



CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCIÓN PRIMERA

Bogotá, D.C., dieciséis (16) de marzo de dos mil diecisiete (2017).

CONSEJERA PONENTE: MARÍA ELIZABETH GARCÍA GONZÁLEZ.

**REF: Expediente núm. 68001-23-33-000-2015-01326-00.
Recurso de apelación contra la sentencia de 15 de febrero de
2016, proferida por el Tribunal Administrativo de Santander.
Actor: FREDY ANTONIO MAYORGA MELÉNDEZ.**

TESIS: EL ARTÍCULO 4º DE LA LEY 144 DE 1994 EXIGE QUE EN LA DEMANDA DE PÉRDIDA DE INVESTIDURA SE INVOQUE LA CAUSAL O CAUSALES BAJO LAS CUALES DEBE DESARROLLARSE DICHO PROCESO SANCIONATORIO, SIENDO ÉSTA LA OPORTUNIDAD PROCESAL PARA HACERLO Y NO LA AUDIENCIA PÚBLICA CUYO OBJETO ES LA

**REF.: Expediente núm. 68001-23-33-000-2015-01326-00.
Actor: FREDY ANTONIO MAYORGA MELÉNDEZ.**

INTERVENCIÓN DE LAS PARTES PARA EXPONER SUS ALEGATOS DESPUÉS DE SURTIDA LA CONTESTACIÓN Y EL PERÍODO PROBATORIO, SIN QUE SEA POSIBLE ADICIONAR CAUSALES DURANTE EL DESARROLLO DE ÉSTA. EL CONCEJAL DEMANDADO NO ESTÁ INCURSO EN LA CAUSAL DE INHABILIDAD PREVISTA EN EL ARTÍCULO 40, NUMERAL 2º DE LA LEY 617 DE 2000 COMO QUIERA QUE NO FUNGIÓ COMO EMPLEADO PÚBLICO CUANDO FUE CONTRATADO COMO GERENTE GENERAL DE LA SOCIEDAD TERMINAL DE TRANSPORTE DE BUCARAMANGA S.A.

Se decide el recurso de apelación oportunamente interpuesto por el actor contra la sentencia de 15 de febrero de 2016, proferida por el Tribunal Administrativo de Santander, por medio de la cual denegó la pérdida de investidura del Concejal del Municipio de Bucaramanga (Santander), señor **WILSON MANUEL MORA CADENA**.

I-. ANTECEDENTES.

I.1-. El ciudadano **FREDY ANTONIO MAYORGA MELÉNDEZ**, actuando en nombre propio, presentó demanda ante el Tribunal Administrativo de Santander, tendiente a que, mediante sentencia y en los términos del artículo 55, numeral 2º de la Ley 136 de 1994, se dispusiera la pérdida de investidura del Concejal del Municipio de Bucaramanga (Santander) señor **WILSON MANUEL MORA CADENA**, por haber violado el régimen de inhabilidades consagrado en el artículo 40, numeral 2º de la Ley 617 de 2000.

REF.: Expediente núm. 68001-23-33-000-2015-01326-00.
Actor: FREDY ANTONIO MAYORGA MELÉNDEZ.

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

Que el señor **WILSON MANUEL MORA CADENA**, identificado con cédula de ciudadanía núm. 91.454.752, inscribió su nombre como candidato y fue elegido Concejal del Municipio de Bucaramanga (Santander) para el período constitucional 2016-2019, por el Partido Liberal colombiano, según consta en el Formulario E-26 CON de 31 de octubre de 2015, con un total de 8.867 votos.

Según lo explica el actor, a la fecha de presentación de la demanda de pérdida de investidura, esto es, el día 27 de noviembre de 2015, el demandado aún ocupaba el cargo de Gerente y representante legal de la Terminal de Transportes de Bucaramanga S.A., siendo su nominador y ordenador del gasto, quien según el Manual de Funciones de dicha empresa, ejerció autoridad administrativa en el Departamento de Santander.

Que la Terminal de Transportes de Bucaramanga S.A. es una Sociedad Anónima de Economía Mixta del orden municipal, con autonomía, personería jurídica, patrimonio y organización propios, establecidos de acuerdo con las leyes colombianas desde el 6 de

**REF.: Expediente núm. 68001-23-33-000-2015-01326-00.
Actor: FREDY ANTONIO MAYORGA MELÉNDEZ.**

febrero de 1978, su plazo de duración expira el 6 de febrero de 2078 y su objetivo es proporcionar dentro de sus instalaciones comodidad, seguridad y prestar los servicios necesarios a los usuarios de transporte intermunicipal e interdepartamental, permitiendo la centralización de la llegada y salida de vehículos en general, contribuyendo así al ordenamiento urbano de su zona de influencia, constituyendo solución a los problemas de tránsito de su área de influencia y adelantando los programas necesarios para asegurar su adecuado control y mejoramiento del servicio de transporte terrestre automotor.

Entre las facultades del representante legal de la Terminal de Transporte de Bucaramanga S.A. previstas en la Escritura Pública núm. 214 de 11 de febrero de 2002 de la Notaría Décima del Círculo Notarial de Bucaramanga, señala, que se observa en el numeral 3º la de *"celebrar con sujeción a las normas legales y estatutarias los acuerdos de la junta directiva; todos aquellos actos o contratos tendientes de una u otra forma al desarrollo del objeto social hasta por la suma de 100 salarios mínimos mensuales legales vigentes"*.

REF.: Expediente núm. 68001-23-33-000-2015-01326-00.
Actor: FREDY ANTONIO MAYORGA MELÉNDEZ.

Explica que el artículo 2º del Decreto 2762 de 2001, establece que se consideran un servicio público las actividades que se desarrollan en las terminales de transporte por lo que su representante legal se encuentra investido de funciones públicas y ejerce autoridad civil y administrativa, cumpliéndose así los requisitos establecidos por el artículo 40, numeral 2º de la Ley 617 de 2000.

Que el demandado a sabiendas de que estaba inhabilitado según consulta que le absolviera el Departamento Administrativo de la Función Pública, de manera irregular e ilegal inscribió su nombre, tramitó su aval y se hizo elegir Concejal en contra del ordenamiento jurídico, engañando a su partido político, a los electores, al Consejo Nacional Electoral y a la Registraduría Nacional del Estado Civil.

I.3-. El demandado, a través de apoderado, se opuso a la prosperidad de las pretensiones de la demanda mediante escrito de 18 de enero de 2016 -folios 149 a 166-. Frente a la causal de pérdida de investidura invocada, inicialmente mencionó que le resultaba preocupante la forma cómo el actor modificó la configuración del Honorable Consejo de Estado para determinar la procedencia de la causal de inhabilidad referida.

REF.: Expediente núm. 68001-23-33-000-2015-01326-00.
Actor: FREDY ANTONIO MAYORGA MELÉNDEZ.

Si bien en el texto de la demanda no se hizo una cita exacta y precisa de la sentencia de 18 de febrero de 2010, radicado núm. 50001-23-31-000-2007-01129-01, Consejero ponente doctor Filemón Jiménez Ochoa, providencia en la que se señalan los elementos configurantes de la causal invocada, refiere el accionado que, el actor haciendo alusión a tales requisitos, reemplazó la expresión "empleado público" por "funcionario público"; agregó la preposición "o" e incluyó la expresión "particular que ejerza funciones públicas" para al final del texto concluir que se probaron los hechos alegados en la demanda.

