto por el artículo 127 superior.

Por lo anterior, afirma que el demandado incurrió en causal de pérdida de su investidura, *"y como consecuencia de la misma no podría ser concejal en el periodo constitucional 2016-2019"*, como lo prevén el numeral 1 del artículo 40 de la Ley 617 de 2000 y el artículo 55 numeral 2 de la Ley 136 de 1994, citando jurisprudencia del Consejo de Estado en respaldo¹.

En la **audiencia pública** manifestó acogerse a lo planteado en la demanda, reiterando que en su concepto, el demandado incurrió causal de pérdida de investidura y solicitó que así se declare.

2.- POSICIÓN DEL MINISTERIO PÚBLICO.

En la **audiencia pública** sostuvo que luego de analizar los argumentos vertidos en la demanda, los expuestos por la defensa y el material probatorio obrante en

¹ Consejo de Estado. Sección Primera. Sentencia calendarada del 21 de enero de 2016 proferida dentro del asunto radicado 13001-23-33-000-2014-00333-01(PI), Consejero ponente: Roberto Augusto Serrato Valdés.

el expediente, esa Agencia del Ministerio Público considera que se debe declarar la pérdida de investidura del concejal, pues de un lado, refiriéndose al aspecto objetivo, en su criterio, la causal de incompatibilidad consagrada en el artículo 127 de la Constitución Política y, en consecuencia, la causal de pérdida de investidura de Concejal prevista en el artículo 48, numeral 1 de la Ley 617, se hallaron probadas en el presente caso, con la suscripción de los contratos de obra No. 095 de 2015 con el Municipio de Colombia y el contrato de obra No. 169 de 2015 con el Municipio de Nátaga-Huila, como representante legal de los consorcios OSMAN y CACHITA 2015, respectivamente, pese a su condición de concejal en ejercicio, para el periodo 2012-2015 como se probó.

Dicha tesis, basada la línea jurisprudencial trazada por la Sección Primera del Consejo de Estado, según la cual los Concejales Municipales, al ser servidores públicos, de conformidad con el artículo 123 de la Constitución Política, se encuentran cobijados por la incompatibilidad prevista en el artículo 127 de la Constitución Política, la cual no tiene excepción en el artículo 45 de la Ley 136, en cuanto esta última norma resulta armónica y complementaria de la citada disposición constitucional, al reiterarla respecto de los Concejales en relación con el Municipio en el que se desempeñen como tales, sin que se deba interpretar que excluye los demás ámbitos u órdenes territoriales de la Administración Pública².

Finalmente, frente al aspecto subjetivo indica que conforme al material probatorio y en particular en los documentos que conformaron los procedimientos precontractuales y contractuales en los que participó el demandado, en calidad de representante legal de los consorcios contratistas, se desprende que asistiéndole el deber de diligencia ordinaria que atender en el marco de sus funciones, no los atendió con el cuidado mediano que las personas emplean normalmente en sus negocios propios, incurriendo en un descuido que tornó en negligente su conducta, actuando entonces con la culpa objeto de verificación en el análisis subjetivo de esta causal de pérdida de investidura.

3.- POSICIÓN DE LA PARTE DEMANDADA.

La demanda inicialmente fue inadmitida con auto de 19 de julio de 2017, dado que el accionante no aportó la acreditación de la calidad de concejal del señor **CASAGUA BONILLA**, para el periodo constitucional 2012-2015, conforme a lo dispuesto por el artículo 4 literal b, de la Ley 144 de 1994³.

Dentro del término para subsanar el defecto referido, el demandante no aportó lo solicitado⁴. Sin embargo, en atención al principio de acceso a la administración de justicia, la demanda fue admitida con auto del 9 de agosto de 2017⁵, solicitando a la autoridad electoral que remitiera copia del formulario E-26 CO, como en efecto lo hizo⁶.

Se dispuso en consecuencia su trámite especial, surtiéndose la integración del contradictorio el 23 de agosto de 2016⁷, con la notificación personal del

² Línea integrada por las sentencias proferidas por la Sección Primera del Consejo de Estado, el diez (10) de marzo del dos mil cinco (2005) con expediente 44001-23-31-000-2004-00056-01 (PI) y ponencia del Dr. Rafael e. Ostau De Lafont Pianeta, sentencia de 21 de agosto de 2016 expediente 130001-23-33-000-2014-00333- 01 (PI), ponente Dr. Roberto Augusto Serrato Valdés y sentencia del dos (2) de agosto de dos mil diecisiete (2017), expediente 73001-23-33-005-2016-00620-01(PI) con ponencia de la Dra. María Elizabeth García González.

³ Folio 98

⁴ Folio 202

⁵ Folio 203

⁶ Folios 213 a 214

⁷ Folio 209

demandado y del Señor Agente del Ministerio Público. Conforme lo informara la Secretaría de la Corporación, en constancia del 29 de agosto de 2017, el día 28 anterior, venció en silencio el traslado para que el demandante, contestara la demanda⁸. Solo hasta el 8 de septiembre siguiente, es decir de manera extemporánea, se allega memorial suscrito por el apoderado del demandado, dando contestación a la demanda⁹.

En la **audiencia pública** de alegaciones, el apoderado del demandante, se opuso a las pretensiones y en torno a los hechos expresó ser cierto que participó en el proceso electoral regional y resultó elegido concejal de Neiva para el periodo constitucional 2012-2015.

Frente a la suscripción, por parte del demandado de los contratos de obra con los municipios de Colombia y Nataga-Huila, mientras se desempeñaba como concejal, señala que *“deberá demostrarse conforme a las reglas de la prueba documental”*.

Como argumentos de defensa, luego de citar los artículos 127 superior, 48 de la Ley 617 de 2002, y 45 de la Ley 136 de 1994, señala que *“existe una genérica prohibición para que los servidores públicos contraten con entidades del Estado, prohibición que tal como quedó redactada no es absoluta y admite excepciones creadas por el legislador. (...)”*. Aclara que *(...) un concejal es un SERVIDOR PÚBLICO TRANSITORIO; como también es claro que, es un servidor diferente a los demás servidores por no tener prestaciones, ni subordinación, y su régimen es de acuerdo a la categoría. Por ejemplo, su relación con el Estado no es de carácter laboral. (...)”*

Por lo anterior, señala que la norma aplicable a los concejales en lo que a incompatibilidades se refiere, no es el artículo 127 de la Constitución Política, si no el numeral 1 del artículo 45 de la Ley 136 de 1994, según la cual, los concejales no podrán, *“(...) Aceptar o desempeñar cargo alguno en la administración pública ni vincularse como trabajador oficial, so pena de perder la investidura. Tampoco podrán contratar con el respectivo municipio o distrito y sus entidades descentralizadas (...)”*.

En este orden de ideas, estiman que la interpretación hecha por la Sección Primera del Consejo de Estado, en sentencia del 21 de enero de 2016 y que trae a colación el demandante como sustento de sus alegaciones, no es la correcta, que es un fallo en crisis, pues contrario a lo dicho en tal providencia, en tratándose de los artículos 127 superior y 45 de la Ley 136 de 1994 *“no estamos frente a dos normas contradictorias que deben armonizarse, tal como lo pareciera creer el fallo, toda vez que el constituyente no cerró los alcances de la prohibición y dejó en manos del legislador la regulación de eventos en los que no opera tal prohibición. Por tal razón, el artículo 45 de la ley 136 lo que hizo fue terminar la tarea de definir la materia de manera especial frente a este especial grupo de servidores públicos: los concejales.”*

Finalmente, señala que *“el juicio de pérdida de investidura no es un contencioso objetivo, es un juicio sancionatorio que hace parte del Ius Puniendi, razón por la cual se requiere analizar la conducta del procesado, esto es, se debe analizar el elemento subjetivo y no solo la adecuación típica de la conducta”*.

