



CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCIÓN PRIMERA

Bogotá, D.C., seis (6) abril de dos mil diecisiete (2017)

CONSEJERO PONENTE: ROBERTO AUGUSTO SERRATO VALDÉS

Radicación Número:	05-001-23-33-000-2016-00444-01
Medio de control:	Pérdida de investidura
Actor:	Hernán Alonso Salazar García
Demandado:	Wilfor Alexander Henao Fernández
Referencia:	Violación del régimen de inhabilidades / haber celebrado 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, dentro del año anterior a la elección / no tomar posesión del cargo dentro de los 3 días siguientes a la fecha de instalación del concejo municipal / error invencible.

Procede la Sala a decidir el recurso de apelación interpuesto oportunamente por la parte demandada, en contra de la sentencia del 21 de junio de 2016, mediante la cual el Tribunal Administrativo de Antioquia decretó la pérdida de investidura del señor Wilfor Alexander Henao Fernández, concejal del municipio de Andes (Antioquia) en el período constitucional 2016-2019.

Expediente: 05-001-23-33-000-2016-00444-01
Actor: Hernán Alonso Salazar García
Medio de control: Pérdida de investidura

I.- Antecedentes

1.- La demanda

1.1.- Las causales de pérdida de investidura alegadas

El ciudadano Hernán Alonso Salazar García, obrando en nombre propio y en su condición de abogado, solicitó que se decretara la pérdida de la investidura de Wilfor Alexander Henao Fernández, concejal del municipio de Andes (Antioquia) por haber incurrido en las causales de pérdida de investidura previstas en el núm. 3 del artículo 48 de la Ley 617 de 2000, esto es, por no tomar posesión del cargo dentro de los 3 días siguientes a la fecha de instalación del concejo municipal; y en el núm. 6 del artículo 48 de la Ley 617 de 2000, en concordancia con el artículo 55 de la Ley 136 de 1994 y con los núm. 2 y 3 del artículo 43 de la Ley 136 de 1994, esto es, por incurrir en las inhabilidades consistentes en (1) haber celebrado, como empleado público y dentro de los 12 meses anteriores a la fecha de la elección, contratos que deban ejecutarse o cumplirse en el respectivo municipio; y (2) haber celebrado 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, dentro del año anterior a la elección.¹

1.2.- Los hechos que dan sustento a las causales alegadas

El demandante relata que el señor Wilfor Alexander Henao Fernández fue elegido como concejal del municipio de Andes (Antioquia) para el período 2016-2019 por el Partido Conservador Colombiano. A pesar de lo anterior, subraya que transcurrieron más de 3 días después de la instalación del concejo de aquel municipio, que ocurrió el día 2 de enero de 2016, sin que el demandado hubiera tomado posesión del cargo y agrega que:

¹ Si bien el demandante citó el núm. 2 del artículo 40 de la Ley 617 de 2000, en el núm. 10 de los hechos de la demanda se indica que el hecho que da lugar a la inhabilidad es: «(...) 10. En abierto desconocimiento de las normas sobre inhabilidades para ser inscrito y elegido concejal el señor Wilfor Henao suscribió contrato, el cual se describe en el punto anterior, vulnerando lo prescrito en la ley 136 de 1994, modificada por la 617 (sic) de 2000. La norma establece en el artículo 43 las inhabilidades para ser elegido concejal, entre ellas, el haber suscrito contrato con entidad pública de cualquier nivel siempre que el contrato se ejecutara en el respectivo municipio, veamos: (...)».

Expediente: 05-001-23-33-000-2016-00444-01
Actor: Hernán Alonso Salazar García
Medio de control: Pérdida de investidura

«(...) 8. Desconozco renuncia que contenga la decisión inequívoca de hacer dejación definitiva al concejo municipal, argumentando las explicaciones pertinentes, así como la aceptación hecha por el presidente del Concejo Municipal (sic). Renuncia que debía hacer el concejal WILFOR ALEXANDER HENAO FERNÁNDEZ (...)».

Además de lo anterior, el demandante menciona que el señor Wilfor Alexander Henao Fernández se encontraba inhabilitado para ser inscrito y elegido concejal del municipio de Andes (Antioquia) porque celebró, con la Institución Universitaria Pascual Bravo, el contrato de prestación de servicios núm. PS – 7686 de 2015, el cual se ejecutó en el corregimiento de San José del municipio de Andes (Antioquia).

2.- Contestación de la demanda por parte del concejal Wilfor Alexander Henao Fernández

En la oportunidad procesal correspondiente, el concejal Wilfor Alexander Henao Fernández, mediante apoderado judicial, contestó la demanda y se opuso a sus pretensiones.

Luego de hacer referencia a los hechos de la demanda, el concejal demandado propuso la excepción de *«(...) FALTA DE LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA POR PASIVA. CARENCIA DE PRESUPUESTOS FÁCTICOS Y JURÍDICOS (Inexistencia de las causales) (...)»*, alegando que no ha cometido falta alguna toda vez que:

«(...) la primera causal se encuentra justificada la no posesión o renuncia ante el Concejo Municipal de Andes, debido a que, antes de que la mesa directiva se montara (2 de enero de 2016) (sic), el señor demandado ya había renunciado a su curul frente al Alcalde Municipal, otra cosa es, que el señor (sic) Alcalde de Andes, tanto el anterior como el actual, hicieran caso omiso de la misma y del fallo de tutela No. 008 del 5 de Febrero del año en curso del Tribunal de Antioquia – Sala Tercera Civil especializada en Restitución de Tierras, lo que ha traído consecuencias graves al Municipio y particularmente, al señor Abelardo Restrepo Saldarriaga. (...) En consecuencia, el señor WILFOR HENAO FERNÁNDEZ, no estaba en la obligación legal de tomar posesión del cargo de concejal municipal, por la potísima razón de que renunció al derecho que le asistía a ocupar la curul, por lo cual no se estructura la causal de pérdida de investidura prevista en el numeral 3° del artículo 48 de la Ley 617 de 2000 (...)».

Expediente: 05-001-23-33-000-2016-00444-01
Actor: Hernán Alonso Salazar García
Medio de control: Pérdida de investidura

La parte demandante explica que una persona que ha sido elegida para ocupar un cargo de elección popular puede renunciar a su investidura con anterioridad a la toma de posesión del cargo, como lo puede hacer también con posterioridad, evento en el cual la renuncia abarcaría la investidura y el cargo, fundamentando su posición en el concepto núm. 11335 del 22 de julio de 1998 de la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado.

Por ello, encuentra ilógico el argumento consistente en que el demandado no podía renunciar a su investidura como concejal al no haber tomado posesión del cargo *«(...) ya que se debe distinguir entre el momento en que se adquiere la investidura para ocupar una curul y el momento en que se da inicio al ejercicio de las funciones del cargo (Sentencia Unificación 501 de 2015 H. Corte Constitucional) (...)»*. Agrega el demandante que:

«(...) De otro lado, la no posesión del cargo da cuenta de que la causal segunda, no es aplicable, como falta y por ende sanción alguna al, erróneamente demandado en el procedimiento de la referencia, pues según el Concejo de Estado (sic) no hay afectación económica al Estado al no tener dos cargos públicos, y al no violar las reglas sobre la inhabilidad o incompatibilidad para ejercer el cargo, pues se reitera, no hay posesión del cargo. (...) Es importante anotar, que el día 17 de febrero de 2016 el señor WILFOR HENAO FERNÁNDEZ tramitó ante el mismo despacho incidente de desacato, por el incumplimiento a la orden de tutela proferida el 5 de febrero de 2016. Sin que a la fecha señor Magistrado, se le haya notificado de manera personal y tal como lo exige la norma en estos casos de una respuesta clara, de fondo oportuna, y coherente frente a la petición de su renuncia como concejal de ese Municipio. En pocas palabras el Alcalde niega cumplir con el mandato de la ley 136 de 1994 artículo 91 literal A. (...)».

Finalmente, el demandante manifiesta que el presente caso está siendo examinado por la Sala Civil Especializada en Restitución de Tierras del Tribunal Superior de Antioquia, toda vez que interpuso incidente de desacato al no haber recibido contestación respecto de su renuncia como concejal del municipio de Andes (Antioquia) y, entonces, *«(...) hasta no solucionarse el asunto pendiente en sede de tutela, éste no está llamado a continuar (...)»*.

3.- La sentencia de primera instancia proferida por el Tribunal Administrativo de Antioquia

Expediente: 05-001-23-33-000-2016-00444-01
Actor: Hernán Alonso Salazar García
Medio de control: Pérdida de investidura

La Sala Plena del Tribunal Administrativo de Antioquia, mediante providencia del 21 de junio de 2016, decretó la pérdida de la investidura del ciudadano Wilfor Alexander Henao Fernández como concejal del municipio de Andes (Antioquia) para el período constitucional 2016-2019.

Inicialmente planteó el problema jurídico que se debía resolver en este proceso, en la siguiente forma:

«(...) 3. El problema jurídico (...) El problema jurídico se circunscribe a establecer en primer lugar, si el señor WILFOR ALEXANDER HENAO FERNÁNDEZ, se encuentra incurso en la causal de inhabilidad de que trata el artículo 43 de la Ley 617 de 2000, por haber suscrito contrato de prestación de servicios que se cumplió en el Municipio de Andes – Antioquia –, dentro de los doce meses anteriores a la fecha de la elección de concejal.

En segundo lugar, si el señor WILFOR ALEXANDER HENAO FERNÁNDEZ, a pesar de haber sido declarado electo Concejal del Municipio de Andes – Antioquia – por el período 2016-2019, por el Partido Conservador Colombiano, ha incurrido en la causal de pérdida de investidura que establece el numeral 3° del artículo 48 de la Ley 617 de 2000, por no tomar posesión del cargo durante los tres días siguientes a la fecha de la instalación del concejo, o a la fecha en que fuere llamado a posesionarse (...)».