El demandado critica, de igual forma, la concepción de servidor público planteada por el actor, en cuanto incluye en él a los particulares que desempeñen funciones públicas, en lo que entiende como una tergiversación del artículo 123 Superior. La naturaleza jurídica de la Terminal de Transportes de Bucaramanga S.A. como Sociedad de Economía Mixta, indica que su regulación viene en la Ley 489 de 1998, artículo 102 que dispone el régimen de inhabilidades e incompatibilidades: "**Los representantes legales y los miembros de los consejos y juntas directivas de los establecimientos públicos, de las empresas industriales y comerciales del Estado y de las sociedades de economía mixta**

**REF.: Expediente núm. 68001-23-33-000-2015-01326-00.
Actor: FREDY ANTONIO MAYORGA MELÉNDEZ.**

en las que la Nación o sus entidades posean el noventa por ciento (90%) o más de su capital social y de las empresas oficiales de servicios públicos domiciliarios, estarán sujetos al régimen de inhabilidades, incompatibilidades, y responsabilidades previstas en el Decreto 128 de 1976 y demás normas que lo modifiquen o adicionen.”

Y que en ese sentido, precisa, al revisar la certificación de la Directora Administrativa y Financiera de la Terminal de Transportes de Bucaramanga S.A., se encuentra una participación del sector público de 48.2286% equivalente a 3.717.546 acciones, por lo que no resulta posible incluir al demandado como sujeto pasivo del régimen de inhabilidades e incompatibilidades señalado en el artículo 102 de la Ley 489 de 1998, lo que le permite concluir que aquél no se encontraba inhabilitado para ser Concejal de Bucaramanga (Santander).

De otra parte, manifiesta que los requisitos para la configuración de la causal de inhabilidad no se encuentran probados, dado que el primero de ellos, relativo a que exista un vínculo laboral en calidad de empleado público del candidato o elegido, no pudo demostrarse; refiere que el artículo primero de la Ley 909 de 2004 al señalar que

**REF.: Expediente núm. 68001-23-33-000-2015-01326-00.
Actor: FREDY ANTONIO MAYORGA MELÉNDEZ.**

hacen parte de la función pública los empleos públicos de carrera, empleos públicos de libre nombramiento y remoción, empleos de período fijo y empleos temporales, dejó por fuera aquellas relaciones laborales instauradas mediante contratos a término indefinido como la que ostentaba el Concejal demandado como gerente de la Terminal de Transportes de Bucaramanga S.A. y por lo tanto, este no es un empleado público.

Finalizó anotando, frente al capítulo de la demanda denominado **“Normas violadas y concepto de la violación”**, que el actor señaló el presunto incumplimiento de las disposiciones contenidas en el Decreto núm. 1079 de mayo 26 de 2015 “Por medio del cual se expide el Decreto Único Reglamentario del Sector Transporte”, especialmente en su artículo 2.2.1.4.10.3.1. y subsiguientes, pero que de conformidad con el Concepto de 26 de enero de 2006, emanado de la Sala de Consulta y Servicio Civil de esta Corporación, Expediente núm. 11001-03-06-000-2005-01681-00, Consejero ponente Enrique José Arboleda Perdomo, la “Tasa de Uso” realmente es un “derecho de uso” y la expresión “tasa” no corresponde al *“sentido tributario del mismo”*.

REF.: Expediente núm. 68001-23-33-000-2015-01326-00.
Actor: FREDY ANTONIO MAYORGA MELÉNDEZ.

Indicó también que el accionante no sólo omitió establecer el concepto de la violación para el caso concreto, sino que hizo una relación de normas que no aplican al mismo.

II-. FUNDAMENTOS DE LA SENTENCIA RECURRIDA.

El *a quo* denegó la solicitud de pérdida de investidura, argumentando para ello, en síntesis, lo siguiente:

La demanda está encaminada a demostrar, en principio, la supuesta inhabilidad en que incurrió el Concejal de Bucaramanga (Santander), señor **WILSON MANUEL MORA CADENA**, al haber sido Gerente y representante legal de la Terminal de Transportes de Bucaramanga S.A. dentro de los doce (12) meses anteriores a la fecha de elección y, como consecuencia de ello, haber ejercido autoridad administrativa como empleado público en el Municipio de Bucaramanga (Santander) e intervenido como ordenador del gasto en la celebración de contratos que debían ejecutarse o cumplirse en el mismo Municipio, en los términos del artículo 40, numeral 2º de la Ley 617 de 2000.

REF.: Expediente núm. 68001-23-33-000-2015-01326-00.
Actor: FREDY ANTONIO MAYORGA MELÉNDEZ.

No obstante lo anterior y aunque no fue incorporada originalmente en la demanda, la providencia apelada precisó que dentro del debate suscitado fue puesta en consideración también la causal del numeral 3º *ibídem*, resultando debatida por los dos extremos de la *litis* en cada una de las etapas de este proceso y, por ende, examinada e incorporados los resultados de su análisis en las consideraciones de dicha sentencia.

Esta otra inhabilidad se refiere a la posibilidad de haber 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, dentro del año anterior a la elección. Así mismo, al evento de que el Concejal 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, también dentro del año anterior a su elección.

En ese orden de ideas ante la inhabilidad contemplada en el numeral 2 y luego de un análisis jurisprudencial, el *a quo* concluyó

REF.: Expediente núm. 68001-23-33-000-2015-01326-00.
Actor: FREDY ANTONIO MAYORGA MELÉNDEZ.

que ésta no se configuró debido a que el cargo de Gerente de la Terminal de Transporte de Bucaramanga S.A. ostentado por el señor **WILSON MANUEL MORA CADENA** desde el pasado 1º de septiembre de 2015 -folio 167-, no es un empleo público, por cuanto al ser una Sociedad de Economía Mixta, se le aplica el régimen jurídico de derecho privado en el desarrollo de sus actividades y a los servidores que se encuentran vinculados a ellas.

A estas sociedades sólo se les llegaría a aplicar el régimen de las Empresas Industriales y Comerciales del Estado cuando la participación del Estado sea igual o superior al 90% en los términos del párrafo del artículo 97 de la Ley 489 de 1998, lo cual no ocurre en el caso concreto, en donde la participación del sector público equivale al 48,2286% según certificación de la Directora Administrativa y Financiera de la Terminal -folio 172-.

Además, con fundamento en las consideraciones de la Corte Constitucional, señaló que los trabajadores de la Terminal de Transportes de Bucaramanga S.A. podrían llegar a tenerse como servidores públicos mas no como empleados públicos, que es el requisito exigido por la causal de inhabilidad referida. Resaltó que en el plenario se pudo encontrar que la vinculación del demandado

REF.: Expediente núm. 68001-23-33-000-2015-01326-00.
Actor: FREDY ANTONIO MAYORGA MELÉNDEZ.

con la Terminal de Transportes de Bucaramanga S.A. se realizó mediante contrato a término indefinido, lo que claramente deja ver que no se hizo a través de una relación legal y reglamentaria.

Ante la carencia de este presupuesto de la causal de inhabilidad indicada, según el cual, ésta debe recaer sobre un empleado público, mencionó que no le fue posible entrar a analizar los subsiguientes y que en consecuencia el cargo no prosperó.