⁸ Folios 216

⁹ Folio 229 a 237

En este sentido, estima que en el caso del demandando *“ha operado plenamente la CONFIANZA LEGÍTIMA, toda vez que mi poderdante ha actuado conforme a una Ley que se presume constitucional y que está vigente. Ley que solo le prohibía contratar con las Entidades Estatales del Municipio de Neiva. (...)”*

Seguidamente aclara que *“de un lado, la ley que establece las incompatibilidades de los concejales (artículo 45 de la Ley 136 de 1994, reformado por el artículo 91 (sic) de la Ley 617 de 2000) no establece de manera expresa ni tácita la incompatibilidad que se le pretende aplicar.”*

“Pero no solo era la ley sino también la jurisprudencia aplicable al momento de la celebración de los contratos la que entendía que la incompatibilidad de los concejales para contratar con el Estado se limita a los entes de su respectivo municipio.”

No está de acuerdo con el concepto de Ministerio Público por cuanto las causales son expresas, no admiten similitud. Que no se encuentra demostrado el elemento subjetivo, que se tiene la descripción típica de la causal, pero no el dolo ni la culpa. Que la jurisprudencia vigente en el año 2012 era la anterior, que el mismo Magistrado ponente de la decisión invocada en la demanda, el Dr. Roberto Serrato, solicitaba como Procurador delegado ante el Consejo de Estado, se negaran las pretensiones de pérdida de investidura años atrás.

Por todo lo anterior, solicita denegar las pretensiones de la demanda.

CONSIDERACIONES.

4.1. Competencia y legitimación.

El Tribunal es competente para decidir el presente asunto de acuerdo con el parágrafo 2º del artículo 48 de la Ley 617 de 2000 y 152-15 del CPACA y porque no se avizoran circunstancias que invaliden lo actuado.

La parte actora se encuentra legitimada en causa por tratarse de una acción pública y el demandado, por haber sido elegido concejal del municipio de Neiva en los periodos constitucionales 2012 a 2015 y 2016 a 2019, según la declaratoria de elección realizada en formatos E-26 CO de la comisión escrutadora municipal¹⁰ y haber tomado posesión por el periodo 2012-2015 (fl10) y 2016-2019 (fls.83-84).

Además, a ambos les asiste interés en que la presente decisión dirima si el demandado incurrió en la causal de inhabilidad que esgrimió el actor y apareja la pérdida de investidura deprecada.

4.2. Problema jurídico.

Corresponde establecer a la Sala si el señor **GERMAN CASAGUA BONILLA** incurrió en la causal de pérdida de investidura consistente en la violación del régimen de incompatibilidades previsto para los concejales, consagrada en el artículo 48 (numeral 1º) de la Ley 617 de 2000, toda vez que, en concepto del demandante, incurrió en las conductas previstas en los artículos 127 (numeral 1º) y 183 (numeral 1º) de la Constitución Política, en el artículo 45 de la Ley 136 de 1994 y el artículo 8 (numeral 1º, literal f) de la Ley 80 de 1993, al celebrar, como

¹⁰ Folios 81-82 y 214

representante de los Consorcios OSMAS y CACHITA 2015, contratos de obra con los Municipios de Colombia y Nátaga-Huila, respectivamente, fungiendo para la misma época como concejal del Municipio de Neiva.

4.3. Causal invocada.

Señaló el demandante que el señor **GERMAN CASAGUA BONILLA**, en ejercicio del cargo como concejal del Municipio de Neiva, suscribió contratos con los municipios de Nátaga y Colombia-Huila, desconociendo lo dispuesto por el artículo 127 de la Constitución Política de Colombia, lo que en su criterio, es una causal de pérdida de investidura, según lo indican los numerales 1º del artículo 40 de la Ley 617 de 2000 y 1º del artículo 45 de la Ley 136 de 1994.

Advierte la Sala, que el demandante, dentro del libelo confunde los conceptos de inhabilidad e incompatibilidad, pues de un lado señala la violación de la prohibición contenida en el artículo 127 superior, referente a las incompatibilidades de los servidores públicos, con la suscripción de los citados contratos y al mismo tiempo reclama que el demandado no podía ser electo para el periodo 2016-2019 sin haberse adelantado el respectivo proceso para la pérdida, pues conforme al artículo 40 de la Ley 617 de 2000, que modificó el artículo 43 de la Ley 136 de 1994, se tiene:

“(...) No podrá ser inscrito como candidato ni elegido concejal municipal o distrital:

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 ejercicio de una profesión; o se encuentre en interdicción para el ejercicio de funciones públicas. (...)

Al respecto debe quedar clara la diferencia entre los conceptos de inhabilidad e incompatibilidad, conforme han sido expuestos por la jurisprudencia de la Corte Constitucional:

*“(...) Así mismo, la Corte Constitucional ha indicado que las **inhabilidades son “aquellas circunstancias creadas por la Constitución o la ley que impiden o imposibilitan que una persona sea elegida, o designada para un cargo público (...)** y tienen como objetivo primordial lograr la moralización, idoneidad, probidad, imparcialidad y eficacia de quienes van a ingresar o ya están desempeñando empleos públicos”¹¹, y que las mismas pueden tener naturaleza sancionatoria, en materia penal, contravencional, disciplinaria, correccional y de punición por indignidad política; en los demás casos no tienen dicha naturaleza¹².*

*De igual modo, ha manifestado que las **incompatibilidades consisten en “una prohibición dirigida al titular de una función pública a quien, por ese hecho, se le impide ocuparse de ciertas actividades o ejercer, simultáneamente, las competencias propias de la función que desempeña y las correspondientes a otros cargos o empleos, en guarda del interés superior que puede verse afectado por una indebida acumulación de funciones o por la confluencia de intereses poco conciliables y capaces, en todo caso, de afectar la imparcialidad y la independencia que deben guiar las actuaciones de quien ejerce la autoridad en nombre del Estado”**¹³. (...)*¹⁴.

¹¹ Sentencia C-558 de 1994, M.P. Carlos Gaviria Díaz.

¹² C-348 de 2004, M. P. Jaime Córdoba Triviño.

¹³ Sentencia C-181 de 1997, M.P. Fabio Morón Díaz.

¹⁴ Sentencia C- 903 de 2008, M.P. Jaime Araujo Rentería.

En este orden de ideas, la Sala al interpretar la demanda, advierte que lo que pretende poner de presente el demandante, es una vulneración por parte del demandado del régimen de incompatibilidades que se desprende de los artículos 127 (numeral 1º) y 183 (numeral 1º) de la Constitución Política, en el artículo 45 de la Ley 136 de 1994 y el artículo 8 (numeral 1º, literal f) de la Ley 80 de 1993, lo que se constituye en una causal de pérdida de investidura de conformidad con el artículo 48 (numeral 1º) de la Ley 617 de 2000 y así se estudiará.

4.3.1. Entonces, el demandado **GERMAN CASAGUA BONILLA**, habría incurrido en la causal de pérdida de investidura prevista en el numeral 1º del artículo 48 de la Ley 617 de 2000, esto es, la violación del régimen de incompatibilidades, que al tenor señala:

“(…) 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 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. (...)”

Las incompatibilidades en las que presuntamente está incurso el demandado, conforme lo expresado por el demandante, son las señaladas en los artículos 127 (numeral 1º) y 183 (numeral 1º) de la Constitución Política, numeral 1 del artículo 40 de la Ley 617 de 2000, el artículo 55 numeral 2 de la Ley 136 de 1994 y el artículo 8 (numeral 1º, literal f) de la Ley 80 de 1993, según las cuales:

El artículo 127 de la Constitución Política dispone:

*“(…) **ARTICULO 127.** Los servidores públicos no podrán celebrar, por sí o por interpuesta persona, o en representación de otro, contrato alguno con entidades públicas o con personas privadas que manejen o administren recursos públicos, salvo las excepciones legales. (...)”*

El artículo 183 numeral primero ibídem, señala:

*“(…) **ARTICULO 183.** Los congresistas perderán su investidura:*

1. Por violación del régimen de inhabilidades e incompatibilidades, o del régimen de conflicto de intereses. (...)”

Por su parte el artículo 45 (numeral 1º) de la Ley 136 de 1994, regula:

“Artículo 45º.- Incompatibilidades. Los concejales no podrán:

1. (Aceptar o desempeñar cargo alguno en la administración pública, ni vincularse como trabajador oficial o contratista, so pena de perder la investidura.) Modificado Artículo 3 Ley 177 de 1994.

Declarado EXEQUIBLE Sentencia C 194 de 1995, Sentencia C 231 de 1995, Sentencia C 232 de 1995 Corte Constitucional.