Luego procedió al análisis de la causal de pérdida de investidura por la violación del régimen de inhabilidades por haber incurrido en la inhabilidad prevista en el núm. 3 del artículo 40 de la Ley 617 de 2000, al celebrar un contrato de prestación de servicios con la Institución Pública Universitaria Pascual Bravo, dentro del año anterior a la elección, en la siguiente forma:

«(...) Se cuestiona como ya se dijo por el señor Hernán Alonso Salazar García, el comportamiento del señor WILFOR ALEXANDER HENAO FERNÁNDEZ, entre otro cargo, por hallarse incurso en la causal de inhabilidad para ser concejal regulada en el artículo 40 numeral 3 de la Ley 617 del 2000, puesto que dentro del año anterior a la elección, esto es, el 26 de junio de 2015, celebró con la Institución Pública Universitaria Pascual Bravo, contrato de prestación de servicios para ejecutar sus obligaciones contractuales en la Institución Educativa del Corregimiento San José del Municipio de Andes – Antioquia –.

(...)

De los documentos que se aportaron con la demanda y que se relacionaron en el acápite de pruebas, se concluye que:

Expediente: 05-001-23-33-000-2016-00444-01
Actor: Hernán Alonso Salazar García
Medio de control: Pérdida de investidura

El señor WILFOR ALEXANDER HENAO FERNÁNDEZ, celebró el 26 de junio de 2015, con la Institución Universitaria Pascual Bravo, el contrato de prestación de servicios Número PS-7686, el cual comenzó a ejecutarse a partir de la suscripción del acta de inicio y hasta el 11 de diciembre de esa anualidad, y como se estipuló en el contrato, actuó como contratista independiente, sin vínculo laboral, por su propia cuenta y riesgo para apoyar la prestación del servicio educativo para el normal desarrollo de las actividades operativas de los establecimientos educativos oficiales de los municipio no certificados del Departamento de Antioquia, con sus respectivas secciones.

Además, obra certificado expedido por la Institución Universitaria Pascual Bravo – incorporada al municipio de Medellín –, donde consta que el demandado prestó sus servicios, en calidad de servicios generales en la Institución Educativa San José del municipio de Andes, entre el 13 de julio de 2015 y el 11 de diciembre de esa anualidad.

(...)

Así las cosas, el Instituto Tecnológico Pascual Bravo – Institución Universitaria – con el cual el concejal demandado celebró el contrato de prestación de servicios, es un establecimiento público de Educación Superior, del orden municipal, con personería jurídica, autonomía administrativa y patrimonio independiente.

(...)

Así las cosas, se infiere que WILFOR ALEXANDER HENAO FERNÁNDEZ, ejecutó en la Institución Educativa San José del Municipio de Andes – Antioquia – entre el 13 de julio de 2015 y el 11 de diciembre de ese año, el contrato de prestación de servicios generales que celebrara con la Institución Universitaria – Instituto Tecnológico Pascual Bravo, por lo que incontrovertiblemente se encuentra incurso en la causal de inhabilidad de que trata el numeral 3° del artículo 43 de la Ley 136 de 1994, con la modificación introducida por el artículo 40 de la Ley 617 de 2000, que señala que quien dentro del año anterior a la elección interviniere en la gestión de negocios ante entidades públicas de cualquier nivel en interés propio o de terceros, siempre que los contratos deban ejecutarse o cumplirse en el respectivo municipio (...).».

Desarrolló posteriormente la acusación consistente en haber incurrido en la conducta descrita en el núm. 3 del artículo 48 de la Ley 617 de 2000, esto es, por no tomar posesión del cargo dentro de los 3 días siguientes a la fecha de instalación del concejo municipal.

Inicialmente, con sustento en los artículos 122, 123 y 312 de la Carta Política y el 251 de la Ley 4 de 1913, encuentra que los concejales, como cualquier

Expediente: 05-001-23-33-000-2016-00444-01
Actor: Hernán Alonso Salazar García
Medio de control: Pérdida de investidura

otro servidor público, deben tomar posesión del cargo antes de entrar a prestar sus servicios. Resalta, igualmente, que por virtud de los artículos 49 de Ley 136 de 1994 y 259 de la Ley 4 de 1913, los concejales se posesionan ante el presidente del concejo.

De otro lado, explica que del contenido del núm. 3 del artículo 48 de la Ley 617 de 2000 se colige que solo la presencia de situaciones consideradas como de fuerza mayor, puede justificar la no posesión del concejal electo, interpretación que, según el Tribunal Administrativo de Antioquia, acogió esta Sala en las providencias del 16 de febrero de 2012 (Expediente núm. 2011-00213) y 20 de junio de 2012 (Expediente núm. 2012-00215).

Finalmente aborda el caso concreto, analizando las pruebas que obran en el plenario y llegando a las siguientes conclusiones:

«(...) Ahora bien, en el acervo probatorio se encuentra la renuncia presentada por el señor WILFOR ALEXANDER HENAO FERNÁNDEZ, el 5 de febrero de 2016, ante el Concejo Municipal de Andes – Antioquia –, al cargo de concejal de ese municipio, cuyo contenido es el siguiente:

(...)

Dicha renuncia fue aceptada mediante la Resolución No. 005 de mayo 6 de 2016, expedida por el Presidente del Concejo Municipal de Andes (Antioquia) (Folios 158 a 160).

Además, tal como se consignó en la Resolución Nro. 005 del 6 de mayo de 2016, expedida por el Presidente del Concejo Municipal de Andes – Antioquia –, por medio de la cual se aceptó la renuncia del concejal accionado y se decretó la vacancia absoluta por renuncia aceptada, el 2 de enero de 2015 (sic) se realizó la Sesión Inaugural del Concejo de Andes (Ant.) y se dio instalación al Concejo de ese municipio para el período 2016 – 2019 y durante esa sesión, esto es la inaugural, doce de los trece concejales electos tomaron posesión del cargo de concejales, quedando pendiente por tomar posesión el señor Wilfor Alexander Henao Fernández, elegido como concejal por el Partido Conservador Colombiano en las elecciones del 25 de octubre de 2015 (Folio 158).

También se señaló en la citada resolución que el 5 de febrero de 2016, el señor Wilfor Alexander Henao Fernández, presentó renuncia de su investidura ante el Concejo Municipal de Andes, ya que antes había tratado de renunciar ante el Alcalde sin aceptársele, informando de esa renuncia ante el Partido

Expediente: 05-001-23-33-000-2016-00444-01
Actor: Hernán Alonso Salazar García
Medio de control: Pérdida de investidura

Conservador y la Registraduría Municipal del Estado Civil de Andes – Antioquia –.

En este orden de ideas, el concejal demandado no expresó ante el Concejo de Andes – Antioquia –, antes de su instalación ninguna situación de fuerza mayor, que le impidiera posesionarse. Es más, la única razón que adujo para renunciar a la curul que ostentaba fue “razones de estricto orden personal, trascendentes e inaplazables, de reciente ocurrencia y que me imposibilitan tomar posesión del cargo (Folio 76). Y esas razones no constituyen una fuerza mayor que justifique su no posesión al cargo en el término que señala la ley. Además esa renuncia la presentó tiempo después de los tres días siguientes a la fecha de instalación del concejo.

En este orden de ideas, la ley Colombiana estipula que las personas que han sido elegidas por el voto popular como miembros de una corporación administrativa de carácter territorial tienen el deber legal de tomar posesión del cargo dentro del término consagrado en ella, so pena de incurrir en causal de pérdida de investidura. Este alcance no opera cuando intervenga la fuerza mayor que impida cumplir esa obligación.

Y no puede tomarse como justa causa o fuerza mayor el hecho de que el demandado hubiera presentado antes de la sesión inaugural del concejo de Andes renuncia ante el Alcalde, la Registraduría Nacional del Estado Civil o el Partido Conservador, ya que los concejales se posesionan ante el Presidente del Concejo, y es ante este servidor público ante quien debe renunciar. Y es más, en muchos de los escritos por él referidos enviados a las citadas autoridades no se evidencia siquiera una intención de dejar el cargo, esto es, no son jurídicamente escritos de renuncia.

Así las cosas, del acervo probatorio que huelga en el proceso, no se logró demostrar categóricamente una situación de fuerza mayor que le hubiera imposibilitado a Wilfor Alexander Henao Fernández, posesionarse en el cargo, ni que hubiera presentado renuncia a la curul obtenida en las elecciones mencionadas previa a la sesión inaugural ante la respectiva autoridad, o incluso en el desarrollo de la misma donde se posesionaron doce concejales del municipio de Andes (Ant.).

(...)

Es más, el hecho de interponerse una acción de tutela ante el Tribunal de Antioquia – Sala Tercera Civil Especializada en Restitución de Tierras, el 5 de febrero de 2016, por el señor Abelardo Restrepo Saldarriaga, no exoneraba al accionado de renunciar a su curul de concejal en el término señalado para ello ante la autoridad competente. Y es que las autoridades ante las que presentó la hipotética renuncia con anterioridad a la sesión inaugural del concejo le explicaron explícitamente por qué no se la aceptaban, entonces no puede alegar ahora que renunció en término sin lograr la aceptación de la misma.

Expediente: 05-001-23-33-000-2016-00444-01
Actor: Hernán Alonso Salazar García
Medio de control: Pérdida de investidura

Para la Sala, en el escrito dirigido por el demandado al Concejo de Andes – Antioquia -, el 05 de febrero de 2016, se aprecia diáfamanamente la voluntad de renunciar a ocupar la curul que había obtenido en las elecciones de octubre de 2015, lo cual hizo como se ha visto con posterioridad a la fecha de instalación del concejo. Recuérdese que el acto de renuncia ha sido admitido legal y jurisprudencialmente como aquel en el que no cabe indecisión o fluctuación acerca de la voluntad de quien la suscribe, de cesar en el ejercicio del empleo que se viene desempeñando o en este caso posesionarse en una Corporación Pública para la cual ha sido elegido. (...)».