Por otro lado, ante la inhabilidad contemplada en el numeral 3º, el *a quo* consideró que el demandante no precisó el contrato o gestión por la cual señaló que se encontraba incurso en la referida inhabilidad el Concejal demandado, haciendo sólo referencia a aquellos que había suscrito en su calidad de Gerente del Terminal de Transportes de Bucaramanga S.A. de forma genérica. Pero además, resaltó la certificación allegada por el Revisor Fiscal de dicha Sociedad -folio 228- en la que consta que el señor **WILSON MANUEL MORA CADENA** no firmó contrato, convenio o negocio con entidad pública alguna dentro del período comprendido entre el 24 de octubre de 2014 y el 24 de octubre de 2015, así como la certificación del Secretario Administrativo de la Alcaldía de Bucaramanga en el mismo sentido, lo que le permitió concluir que

REF.: Expediente núm. 68001-23-33-000-2015-01326-00.
Actor: FREDY ANTONIO MAYORGA MELÉNDEZ.

en este caso tampoco se cumplió con los requisitos exigidos para la configuración de la primera parte de esta causal.

En cuanto a la segunda parte o hipótesis que contempla la causal 3ª, el *a quo* explicó que dentro del objeto social de la Terminal de Transportes de Bucaramanga S.A., no se evidenciaron funciones como las de administrar tributos, tasas o contribuciones. Asimismo, señaló que obra otra certificación suscrita por el Revisor Fiscal de la Terminal de Transportes de Bucaramanga S.A. -folio 171- en donde se establece que los ingresos operacionales de la misma proceden, entre otros, de las tarifas por "Derechos de Uso" consagradas actualmente en el artículo 2.2.1.4.10.3.1. del Decreto núm. 1079 de 2015 y que cuentan con la siguiente definición: "*Denomínase tasas de uso el valor que deben cancelar las Empresas de Transporte por el uso de las áreas operativas de los terminales de transporte terrestre de pasajeros por carretera, a la empresa terminal de transporte*".

Sobre el asunto de las tasas de uso actualmente reguladas por dicha disposición, en la sentencia se trajo a colación el Concepto de 26 de enero de 2006 radicación número 1.681 de la Sala de Consulta y Servicio Civil de esta Corporación, mediante el cual

**REF.: Expediente núm. 68001-23-33-000-2015-01326-00.
Actor: FREDY ANTONIO MAYORGA MELÉNDEZ.**

absolvió una pregunta formulada por el Ministerio de Transporte, referente a la naturaleza de las tasas de uso, el valor de las pruebas de alcoholimetría como parte de las tasas de uso. Con fundamento en las consideraciones vertidas en dicho concepto para responder los cuestionamientos, el *a quo* concluyó que las Tasas de Uso, denominadas en este caso concreto por el Revisor Fiscal como Derechos de Uso, no corresponden a tasas, tributos o contribuciones de índole tributario, siendo claro que en el mismo sentido de las anteriores causales de inhabilidad estudiadas, ésta también debía despacharse desfavorablemente.

III-. FUNDAMENTOS DEL RECURSO.

El actor se muestra inconforme con el fallo de primer grado explicando que tuvo como fuente de derecho el referido Concepto de la Sala de Consulta y Servicio Civil, desconociendo el alcance jurídico no vinculante del mismo y dejando de lado la Constitución Política, la Ley, la Jurisprudencia y el precedente judicial. De igual forma, manifiesta que la providencia tiene como fuente de autoridad procesal a un particular, como lo es el Revisor Fiscal de la Terminal de Transportes de Bucaramanga S.A., quien señaló que su Gerente no recauda Tasas de Uso sino una tarifa, desconociendo los

REF.: Expediente núm. 68001-23-33-000-2015-01326-00.
Actor: FREDY ANTONIO MAYORGA MELÉNDEZ.

preceptos legales y jurisprudenciales vigentes con variación gramatical equívoca.

Insiste en la definición legal de "Tasa de Uso", invocando para ello los artículos 20 de la Ley 38 de 1989 y 55, inciso 10º, 67 y 71 de la Ley 179 de 1994; así como la Ley 105 de 1993, el artículo 27 del Decreto núm. 111 de 1996, el Decreto núm. 2762 de 2001 y la Resolución núm. 2222 de 2002, expedida por el Ministerio de Transporte. Transcribió, de igual forma, Jurisprudencia de esta Corporación y de la Corte Constitucional en la que se explican los conceptos de tasas y contribuciones.

Señala que está demostrado en el caso concreto que el señor **WILSON MANUEL MORA CADENA** como Gerente de la Terminal de Transportes de Bucaramanga S.A. sí manejó, recaudó, administró e invirtió el valor del recaudo de las Tasas de Uso, definidas estas como gravamen y tributo, las cuales se destinaron para funcionamiento e inversión, estando inmerso en la causal 3ª de inhabilidad del artículo 40 de la Ley 617 de 2000 por cuanto fue representante legal de entidad que administraba y recaudaba tributos como la "Tasa de Uso" o gravamen, en el respectivo

**REF.: Expediente núm. 68001-23-33-000-2015-01326-00.
Actor: FREDY ANTONIO MAYORGA MELÉNDEZ.**

Municipio para el cual fue electo como Concejal (Bucaramanga, Santander).

Posteriormente, reafirmó sus argumentos en cuanto a la naturaleza jurídica de la Terminal de Transportes de Bucaramanga S.A. y su régimen de inhabilidades e incompatibilidades, así como con relación a la definición jurisprudencial de la intervención de negocios. Mencionó normas del Decreto núm. 1079 de 2015 y, finalmente, se refirió a lo que denominó "incompatibilidad sobreviniente", argumentando que para la época de realización de la posesión del demandado como Concejal de Bucaramanga (Santander), el día 1º de enero de 2016, aún fungía como representante legal de la Terminal de Transportes de Bucaramanga S.A., tal como se acreditó con el Certificado de Existencia y Representación Legal de la Cámara de Comercio de Bucaramanga, generándose así la inhabilidad sobreviniente de carácter constitucional contemplada en el artículo 291 Superior.

IV-. ALEGATO DEL MINISTERIO PÚBLICO.

El señor Procurador Delegado para la Conciliación Administrativa, en su vista de fondo, se muestra partidario de que se confirme la

REF.: Expediente núm. 68001-23-33-000-2015-01326-00.
Actor: FREDY ANTONIO MAYORGA MELÉNDEZ.

sentencia apelada, en síntesis, por cuanto no se configura la causal de pérdida de investidura contenida en el numeral 2º del artículo 40 de la Ley 617 de 2000, dado que no se presentó la situación fáctica que sirve de fundamento para que concurra la incompatibilidad.

Explicó que, de conformidad con la Jurisprudencia de esta Corporación, ostentan la calidad de empleados públicos quienes presten sus servicios a cargos creados en las plantas de personal de las entidades públicas y cuya vinculación se realiza mediante acto administrativo, en virtud de una relación legal y reglamentaria.

Por lo tanto, el cargo de Gerente de la Terminal de Transportes de Bucaramanga S.A. ostentado por el demandado, no es un empleo público, al verificarse que en la Escritura Pública núm. 00214 se estableció la naturaleza jurídica de la misma como una Sociedad de Economía Mixta regida por la Ley 489 de 1998, a la que por su composición accionaria se le aplica régimen jurídico de derecho privado en cuanto a su actividad y a los servidores que se encuentren vinculados a ella. Solo a las sociedades cuya participación del sector público sea igual o superior al 90%, insiste, se le aplica el régimen de las Empresas Industriales y Comerciales del Estado, lo cual no se presentó en el caso concreto, ya que

REF.: Expediente núm. 68001-23-33-000-2015-01326-00.
Actor: FREDY ANTONIO MAYORGA MELÉNDEZ.

según las referidas certificaciones aquélla sólo equivale al 48,2286%.