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

adelante se establecen. Ver Fallo del Consejo de Estado 8046 de 2002

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

4. Celebrar contratos o realizar gestiones con personas naturales o jurídicas de derecho privado que administren, manejen o inviertan fondos públicos procedentes del respectivo municipio o sean contratistas del mismo o reciban donaciones de éste. Radicación 751 de 1995 Sala de Consulta y Servicio Civil.

5. Adicionado por el art. 41, Ley 617 de 2000.

Parágrafo 1º.- Se exceptúa del régimen de incompatibilidades el ejercicio de la cátedra "universitaria". Subrayado "universitaria" declarado INEXEQUIBLE. Sentencia C 231 de 1995 Corte Constitucional.

Parágrafo 2º.- El funcionario público municipal que nombre a un concejal para un empleo o cargo público o celebre con él un contrato o acepte que actúe como gestor en nombre propio o de terceros, en contravención a lo dispuesto en el presente artículo, incurrirá en causal de mala conducta.

El Numeral 1º del artículo 45 de la Ley 136, fue modificado por el artículo 3º de la Ley 177 de 1994 de la siguiente forma:

"1. Aceptar o desempeñar cargo alguno en la administración pública ni vincularse como trabajador oficial, so pena perder la investidura.

Tampoco podrán contratar con el respectivo municipio o distrito y sus entidades descentralizadas."

Finalmente el Artículo 3 de la Ley 177 de 1994, fue **derogado** por el artículo 96 de la Ley 617 de 2000, así:

*"Artículo 96.- VIGENCIA Y DEROGATORIAS. La presente ley rige a partir de su promulgación y deroga los artículos: 17 de la Ley 3 de 1991; parágrafo 3o. del artículo 11 de la Ley 87 de 1993; el segundo inciso del parágrafo del artículo 97 de la Ley 99 de 1993; 57 de la Ley 101 de 1993; 96 y 106 del Decreto 1421 de 1993; la Ley 166 de 1994; **artículos 1o., 3o., 5o., 6o., 8o. y 11 de la Ley 177 de 1994;** el artículo 68 de la Ley 181 de 1995; 53 de la Ley 190 de 1995; los artículos 7o., 11, 12 y 13 de la Ley 330 de 1996; 23 de la Ley 397 de 1997 y las demás disposiciones que le sean contrarias. Se deroga lo establecido en el numeral 4o. del artículo 95 de la Ley 136 de 1994 y la expresión "quienes dentro de los seis meses anteriores a la fecha de la elección hayan sido empleados públicos o trabajadores oficiales, ni del numeral 5o. del artículo 44 de la Ley 200 de 1995."*

El numeral 2º del artículo 55 de la ley 136 de 1994, dispone:

"Artículo 55º.- 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."

De otro lado, el Literal f), numeral 1º, artículo 8º de la Ley 80 de 1993, dispone:

"(...) ARTÍCULO 8o. DE LAS INHABILIDADES E INCOMPATIBILIDADES PARA CONTRATAR.

1o. <Aparte tachado derogado por el artículo 32 de la Ley 1150 de 2007> Son inhábiles para participar en licitaciones o concursos y para celebrar contratos con las entidades estatales: (...)

f) Los servidores públicos. (...)"

Preceptos que se alega desconoció el demandado, pues siendo concejal del Municipio de Neiva, durante el periodo constitucional 2012-2015, suscribió en calidad de representante legal del Consorcio OSMAS el contrato de obra No. 095 de 2015 con el Municipio de Colombia Huila¹⁵ y el contrato de obra No. 169 de 2015 como representante legal del consorcio CACHITA 2015 con el Municipio de Nátaga-Huila¹⁶.

Teniendo en cuenta que el proceso de pérdida de investidura implica la tramitación de un procedimiento sancionatorio punitivo, se hace necesario determinar si en la conducta demandada estuvieron presentes los elementos de la culpabilidad, por lo cual es del caso traer a colación lo considerado recientemente por la Corte Constitucional en su sentencia SU-424 de 2016, respecto a las exigencias de dichos procedimientos en salvaguarda del debido proceso y derecho de defensa, como de los principios pro homine, in dubio pro reo y de legalidad:

"(...) 33. De este capítulo resultan relevantes las siguientes conclusiones:

- La pérdida de investidura es una acción pública¹⁷, **que comporta un juicio de naturaleza ética que tiene como propósito proteger la dignidad del cargo que ocupan los miembros de cuerpos colegiados**, y permite imponer como sanción no solo la desvinculación de un congresista de su cargo de elección popular, **sino también la imposibilidad futura de volver a ocupar un cargo de la misma naturaleza, si éste llega a incurrir en alguna de las causales de procedencia de la figura señaladas en la Carta Política.**

- Son causales de pérdida de investidura¹⁸: el incumplimiento de los deberes inherentes a su cargo, la violación del régimen de inhabilidades e incompatibilidades¹⁹; la indebida destinación de dineros públicos²⁰; el conflicto de intereses²¹ y el tráfico de influencias debidamente comprobado²².

- **La gravedad de la sanción que se impone, exige que el proceso de pérdida de investidura se lleve a cabo con observancia del debido proceso, particularmente, de los principios pro homine, in dubio pro reo, de legalidad (las causales son taxativas y no hay lugar a aplicar normas por analogía), objetividad, razonabilidad, favorabilidad, proporcionalidad y culpabilidad.**

34. Los presupuestos anteriores permiten a la Corte concluir que el análisis de responsabilidad que realiza el juez en el proceso sancionatorio de pérdida de investidura es subjetivo, pues en un Estado de Derecho los juicios que implican un reproche sancionador, por regla general, no pueden operar bajo un sistema de responsabilidad objetiva, y las sanciones que se adopten en ejercicio del ius puniendi deberán verificar la ocurrencia de una conducta regulada en la ley (principio de legalidad o tipicidad), contraria al ordenamiento jurídico (principio de antijuridicidad) y culpable.

¹⁵ Folios 29 a 39

¹⁶ Folios 45 a 61

¹⁷ Corte Constitucional Sentencia SU-1159 de 2003. M.P. Manuel José Cepeda Espinosa.

¹⁸ Art. 183 de la Carta Política. Sin embargo, otra causal también es la consagrada en el artículo 110 constitucional relacionada con la prohibición a quienes desempeñan funciones públicas, de hacer contribuciones a partidos, candidatos o movimientos políticos.

¹⁹ Art. 179 (El numeral 8 de este artículo fue modificado por el Acto Legislativo 01 de 2003); 180, 181 y 183 de la Constitución Política.

²⁰ Art. 183 de la Constitución Política.

²¹ Art. 182 y 183 de la Constitución Política.

²² Art. 183 C.P. Al respecto puede consultarse la sentencia C-207 de 2003. M.P. Rodrigo Escobar Gil.

Así pues, en lo aquí pertinente, tras verificar la configuración de la causal, el juez de pérdida de investidura examina si en el caso particular se configura el elemento de culpabilidad (dolo o culpa) de quien ostenta la dignidad, esto es, atiende a las circunstancias particulares en las que se presentó la conducta y analiza si el demandado conocía o debía conocer de la actuación que desarrolló y si su voluntad se enderezó a esa acción u omisión.

En ese sentido, el juez de este proceso sancionatorio debe determinar si se configura la causal y si a pesar de que ésta aparezca acreditada, existe alguna circunstancia que excluya la responsabilidad del sujeto, bien sea porque haya actuado de buena fe o, en caso de que la causal lo admita, se esté ante una situación de caso fortuito o fuerza mayor, o en general exista alguna circunstancia que permita descartar la culpa.(...)

49. De conformidad con el artículo 123 de la Constitución los senadores y representantes son servidores públicos, y por lo tanto se someten a los principios generales que rigen la función pública. En consecuencia, están al servicio del Estado y de la comunidad y deben ejercer sus funciones en la forma prevista por la Constitución y la ley.

En ese sentido, el artículo 133 de la Carta establece que, como representantes del pueblo, los miembros de cuerpos colegiados de elección popular directa, son responsables ante la sociedad y frente a sus electores de las obligaciones propias de su investidura."