4.- El recurso de apelación presentado por el concejal Wilfor Alexander Henao Fernández

Inconforme con la sentencia de primera instancia y dentro de la oportunidad procesal correspondiente, la parte demandada presentó recurso de apelación con el fin de que se revoque dicha providencia y, en su lugar, se desestimen las pretensiones de la demanda, esgrimiendo para el efecto los siguientes argumentos:

«(...) Primero: Se obró de buena fe y se estuvo frente a un error invencible en la comisión de la conducta que dio lugar al fallo, de conformidad con la renuncia presentada al partido conservador, a la registraduría (sic) y al alcalde, el cual no respondió en su debido momento, por lo cual el señor Wilfor Alexander Henao consideró que estaba actuando de conformidad con la ley y su renuncia había sido presentada de manera correcta, para no dar lugar a violar la moral pública por los contratos que fueron celebrados con la Institución Educativa Pascual Bravo.

Segundo: Se obró con el fin de proteger un derecho y con desconocimiento de lo que se estaba haciendo, lo que deja ver que el error invencible se pudo convertir en una fuerza mayor.

Tercero: respecto a la renuncia presentada ante el Alcalde del Municipio de Andes – Antioquia y que éste le negó, por lo que no era posible que se posesionara si ya había renunciado.

Cuarto: En relación con la causal de inhabilidad que se discute por la celebración de un contrato de prestación de servicios, solicita que se analice cada uno de los puntos, y se revise cuándo se configura la causal de inhabilidad si en el momento de la elección o del momento en que se posesionan, toda vez que mientras no exista posesión no existiría la inhabilidad. (...)».

Expediente: 05-001-23-33-000-2016-00444-01
Actor: Hernán Alonso Salazar García
Medio de control: Pérdida de investidura

5.- Alegatos de conclusión en segunda instancia y concepto del agente del Ministerio Público

Mediante auto de 31 de agosto de 2016, el magistrado sustanciador del proceso admitió el recurso de apelación presentado contra la sentencia de primera instancia y ordenó correr traslado a las partes para que presentaran sus alegatos y al agente del Ministerio Público para que, si lo consideraba pertinente, rindiera concepto.

Solo la parte demandada presentó sus alegatos de conclusión en los que reiteró los argumentos esgrimidos a lo largo del proceso y agregó:

«(...) Segundo: Es claro que se trató de una maniobra política pues como se puede ver el alcalde en respuesta cumpliendo con el fallo de tutela emitido por el juzgado de restitución de tierras acepta que el señor Wilfor Alexander Henao presentó renuncia desde el 09 de Diciembre de 2015, mucho tiempo antes de la fecha en que fuera su posesión, verificable en el inciso primero del folio 4 del fallo.

(...)

Cuarto: Solicito de manera encarecida se analice la atipicidad de la situación toda vez que la pérdida de investidura se pregona para concejales electos, pues si bien es cierto está demostrado que se realizó por desconocimiento un contrato de prestación de servicios, en ningún momento se quiso atentar contra la moral pública y el electorado.

Quinto: manifiesta la sala en el folio 25 inciso 3 que es diáfana la voluntad de renunciar, cuando se demostró que el juzgado de restitución de tierras en fallo de tutela que se tuvo por presentada la renuncia desde mucho antes en escrito presentado al alcalde desde el año 2015, por no encontrarse sesionando el concejo.

(...)

Séptimo: Como se puede ver en el expediente mi prohijado presentó renuncia ante el alcalde por no encontrarse sesionando el concejo, lo que deja claro su buen actuar; ya en manos de este no estaba aceptarla, por lo cual le tocó recurrir incluso a la acción constitucional de tutela, se puede ver que se trató más de una omisión de los alcaldes del período anterior y el actual al no aceptarla por negligencia. (...)».

Por su parte, el agente del Ministerio Público intervino en esta instancia mediante escrito del 31 de octubre de 2016, en el que solicitó, luego de un

Expediente: 05-001-23-33-000-2016-00444-01
Actor: Hernán Alonso Salazar García
Medio de control: Pérdida de investidura

estudio integral del proceso judicial, la confirmación de la sentencia de primera instancia.

En relación con la violación del régimen de inhabilidades previsto en la ley para los concejales por haber incurrido en la inhabilidad prevista en el núm. 3 del artículo 40 de la Ley 617 de 2000, encontró acreditado que el demandado celebró el contrato de prestación de servicios núm. PS-7686 de 2015 con la Institución Educativa San José del Municipio de Andes.

Así mismo, que el mencionado contrato de prestación de servicios se celebró el día 26 de junio de 2015, esto es, dentro del período previsto en la mencionada disposición legal toda vez que las elecciones para elegir a los concejales del municipio de Andes (Antioquia) se desarrollaron el 25 de octubre de 2015 y, además, evidenció que el contrato tenía que ejecutarse en el municipio de Andes (Antioquia).

Conforme a lo anterior, concluye, se encuentran presentes los elementos configurativos de la inhabilidad prevista en el núm. 3 del artículo 40 de la Ley 617 de 2000.

Estudió, igualmente, la causal de pérdida de investidura prevista en el núm. 3 del artículo 48 de la Ley 617 de 2000, esto es, por no tomar posesión del cargo dentro de los 3 días siguientes a la fecha de instalación del concejo, encontrando probado lo siguiente:

«(...) Se encuentra acreditado que en la sesión inaugural del concejo municipal del 2 de enero de 2015, doce de los trece concejales electos tomaron posesión del cargo, quedando pendiente por tomar posesión del cargo el concejal Wilfor Henao Fernández, quien resultó electo concejal por el partido conservador en las elecciones celebradas el 25 de octubre de 2015 (Folio 158)

Así mismo, se encuentra probado que el 9 de diciembre de 2015, el concejal accionado presentó carta de renuncia ante el Partido Conservador Colombiano y la Registraduría Municipal del Estado Civil, la cual obedece a «razones de estricto orden personal, trascendentes e inaplazables», cuyo contenido es el siguiente:

(...)

Expediente: 05-001-23-33-000-2016-00444-01
Actor: Hernán Alonso Salazar García
Medio de control: Pérdida de investidura

Así mismo, mediante escrito del 29 de diciembre de 2015, el concejal accionado presentó nuevamente carta de renuncia ante el Alcalde municipal y en dicho documento se reitera que dicha decisión «obedece a razones de estricto orden personal, trascendentes e inaplazables (...)» (Folio 69).

Adicionalmente se tiene que el señor Abelardo Restrepo, presentó una acción de tutela en contra del Municipio de Andes ante el Tribunal Superior, Sala Tercera Civil Especializada en Restitución de Tierras, identificado con el Número de Radicado: 2016 – 00010. El Juez de Tutela, mediante sentencia del 5 de febrero de 2015 ordenó a la Alcaldía que dé una respuesta de fondo sobre la renuncia a la investidura que presentó el concejal Wilfor Alexander Henao Hernández.

En cumplimiento de la orden proferida por el Tribunal, mediante Oficio 100.05.05-0830 del 29 de febrero de 2016, el señor Alcalde del municipio de Andes, dio respuesta a la renuncia presentada por el concejal accionado, indicando que no era procedente aceptar la renuncia presentada por el concejal Wilfor Henao Fernández (Folio 73 a 74), al carecer de competencia para aceptar dicha renuncia y que en todo caso, no concurrían los presupuestos de Ley para aceptarla. Su contenido nos permitimos transcribir:

(...)

Posteriormente, el 5 de febrero de 2016 el concejal Wilfor Alexander Henao Fernández, presentó renuncia ante el concejo municipal, alegándose razones «de estricto orden personal, trascendentes e inaplazables, de reciente ocurrencia y que me imposibilitan tomar posesión en el cargo» (Folio 76), la cual fue aceptada por el concejo del municipio de Andes, mediante Resolución 005 del 6 de mayo de 2006 «Por medio de la cual se declara la vacancia absoluta de una curul y se dispone el procedimiento para su reemplazo». (Folio 158 a 160), decisión que fue notificada el 10 de mayo de 2016.

(...)

Para esta Vista Fiscal, las renunciaciones presentadas por el concejal accionado al Partido Conservador y a la Registraduría Municipal del Estado Civil de Andes que obedecieron a «razones de estricto orden personal, trascendentes e inaplazables (...)» no son constitutivas de fuerza mayor y, conforme el criterio esbozado por la jurisprudencia de esa Alta Corporación «solo constituye una manifestación de no tomar posesión del cargo para el cual fue elegido, la cual si bien es libre y debe ser aceptada como una expresión (negativa) del derecho fundamental a la conformación del poder político, trae como consecuencia por expreso mandato de la ley la pérdida de investidura de quien la realiza.», resultando acertadas las consideraciones efectuadas por el Tribunal Administrativo de Antioquia. (...)). (Resaltado y subrayado fuera de texto)

Expediente: 05-001-23-33-000-2016-00444-01
Actor: Hernán Alonso Salazar García
Medio de control: Pérdida de investidura

II.- Consideraciones de la Sala

1.- Procedibilidad de la acción de pérdida de investidura

Reposa en el expediente el formato E-26 CON (fol. 14, cuaderno principal), mediante el cual se declara la elección de los concejales del municipio de Andes (Antioquia), siendo uno de estos concejales, el ciudadano Wilfor Alexander Henao Fernández, identificado con la cédula de ciudadanía 71.279.784, por lo que resulta claro que el demandado es sujeto pasivo de la acción de pérdida de investidura.

2.- Las causales de pérdida de investidura que se le endilgan al señor Wilfor Alexander Henao Fernández

Siguiendo la sentencia del Tribunal Administrativo de Antioquia, al demandado se le atribuyeron dos causales de pérdida de investidura.

La primera causal, consistente en haber violado el régimen de inhabilidades previsto para los concejales al evidenciarse que incurrió en la inhabilidad prevista en el num. 3 del artículo 40 de la Ley 617 de 2000, el cual modificó el artículo 43 de la Ley 136 de 1994, esto es, **haber celebrado 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, dentro del año anterior a la elección.** Lo anterior en concordancia con el num. 6 de la Ley 617 de 2000 y el artículo 55 de la Ley 136 de 1994.