Lo anterior, sumado a que la vinculación del señor **WILSON MANUEL MORA CADENA** como Gerente de la Terminal de Transportes de Bucaramanga S.A. se realizó mediante contrato laboral a término indefinido, le permiten concluir al Agente del Ministerio Público que el demandado no era un empleado público para la época de los hechos y, por tanto, no se configuró la causal alegada.

Por otra parte, señala que el actor tampoco probó el contrato o la gestión por los cuales consideraba configurada dicha inhabilidad, limitándose a hacer referencia a aquellos que había suscrito en su calidad de Gerente de la Terminal de Transportes de Bucaramanga S.A., sin perjuicio de las certificaciones allegadas al proceso en las que se hace constar que no fueron suscrito contratos con entidades públicas dentro del período comprendido entre el 24 de octubre de 2014 y el 24 de octubre de 2015, lo que también le permitió verificar la ausencia de los requisitos exigidos para la configuración de la causal aludida.

**REF.: Expediente núm. 68001-23-33-000-2015-01326-00.
Actor: FREDY ANTONIO MAYORGA MELÉNDEZ.**

V-. CONSIDERACIONES DE LA SALA:

En relación con la controversia sometida al estudio de la Sala cabe anotar lo siguiente:

En la solicitud de pérdida de investidura que nos ocupa se observa claramente que el actor sólo invocó y explicó como fundamento de sus pretensiones la causal de inhabilidad prevista en **el artículo 40, numeral 2º de la Ley 617 de 2000**, según la cual: "*No podrá ser inscrito como candidato ni elegido concejal municipal o distrital: (...) 2. Quien dentro de los doce (12) meses anteriores a la fecha de la elección haya ejercido como empleado público, jurisdicción o autoridad política, civil, administrativa o militar, en el respectivo municipio o distrito, o quien como empleado público del orden nacional, departamental o municipal, haya intervenido como ordenador del gasto en la ejecución de recursos de inversión o celebración de contratos, que deban ejecutarse o cumplirse en el respectivo municipio o distrito*" y hacia la misma concentró toda su argumentación.

En el acápite de la demanda denominado "*Normas violadas y concepto de la violación*" -folios 114 a 118-, el demandante

REF.: Expediente núm. 68001-23-33-000-2015-01326-00.
Actor: FREDY ANTONIO MAYORGA MELÉNDEZ.

incorporó, dentro de las eventuales disposiciones transgredidas, las contenidas en el Decreto núm. 1079 de mayo 26 de 2015 "*Por medio del cual se expide el Decreto Único Reglamentario del Sector Transporte*" y, en especial, las que regulan el tema de las "Tasas de Uso", "Obligaciones de las Terminales" y "Sanciones y Procedimiento" como fundamento de la supuesta configuración de la mencionada causal de inhabilidad del **artículo 40, numeral 2º de la Ley 617 de 2000** así como de sus pretensiones en torno a ésta.

La contestación se efectuó por parte del Concejal demandado mediante apoderado judicial, la cual estuvo dirigida exclusivamente a desvirtuar los fundamentos de hecho y de derecho de la solicitud de pérdida de investidura en torno a la alegada inhabilidad del **artículo 40, numeral 2º de la Ley 617 de 2000**. A su vez, para oponerse a la supuesta violación de las normas invocadas por el actor, trajo a colación el Concepto de 26 de enero de 2016 de la Sala de Consulta y Servicio Civil, radicado núm. 11001-03-06-000-2005-01681-00, y se limitó a concluir en forma breve que la "Tasa de Uso" realmente es un "Derecho de Uso" y la expresión "Tasa" no corresponde al sentido tributario del término.

REF.: Expediente núm. 68001-23-33-000-2015-01326-00.
Actor: FREDY ANTONIO MAYORGA MELÉNDEZ.

En la audiencia pública celebrada el día 26 de enero de 2016 -folios 377 y 378-, el actor manifestó que el Concejal cuando fungía como Gerente de la Terminal de Transportes de Bucaramanga S.A., tenía: *"otorgadas las facultades legales como son el cobro de la Tasa de Uso de conformidad con el artículo 17 del Decreto 2762 de 2001"*; asimismo señaló que: *"se debe remitir al artículo 13 de la normatividad que señala las obligaciones de las Terminales de Transporte, norma que lee textualmente, y manifiesta que con base en esto resulta claro que el representante legal de la Terminal de Transportes cuenta con la facultad de decidir, de imponer sanciones, de imponer la Tasa de Uso, la cual al fijarse por el artículo 2º de la Resolución núm. 2222, se señala que se cobrará por parte del Terminal de Transporte el valor de las tarifas de alcoholemia, recursos que deberán ser recaudados y depositados en la cuenta que se autorice (...)".*

Por su parte, el Procurador Judicial 160 como Agente del Ministerio Público, al hacer uso de la palabra, indicó que al analizar la demanda observó dos situaciones: la relativa a la causal invocada del **numeral 2º del artículo 40 de la Ley 617 de 2000** y, la relacionada con la causal del **numeral 3º ibídem**¹ que si bien no

¹ **"Artículo 40. De las inhabilidades de los Concejales.** El artículo 43 de la Ley 136 de 1994 quedará así:

REF.: Expediente núm. 68001-23-33-000-2015-01326-00.
Actor: FREDY ANTONIO MAYORGA MELÉNDEZ.

fue invocada "***sí fue controvertida***". Fue aquí que se mencionó expresamente, por primera vez, la causal contenida en el **numeral 3º del artículo 40 de la Ley 617 de 2000.**

Ante ello, el Concejal demandado señor **WILSON MANUEL MORA CADENA**, haciendo uso de la palabra, explicó en dicha audiencia que: "***en cuanto al señalamiento que era conocedor de una causal de inhabilidad por el concepto de que administró tributos por la tasa de uso, no es cierto por cuanto lo elevado fue una Consulta ante la Sala de Consulta y Servicio Civil, órgano que respondió mediante Concepto el cual fue aportado al plenario y lee textualmente; así mismo señala que igual demanda que la que nos ocupa se presentó a la Gerente de la Terminal de Transportes de Chiquinquirá, donde de igual manera se señaló que la tasa de uso no es un tributo, por esto señala que cuando tuvo la certeza de que no incurría en ninguna inhabilidad analizando uno a uno los elementos de la norma***

"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."

REF.: Expediente núm. 68001-23-33-000-2015-01326-00.
Actor: FREDY ANTONIO MAYORGA MELÉNDEZ.

se postuló como Concejal (...)". (Negrilla y subraya fuera de texto).

El apoderado del demandado, a renglón seguido, argumentó que: **"el revisor fiscal describe en certificación allegada al expediente, de dónde provienen los ingresos del Terminal de Transporte de Bucaramanga, sin que estos correspondan a una tasa en el sentido tributario;** con base en lo anterior, solicita sean despachadas negativamente las pretensiones de la demanda máxime cuando este tema ya fue de conocimiento de una pérdida de investidura de un Concejal del Municipio de Chiquinquirá, en el cual de igual manera fueron despachadas desfavorablemente las pretensiones de la demanda (...)"