4.3.2. Análisis objetivo de la causal: La parte demandada centra sus argumentos de defensa, en la aplicación del numeral 1 del artículo 45 de la Ley 136 de 1994, pues según afirma, del solo "artículo 127 de la constitución no es posible deducir la incompatibilidad de los concejales" y que tal disposición legal es la "ESPECIAL y CRONOLÓGICAMENTE²³" la última, que regula la materia."

En este punto es importante aclarar que numeral 1º del artículo 45 de la Ley 136 de 1994, que consagró la incompatibilidad de los concejales solo cuando actuaban como contratistas para con el mismo ente territorial o los institutos descentralizados locales donde sesionaban, fue modificado por el artículo 3º de la Ley 177 de 1994 y posteriormente, **derogado por el artículo 96 de la Ley 617 de 2000.**

Disponen los artículos 2, 3 y 14 de la Ley 153 de 1887, aún vigentes, sobre la derogatoria de la Ley:

"ARTÍCULO 2. La ley posterior prevalece sobre la ley anterior. En caso de que una ley posterior sea contraria á otra anterior, y ambas preexistentes al hecho que se juzga, se aplicará la ley posterior.

ARTÍCULO 3. Estímase insubsistente una disposición legal por declaración expresa del legislador, o por incompatibilidad con disposiciones especiales posteriores, o por existir una ley nueva que regula íntegramente la materia a que la anterior disposición se refería.(...)

ARTÍCULO 14. Una ley derogada no revivirá por sí sola las referencias que á ella se hagan, ni por haber sido abolida la ley que la derogó. Una disposición derogada solo recobrará su fuerza en la forma en que aparezca reproducida en una ley nueva."

²³ Folio 233

La Sección Cuarta del Honorable Consejo de Estado, sobre la derogatoria de las leyes ha expuesto:²⁴

"Pues bien, respecto de la derogación expresa y tácita, como lo precisó el demandante y el a quo en la sentencia objeto de apelación, los artículos 71 y 72 del Código Civil disponen (...) La derogación orgánica está prevista en el artículo 3º de la Ley 153 de 1887, así: (...).

En la sentencia C-229 de 2015, la Corte Constitucional se refirió a las formas de derogación previstas en los artículos antes transcritos, para lo cual se remitió a jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, así: «Como se puede colegir de lo transcrito, la derogación de los enunciados legales reviste diversas formas, tales son, la expresa, la tácita y la orgánica.

Respecto de las mismas la citada jurisprudencia de la Corte Suprema dijo: (...) la derogación de una ley puede ser expresa, tácita y orgánica. Es de la primera especie cuando la nueva ley suprime formalmente la anterior; es de la segunda, cuando la norma posterior contiene disposiciones incompatibles con las de la antigua; y es de la tercera, cuando una ley nueva regule íntegramente la materia a que la anterior disposición se refería (...) La derogación orgánica, que para no pocos autores no pasa de ser una faz de la derogatoria tácita, sólo se da cuando la nueva ley " regule íntegramente la materia" que la anterior normación positiva disciplinaba. Empero, el determinar si una materia está o no enteramente regulada por la ley posterior, depende, no tanto del mayor o menor número de disposiciones que contenga en relación con la antigua, sino de la intención revelada por el legislador de abarcar con la nueva disposición o disposiciones toda una materia, aunque en realidad no haya incompatibilidad alguna entre éstas y las de la ley anterior."

Por su parte la Honorable Corte Constitucional respecto a la derogatoria de las leyes, ha expuesto:²⁵

"Si bien es cierto, la labor de la Corte Constitucional en sede de control de constitucionalidad, no es la determinación de la vigencia de los enunciados legales puestos a su consideración para el juicio de constitucionalidad, no lo es menos que en diversas ocasiones se requiere valorar el asunto, pues, los pronunciamientos de la Corte, pueden variar, según se trate de preceptos que están o no en el ordenamiento jurídico. En el asunto en estudio, tal como se puso de presente en el apartado anterior, se han expuesto inquietudes sobre el punto que necesariamente se deben dilucidar.

La derogación ha sido definida como la "abolición, anulación o revocación de una norma jurídica por otra posterior, procedente de autoridad legítima (...)"²⁶. La Corte Suprema de Justicia al referirse al asunto concluía "(...) Es un principio universalmente reconocido que cuando un legislador emite dos voluntades diversas, la más reciente prevalece (...)"²⁷. Se entiende entonces que se trata de una situación en la cual un enunciado legal es retirado del ordenamiento jurídico por voluntad de quien tiene la potestad para expedir tales mandatos y, opera bajo el supuesto según el cual, entre varias manifestaciones de voluntad vertida sobre el mismo asunto, ha de acogerse la última. Un aspecto adicional que se expone en la mencionada cita, hace relación a las bondades que, se supone, inspiran la Ley más reciente, pues se entiende que fue expedida para conjurar las dificultades suscitadas por las disposiciones precedentes o, que estas últimas en su momento no pudieron resolver.

²⁴ Sentencia 1 Agosto 2016, Sec. 4º Consejo de Estado. C.P. Dra. MARTHA TERESA BRICEÑO DE VALENCIA. Rad. 20001-23-33-000-201 2-00177-01 (21313).

²⁵ Sentencia C – 229 de 21 abril 2015, M.P. Dr. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo.

²⁶ Cabanellas Guillermo *Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual* 28º. Edición vol. III, Heliasta, Buenos Aires 2003. p.158

²⁷ Sala de Casación Civil. marzo 28 de 1994. M.P. Humberto Murcia Ballén. Gaceta Judicial 2415. p. 116

Respecto del fenómeno jurídico de la derogación el artículo 3º de la Ley 153 de 1887, ha establecido lo siguiente:

“ARTÍCULO 3. Estímase insubsistente una disposición legal por declaración expresa del legislador, o por incompatibilidad con disposiciones especiales posteriores, o por existir una ley nueva que regula íntegramente la materia a que la anterior disposición se refería.”

Como se puede colegir de lo transcrito, la derogación de los enunciados legales reviste diversas formas, tales son, la expresa, la tácita y la orgánica. Respecto de las mismas la citada jurisprudencia de la Corte Suprema dijo:

“(…) la derogación de una ley puede ser expresa, tácita y orgánica. Es de la primera especie cuando la nueva ley suprime formalmente la anterior; es de la segunda, cuando la norma posterior contiene disposiciones incompatibles con las de la antigua; y es de la tercera, cuando una ley nueva regule íntegramente la materia a que la anterior disposición se refería (…)”

Y a propósito de las formas de derogación tácita y orgánica explicaba:

“La derogación tácita encuentra su fundamento o razón de ser en que, existiendo dos leyes contradictorias de diversas épocas, tiene que entenderse que la segunda ha sido dictada por el legislador con el propósito de modificar o corregir la primera; y el de la orgánica, en que si el legislador ha redisciplinado toda la materia regulada por una norma precedente, forzoso es suponer que ha partido de otros principios directrices, los cuales, en sus variadas y posibles aplicaciones, podrían llevar a consecuencias diversas y aun opuestas a las que se pretenden si se introdujera un precepto de la ley antigua, aunque no fuere incompatible con las normas de la ley nueva.”

La derogación orgánica, que para no pocos autores no pasa de ser una faz de la derogatoria tácita, sólo se da cuando la nueva ley “regule íntegramente la materia” que la anterior normación positiva disciplinaba. Empero, el determinar si una materia está o no enteramente regulada por la ley posterior, depende, no tanto del mayor o menor número de disposiciones que contenga en relación con la antigua, sino de la intención revelada por el legislador de abarcar con la nueva disposición o disposiciones toda una materia, aunque en realidad no haya incompatibilidad alguna entre éstas y las de la ley anterior.(…)

Este entendimiento ha sido replicado, en mucho, por la jurisprudencia de esta Sala Plena y, expresamente se ha reconocido su aceptación en la sentencia C-328 de 2001²⁸.