La segunda causal, consistente en haberse **abstenido de posesionarse dentro de los 3 días siguientes a la fecha de instalación del concejo municipal, conforme lo prevé el núm. 3 del artículo 48 de la Ley 617 de 2000.**

2.1.- La violación del régimen de inhabilidades previsto en la ley para los concejales

Inicialmente debe advertirse que esta Sala, en decisiones judiciales precedentes, ha concluido que la violación del régimen de inhabilidades previsto para los concejales, es causal de pérdida de investidura. Así, en

Expediente: 05-001-23-33-000-2016-00444-01
Actor: Hernán Alonso Salazar García
Medio de control: Pérdida de investidura

reciente sentencia del 14 de julio de 2016², reiteró dicha posición, en la siguiente forma:

«La Sala Plena de esta Corporación, mediante sentencia de 28 de julio de 2002³ 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 ésta haya sido suprimida, pues el numeral 6º ibídem establece la posibilidad de que otras normas también consagren causales de pérdida de investidura.

Dijo la Sala:

«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 6 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, sólo 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.»

Así, tratándose de la imputación de una causal de inhabilidad, la Sala pasa a considerarla.»

Atendiendo la posición de esta Sala, la cual no es objeto de debate en el presente proceso judicial, resulta procedente el análisis del reproche formulado en contra de la sentencia de primera instancia, expuesto en la siguiente forma:

«(...) Cuarto: En relación con la causal de inhabilidad que se

² CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCION PRIMERA. Consejera ponente: MARIA CLAUDIA ROJAS LASSO. Bogotá, D.C., catorce (14) de julio de dos mil dieciséis (2016). Radicación número: 76001-23-33-000-2012-00485-01(PI). Actor: JAIRO NÚÑEZ MARTÍNEZ. Demandado: HERNAN TORRES SAENZ, Referencia: PÉRDIDA DE INVESTIDURA DE CONCEJAL

³ Radicación 7177. Actor: Julio Vicente Niño Mateus. M.P. Dr. Gabriel E. Mendoza Martelo.

Expediente: 05-001-23-33-000-2016-00444-01
Actor: Hernán Alonso Salazar García
Medio de control: Pérdida de investidura

discute por la celebración de un contrato de prestación de servicios, solicita que se analice cada uno de los puntos, y se revise cuándo se configura la causal de inhabilidad si en el momento de la elección o del momento en que se posesiona, toda vez que mientras no exista posesión no existiría la inhabilidad (...)».

Para emprender el análisis propuesto se estudiará, en primer lugar, la presencia de los elementos para la configuración de la inhabilidad prevista en el núm. 3 del artículo 40 de la Ley 617 de 2000, para luego, en segundo lugar, abordar la acusación formulada por el demandado. La disposición legal que consagra la inhabilidad es del siguiente tenor:

«(...) ARTICULO 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:

(...)

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. (...)».(Negrilla y subrayado fuera de texto)

Esta Sala ha considerado que para que se configure la causal de inhabilidad⁴ señalada, se requiere la presencia de los siguientes supuestos:

- a. Que el demandado haya intervenido en la celebración de un contrato con una entidad pública de cualquier nivel;
- b. Haberlo Celebrado durante el año anterior a la elección como concejal;
- c. Tener interés propio o de terceros; y
- d. Ejecutarlo en el mismo municipio

⁴ SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCION PRIMERA, Consejero ponente: GUILLERMO VARGAS AYALA, Bogotá, D.C. **catorce (14) de abril de dos mil dieciséis (2016)**, Radicación número: 76001-23-31-000-2012-00633-01(PI). Actor: SERGIO DAVID BECERRA BENAVIDES. Demandado: JHON JAIRO HOYOS GARCIA.

Expediente: 05-001-23-33-000-2016-00444-01
Actor: Hernán Alonso Salazar García
Medio de control: Pérdida de investidura

En el plenario reposa copia del contrato de prestación de servicios núm. PS 7686 (fol. 17-22, cuaderno principal) suscrito entre Juan Pablo Arboleda Gaviria, rector encargado y representante legal de la Institución Universitaria Pascual Bravo «(...) otrora Instituto Técnico del Orden Nacional, reorganizado por la Ley 52 de 1982, y que mediante la Resolución 1237 del 16 de marzo de 2007, adquirió la calidad de Institución Universitaria, incorporada al Municipio de Medellín, mediante Acuerdo Municipal 028 del 31 de julio de 2008 (...)» y el señor Wilfor Alexander Henao Fernández, identificado con la cédula de ciudadanía núm. 71279784, el día 26 de junio de 2015, según consta en el folio 22 del cuaderno principal. Este contrato tenía por objeto:

«(...) apoyar la prestación del servicio educativo para el normal desarrollo de las actividades operativas de los Establecimientos Educativos oficiales de los municipios no certificados del departamento de Antioquia, con sus respectivas secciones, según procedimiento establecido en la ejecución del contrato interadministrativo 4600000497 de 2013, celebrado entre el Departamento de Antioquia, Secretaría de Educación y la Institución Universitaria Pascual Bravo, según propuesta presentada por el contratista, lo cual hace parte integral de éste contrato (...).»

El valor del contrato, conforme a la cláusula tercera, era de \$5.779.308 cuyo pago se haría mensualmente en la suma de \$1.163.619. La información anterior es confirmada por la institución universitaria contratante a través de la certificación expedida el 25 de abril de 2015 por la señora Johanna Quiroz Gil, directora operativa de extensión de esa institución (folio 123, cuaderno principal), en el que debe destacarse, adicionalmente, que el demandado:

*«(...) presta sus servicios personales como contratista independiente mediante contrato de prestación de servicios PS-7686 de 2015 (...) **en calidad de servicios generales en la Institución Educativa San José del municipio de Andes, a partir del 13 de julio de 2015 hasta el 11 de diciembre de 2015** (...).»*

Está acreditado, entonces, que el señor Wilfor Alexander Henao Fernández intervino en la celebración de un contrato **(contrato de prestación de servicios PS-7686 de 2015)**, con una entidad pública **(Institución Universitaria Pascual Bravo, incorporada al municipio de Medellín)**, en el

Expediente: 05-001-23-33-000-2016-00444-01
Actor: Hernán Alonso Salazar García
Medio de control: Pérdida de investidura

cual el señor Henao Fernández tenía un interés propio determinado por la remuneración pactada en el mismo **(\$5.779.308)**.

También está acreditado que el negocio jurídico debía cumplirse en el respectivo municipio, en la medida en que, si bien en ninguna de sus cláusulas se establece que el lugar de ejecución fuera el municipio de Andes (Antioquia), la institución educativa **certificó que el demandante lo ejecutó en la Institución Educativa San José del citado municipio**, desde el 13 de julio de 2015 hasta el 11 de diciembre de 2015 y, además, que fue celebrado dentro del período previsto en la disposición legal toda vez que las elecciones para elegir a los concejales del municipio de Andes (Antioquia) se desarrollaron el día 25 de octubre de 2015 (folio 14, cuaderno principal), con lo que el período inhabilitante inició el 25 de octubre de 2014, siendo celebrado el contrato el 26 de julio de 2015 (folio 22, cuaderno principal).

La conducta del demandado se adecuó a la descripción de la inhabilidad prevista núm. 3 del artículo 40 de la Ley 617 de 2000, por lo que violó el régimen de inhabilidades consagrado para los concejales, previsto como causal de pérdida de investidura al tenor del núm. 6 del artículo 48 de la Ley 617 de 2000⁵, en concordancia con el núm. 2 del artículo 55 de la Ley 136 de 1994.

Ahora bien, el demandante reprocha la sentencia de primera instancia manifestando que se revise cuándo se configura la inhabilidad, si en el momento de la elección o en el momento en que se posesiona, pues considera que mientras no exista posesión no existe inhabilidad.

Para dar respuesta al mencionado argumento, cabe precisar que la inhabilidad prevista en el artículo 40 de la Ley 617 de 2000 es de aquellas que la Corte Constitucional⁶ ha denominado inhabilidad-requisito, esto es, aquellas que no tienen un origen sancionatorio. Señala la citada Corporación:

⁵ 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:
(...)

⁶ Por las demás causales expresamente previstas en la ley.

⁶ Corte Constitucional, Sentencia C-1016 de 2012.

Expediente: 05-001-23-33-000-2016-00444-01
Actor: Hernán Alonso Salazar García
Medio de control: Pérdida de investidura

«(...) corresponde a una prohibición de tipo legal que impide a determinadas personas ejercer actividades específicas, por la oposición que pueda presentarse entre sus intereses y los comprometidos en el ejercicio de dichas actividades. Sobre las diferencias entre estos dos grupos la jurisprudencia ha precisado:

(...)

10. **El segundo grupo** contiene las inhabilidades relacionadas con la protección de principios, derechos y valores constitucionales, sin establecer vínculos con la comisión de faltas ni con la imposición de sanciones. Su finalidad es la protección de preceptos como la lealtad empresarial, la moralidad, la imparcialidad, la eficacia, la transparencia, el interés general o el sigilo profesional, entre otros fundamentos. En este sentido, las prohibiciones e inhabilidades corresponden a modalidades diferentes de protección del interés general y no se identifican ni asimilan a las sanciones que se imponen por la comisión de delitos o de faltas administrativas.

Desde este punto de vista la inhabilidad no constituye una pena ni una sanción; de lo contrario, carecerían de legitimidad límites consagrados en la propia Constitución Política. Por ejemplo, cuando el artículo 126 de la Carta Política señala que los servidores públicos no podrán nombrar empleados a personas con las cuales tengan parentesco hasta el cuarto grado de consanguinidad, segundo de afinidad, primero civil o con quien estén ligados por matrimonio o unión permanente, no consagra falta ni impone sanción alguna; por lo tanto no vulnera los derechos de defensa, debido proceso, igualdad y trabajo ni el principio de proporcionalidad de la pena que le asiste a los parientes de las autoridades administrativas. Lo que busca la norma en este caso es evitar, entre otros efectos, el uso de la potestad nominadora a favor de los allegados, y la preservación de principios como la igualdad, la transparencia o la moralidad, lo cual está muy distante de entender la señalada prohibición como una sanción impuesta por la Constitución a los familiares del servidor público. **En el mismo sentido las inhabilidades e incompatibilidades para contratar con el Estado no constituyen sanción penal ni administrativa para los participantes o interesados en un proceso licitatorio.**

11. Por consiguiente, resultan diferenciables las sanciones administrativas de las prohibiciones e inhabilidades, en tanto no toda inhabilidad tiene carácter sancionatorio, al existir prohibiciones e inhabilidades que tutelan de diferente manera bienes, principios o valores constitucionales, sin que representen en sí mismas la concreción de una sanción ni de una pena⁷. (...)».