El *a quo* en la sentencia impugnada de 15 de febrero de 2016 - folios 402 a 412-, estableció lo siguiente: "En el asunto puesto a consideración de esta Corporación, el accionante Freddy Antonio Mayorga Meléndez encamina su demanda a que el señor Wilson Manuel Mora Cadena en su calidad de Concejal del Municipio de Bucaramanga se encuentra incurso en la causal de inhabilidad No.2 consagrada en el artículo 43 de la Ley 136 de 1994 modificado por el artículo 40 de la Ley 617 de 2000, **lo anterior valga decir en**

REF.: Expediente núm. 68001-23-33-000-2015-01326-00.
Actor: FREDY ANTONIO MAYORGA MELÉNDEZ.

principio, por cuanto, dentro del debate suscitado fue puesta en consideración la causal No.3 del mismo ordenamiento, la cual en atención a que fue debatida por los dos extremos de la litis en cada una de las etapas de este proceso, se examinará con posterioridad a la causal enunciada expresamente y que dio inicio al presente trámite.”

En el recurso de apelación que nos convoca -folios 417 a 425-, interpuesto por el actor, se hizo énfasis inicialmente en la definición de “Tasa de Uso”, las normas que la regulan y en la supuesta configuración de la causal contenida en el **numeral 3º del artículo 40 de la Ley 617 de 2000** a partir del acervo probatorio recaudado, por lo que solicitó la revocatoria de la sentencia de 15 de febrero de 2016 y, en su lugar, que se decretara la pérdida de investidura del demandado. Posteriormente, insiste el recurso en los argumentos que supuestamente configuran la causal prevista en el **numeral 2º del artículo 40 de la Ley 617 de 2000** así como en lo que denomina “incompatibilidad sobreviniente” para, de igual forma, requerir la revocatoria de la consabida providencia apelada.

Con ocasión de esta impugnación, el demandado en sus alegatos de conclusión -folios 38 a 45 del cuaderno del recurso- reiteró lo

**REF.: Expediente núm. 68001-23-33-000-2015-01326-00.
Actor: FREDY ANTONIO MAYORGA MELÉNDEZ.**

expuesto en la audiencia especial del día 26 de enero de 2016, respecto de que la Tasa de Uso realmente es un Derecho de Uso y no corresponde al sentido tributario del término. Trajo a colación nuevamente el Concepto de 26 de enero de 2016 de la Sala de Consulta y Servicio Civil, radicado núm. 11001-03-06-000-2005-01681-00 que soporta su afirmación.

Observado lo anterior, la Sección se permite considerar como aspecto inicial que la causal de inhabilidad contenida en el **numeral 3º del artículo 40 de la Ley 617 de 2000** no fue originalmente incorporada como fundamento de la solicitud de pérdida de investidura que nos ocupa y, por lo mismo, su análisis jurídico probatorio no podía adelantarse en la providencia de primera instancia como en efecto se hizo.

El artículo 4º de la Ley 144 de 1994 "*Por la cual se establece el procedimiento de pérdida de la investidura de los congresistas*" -el cual se aplica en este caso concreto por remisión expresa que hicieron el artículo 55, numeral 4º de la Ley 136 de 1994², en concordancia con lo previsto en el Parágrafo 2º del artículo 48 de la

² **"ARTÍCULO 55. PÉRDIDA DE LA INVESTIDURA DE CONCEJAL.** Los concejales perderán su investidura por:

(...)

La pérdida de la investidura será decretada por el Tribunal de lo Contencioso Administrativo de la respectiva jurisdicción, **siguiendo el procedimiento establecido para los congresistas**, en lo que corresponda." (Negrillas por fuera de texto).

**REF.: Expediente núm. 68001-23-33-000-2015-01326-00.
Actor: FREDY ANTONIO MAYORGA MELÉNDEZ.**

Ley 617 de 2000³-, es claro al imponerle al demandante unas cargas mínimas de obligatoria observancia para que sea tramitado su escrito bajo las reglas propias de la acción pública de pérdida de investidura:

“ARTÍCULO 4o. Cuando la solicitud sea presentada ante el Consejo de Estado por un ciudadano, **ésta deberá formularse por escrito y contener, al menos:**

a) Nombres y apellidos, identificación y domicilio de quien la formula;

b) Nombre del Congresista y su acreditación expedida por la Organización Electoral Nacional;

c) Invocación de la causal por la cual se solicita la pérdida de la investidura;

d) La solicitud de práctica de pruebas, si fuere el caso;

e) Dirección del lugar en donde el solicitante recibirá las notificaciones a que haya lugar.

(...)” Negrillas por fuera de texto.

Este literal c) exige, por lo menos, la invocación de la causal o causales bajo las cuales debe desarrollarse el proceso sancionatorio y resulta evidente que en el caso concreto la solicitud de pérdida de investidura se limitó a señalar la del **numeral 2º del artículo 40**

³ **“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:

(...)

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

REF.: Expediente núm. 68001-23-33-000-2015-01326-00.
Actor: FREDY ANTONIO MAYORGA MELÉNDEZ.

de la Ley 617 de 2000, absteniéndose por completo de incluir causales adicionales.

La Sala ya ha tenido oportunidad de pronunciarse en torno a ello a partir de lo que la Corporación había considerado en ocasiones anteriores:

“Ahora, si la conducta descrita encuadra en otra causal diferente de la alegada, no es viable, como lo pretende el apelante, interpretar que se trató de un error en el que incurrió el demandante y proceder a adecuar los hechos a la causal que legalmente corresponde, **pues reiteradamente esta Corporación ha sostenido que esa no puede ser labor oficiosa del juzgador.**

Al respecto, resulta oportuno traer a colación la sentencia de la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo de esta Corporación, de 13 de febrero de 2001 (Expediente AC-11946, Consejero ponente doctor Germán Rodríguez Villamizar), la cual, entre otros aspectos, precisó:

“En segundo orden, en la forma y concepción en que fue sustentada la demanda, la defensa del inculpado no puede tener por carga la explicación o refutación de presupuestos fácticos no consignados por el actor como fundamento de la pretensión; porque, de otra manera, en la práctica, la defensa resultaría incierta e imposible, porque sería tanto como exigirle al procesado que adelante o complemente la acusación elevada en su contra, lo cual riñe con la lógica y además se opone al respeto y efectividad del debido proceso y el derecho fundamental de defensa. Es por eso que, en forma expresa e inequívoca, en el literal c) del artículo 4º de la ley 144 de 1994 se exija, como requisito indispensable a cargo del actor, el consignar en el escrito de petición lo siguiente:

**REF.: Expediente núm. 68001-23-33-000-2015-01326-00.
Actor: FREDY ANTONIO MAYORGA MELÉNDEZ.**

"Artículo 4º. Cuando la solicitud sea presentada ante el Consejo de Estado por un ciudadano, ésta deberá formularse por escrito y contener, al menos:

"(...)

"c.- Invocación de la causal por la cual se solicita la pérdida de la investidura. (...)"

Es de tal importancia y perentoriedad tal exigencia, que su inobservancia -al igual que la omisión de cualquiera otro de los requisitos señalados en dicha norma-, constituye motivo de inadmisión de la demanda (artículo 7º de la ley 144 de 1994). (...) **sí incumbe al actor el señalar de modo concreto los presupuestos de hecho y la relación de conexidad entre éstos y la causal invocada, en orden a determinar, en debida forma, los extremos de la controversia y, por consiguiente, garantizar el ejercicio de los derechos de defensa y contradicción del procesado".** (Negrilla y subraya fuera de texto).