Desde una perspectiva doctrinal, las nociones de derogación tácita y expresa han sido entendidas del siguiente modo:

“(…) expresa, cuando el legislador determina de manera concreta que la nueva norma reemplaza a la anterior o la deja simplemente sin efecto; y la tácita, resultante de la incompatibilidad entre el precepto nuevo y el antiguo, por disponer ambos sobre la misma materia y en términos contrapuestos. También constituye derogación tácita la desaparición de los motivos que han justificado la norma legal; así, una ley de presupuestos queda derogada al vencer el periodo para el cual se había establecido (…)”

Ubicado entonces el numeral 1º del artículo 45 de la Ley 136 por fuera del ordenamiento jurídico, se considera que no es posible tenerla en cuenta para

²⁸ En el mismo proveído se citan como manifestaciones de esta línea jurisprudencial las sentencias C-558 de 1992, C-308 de 1994, y C-558 de 1996.

dirimir como causal exculpativa de pérdida de investidura por violación del régimen de incompatibilidades.

Ahora bien, como lo viene señalando la jurisprudencia del Consejo de Estado, los concejales, en la medida en que son servidores públicos²⁹, están sujetos a la prohibición contenida en el artículo 127 superior, que refiere como incompatible el ejercicio de su función edilicia, con la celebración, **por sí o por interpuesta persona, o en representación de otro, contrato alguno con entidades públicas**, mientras ostenten tal condición, **salvo las excepciones legales**.

Si bien es cierto que la norma constitucional en cita, cimentaba la posibilidad de que el legislador, regulara el régimen de incompatibilidades de los concejales, como en efecto lo hizo, en la Ley 136 de 1994 y que para el caso, sería la del numeral 1 de la artículo 45 ibídem, pero como ya se refirió, está derogada desde la promulgación de la **Ley 617 de 2000**, es decir, el **9 de octubre de 2000**³⁰.

Conviene precisar que, en el presente caso, se juzga si el demandado ha violado el régimen de incompatibilidades como causal de pérdida de investidura y conforme lo ha expuesto la Corte Constitucional, las incompatibilidades implican lo siguiente:

*“(…) una prohibición dirigida al titular de una función pública a quien, por ese hecho, se le impide ocuparse de ciertas actividades o ejercer, simultáneamente, las competencias propias de la función que desempeña y las correspondientes a otros cargos o empleos, **en guarda del interés superior que puede verse afectado por una indebida acumulación de funciones o por la confluencia de intereses poco conciliables y capaces, en todo caso, de afectar la imparcialidad y la independencia que deben guiar las actuaciones de quien ejerce la autoridad en nombre del Estado**”³¹(…)”³².*

En este orden de ideas, la Sala coincide con los argumentos expuestos por el agente del Ministerio público, quien a su vez cimentó su postura en precedentes jurisprudenciales, que llevan a establecer que los Concejales Municipales, al ser servidores públicos, de conformidad con el artículo 123 de la Constitución Política, se encuentran cobijados por la incompatibilidad prevista en el artículo 127 de la Constitución Política, la cual no tiene excepción en el numeral 1º del artículo 45 de la Ley 136, derogado, ni en sus demás numerales, por cuanto esta última norma resulta armónica y complementaria de la citada disposición constitucional, al reiterarla respecto de los Concejales en relación con el Municipio en el que se desempeñen como tales, sin que se deba interpretar que excluye los demás ámbitos u órdenes territoriales de la Administración Pública³³, tal como lo enuncia la tesis pacífica de la sección primera del Honorable Consejo de Estado, desde el año de 2005 y la Honorable Corte Constitucional desde tiempo atrás.

En efecto, la Corte Constitucional cuando en sentencia C-194 de 1995³⁴, analizó la exequibilidad de los artículos 45 -parcial-, 47, 95 -parcial- y 96 -parcial- de la Ley 136 de 1994, señaló, aun cuando el numeral 1º del artículo 45 se encontraba

²⁹ “(…) Los miembros de los Concejos Municipales, conforme al artículo 123 de la Carta Política, son servidores públicos al servicio del Estado y están sometidos a la Constitución, a la ley y a los reglamentos. (...)” Ver: CONSEJO DE ESTADO, SALA PLENA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, Consejero ponente: VÍCTOR HERNANDO ALVARADO ARDILA. Bogotá D. C., veintinueve (29) de septiembre de dos mil nueve (2009). Radicación número: 25000-23-15-000-2006-02002-01(IJ), Actor: ISABEL GARCIA BARON, Demandado: Concejal de Bogotá.

³⁰ Diario Oficial No. 44.188 de 9 de octubre de 2000.

³¹ Sentencia C-181 de 1997, M.P. Fabio Morón Díaz.

³² Sentencia C-179/05.

³³ Consejo de Estado, Sección Primera, sentencia del dos (2) de agosto de dos mil diecisiete (2017), expediente 73001-23-33-005-2016-00620-01(PI) con ponencia de la Dra. María Elizabeth García González.

³⁴ Magistrado ponente José Gregorio Hernández Gálindo.

vigente:

"(...) Las normas acusadas

a) Concejales

- Ha sido acusada la primera de las causas de incompatibilidad de los concejales, prevista en el artículo 45, numeral 1º, de la Ley 136 de 1994. En virtud de ella se impide a los miembros de los concejos municipales aceptar o desempeñar cualquier cargo en la administración pública y vincularse a ella como trabajadores oficiales o contratistas, so pena de perder la investidura.

En lo que respecta al desempeño de cargos, la constitucionalidad de la disposición resulta plenamente avalada por el artículo 312 de la Carta, que en su inciso final, refiriéndose precisamente a los concejales, expresa: "La aceptación de cualquier empleo público constituye falta absoluta".

Si bien es cierto la disposición constitucional mencionada no consagra la consecuencia de pérdida de la investidura para la señalada incompatibilidad, ello no implica discrepancia entre las dos normas, puesto que, al fin y al cabo, al perder la investidura se incurre en falta absoluta. Pero -lo más importante- es la propia Constitución, en su artículo 291, la que manifiesta sin que pueda darse lugar a dudas, 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".

En cuanto a la celebración de contratos, la regla constitucional aplicable es la del artículo 127, inciso 1º de la Carta, que cobija a los concejales como servidores públicos y que dice:

"ART. 127. Los servidores públicos no podrán celebrar, por sí o por interpuesta persona, o en representación de otro, contrato alguno, con entidades públicas o con personas privadas que manejen o administren recursos públicos, salvo las excepciones legales".

Por otra parte, es evidente que de ninguna manera se rompe el principio de igualdad respecto de los demás colombianos -como lo sostienen los impugnadores-, pues las incompatibilidades se tienen en razón del cargo que se desempeña, esto es, con motivo y por causa de una condición diferente a las de cualquier persona y a partir de las especiales responsabilidades que se asumen.

La igualdad, en su genuino sentido -debe la Corte reiterarlo- no consiste en la ausencia de toda distinción respecto de situaciones disímiles, sino precisamente en el adecuado trato a los fenómenos que surgen en el seno de la sociedad, diferenciando las hipótesis que son iguales entre sí -las que exigen una misma respuesta de la ley y de la autoridad- de aquéllas que son diversas, pues respecto de éstas últimas la norma razonable no debe responder al igualitarismo ciego -lo que quebrantaría la igualdad- sino primordialmente al equilibrio que impone un trato divergente para circunstancias no coincidentes. (...)" (Resalta la Sala)

Posteriormente, la **Sección Primera del Consejo de Estado, en sentencia del 10 de marzo de 2005³⁵**, **siguiendo esta misma línea argumentativa**, afirmó:

"(...) El artículo 127 del Estatuto Supremo establece ciertamente una incompatibilidad genérica para los servidores públicos, en el sentido de que por

³⁵ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, Consejero ponente: Rafael E. Ostau De Lafont Pianeta. Bogotá D.C., Diez (10) de marzo del dos mil cinco (2005), Radicación número: 44001-23-31-000-2004-00056-01 (PI). Demandado: Julia Ramona Durán Urbacz.

regla general no pueden celebrar contratos, por sí o por interpuesta persona, o en representación de otro, con entidades públicas o con personas privadas que manejen o administren recursos públicos. Las excepciones a esa regla deben ser señaladas por ley, lo que quiere decir que deben ser expresas, taxativas y precisas, como toda excepción, y por lo mismo requiere ser demostrada.

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

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

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

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

“ARTÍCULO 45. INCOMPATIBILIDADES. Los concejales no podrán:

(...)

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

(...)