Del contenido del citado precepto, junto con lo expuesto por la Corte Constitucional, se colige que la inhabilidad que se le endilga al demandado

⁷Sentencia C-780 de 2001.

Expediente: 05-001-23-33-000-2016-00444-01
Actor: Hernán Alonso Salazar García
Medio de control: Pérdida de investidura

en el citado artículo corresponde a una prohibición legal que les impide a las personas que pretendan ser elegidas concejales, ser inscritas y elegidas, por lo que, contrario al análisis del demandado, la inhabilidad existe a pesar de que no exista posesión.

No cabe duda que ese el entendimiento que se acompasa con el principio de legalidad aplicable al proceso de pérdida de investidura (las causales son taxativas y no hay lugar a aplicar normas por analogía)⁸, en la medida en que la conducta descrita en el artículo 40 de la Ley 617 de 2000, nunca contempla la posesión como un parámetro para evaluar la existencia de la inhabilidad.

Verificada la configuración de la causal de pérdida de investidura, conforme lo ha indicado la Corte Constitucional⁹, esta Sala debe examinar:

«(...) si en el caso particular se configura el elemento de culpabilidad (dolo o culpa) de quien ostenta la dignidad, esto es, atiende a las circunstancias particulares en las que se presentó la conducta y analiza si el demandado conocía o debía conocer de la actuación que desarrolló y si su voluntad se enderezó a esa acción u omisión. (...)»,

Lo anterior por cuanto el análisis de responsabilidad que realiza el juez en este proceso de carácter sancionatorio es de carácter 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. (...)»¹⁰.

Para el análisis propuesto no puede perderse de vista que la Ley 1475 de 2011, por la cual se adoptan reglas de organización y funcionamiento de los partidos y movimientos políticos y de los procesos electorales, entre otras disposiciones, regula lo atinente a las campañas electorales y, en particular, la inscripción de candidatos, señalando en su artículo 28 que:

⁸ Corte Constitucional, Sentencia SU 424 de 2016. Apartado 33 de la sentencia.

⁹ Corte Constitucional, Sentencia SU 424 de 2016

¹⁰ Corte Constitucional, Sentencia SU 424 de 2016

Expediente: 05-001-23-33-000-2016-00444-01
Actor: Hernán Alonso Salazar García
Medio de control: Pérdida de investidura

*«(...) Los partidos y movimientos políticos con personería jurídica podrán inscribir candidatos a cargos y corporaciones de elección popular previa verificación del cumplimiento de las calidades y requisitos de sus candidatos, **así como de que no se encuentran incursos en causales de inhabilidad o incompatibilidad** (...)».*

Para la Sala no cabe duda que **el demandado debía conocer que la conducta era constitutiva de inhabilidad para ocupar el cargo de concejal** pues el análisis de las inhabilidades e incompatibilidades que concurren en los futuros candidatos **es, siguiendo la disposición legal estatutaria, uno de los aspectos que debe ser objeto de revisión por parte de los partidos políticos, en el presente caso, del Partido Conservador Colombiano,** el cual avaló la candidatura del demandado (fol. 7, 67 y 77, cuaderno principal) y, por ello, **debió ser de obligatoria evaluación por parte del ciudadano Wilfor Alexander Henao**, pudiéndose colegir que el demandado ocultó tal situación a su partido y decidió, voluntariamente, presentarse a la contienda electoral, a sabiendas de estar incurso en la inhabilidad que ahora se le atribuye.

Sumado a lo anterior, en el recurso de apelación presentado por el demandado no hay alegación ni prueba alguna de haber actuado **con ausencia de culpa**.

Así, no hay evidencia de un actuar diligente por parte del demandado solicitando, a manera ilustrativa, el concepto de las autoridades electorales o de entidades públicas relacionadas con los temas electorales, respecto de su situación particular, o que hubiere actuado al amparo de decisiones judiciales que, aplicadas al caso particular, le permitieran su participación en la contienda electoral, por lo que su actuación puede catalogarse, al menos, como culposa.

2.2.- El demandante incurrió en la violación del núm. 3 del artículo 48 de la Ley 617 de 2000, esto es, por no posesionarse dentro de los 3 días siguientes a la fecha de instalación del concejo municipal

En su recurso de apelación, el señor Wilfor Alexander Henao Fernández considera que obró de buena fe y estuvo frente a un error invencible al incurrir en la conducta prevista en el núm. 3 del artículo 48 de la Ley 617 de 2000, de

Expediente: 05-001-23-33-000-2016-00444-01
Actor: Hernán Alonso Salazar García
Medio de control: Pérdida de investidura

acuerdo con la renuncia que presentó al Partido Conservador, a la Registraduría Nacional del Estado Civil y al alcalde del municipio de Andes (Antioquia), funcionario que no respondió en su debido momento dicha misiva por lo que el demandado consideró que estaba actuando de conformidad con la ley y que su renuncia había sido presentada en forma correcta *«(...) para no dar lugar a violar la moral pública por los contratos que fueron celebrados con la Institución Educativa Pascual Bravo (...)»*.

Agrega que obró con el fin de proteger un derecho y desconociendo lo que se estaba haciendo, lo que, en su concepto, deja ver que el error invencible se pudo convertir en una fuerza mayor, y luego indicó que *«(...) Tercero: respecto a la renuncia presentada ante el Alcalde del Municipio de Andes – Antioquia y que éste le negó, por lo que no era posible que se posesionara si ya había renunciado (...)»*.

Conforme a la certificación emitida por el concejo del municipio de Andes (Antioquia), el día 2 de enero de 2016 tuvo lugar la instalación de ese concejo municipal (folio 176, cuaderno principal), lo cual es confirmado con el contenido de la Resolución núm. 005 del 6 de mayo de 2016, por medio de la cual se declara la vacancia absoluta de una curul (fol. 158-160, cuaderno principal), en la que además se indicó que:

«(...) durante la sesión inaugural, doce de los trece concejales electos tomaron posesión de su investidura como Concejales Municipales, quedando pendiente por tomar posesión el señor Wilfor Alexander Henao Fernández elegido como Concejal por el Partido Conservador Colombiano en las pasadas elecciones del 25 de Octubre de 2015 (...)».

En el plenario reposan, igualmente, documentos en los que el demandado manifiesta que renuncia al derecho a ocupar la curul para la cual fue elegido en las elecciones del 25 de octubre de 2015.

En la comunicación del 3 de diciembre de 2015, dirigida al Partido Conservador Colombiano y a la Registraduría Municipal del Estado Civil de Andes (Antioquia), con fecha de radicación 9 de diciembre de 2015 (no se puede establecer quien recibe el documento y a que entidad pertenece), el demandado manifiesta:

Expediente: 05-001-23-33-000-2016-00444-01
Actor: Hernán Alonso Salazar García
Medio de control: Pérdida de investidura

«(...) WILFOR ALEXANDER HENAO FERNÁNDEZ, Mayor, identificado con cédula de ciudadanía 71.279.784 y con domicilio en el Municipio de Andes (Antioquia), por medio del presente, muy respetuosamente manifiesto ante sus respetados Despachos, que renuncio al derecho a ocupar curul ante el Concejo Municipal de Andes (Antioquia) por el Partido Conservador Colombiano.

(...)

Esta decisión obedece a razones de estricto orden personal, trascendentes e inaplazables (...).». (fol. 67, cuaderno principal)

En el oficio del 17 de diciembre de 2015, suscrito por el presidente del Comité Municipal del Partido Conservador, Bertulfo Gallón Arango, con constancia de recibido de la misma fecha por parte de Liliana María Rincón, le solicita al Registrador Municipal del Estado Civil, Carlos Mario Montoya Restrepo, lo siguiente:

«(...) Respetado Servidor, como es de conocimiento público en las pasadas elecciones realizadas el 25 de octubre, el Partido Conservador Colombiano obtuvo cuatro (04) curules, para el Concejo Municipal de Andes, período 2016-2019.

Conforme a lo anterior, los señores Jhon Jairo de Jesús Correa, Wilfor Alexander Henao Fernández, Carlos Mario Álvarez Álvarez y Huberto de Jesús Bustamante Osorio, resultaron electos para ocupar curul en nombre del Partido Conservador en el Concejo Municipal de Andes (Antioquia).

Sin embargo y a pesar de lo anterior, en días anteriores el señor Wilfor Alexander Henao Fernández, presentó renuncia ante el Partido Conservador y ante la Registraduría Municipal de Andes y en consecuencia no ocupará la curul, es por esta razón que con fundamento en lo dispuesto en el artículo 134 de la Constitución Política, con la modificación contenida en el artículo 4 del Acto Legislativo 02 de 2015 y en mi condición de presidente del Comité Municipal del Partido Conservador, solicito que a través de sus buenos oficios se realicen las acciones necesarias para que el señor Abelardo Restrepo Saldarriaga, sea llamado a ocupar la curul que ha quedado vacante por la renuncia del señor Wilfor Alexander Henao Fernández.

La anterior solicitud obedece a que el señor Abelardo Restrepo Saldarriaga fue el candidato que según el orden de votación obtenida, sigue en forma sucesiva y descendente en la misma lista electoral. (...).». (fol. 70, cuaderno principal)

En la comunicación del 28 de diciembre de 2015, dirigida al alcalde municipal de Andes (Antioquia), Elkin Darío Jaramillo Jaramillo, con constancia de

Expediente: 05-001-23-33-000-2016-00444-01
Actor: Hernán Alonso Salazar García
Medio de control: Pérdida de investidura

radicación en la Alcaldía Municipal de 29 de diciembre de 2015, el demandado señala:

«(...) WILFOR ALEXANDER HENAO FERNÁNDEZ, Mayor, identificado con cédula de ciudadanía 71.279.784 y con domicilio en el Municipio de Andes (Antioquia), por medio del presente, muy respetuosamente manifiesto ante su respetado Despacho, que presente (sic) carta de renuncia el pasado 7 de diciembre de 2015 ante las respectivas corporaciones al derecho a ocupar curul ante el Concejo Municipal de Andes (Antioquia) por el Partido Conservador Colombiano.