Esta sentencia, es posterior a la de 5 de febrero de 2001, dictada dentro de los expedientes 10528 y 10967, que consagró una tesis distinta y dio lugar, entre otros reparos, al salvamento de voto que en forma conjunta presentaron los Consejeros doctores Mario Alario Méndez y Camilo Arciniegas Andrade, **al considerar que se condenó con la pérdida de investidura al demandado por hechos no alegados en la solicitud, lo cual, además de quebrantar el debido proceso y el derecho de defensa, contraría el principio de congruencia que implica la identidad jurídica entre la sentencia y las imputaciones formuladas en la solicitud.**

En este caso, como ya se vio, los presupuestos de hecho señalados en la demanda no encajan dentro de los supuestos jurídicos consagrados en las normas que se endilgan como quebrantadas, constitutivas de la causal alegada. **Y en el evento de que la Sala acometiera la labor de adecuar esos hechos a la causal que realmente corresponde, para establecer así la relación de conexidad entre unos y otra, dejaría al demandado desprovisto de la garantía del derecho de defensa y de contradicción.**

**REF.: Expediente núm. 68001-23-33-000-2015-01326-00.
Actor: FREDY ANTONIO MAYORGA MELÉNDEZ.**

También la Sala Plena de esta Corporación en sentencia de 23 de abril de 2001 (Expediente 12591, Consejero ponente doctor Alier Hernández Enríquez), **antes de acometer el estudio de la controversia, hizo énfasis en que el objeto del proceso estaría delimitado por los hechos expresamente señalados en la solicitud.**⁴ (Negrillas fuera de texto).

De igual forma enfatizó que:

“De lo expuesto por la Corte Constitucional, la Sala quiere resaltar los siguientes aspectos:

A.- La exigencia prevista en el literal c del artículo 4 de la Ley 144 de 1994 no requiere de una argumentación técnica jurídica, pues la misma se satisface con la explicación del porqué los hechos descritos en la solicitud permiten acreditar la existencia de una causal para despojar de la investidura, en este caso, a un concejal.

B.- El cumplir con la exigencia prevista en el citado artículo <artículo 4, literal c) de la Ley 144 de 1994> permite garantizar el derecho de defensa del sujeto pasivo de la acción, en la medida en que el demandado conocerá de forma precisa los argumentos por los que se considera que la situación de hecho configura una de las causales de pérdida de investidura.

C.- La indeterminación de cómo los hechos descritos en la solicitud encuadran en una de las causales de pérdida de investidura obligaría al demandando a suponer y presumir los argumentos de la acusación. El ejercicio del derecho de defensa y contradicción se somete, entonces, a un riesgo desproporcionado toda vez que convierte en incierto el ejercicio del derecho de defensa y contradicción, además de que «es posible que el juez natural de la causa entienda de forma diferente el sentido de la acusación y, por consiguiente, convierta en fútil la defensa del

⁴ Sentencia de 13 de diciembre de 2007, radicado núm. 25000-23-15-000-2007-00730-01(PI), Consejero ponente Marco Antonio Velilla Moreno.

**REF.: Expediente núm. 68001-23-33-000-2015-01326-00.
Actor: FREDY ANTONIO MAYORGA MELÉNDEZ.**

sujeto pasivo en el proceso de pérdida de investidura».

Ahora bien, para esta Sala resulta ser claro el poder-deber de los jueces, como garantes del acceso efectivo a la administración de justicia (artículo 229 de la C.N.) y de la prevalencia del derecho sustancial sobre lo meramente adjetivo (artículo 228 de la C.N.), de interpretar el libelo de la demanda de manera integral, para extraer el verdadero sentido y alcance de las pretensiones cuya declaración se solicita.

Sin embargo, esta labor de los jueces solo puede tener lugar en los eventos en que exista falta de claridad, vaguedad o ambigüedad en el escrito, y que a pesar de ellas, sea posible desentrañar el sentido que decidió imprimirle el demandante, sin que ello implique, de modo alguno, desquiciar los ejes básicos de la misma, labor que en modo alguno supone el desconocimiento del carácter rogado de esta jurisdicción ni la sustitución o relevo de las cargas impuestas por la ley a las partes.

En relación con las solicitudes de pérdida de investidura, lo anterior se torna razonable en la medida en que la institución de la pérdida de investidura tiene un evidente carácter sancionatorio y entraña sanciones de mucha gravedad. De una parte, se le priva al demandado de la calidad que tenía y es separado de las funciones que ejercía y, de otra parte, acarrea una inhabilidad permanente consistente en que el afectado no puede volver a ejercer cargos de elección popular.”⁵ (Negrillas fuera de texto).

Al haberse omitido la invocación expresa y directa de la causal prevista en el **numeral 3º del artículo 40 de la Ley 617 de 2000**, el proceso *sub judice* quedó abstraído de su estudio y no le era dable al *a quo* someterla a valoración como equívocamente lo consideró luego de la anotación realizada por el Procurador Judicial

⁵ Sentencia de 13 de octubre de 2016, radicado núm. 810012339000-2016-00014-01, Consejero ponente Roberto Augusto Serrato Valdés.

**REF.: Expediente núm. 68001-23-33-000-2015-01326-00.
Actor: FREDY ANTONIO MAYORGA MELÉNDEZ.**

160 durante la Audiencia Pública de 26 de enero de 2016, en el sentido de incluir su análisis bajo el entendido de que si bien no fue invocada en la demanda "*sí fue controvertida*".

No sólo (i) ello fue advertido en un escenario que no está instituido para tales fines pues la oportunidad procesal para identificar las causales en el proceso de pérdida de investidura es, como ya se vio, la demanda y no la Audiencia Pública cuyo objeto es la intervención de las partes para exponer sus alegatos después de surtida la contestación y el período probatorio, sino que en aras de la discusión (ii) no es cierto que la causal del **numeral 3º ibídem** hubiese resultado controvertida y debatida por los dos extremos de la *litis* durante las etapas del proceso, como quiera que la contestación estuvo dirigida exclusivamente a desvirtuar los fundamentos de hecho y de derecho en torno a la inhabilidad del **numeral 2º ibídem** y en esa misma dirección el Concepto de 26 de enero de 2016 de la Sala de Consulta y Servicio Civil, radicado núm. 11001-03-06-000-2005-01681-00 **sólo fue traído a colación para oponerse a la supuesta violación de las normas referidas por el actor**, sin que le haya sido factible al Juez desentrañar un sentido subyacente digno de ser reinterpretado y encajado en una causal de inhabilidad adicional a la primigenia.

**REF.: Expediente núm. 68001-23-33-000-2015-01326-00.
Actor: FREDY ANTONIO MAYORGA MELÉNDEZ.**

Con esta ampliación extemporánea e irregular de los cargos de la demanda a una nueva causal de inhabilidad distinta a la originalmente enrostrada, se le vulneran al demandado, por demás, principios constitucionales fundamentales como el Debido Proceso y Derecho de Defensa, entre otros, como lo explica la Corte Constitucional:

"Principios aplicables al proceso de pérdida de investidura.