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

Significa lo anterior que se está ante una regulación especial, pero de ella no se deduce el señalamiento de excepción alguna frente a la regla general, y menos en el sentido de que sustrae de ésta a los concejales, pues ello no se dice de forma expresa, como debe ser, ni tampoco puede considerarse implícito, toda vez que no existe razón para que pese a su condición de servidores públicos se les exceptúe de dicha incompatibilidad general. De suerte que la norma transcrita no hace más que reiterarla respecto de los concejales en relación con el municipio en el que se desempeñan como tales, sin que se deba interpretar que excluye los demás ámbitos u órdenes territoriales de la Administración Pública. Por ello resulta armónica y complementaria con el artículo 127 de la Constitución Política. (...) (Destaca la Sala).

Consecutivamente, la misma Sección en sentencia del 21 de enero 2016, al estudiar un caso similar al presente, frente a la aplicación e interpretación de los artículos 127 superior y 45 de la Ley 136 de 1994, retomando los argumentos expuestos por el Dr. Ostau De Lafont Pianeta, en la anterior sentencia, concluyó que:

*"(...) Existe, entonces, una relación armónica y complementaria entre el artículo 127 de la Carta Política y el artículo 45 de la Ley 136 de 1994, por lo que las disposiciones de la norma de carácter legal no pueden ser tenidas, de ninguna forma, como excepciones al artículo 127 de la Carta Política, tratándose, por ello, de una norma especial que no impide la aplicación, en sus demás ámbitos, de la disposición citada de la Carta Política"*³⁶. (...)"

Y más recientemente, basada en la misma interpretación de las referidas normas, nuevamente la Sección Primera del Consejo de Estado, en sentencia de fecha dos (2) de agosto de dos mil diecisiete (2017), dentro del expediente 73001-23-33-005-2016-00620-01(PI) y con ponencia de la Dra. María Elizabeth García González, en el caso del señor **Christian Camilo Reyes Palma**, quien fungía al momento del fallo como **concejal reelecto del Municipio de Alvarado-Tolima**, y quien en ejercicio de su función de **concejal dentro del periodo constitucional 2012-2015**, celebró contratos con entidades estatales, concluyó:

*"(...) Siendo allí así, para la Sala es evidente que los elementos objetivos de la causal de incompatibilidad consagrada en el artículo 127 de la Constitución Política y, en consecuencia, de la causal de pérdida de investidura de Concejal prevista en el artículo 48, numeral 1, de la Ley 617, se hallaron presentes, en el caso sub examine, en cuanto el señor **CHRISTIAN CAMILO REYES PALMA** celebró los contratos 1932 de 22 de octubre de 2013 y 1178 de 30 de diciembre de 2013 con entidades públicas (el Municipio de Ibagué y la Gobernación del Tolima, respectivamente), mientras ostentaba la condición de Concejal del Municipio de Alvarado (Tolima), esto es, de servidor público, sin que se haya esgrimido argumento alguno capaz de evitar la tipificación de dicha incompatibilidad.(...)"*

Así las cosas, como se desprende de los citados precedentes jurisprudenciales, la interpretación de los efectos sobre los Concejales Municipales, en tanto ser servidores públicos, de los artículos 127 superior y 45 de la Ley 136 de 1994, ha sido uniforme desde 2005, contrario a lo reclamado por la defensa, entendiendo que existe una relación armónica y complementaria entre las dos normas y que su interpretación no admite excepción alguna, frente a la exclusión de los demás ámbitos u órdenes territoriales de la Administración Pública, de la prohibición de celebrar contratos entre dichos servidores públicos y tales entidades estatales.

No puede desconocer la Sala, que la defensa trae a colación la sentencia de la Sección Primera, adiada el cuatro (4) de febrero de dos mil diez (2010) dentro del expediente número: 70001-23-31-000-2008-00040-01(PI) con ponencia del Dr. Rafael Ostau De Lafont Pianeta, en la que se señala que el artículo 123 de la Constitución Política:

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

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

³⁶ Consejo de Estado Sección Primera, sentencia del veintiuno (21) de enero de dos mil dieciséis (2016), Radicación número: 13001-23-33-000-2014-00333-01(PI) Consejero ponente: Roberto Augusto Serrato Valdés.

Sin embargo y como se expusiera en precedencia, desde 2005 y hasta fecha, la tesis contenida en la sentencia del (10) de marzo del dos mil cinco (2005), con radicación número: 44 001-23-31-000-2004-00056-01, que interpreta de manera armónica y complementaria el artículo 127 superior y 45 de la Ley 136 de 1994, ha sido replicada en la gran mayoría de las sentencias que esa sección ha producido y se ha constituido en precedente hito dentro de la línea jurisprudencial que el H. Consejo de Estado ha desarrollado, entorno a la configuración de la causal de pérdida de investidura, por violación del régimen de incompatibilidades por parte de los concejales municipales, en tanto servidores públicos.

En este mismo sentido, observa la Sala que aun cuando dentro de la referida línea jurisprudencial, exista una única sentencia, que se sale de la tesis decisonal, es decir, que se ubica en el extremo contrario al **argumento dominante en el resto de decisiones**, es claro, que son las mismas normas las que son interpretadas desde el año 2005 y que previo a ser proferida la sentencia hito, una de esas normas fue objeto de reforma y posterior derogación, como lo fue el numeral 1º del artículo 45 de la Ley 136 de 1994, que como se explicara anteriormente, **fue derogado por el artículo 96 de la Ley 617 de 2000**³⁷, circunstancia que lo dejó por fuera del ordenamiento jurídico, la **regulación especial desde el año 2000**, a que alude la defensa, por lo que en adelante los artículos 127 superior y 45 de la Ley 136 de 1994, deben ser aplicados de manera armónica y complementaria y en consecuencia, quien ostente la dignidad de concejal municipal, no podía desde ese año y no puede hoy paralelamente ser concejal y contratista del Estado, como se expone de manera amplia y pacífica, en las decisiones de la sección primera del Honorable Consejo de Estado.

Por tanto, para la Sala resulta probado el aspecto objetivo de la causal de incompatibilidad consagrada en el artículo 127 de la Constitución Política y por ende, de la causal de pérdida de investidura de Concejal prevista en el artículo 48, numeral 1, de la Ley 617, en el presente caso, por cuanto el señor **GERMAN CASAGUA BONILLA**, celebró en calidad de representante legal del Consorcio OSMAS el contrato de obra No. 095 de 2015 con el Municipio de Colombia Huila³⁸ y el contrato de obra No. 169 de 2015 como representante legal del consorcio CACHITA 2015 con el Municipio de Nátaga-Huila³⁹, mientras ostentaba la condición de Concejal del Municipio de Neiva-Huila, esto es, de servidor público, sin que se haya esgrimido argumento alguno capaz de evitar la tipificación de dicha incompatibilidad.

4.3.3. Análisis subjetivo de la causal: En cuanto al análisis subjetivo de la conducta desplegada por el señor **GERMAN CASAGUA BONILLA**, en medio del respeto a sus garantías al debido proceso sancionatorio y en aras de establecerse si en aquella estuvo presente o no el elemento de la culpabilidad, es del caso volver a citar sentencia SU-424 de 2016 de la Corte Constitucional sobre el tema:

"(...) 49. De conformidad con el artículo 123 de la Constitución los senadores

³⁷ ARTICULO 96. VIGENCIA Y DEROGATORIAS. La presente ley rige a partir de su promulgación y deroga los artículos: 17 de la Ley 3 de 1991; parágrafo 3o. del artículo 11 de la Ley 87 de 1993; el segundo inciso del parágrafo del artículo 97 de la Ley 99 de 1993; 57 de la Ley 101 de 1993; 96 y 106 del Decreto 1421 de 1993; la Ley 166 de 1994; artículos 1o., 3o., 5o., 6o., 8o. y 11 de la Ley 177 de 1994; el artículo 68 de la Ley 181 de 1995; 53 de la Ley 190 de 1995; los artículos 7o., 11, 12 y 13 de la Ley 330 de 1996; 23 de la Ley 397 de 1997 y las demás disposiciones que le sean contrarias. Se deroga lo establecido en el numeral 4o. del artículo 95 de la Ley 136 de 1994 y la expresión "quienes dentro de los seis meses anteriores a la fecha de la elección hayan sido empleados públicos o trabajadores oficiales, ni" del numeral 5o. del artículo 44 de la Ley 200 de 1995.