Esta decisión obedece a razones de estricto orden personal, trascendentes e inaplazables, por lo anterior le solicito se adelanten las diligencias que correspondan a lo de su cargo (...)» (folio 69, cuaderno principal).

Mediante el oficio núm. DDA-REG-MAND-0910-26-524 del 28 de diciembre de 2015, el Registrador Municipal del Estado Civil, Carlos Mario Montoya Restrepo, le manifestó al señor Wilfor Alexander Henao Fernández, en respuesta a su comunicación, lo siguiente:

«(...) De acuerdo con la solicitud elevada a esta dependencia, me permito informarle que de acuerdo con la ley 136 de 1994 (Junio 02), Reglamentada parcialmente por el Decreto 863 de 2009, Por la cual se dictan normas tendientes a modernizar la organización y funcionamiento de los municipios, En su capítulo (sic) 04 dedicado a los concejales, artículo 53, expresa textualmente: Artículo 53°. Renuncia. La renuncia de un concejal se produce cuando él mismo manifiesta en forma escrita e inequívoca su voluntad de hacer dejación definitiva de su investidura como tal. La renuncia deberá presentarse ante el Presidente del Concejo, y en ella se determinará la fecha a partir de la cual se quiere hacer. La renuncia del Presidente del Concejo, se presentará ante la mesa directiva de la Corporación. (...) De acuerdo con lo anterior debe proceder una vez el Alcalde Electo posesione el concejo entrante período constitucional 2016-2019. (...)» (folio 68, cuaderno principal)

El presidente del Comité Municipal del Partido Conservador, Bertulfo Gallón Arango, le dirigió comunicación al alcalde del municipio de Andes, John Jairo Mejía Aramburo (sic), el día 4 de enero de 2016, con constancia de radicado del concejo municipal en la misma fecha, en la que le subraya:

«(...) Respetado Servidor, como es de conocimiento público, en las pasadas elecciones realizadas el 25 de octubre, el Partido

Expediente: 05-001-23-33-000-2016-00444-01
Actor: Hernán Alonso Salazar García
Medio de control: Pérdida de investidura

Conservador Colombiano obtuvo cuatro (04) curules, para el Concejo Municipal de Andes, período 2016-2019.

Conforme a lo anterior, los señores Jhon Jairo de Jesús Correa, Wilfor Alexander Henao Fernández, Carlos Mario Álvarez Álvarez y Huberto de Jesús Bustamante Osorio, resultaron electos para ocupar curul en nombre del Partido Conservador en el Concejo Municipal de Andes (Antioquia).

Sin embargo y a pesar de lo anterior, en días anteriores el señor Wilfor Alexander Henao Fernández, presentó renuncia ante el Partido Conservador y ante la Registraduría, y luego por segunda vez, el día 29 de diciembre de 2015 la presentó ante su despacho y en consecuencia no ocupará la curul, es por esta razón que con fundamento en lo dispuesto en el artículo 134 de la Constitución Política con la modificación contenida en el artículo 4 del Acto Legislativo 02 de 2015 y en mi condición de presidente del Comité Municipal del Partido Conservador, solicito que a través de sus buenos oficios y con estricto cumplimiento al principio constitucional de celeridad administrativa, se procede a aceptar la renuncia presentada por el señor Wilfor Alexander Henao Fernández.

La anterior solicitud se dirige a su Despacho, toda vez que, de conformidad con el artículo 91, Literal A, Numeral 8 de la Ley 136 de 1994, es función del Alcalde “Aceptar la renuncia o conceder licencia a los concejales, cuando el concejo esté en receso” y como quiera que según el artículo 23 de la citada Ley, el Concejo de Andes iniciará sesiones ordinarias en el mes de febrero, será el Alcalde a quien corresponda aceptar la renuncia. En concordancia con lo expresado por el Consejo de Estado – Sala de Consulta y Servicio Civil, en concepto del veintidós (22) de julio de mil novecientos noventa y ocho (1998), Consejero ponente: César Hoyos Salazar.

Como es de su conocimiento, el Concejo Municipal de Andes fue instalado desde el pasado dos (02) de enero de 2016 y dado que aún no ha sido aceptada la renuncia del señor Wilfor Alexander Henao Fernández; la representatividad en el Concejo por parte del Partido Conservador, viene siendo limitada, al punto que de no procederse con celeridad, no podrá participar el Partido Conservador con la cuarta curul obtenida, ni en la elección del Personero Municipal, ni en la de la Secretaría de la Corporación; tampoco podrá participar el Partido Conservador con su cuarta curul en la Elección de la Mesa Directiva de la Corporación, ni en la de los miembros que integran las comisiones permanentes.

En síntesis señor Alcalde, respetuosamente le solicito proceder a través de sus buenos oficios, con la celeridad debida para aceptar la renuncia presentada por el señor Wilfor Alexander Henao Fernández y proceda a comunicar de esa decisión al Concejo Municipal de Andes, con la finalidad que de allí se puedan realizar las acciones necesarias para que el señor Abelardo Restrepo Saldarriaga, sea llamado a ocupar la curul que ha quedado

Expediente: 05-001-23-33-000-2016-00444-01
Actor: Hernán Alonso Salazar García
Medio de control: Pérdida de investidura

vacante por la renuncia del señor Wilfor Alexander Henao Fernández.

La anterior solicitud obedece a que el señor Abelardo Restrepo Saldarriaga fue el candidato que según el orden de votación obtenida, sigue en forma sucesiva y descendente en la misma lista electoral.

Es de resaltar que en sesión inaugural del dos de enero, se Convocó al Concejo Municipal para el próximo nueve (09) de enero, razón por la que, respetuosamente le solicito se imprima la celeridad debida, con la finalidad que el Partido Conservador Colombiano, pueda tener la totalidad de la representatividad, a través de las cuatro curules obtenidas en las pasadas elecciones del 25 de octubre de 2015. (...)». (fol. 71, cuaderno principal)

El demandante dirigió una comunicación al concejo municipal de Andes (Antioquia) el día 5 de febrero de 2016, con constancia de recepción del 5 de febrero de 2016 en la Personería de Andes, en la que manifiesta:

«(...) WILFOR ALEXANDER HENAO FERNÁNDEZ, Mayor, identificado con cédula de ciudadanía 71.279.784 y con domicilio en el Municipio de Andes (Antioquia), por medio del presente, muy respetuosamente manifiesto a la Corporación que renuncio al derecho a ocupar curul ante el Concejo Municipal de Andes (Antioquia) por el Partido Conservador.

(...)

Esta decisión obedece a razones de estricto orden personal, trascendentes e inaplazables, de reciente ocurrencia y que me imposibilitan tomar posesión en el cargo.

Quiero manifestar que esta solicitud fue inicialmente presentada ante el Alcalde Municipal el día 29 de diciembre de 2015, por encontrarse el concejo en receso durante el mes de enero y en virtud de lo dispuesto en el numeral 8, del literal A del artículo 91 de la Ley 136 de 1994, modificado por el artículo 29 de la Ley 1551 de 2012, según el cual es función del Alcalde “Aceptar la renuncia o conceder licencia a los concejales cuando el concejo esté en receso”.

En respuesta del 29 de enero de 2016, mediante oficio 100.055.05.0415 el Alcalde Municipal responde con evasivas, sin pronunciarse de fondo frente a si aceptaba o no la renuncia.

Ante esta situación y teniendo en cuenta que en febrero el Concejo Municipal se encuentra en sesiones ordinarias, presento renuncia ante la Corporación con fundamento en lo prescrito en el párrafo transitorio del artículo 134 de la Constitución Política, modificado por el artículo 4 del Acto Legislativo 02 de 2015, que señala (...)». (fol. 66, cuaderno principal)

Expediente: 05-001-23-33-000-2016-00444-01
Actor: Hernán Alonso Salazar García
Medio de control: Pérdida de investidura

Se allegó al expediente la sentencia del 5 de febrero de 2015, proferida por el Tribunal Superior de Distrito Judicial de Antioquia – Sala Tercera Civil Especializada en Restitución de Tierras, en el trámite de la acción de tutela presentada por el señor Abelardo Restrepo Saldarriaga en contra de la Registraduría Nacional del Estado Civil, la Alcaldía Municipal de Andes (Antioquia) y el Concejo del municipio de Andes (Antioquia), en la que se decidió:

«(...) FALLA: (...) PRIMERO: NEGAR la presente acción de tutela impetrada por el Sr. ABELARDO RESTREPO SALDARRIAGA, en cuanto al derecho de participación política y conexos, pero CONCEDIÉNDOLA respecto al derecho de petición, conforme quedó motivado. (...) SEGUNDO: EN CONSECUENCIA, ORDENAR a la ALCALDÍA MUNICIPAL DE ANDES, a través de su alcalde, el Sr. JOHN JAIRO MEJÍA ARAMBURO, o quien haga sus veces, que dentro de las cuarenta y ocho (48) horas siguientes a la notificación de esta sentencia le dé al Sr. WILFOR ALEXANDER HENAO HERNÁNDEZ una respuesta clara, concisa y de fondo acerca de la renuncia que presentó a la investidura como concejal del municipio de Andes (...)». (fol. 42-48, cuaderno principal)

En cumplimiento de la orden judicial señalada, el 29 de febrero de 2016, la Alcaldía del municipio de Andes (Antioquia) dio respuesta a la comunicación presentada por el señor Wilfor Alexander Henao Fernández y manifestó que no aceptaba la renuncia al derecho a ocupar la curul ante el concejo municipal de Andes (Antioquia), argumentando que:

«(...) En primer lugar, como se aprecia en el oficio usted NO presentó renuncia ante el Alcalde Municipal, sino que presentó renuncia ante EL Concejo Municipal (sic) y “las respectivas corporaciones al derecho”, según usted mismo manifiesta. En este sentido, en verdad no entendemos por qué solicita que sea esta Alcaldía la que se la acepte. Lo que consideramos adecuado es que sean entidades ante las cuales usted presentó su renuncia se la acepten.