1. La Corte Constitucional ha establecido que **debido al carácter sancionatorio de la pérdida de investidura, esta figura "está sujeta, de manera general a los principios que gobiernan el debido proceso en materia penal, con las modulaciones especiales que son necesarias para la realización de sus fines constitucionales"**⁶. En ese orden de ideas, las garantías básicas del debido proceso, son aplicables en estos trámites, siempre bajo una interpretación adecuada a los fines propios que lo caracterizan.⁷

2. Por ejemplo, en la sentencia C-207 de 2003⁸, esta Corporación estableció que el principio de ley más permisiva o favorable en materia penal, dispuesto en el artículo 29 de la Constitución es aplicable por extensión a todo el derecho sancionatorio, *"tanto en aspectos sustanciales como procedimentales"*.

En efecto, los principios del derecho sancionatorio incluyen el principio de legalidad, tipicidad, aplicación de la ley más favorable, *non bis in ídem*, y la presunción de inocencia hasta no ser declarado culpable.⁹
(...)

⁶ Corte Constitucional, C-254A de 2012. Magistrado ponente Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

⁷ Corte Constitucional, sentencia T-1285 de 2005. Magistrada ponente Clara Inés Vargas Hernández.

⁸ Magistrado ponente Rodrigo Escobar Gil.

⁹ Artículo 29 de la Constitución.

REF.: Expediente núm. 68001-23-33-000-2015-01326-00.
Actor: FREDY ANTONIO MAYORGA MELÉNDEZ.

33. De este capítulo resultan relevantes las siguientes conclusiones:

- La pérdida de investidura es una acción pública¹⁰, 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.

(...)

- **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.**¹¹ (Negrillas por fuera de texto).

Con fundamento en lo anterior la Sala se abstendrá de analizar lo relacionado con la pretensión vinculada a la causal de inhabilidad prevista en el **artículo 40, numeral 3º de la Ley 617 de 2000** bajo el entendido de que, al no haber sido ésta invocada correcta y oportunamente en la demanda, resulta irregular su posterior

¹⁰ Corte Constitucional Sentencia SU-1159 de 2003. Magistrado ponente Manuel José Cepeda Espinosa.

¹¹ Sentencia SU424 de 11 de agosto de 2016, Magistrada ponente Gloria Stella Ortiz Delgado.

REF.: Expediente núm. 68001-23-33-000-2015-01326-00.
Actor: FREDY ANTONIO MAYORGA MELÉNDEZ.

estudio, análisis y decisión por parte del Tribunal en la providencia impugnada. Por esa misma razón, al no haber estado al margen del debate como correspondía, también cabe anotar que la decisión del *a quo* quedará despojada de cosa juzgada alguna exclusivamente en cuanto al enjuiciamiento de esta causal.

Decidido este asunto previo y en aras de adentrarse en el estudio del recurso de apelación interpuesto por el actor, la Sala advierte que la causal de inhabilidad prevista en el **artículo 40, numeral 2º de la Ley 617 de 2000** para los Concejales, es del siguiente tenor:

"Artículo 40. De las inhabilidades de los Concejales. El artículo 43 de la Ley 136 de 1994 quedará así:

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

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

Se trata en realidad de dos hipótesis contenidas en una misma causal:

REF.: Expediente núm. 68001-23-33-000-2015-01326-00.
Actor: FREDY ANTONIO MAYORGA MELÉNDEZ.

(i) La primera de ellas tiene por inhábil, para ser candidato o elegido Concejal, al **empleado público** que dentro de los doce (12) meses anteriores a la elección haya ejercido autoridad política, civil, administrativa o militar dentro del mismo Municipio o Distrito para el cual aspira o resulta elegido.

(ii) Y la segunda prescribe que también es inhábil, para ser candidato o elegido Concejal, el **empleado público** del orden nacional, departamental o municipal que haya intervenido como ordenador de gasto en la ejecución de recursos de inversión o en la celebración de contratos que deban ejecutarse o cumplirse en el respectivo Municipio o Distrito para el cual aspira o resulta elegido.

El elemento que inicialmente debe ser establecido entonces y que resulta común para la verificación de ambas hipótesis inhabilitantes, es el de la calidad de **empleado público** que tiene que ostentar el sujeto pasivo de dichas prohibiciones; o lo que es igual, **la persona natural que no haya fungido como empleado público** durante el lapso dentro del cual se le acuse de la comisión

REF.: Expediente núm. 68001-23-33-000-2015-01326-00.
Actor: FREDY ANTONIO MAYORGA MELÉNDEZ.

de los hechos censurados por la norma, simplemente no es destinatario de la prohibición allí contenida.

Para ello se advierte que los hechos relacionados con la presente solicitud de pérdida de investidura giran en torno a la elección del demandado como Concejal del Municipio de Bucaramanga (Santander) para el período constitucional 2016-2019, por lo que el año anterior a la elección transcurrió entre el **25 de octubre de 2015** (fecha de realización de las elecciones locales) y el **25 de octubre de 2014** (un año antes).

Está demostrado a través de certificación de 14 de enero de 2016 expedida por la Jefe de Talento Humano de la sociedad Terminal de Transportes de Bucaramanga S.A. -folio 167- que el Concejal señor **WILSON MANUEL MORA CADENA**, identificado con cédula de ciudadanía número 91.454.752 de Oiba (Santander) fue Gerente y Representante Legal de dicha empresa, dejando como constancia que aquél: ***"labora en esta empresa con contrato a término indefinido desde el 01 de septiembre de 2005 desempeñándose como GERENTE GENERAL"***. Y mediante copia del Manual de Responsabilidades de la Terminal de Transportes de Bucaramanga S.A. -folios 284 a 286- en la que estando

**REF.: Expediente núm. 68001-23-33-000-2015-01326-00.
Actor: FREDY ANTONIO MAYORGA MELÉNDEZ.**

determinadas las responsabilidades, autoridades y funciones de dicho cargo de Gerente General, se evidencia la de: ***"Ejercer plenamente la representación legal de la empresa"***.

Por ende, constatado el hecho relatado en la demanda según el cual el demandado sí se desempeñó como Gerente General y Representante Legal de la sociedad Terminal de Transportes de Bucaramanga S.A. dentro del mismo período inhabilitante previsto por la Ley, a continuación la Sala determinará si dicho cargo corresponde o no al de un **empleado público**.

De conformidad con el artículo 123 de la Constitución Política de 1991 son servidores públicos los miembros de las corporaciones públicas, **los empleados** y trabajadores del Estado y de sus entidades descentralizadas territorialmente y por servicios, todos los cuales están al servicio del Estado y de la comunidad y ejercerán sus funciones en la forma prevista por la Constitución, la ley y los reglamentos. Es decir, los **empleados públicos** son una de las categorías de servidores públicos previstas constitucionalmente, al lado de los miembros de las corporaciones públicas y trabajadores oficiales.

**REF.: Expediente núm. 68001-23-33-000-2015-01326-00.
Actor: FREDY ANTONIO MAYORGA MELÉNDEZ.**

En cuanto a la definición y elementos propios para determinar cuándo se está en presencia de un **empleado público** o no, la Jurisprudencia de la Corporación ha sido reiterada en considerar lo siguiente:

“De la calidad de empleado público.

Sobre la noción de empleo público el artículo 2º del Decreto 2400 de 19 de septiembre de 1968¹² modificado por el Decreto 3074 del mismo año, norma que se encuentra vigente, dispone:

“Se entiende por empleo el conjunto de funciones señaladas por la Constitución, la ley, el reglamento o asignadas por autoridad competente que deben ser atendidas por una persona natural.

Empleado o funcionario es la persona nombrada para ejercer un empleo y que ha tomado posesión del mismo.