³⁸ Folios 29 a 39

³⁹ Folios 45 a 61

y representantes son servidores públicos, y por lo tanto se someten a los principios generales que rigen la función pública. En consecuencia, están al servicio del Estado y de la comunidad y deben ejercer sus funciones en la forma prevista por la Constitución y la ley.

En ese sentido, el artículo 133 de la Carta establece que, como representantes del pueblo, los miembros de cuerpos colegiados de elección popular directa, son responsables ante la sociedad y frente a sus electores de las obligaciones propias de su investidura.

“(…) Así pues, los congresistas se sujetan a un estricto régimen de inhabilidades e incompatibilidades.

50. Las incompatibilidades tienen como finalidad asegurar los cometidos básicos de la institución, preservar la respetabilidad de quienes la componen, y garantizar a los gobernados que las personas a quienes se ha distinguido con tan alta dignidad no abusarán de su poder, ni lo aprovecharán para alcanzar sus fines personales. (…)

85. Así, la Sala encuentra que la sanción de pérdida de investidura impuesta por la Sala Plena del Consejo de Estado a los ahora accionantes generó un defecto sustantivo en la sentencia porque omitió la aplicación de una norma claramente aplicable al caso. **En efecto, como se vio en los fundamentos jurídicos 24 a 34 de esta providencia, el proceso sancionador de pérdida de investidura exige la aplicación del principio de culpabilidad, pese a lo cual ese elemento no fue valorado en los procesos y, por el contrario, se impuso la responsabilidad objetiva en este asunto.** Son cuatro las premisas que apoyan esa conclusión:

La primera: en virtud de lo dispuesto en el artículo 29 Superior, por regla general, los procesos sancionadores proscriben la responsabilidad objetiva. En efecto, salvo algunos casos propios del derecho administrativo sancionador en los que aún se ha admitido la responsabilidad únicamente por el resultado, en los procesos que tienen por objeto reprochar y castigar la realización de una conducta prohibida o restringida, la valoración de la culpa es determinante e ineludible, pues no hay pena ni sanción sin culpa.

En consecuencia, si el proceso de pérdida de investidura impone la sanción más gravosa para el ejercicio del derecho a ser elegido de un ciudadano y el derecho a elegir al candidato del electorado, tal es la prohibición vitalicia a aspirar a cargos de elección popular, es lógico entender que las garantías del debido proceso sancionador también deben ser aplicadas al proceso de pérdida de investidura. Luego, el principio de culpabilidad en el proceso de pérdida de investidura constituye una norma aplicable, de inevitable observancia. (…)

La cuarta: si como se expuso anteriormente, en el proceso de pérdida de investidura deben aplicarse los principios del derecho sancionatorio, dado que la sanción impone la restricción perpetua de los derechos políticos, era obligatorio dotar de amplias garantías el procedimiento jurisdiccional. **En ese sentido, en virtud del artículo 29 de la Constitución, que dispone el principio de presunción de inocencia, del cual se desprende la culpabilidad, es necesario verificar culpa o dolo en la conducta reprochable para imponer el castigo de inhabilitación para ser elegido a perpetuidad, razón por la cual la jurisprudencia del Consejo de Estado ha indicado que el proceso de pérdida de investidura se desarrolla en el ámbito de la responsabilidad subjetiva [...]**⁴⁰ (Destaca la Sala).

⁴⁰ Corte Constitucional, sentencia SU424 de 11 de agosto de 2016, Magistrada ponente Gloria Stella Ortiz Delgado. Providencia ratificada recientemente por la Sala en sentencia de 9 de marzo de 2017, radicado nro. 76001-23-33-007-2016-00267-01(PI), Consejero ponente Carlos Enrique Moreno Rubio (E).

Para definir este **elemento subjetivo** entonces, el análisis de la conducta debe dirigirse a establecer si el señor **GERMAN CASAGUA BONILLA** conocía o debía conocer, que ostentando la dignidad de Concejal del Municipio de Neiva, estaba incurso en la causal de violación al régimen de incompatibilidades, al suscribir en calidad de representante legal del Consorcio OSMAS el contrato de obra No. 095 de 2015 con el Municipio de Colombia Huila⁴¹ y el contrato de obra No. 169 de 2015 como representante legal del consorcio CACHITA 2015 con el Municipio de Nátaga-Huila⁴².

Para el estudio del aspecto subjetivo es menester realizar el análisis del dolo y la culpa, entendido el primero como la intención positiva de lesionar un interés jurídico; mientras que, la segunda alude a un concepto que está ligado a la diligencia debida para el desarrollo de determinada actividad.

En la anteriormente citada sentencia del dos (2) de agosto de dos mil diecisiete (2017), expediente 73001-23-33-005-2016-00620-01(PI), frente a este aspecto, la Sección Primera del H. Consejo de Estado, puntualizó:

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

*En el caso del dolo, el objeto de prueba está encaminado a determinar el **pleno conocimiento** que tiene el sujeto sobre que determinada conducta (en este caso la celebración de los contratos), constituye una incompatibilidad, pues ante dicho conocimiento, la ejecución de la conducta demuestra la intención en la misma.*

*Entretanto para determinar si la conducta fue culposa, tiene que estar demostrado, al menos, que el sujeto **debía conocer** su ilicitud en virtud de la **diligencia debida** que para ejercer sus funciones como Concejal del Municipio de Alvarado (Tolima) y por ende, como servidor público, le era menester desplegar.*

Ahora bien, esta diligencia debida corresponde, según el artículo 63 del Código Civil, al cuidado que los hombres emplean ordinariamente en los negocios propios, por lo cual para poder definirla, deben atenderse aspectos como la calidad del sujeto así como las obligaciones que determinada actividad le impone, entre otros aspectos⁴³.(...)

En el presente caso, en ejercicio de la **diligencia debida que debe asumir una persona normal**, el **concejal** Casagua Bonilla con estudios en Ingeniería Civil, según los contratos firmados allegados, que para ejercer sus funciones como Concejal tenía que al menos, haber **revisado las prohibiciones y el marco normativo que regía el desempeño del cargo** que iba a ocupar, tratándose de una **obligación general para quien accede a la función pública**, "incluso en los eventos de elección popular, sin embargo el entendimiento de ello debe analizarse de acuerdo con las condiciones personales del sujeto, esto es el grado de formación, su profesión, las circunstancias que lo rodearon, así como a los actos que haya realizado para conocer dicho marco normativo, por ejemplo solicitar conceptos o asesorarse frente a la configuración o no de la referida incompatibilidad, para con base en ello, determinar si se obró con el cuidado

⁴¹ Folios 29 a 39

⁴² Folios 45 a 61

⁴³ Consejo de Estado, Sección Primera, sentencia del dos (2) de agosto de dos mil diecisiete (2017), expediente 73001-23-33-005-2016-00620-01(PI) con ponencia de la Dra. María Elizabeth García González.

requerido y así definir si su conducta es culposa o si, por el contrario, se está ante una situación de buena fe exenta de culpa que impida el reproche subjetivo de su obrar.”⁴⁴

Ahora bien, conforme al artículo 127 de la Constitución Política, los Concejales Municipales, en tanto servidores públicos, *“no pueden celebrar, por sí o por interpuesta persona, o en representación de otro, contrato alguno, con entidades públicas o con personas privadas que manejen o administren recursos públicos”*. Tal prohibición resulta entonces de obligatoria observancia, revisión y análisis previo por parte de aquel ciudadano que ostente la calidad de Concejal Municipal.

En ese sentido, tal diligencia surge como debida en el ordinario transcurrir de las funciones del servidor público, en este caso, del Concejal, siéndole por demás exigible en medio de las normales medidas de cuidado y precaución que tenía que adelantar para cumplir con las mismas y por ende, lograr el ejercicio de sus funciones sometidas a las condiciones constitucionales y legales.