Es que es importante que usted tenga en cuenta que si por ejemplo el Alcalde aceptara una renuncia que no está dirigida a él y las corporaciones antes las (sic) que usted sí presentó renuncia decidieran no aceptarla, se generaría un caos jurídico administrativo de repercusiones mayúsculas.

En segundo lugar, y de acuerdo con lo anterior, es claro que por expresado mandato legal, los servidores públicos sólo pueden hacer lo que les esté expresamente ordenado. De manera que si

Expediente: 05-001-23-33-000-2016-00444-01
Actor: Hernán Alonso Salazar García
Medio de control: Pérdida de investidura

esta ALCALDIA PROCEDIERA a aceptar una renuncia que usted presentó ante otras entidades, no ante esta Alcaldía, podríamos incurrir en una extralimitación de funciones, o en una desviación de poder o en un abuso de autoridad, etc.

Por último, tampoco entendemos por qué razón si, como usted mismo afirma, presentó renuncia ante otras entidades, por qué razón se ha presentado una acción de tutela contra el Municipio de Andes y no contra las entidades frente a las cuales usted presentó su renuncia.

Por las razones expuestas, esta Administración Municipal no puede aceptar su renuncia.

Pero, por otro lado, es muy importante señalar que, aún en el caso de que el Alcalde fuere el competente para pronunciarse sobre la renuncia, el criterio nuestro es que no es posible aceptarla jurídicamente, puesto que no se cumplen los presupuestos que el ordenamiento jurídico colombiano establece para ello.

En efecto, es espíritu democrático es uno de los pilares de nuestro sistema constitucional. Dentro de ello, el respeto a la decisión de los electores tiene una especial protección normativa y jurisprudencial y por tanto, consideramos que no puede una persona que ha sido electa por el pueblo desatender el mandato popular y simplemente darle la espalda a un pueblo que lo ha postulado como su representante.

En ese sentido, es pertinente indicar:

La fuerza mayor como eximente de responsabilidad

Como se señaló con anterioridad, el artículo 48 de la Ley 617 de 2000 establece los casos en los cuales los diputados, concejales municipales y distritales y miembros de juntas administradoras locales perderán su investidura. El numeral 3 indica que una de las causales para recibir la sanción es no tomar posesión del cargo dentro de los tres días siguientes a la instalación de la respectiva corporación. Por su parte, el parágrafo 1 de dicha norma establece que la causal citada no tendrá aplicación cuando medie fuerza mayor.

(...)

Por todo lo expuesto, esta Administración Municipal se reitera en la consideración que no es competente para aceptar la presunta renuncia del señor WILFOR ALEXANDER HENAO FERNÁNDEZ. Pero en caso de que si fuere competente, no se dan los presupuestos para su aceptación y por tanto esta Administración Municipal no lo aceptará. (...)» (fol. 83-84 y 138-139, cuaderno principal)

Del recaudo probatorio se evidencia que el demandado, señor Wilfor Alexander Henao Fernández no tomó posesión del cargo de concejal del municipio de

Expediente: 05-001-23-33-000-2016-00444-01
Actor: Hernán Alonso Salazar García
Medio de control: Pérdida de investidura

Andes (Antioquia) para el periodo 2016-2019, en la sesión de instalación del concejo municipal celebrada el 2 de enero de 2016 ni dentro de los tres (3) días siguientes a la fecha de instalación, conforme lo establece el artículo 48 de la Ley 617 de 2000.

Ahora bien, el párrafo 1° del artículo 48 de la Ley 617 de 2000 señala que la causal prevista en el numeral del 3° de dicha norma no tendrá aplicación cuando medie fuerza mayor, por lo que será necesario analizar si los motivos esgrimidos por la demandada son constitutivos de tal figura jurídica.

El demandante, en las distintas comunicaciones que envió a la Registraduría Nacional del Estado Civil, al Partido Conservador Colombiano y a la Alcaldía Municipal de Andes (Antioquia), señaló que renunciaba a su derecho a ocupar la curul de concejal **en atención a razones de estricto orden personal, trascendentes e inaplazables, sin señalarlas,** por lo que no es posible evidenciar un evento de fuerza mayor que la inhibiera para tomar posesión como concejal del municipio de Andes (Antioquia).

En tal sentido debe traerse a colación la posición que respecto del alcance del referido concepto ha consignado la Sala, que en providencia de 16 de febrero de 2012¹¹, precisó:

“(...) En consideración a lo anterior, es preciso determinar si en el asunto sub examine estaban dadas o no las condiciones para inaplicar la causal 3ª del artículo 48 de la Ley en mención, por el hecho de haber mediado una situación constitutiva de fuerza mayor.

Pues bien, de acuerdo con lo dispuesto por el artículo 64 del Código Civil Colombiano, subrogado por el artículo 1° de la Ley 95 de 1890, “Se llama fuerza mayor o caso fortuito el imprevisto o que no es posible resistir, como un naufragio, un terremoto, el apresamiento de enemigos, los actos de autoridad ejercidos por un funcionario público, etc.”

Según se desprende de la anterior definición legal, la situación constitutiva de la fuerza mayor debe ser un hecho extraño a quien la alega, totalmente imprevisto e irresistible, capaz de determinar y justificar el incumplimiento o inejecución de determinado deber u

¹¹ CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCION PRIMERA, Consejero ponente: MARCO ANTONIO VELILLA MORENO (E), Bogotá, D. C., dieciséis (16) de febrero de dos mil doce (2012), Radicación numero: 25000-23-15-000-2011-00213-01(PI).

Expediente: 05-001-23-33-000-2016-00444-01
Actor: Hernán Alonso Salazar García
Medio de control: Pérdida de investidura

obligación por parte de éste. En razón de su carácter imprevisible e irresistible, la fuerza mayor es considerada en nuestro ordenamiento jurídico como causa eximente de responsabilidad, por cuanto viene a justificar el incumplimiento de la correspondiente obligación.

Al respecto es pertinente citar el siguiente aparte contenido en la sentencia proferida el 30 de agosto de 2002, dentro del proceso identificado con el número 8046, C. P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo:

*“En otras palabras, qué de imprevisible tiene que una persona, que se dedica a una actividad única en determinado municipio, decida también, por su propia voluntad, participar en una elección para concejal?. Y qué de irresistible tiene no renunciar o mantenerse en un cargo de elección popular? **Siempre que en una decisión intervenga la libertad para adoptarla, per se, se descarta la imprevisibilidad e irresistibilidad, pues esta supone la ocurrencia de un imprevisto al que es imposible resistir.**”*

Decidir “correr el riesgo” de suministrar el combustible, bajo la consideración de estar exonerado por ser proveedor único, conlleva la decisión de asumir las consecuencias que de ello se derivan, como por ejemplo, colocarse en una causal de incompatibilidad. Luego, decidir, voluntariamente, seguir suministrando el combustible y, al mismo tiempo, desempeñarse como Concejal, no fue un imprevisto al que es imposible resistir, sino todo lo contrario, una situación, a todos luces previsible.”

La imprevisibilidad que es propia de la figura, se presenta cuando resulta totalmente imposible visualizar o contemplar el hecho con anterioridad a su ocurrencia. Para establecer qué es lo previsible, se hace necesario considerar las circunstancias particulares del caso concreto a fin de verificar cuáles son las previsiones normales que habrían de exigirse a quien alega en su beneficio ese fenómeno liberatorio.

En tratándose de la obligación que asumen las personas que han sido elegidas por el voto popular como miembros de una corporación administrativa de carácter territorial, en el sentido de tomar posesión del cargo dentro del término perentorio establecido en el artículo 48 de la ley 617 de 2000, el parágrafo de ese mismo artículo admite como causal exonerativa o exculpativa de responsabilidad, la ocurrencia de un hecho de fuerza mayor, en el entendido de que el incumplimiento de esa obligación no le es jurídicamente imputable ni puede dar lugar a que se declare la pérdida de la investidura, con las gravosas consecuencias señaladas por el ordenamiento jurídico.

Expediente: 05-001-23-33-000-2016-00444-01
Actor: Hernán Alonso Salazar García
Medio de control: Pérdida de investidura

La fuerza mayor, en estos casos, se produce entonces cuando el hecho exógeno al concejal elegido es imprevisible e irresistible y se traduce en la imposibilidad absoluta de dar cumplimiento a la obligación ya mencionada. En tales circunstancias el hecho de la falta de posesión dentro de la oportunidad legal, no puede subsumirse en la causal de pérdida de investidura prevista en el artículo 48 numeral 3° de la Ley 617 de 2000, por tratarse de una omisión plenamente justificada.

En ese orden de ideas, la ocurrencia de una situación fáctica constitutiva de fuerza mayor, traslada al interesado la carga de demostrar que el fenómeno por él alegado, además de corresponder a una causa extraña, imprevisible e irresistible, le impidió el cumplimiento de la obligación de tomar posesión dentro de los tres (3) días hábiles siguientes a la fecha de la instalación de las sesiones del Concejo Distrital. (...)”

No debe perderse de vista que esta Sala ha advertido que “(...) que la ocurrencia de una situación fáctica constitutiva de esa fuerza mayor traslada al interesado la carga de demostrar que el fenómeno por él alegado corresponde a una causa extraña. (...)”¹², lo cual, claramente, no ha sido demostrado por la parte demandada.

En relación con la renuncia presentada por el demandando al «(...) derecho a ocupar curul ante el Concejo Municipal de Andes (Antioquia) (...)», esta Sala prohíja la tesis expuesta en la sentencia del 20 de junio de 2013¹³, en la que se consideró que:

«(...) e.- En el presente asunto, el Concejo municipal de Chinchiná se instaló e inició sus sesiones para el periodo constitucional 2012-2015¹⁴ el día 2 de enero de 2012 y ni en esa fecha ni dentro de los tres (3) días hábiles siguientes a ella, esto es, los días 3, 4 y 5 de enero, el demandado tomó posesión del cargo de concejal municipal, incurriendo claramente en la causal de pérdida de investidura consagrada en el numeral 3° del artículo 48 de la Ley 617 de 2000, al no operar en este caso la excepción

¹² CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCION PRIMERA, Consejera ponente: MARIA ELIZABETH GARCIA GONZALEZ (E), Bogotá, D.C., seis (6) de agosto de dos mil quince (2015), Radicación número: 41001-23-33-000-2013-00337-01(PI), Actor: JOSE ARMIN LOZANO CAVIEDES.

¹³ CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCION PRIMERA. Consejero ponente: GUILLERMO VARGAS AYALA. Bogotá, D.C., veinte (20) de junio de dos mil trece (2013). Radicación número: 17001-23-31-000-2012-00215-02(PI). Actor: JHON JAIRO RAMIREZ VALENCIA. Demandado: CRISTHIAN CAMILO LOPEZ RIVERA.

¹⁴ De acuerdo con lo dispuesto en el artículo 35 de la Ley 136 de 1994 los concejos municipales se instalarán en los primeros diez días del mes de enero correspondiente a la iniciación de sus períodos constitucionales, previo señalamiento de fecha con tres días de anticipación.

Expediente: 05-001-23-33-000-2016-00444-01
Actor: Hernán Alonso Salazar García
Medio de control: Pérdida de investidura

consagrada en el parágrafo 1º de dicha norma, por no existir hecho alguno constitutivo de fuerza mayor que le impidiera cumplir con tal deber legal dentro de los mencionados plazos perentorios.

Y es que el hecho de que previamente a dichos términos legales hubiera manifestado ante el Presidente del Concejo Municipal de Chinchiná su deseo de no posesionarse por voluntad propia en el mencionado cargo no constituye hecho alguno de fuerza mayor que le excusara del cumplimiento oportuno de tal deber legal, pues no se trata de un hecho externo al concejal demandado que fuera imprevisible e irresistible y que le impidiera en forma absoluta cumplir esa obligación.

En este caso lo anterior solo constituye una manifestación de no tomar posesión del cargo para el cual fue elegido, la cual si bien es libre y debe ser aceptada como una expresión (negativa) del derecho fundamental a la conformación del poder político, trae como consecuencia por expreso mandato de la ley la pérdida de investidura de quien la realiza.

Por consiguiente, encuentra la Sala se configura en este caso la causal de pérdida de investidura alegada. (...)».

Ahora bien, el apelante alega que obró de buena fe y **que estuvo frente a un error invencible** en la comisión de la conducta:

«(...) de conformidad con la renuncia presentada al partido conservador, a la registraduría (sic) y al alcalde, el cual no respondió en su debido momento, por lo cual el señor Wilfor Alexander Henao consideró que estaba actuando de conformidad con la ley y su renuncia había sido presentada de manera correcta, para no dar lugar a violar la moral pública por los contratos que fueron celebrados con la Institución Educativa Pascual Bravo. (...) Segundo: Se obró con el fin de proteger un derecho y con desconocimiento de lo que se estaba haciendo, lo que deja ver que el error invencible se pudo convertir en una fuerza mayor. (...)».

Al respecto, esta Sala ha analizado la figura del error invencible alegado en los juicios de pérdida de investidura¹⁵, indicando lo siguiente:

«(...) Ahora bien, teniendo en cuenta que el apelante argumenta que el proceder del concejal demandado obedeció a un error frente a la conducta reiterada de la Corporación Edilicia y que el

¹⁵ CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCION PRIMERA. Consejero ponente: ROBERTO AUGUSTO SERRATO VALDÉS. Bogotá, D.C., veintiséis (26) de noviembre de dos mil quince (2015). Radicación número: 68001-23-33-000-2015-00324-01(PI). Actor: FRANCISCO JAVIER SILVA PACHECO. Demandado: JAIME ENRIQUE QUINTANILLA ARCHILA – Concejal del municipio de Barrancabermeja. Referencia: APELACION SENTENCIA – PERDIDA DE INVESTIDURA.

Expediente: 05-001-23-33-000-2016-00444-01
Actor: Hernán Alonso Salazar García
Medio de control: Pérdida de investidura

proyecto de Resolución fue elaborado por la Oficina Jurídica, cabe anotar por la Sala que la jurisprudencia de la Corporación ha sido prolífica en señalar que la acción de pérdida de investidura tiene el carácter de juicio disciplinario, razón por la cual tendrían aplicación las mismas eximentes de responsabilidad que se aplican a procesos de tal naturaleza, así las cosas cabe traer a colación lo expuesto por la Sección Segunda¹⁶ en torno a las exigencias que se requieren para la aplicación del error invencible en tratándose de procesos disciplinarios, Sección que en sentencia de 27 de febrero de 2004, consideró:

*“Para que opere la exención de responsabilidad establecida en el numeral 6 del artículo 28 de la Ley 734 de 2002, es obligatorio además de la existencia del error, que éste sea invencible. **Es necesario que el disciplinado tenga la creencia plena y sincera de que actuaba ajustado al ordenamiento jurídico, y adicionalmente, que el error de apreciación no era humanamente superable dadas las condiciones personales del procesado y las circunstancias en que éste se realizó, eventos en los cuales, la conducta no es reprochable a título de dolo, porque en el encartado no hay la conciencia de la ilicitud de su acción, sin el cual el fenómeno no se estructura.** Tampoco le puede ser reprochable a título de culpa porque actuó con el cuidado y diligencia para determinar que su conducta no era contraria a la ley. Bajo la anterior consideración vale la pena destacar, que la conducta reprochada era totalmente evitable, en la medida en que, al demandante le correspondía estar seguro de la existencia del acto administrativo que le otorgara la competencia para suscribir la Resolución No. 163 de 22 de octubre de 2001, es decir, debía estar atento a la suscripción del acto o adelantar las diligencias necesarias que lo llevaran a obtener la certeza de que estaba debidamente facultado para ejercer esa función y no sólo limitarse a cumplirla de manera verbal sin el lleno de los requisitos.”*

Con base en el anterior lineamiento jurisprudencial, para que proceda la eximente de responsabilidad por error se requiere no sólo de sus existencia sino que además éste sea invencible, en este sentido no resultan de recibo los argumentos del apelante cuando afirma que el proyecto de Resolución fue elaborado por la Oficina Jurídica y que desde muchos años atrás el beneficio se estaba concediendo, porque si bien pudo estimar que al suscribir la Resolución elaborada por la Oficina Jurídica ésta se ajustaba al ordenamiento jurídico, su deber era verificar que la asignación de recursos para el llamado “bono de navidad” estaba autorizado por las disposiciones legales. De otro lado, el error de apreciación era superable en tanto el concejal elegido estaba en capacidad de conocer las expresas prohibiciones previstas en la Carta Política, en tratándose de donaciones o auxilios, que lo obligaban a actuar con la diligencia y cuidado necesarios para evitar adoptar

¹⁶ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección B, Consejera ponente: Bertha Lucia Ramírez de Páez (E), Bogotá D. C., veintisiete (27) de febrero de dos mil catorce (2014), Radicación número: 11001-03-25-000-2012-00888-00(2728-12).

Expediente: 05-001-23-33-000-2016-00444-01
Actor: Hernán Alonso Salazar García
Medio de control: Pérdida de investidura

decisiones contrarias a la ley; situación que hubiese podido evitar de haber revisado la normativa que regula la materia, antes de suscribir la Resolución 111 de 2010. Por ende, se anota que tales mecanismos de defensa no justifican la conducta asumida. Por el contrario, es pertinente resaltar que el concejal Jaime Enrique Quintanilla Archila, desconoció la expresa prohibición establecida en la Constitución Política y la ley para efectuar donaciones o auxilios a personas naturales. Estas razones resultan suficientes para considerar por la Sala que la conducta del concejal al suscribir la Resolución 111 de 2010, no se encuentra justificada por error invencible. (...)».

No se entiende de qué manera las comunicaciones enviadas a la Registraduría Nacional del Estado Civil, al Partido Conservador y a la Alcaldía del municipio de Andes (Antioquia), hubieran permitido que el demandado pensara que estaba actuando al amparo del ordenamiento jurídico cuando el parágrafo 1° del artículo 48 de la Ley 617 de 2000 señala que la causal prevista en el numeral del 3° de dicha norma no tendrá aplicación, únicamente, cuando medie fuerza mayor.

La simple consulta de la Ley 617 de 2000, así como de la jurisprudencia de esta Sala, le hubiera permitido al demandado inferir que las comunicaciones a las que se ha hecho referencia no tienen la entidad de enervar la configuración de la causal de pérdida de investidura por lo que el error de apreciación que alega el demandado era humanamente superable.

3.- Conclusiones

De acuerdo con los razonamientos expuestos, esta Sala encontró acreditado, como lo encontró igualmente el Tribunal Administrativo de Antioquia, que el demandado Wilfor Alexander Henao Fernández violó el régimen de inhabilidades previsto para los concejales, causal de pérdida de investidura por virtud del núm. 6 del artículo 48 de la Ley 617 de 2000, en concordancia con el artículo 55 de la Ley 136 de 1994, e infringió el núm. 3 del artículo 48 de la citada Ley, por lo que resulta procedente, entonces, la confirmación de la decisión de primera instancia mediante la cual se decretó la pérdida de la investidura.

Expediente: 05-001-23-33-000-2016-00444-01
Actor: Hernán Alonso Salazar García
Medio de control: Pérdida de investidura

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

FALLA:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia del 21 de junio de 2016 proferida por el Tribunal Administrativo de Antioquia por las razones expuestas en la parte motiva de esta decisión judicial.

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

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE, COMUNÍQUESE Y CÚMPLASE,

Se deja constancia que la anterior providencia fue leída, discutida y aprobada por la Sala en la sesión de la fecha.

ROBERTO AUGUSTO SERRATO VALDÉS MARÍA ELIZABETH GARCÍA GONZÁLEZ
Presidente

CARLOS ENRIQUE MORENO RUBIO (E)