Pues como bien lo sostiene la defensa, al concejal CASAGUA BONILLA, solo le era exigible el deber de conocer la estructura normativa básica, que regía al momento de su inscripción, elección y posterior ejercicio como concejal del Municipio de Neiva, como ya se anotó, *al menos la **revisión de las prohibiciones y el marco normativo que rige el desempeño del cargo***, que como se explicara anteriormente estaba para el caso de las incompatibilidades, conformado por los artículos 127 y 183 numeral 1 de la Constitución Política, artículo 45 de la Ley 136 de 1994, Literal f), numeral 1º, artículo 8º de la Ley 80 de 1993 y la Ley 617 de 2000.

Por tanto, no es de recibo, que se alegue que el demandado obró al amparo de la **confianza legítima**, dado que desde el año 2000 se encuentra derogado el numeral 1º del artículo 45 de la ley 136 de 1994, y por el ejercicio de la profesión que ejerce también el concejal, Ingeniero Civil, dicha causal de incompatibilidad se encuentra consagrada en el estatuto de la contratación estatal, ley 80 de 1993, artículo 8 numeral 1 y literal F., y que **la ignorancia de la ley no sirve de excusa**, pues como bien lo señalara la Corte Constitucional, al valorar la exequibilidad de tal precepto, contenido en el artículo 9º del Código Civil:

“(…) Precisamente la disposición que hoy se cuestiona, fue demandada como contraria al contenido del artículo 16 de la Carta anterior, que implícitamente recogía el principio de igualdad. Y al desechar el cargo, dijo la Corte Suprema, en fallo elaborado por el Magistrado Luis Carlos Sáchica: “Es la igualdad jurídica, que otorga iguales facultades e impone idénticos deberes, y da igual protección a unos y a otros. Esto es, se repite, una igualdad de derechos y no de medios. Si no se acepta este principio, se rompe la unidad y uniformidad del orden jurídico, atomizado en múltiples estatutos particulares, o sea, en un sistema de estatutos privados privilegiados (...)”

*(...) **Excluir de la obediencia de la ley a quien la ignora equivale a establecer un privilegio a su favor violatorio de la igualdad constitucional y generador del caos jurídico**.”⁴⁵ (…)*

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

⁴⁴ Ibidem.

⁴⁵ Corte Suprema de Justicia, Sala Plena, marzo 30 de 1978.

jurídicas que pueden seguirse de su inobservancia.

No puede desprenderse de lo anterior que la educación juegue un papel insignificante en el conocimiento del derecho y en el cumplimiento de los deberes que de él se desprenden (aunque a menudo se utiliza para evadirlas sin dejar rastro). Por esa razón, entre otras, el derecho a acceder a ella ocupa un lugar importante en la Carta. Pero no puede argüirse razonablemente que quienes carecen de educación o tienen dificultades para conocer la ley, se encuentran imposibilitados para conocer sus deberes esenciales y que por tanto deban ser relevados de cumplirlos⁴⁶(...) (Negrillas fuera de texto)".

Está claramente establecido en este proceso que no obstante su deber de conocer estas normas y que el desconocimiento de las mismas no lo exoneraba de la correspondiente responsabilidad, el señor **GERMAN CASAGUA BONILLA** procedió a contratar con entidades públicas, mientras ostentaba la condición de Concejal Municipal.

Es decir, a pesar de que la norma de incompatibilidad, que el demandado tenía el deber de conocer con anterioridad, le impedía contratar como Concejal de su Municipio, optó por obviar dicha particularidad y continuar con la celebración de los negocios jurídicos.

De haber obrado con la diligencia debida, el señor **GERMAN CASAUGA BONILLA**, luego de revisar los condicionamientos legales bajo los cuales debía ejercer sus funciones como Concejal, hubiese advertido la existencia de una situación potencialmente capaz de ser incompatible con ejercicio de su curul en la Corporación Municipal, lo que evidentemente no ocurrió así.

En efecto, siendo representante legal del Consorcio CACHITA 2015, suscribió la carta de presentación del 16 de junio de 2015, por medio de la cual, somete a consideración del Municipio de Nataga-Huila propuesta dentro de la licitación pública No. 003 de 2015, documento en el cual manifiesta bajo la gravedad del juramento, que: **"(...) no nos encontramos incursos en ninguna de las causales de inhabilidad e incompatibilidad para licitar o contratar consagradas en las disposiciones contenidas en la Constitución Política, en el artículo 8° de la ley 80, ley 1474 de 2011, el artículo 60 de la Ley 610 de 2000, artículo 5 de la Ley 828 de 2004, el artículo 18 de la Ley 1150 de 2007 y demás disposiciones legales vigentes sobre la material"**⁴⁷(...). Y es dentro de dicha licitación pública, en la que resulta adjudicado el contrato de obra No. 169 de 2015, que es suscrito por el señor **CASAGUA BONILLA**.

Ocurriendo los mismo, en el caso del contrato de obra No. 95 de 2005 suscrito entre el Municipio de Colombia Huila y el consorcio OSMA del cual también es representante legal el concejal, en el que se indicó:

"(...) 3) Que el CONTRATISTA declara expresamente bajo la gravedad del juramento que se entiende prestado con la firma del presenta contrato, que no halla incurso en ninguna de las causales de inhabilidad e incompatibilidad para contratar, prevista en los artículos 8, 9, y 10 de la Ley 80 de 1993"⁴⁸. (...)"

Así las cosas, para la Sala quedó demostrado que, teniendo un deber de diligencia ordinaria que atender en el marco de sus funciones – debía saber –

⁴⁶ Corte Constitucional, sentencia C-651 de 1997, Magistrado ponente Carlos Gaviria Díaz.

⁴⁷ Folio 72

⁴⁸ Folio 29

evidentemente no los satisfizo con el cuidado mediano que las personas emplean normalmente en sus negocios propios, incurriendo en un descuido que tornó en negligente su conducta, es decir, que lo hizo actuar con la culpa objeto de verificación en el análisis subjetivo de esta causal de pérdida de investidura.

4.3.4 En conclusión, en el presente caso se acreditó que el demandante celebró, como representante legal del Consorcio OSMAS el contrato de obra No. 095 de 25 de junio de 2015 con el Municipio de Colombia Huila y el contrato de obra No. 169 de 5 de junio de 2015 como representante legal del consorcio CACHITA 2015 con el Municipio de Nátaga-Huila, mientras ostentaba la condición de concejal del Municipio de Neiva, esto es, de servidor público, por lo que incurrió en la incompatibilidad prevista en el artículo 127 de la Carta Política y en consecuencia, en la causal de pérdida de investidura prevista en el numeral 1º del artículo 48 de la Ley 617 de 2000, por violación del régimen de incompatibilidades.

Así las cosas, al quedar configurados los elementos objetivo y subjetivo en el estudio de la causal de incompatibilidad consagrada en el artículo 127 de la Constitución Política y en consecuencia, en la causal de pérdida investidura de Concejal prevista en el artículo 48, numeral 1, de la Ley 617, la Sala en consecuencia de ello, declarará la pérdida de investidura del demandado.

5. COSTAS

Finalmente, por tratarse de una acción constitucional que tiene implícito un interés público, al tenor del artículo 188 del CPACA, no hay lugar a condenar en costas

6. DECISIÓN.

Las anteriores consideraciones son el sustento para que la Sala Plena del Tribunal Contencioso Administrativo del Huila, administrando Justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

DECIDA:

PRIMERO: SE DECLARA que el señor **GERMAN CASAGUA BONILLA**, concejal del Municipio de Neiva, violó el régimen de Incompatibilidades, conforme lo motivado.

SEGUNDO: Como consecuencia de lo anterior se **DECRETA la pérdida de su investidura como concejal del municipio de Neiva.**

TERCERO: Comuníquese la presente decisión al señor Alcalde municipal de Neiva, al Presidente del Concejo Municipal, al Registrador del Estado Civil del mismo municipio para lo de su cargo y la Procuraduría General de la Nación.

CUARTO: NO CONDENAR en costas al actor.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.



JOSE MILLER LUGO BARRERO
Presidente



ENRIQUE DUSSÁN CABRERA
Vicepresidente



LIDA YANNETTE MANRIQUE ALONSO
Magistrada



GERARDO IVÁN MUÑOZ HERMIDA
Magistrado ponente



RAMIRO APONTE PINO
Magistrado

JORGE ALIRIO CORTÉS SOTO
Magistrado ausente con permiso