Los empleados civiles de la Rama Ejecutiva integran el servicio civil de la República.

Quienes presten al Estado Servicios ocasionales como los peritos obligatorios, como los jurados de conciencia o de votación; temporales, como los técnicos y obreros contratados por el tiempo de ejecución de un trabajo o una obra son meros auxiliares de la Administración Pública y no se consideran comprendidos en el servicio civil, por no pertenecer a sus cuadros permanentes.

Para el ejercicio de funciones de carácter permanente se crearán los empleos correspondientes, y en ningún caso, podrán celebrarse contratos de prestación de servicios para el desempeño de tales funciones”.

Posteriormente, la Constitución Política de 1991, previó en el artículo 122 que ningún servidor público puede ejercer el cargo sin prestar juramento de cumplir y defenderla y

¹² “Por el cual se modifican las normas que regulan la administración del personal civil y se dictan otras disposiciones.”

**REF.: Expediente núm. 68001-23-33-000-2015-01326-00.
Actor: FREDY ANTONIO MAYORGA MELÉNDEZ.**

desempeñar los deberes que le imponga y en el artículo 125 estableció que por regla general los empleos de las entidades del Estado son de carrera administrativa excepto los de elección popular, los de libre nombramiento y remoción y los de trabajadores oficiales.

El Decreto 2503 de 1998¹³ definió el empleo público como: *“el conjunto de funciones que una persona natural debe desarrollar y las competencias requeridas para llevarlas a cabo, con el propósito de satisfacer el cumplimiento de los planes de desarrollo y los fines del Estado.”* **En cuanto a las funciones y requisitos específicos señaló que serían fijados por las respectivas entidades atendiendo los generales establecidos por el Gobierno Nacional, con excepción de aquellos empleos cuyas funciones y requisitos estén descritos en la Constitución Política o en leyes especiales.**

De las normas en cita se infiere que, para que una persona natural se desempeñe como empleado público, debe ingresar al servicio público en la forma establecida en la ley, esto es, a través de una designación válida que puede ser por nombramiento o elección, según el caso, además de la posesión, para el ejercicio de las funciones propias del empleo, vinculación conocida como legal y reglamentaria.

Surge entonces que por el hecho de tener una relación laboral y por ende estar vinculado a la entidad pública no se le puede otorgar la calidad de empleado público, dado que para ello es necesario que se den los presupuestos de nombramiento o elección y su correspondiente posesión como lo ha reiterado esta Corporación en diferentes fallos¹⁴, así se reitera en esta oportunidad dado el marco Constitucional y legal que rige la materia.”¹⁵ (Negrillas por fuera de texto).

Este criterio que se prohija y reitera por la Sala para los efectos del asunto sometido a estudio señala que será empleado público quien

¹³ “Por el cual se establece la naturaleza general de las funciones y los requisitos generales para los diferentes empleos públicos de las entidades del Orden Nacional a las cuales se aplica la Ley 443 de 1998 y se dictan otras disposiciones, publicado en el Diario Oficial No. 43.449 del 11 de diciembre de 1998.”

¹⁴ Ver entre otras las sentencias del 28 de julio de 2005 Exp. 5212-03, con ponencia del doctor Tarsicio Cáceres Toro y de 13 de octubre de 2011 Exp. 2238-10 con ponencia del doctor Gerardo Arenas Monsalve.

¹⁵ Sección Segunda, Subsección “A”, sentencia de 16 de julio de 2015, Expediente núm. 68001-23-31-000-2000-01335-01(2729-13), Consejera ponente Sandra Lisset Ibarra Vélez.

REF.: Expediente núm. 68001-23-33-000-2015-01326-00.
Actor: FREDY ANTONIO MAYORGA MELÉNDEZ.

(i) ingrese al servicio público a través de una designación legal y válida que puede ser nombramiento o elección, según el caso, (ii) agotando el trámite de su respectiva posesión, (iii) previo cumplimiento de los requisitos específicos fijados por las entidades atendiendo los requisitos generales establecidos por el Gobierno Nacional -con excepción de aquellos empleos cuyas funciones y requisitos estén descritos en la Constitución Política o en leyes especiales-, (iv) para ejecutar las funciones propias del empleo.

De conformidad con el artículo primero de la Escritura Pública núm. 00214 de 11 de febrero de 2002 -folios 182 a 198-, la sociedad Terminal de Transportes de Bucaramanga S.A.:

“(...) es una Sociedad Anónima Colombiana, **clasificada legalmente como una Sociedad de Economía Mixta**, y que por razón del ámbito de servicio e intención de sus fundadores, **pertenece al orden Municipal, regulada por la Ley 489 de 1998**, Código de Comercio y normas concordantes.”

Las Sociedades de Economía Mixta se encuentran reguladas por el artículo 97 de la Ley 489 de 1998 que las define como: *“organismos autorizados por la ley, constituidos bajo la forma de sociedades comerciales **con aportes estatales y de capital privado**, que desarrollan actividades de naturaleza industrial y comercial*

**REF.: Expediente núm. 68001-23-33-000-2015-01326-00.
Actor: FREDY ANTONIO MAYORGA MELÉNDEZ.**

conforme a las reglas de Derecho Privado, salvo las excepciones que consagra la ley”.

En este sentido en dicha Escritura Pública de constitución se observa como función de la Junta Directiva de la Terminal de Transporte de Bucaramanga S.A. la de *"ARTÍCULO CUADRAGÉSIMO SEXTO. - FUNCIONES DE LA JUNTA DIRECTIVA: (...) g) **Nombrar y remover libremente al Gerente del Terminal y fijarle su remuneración**"*- folio 191-, lo cual fue ratificado cuando reguló lo concerniente el Gerente General de la misma: *"ARTÍCULO QUINCUAGÉSIMO PRIMERO.- DESIGNACIÓN DEL GERENTE Y REPRESENTANTE LEGAL.- La representación legal y la gestión de los negocios sociales estará a cargo de un **Gerente** y su respectivo suplente, **quienes serán designados por la Junta Directiva a término indefinido, sin perjuicio de que pueda ser revocada su designación en cualquier tiempo.**"* -folio193-.

Así las cosas, en desarrollo de tales preceptos estatutarios como tuvo la oportunidad de anotarse antes, el señor **WILSON MANUEL MORA CADENA** al haber sido contratado para ser incorporado a la estructura de la Terminal de Transportes de Bucaramanga S.A. como Gerente General a través de un **contrato a término**

**REF.: Expediente núm. 68001-23-33-000-2015-01326-00.
Actor: FREDY ANTONIO MAYORGA MELÉNDEZ.**

indefinido desde el día 1º de septiembre de 2005 sin que exista prueba en contrario que evidencie que dicha vinculación fue legal y reglamentaria mediante nombramiento o elección en los términos exigidos, en efecto ni lo hace un **empleado público** ni resulta incurso en ninguna de las dos hipótesis contempladas por la causal de inhabilidad del **numeral 2º del artículo 40 de la Ley 617 de 2000** en cuanto quedó desvirtuado ese primer y común de los elementos constitutivos de la misma sin que, por demás, sea factible continuar con el análisis de los restantes.

La Sala por lo tanto encuentra que, contrario a lo considerado por el recurso de apelación interpuesto por el actor, la providencia impugnada debe mantenerse intacta en lo relativo a la denegación de las pretensiones de pérdida de investidura correspondientes a la causal del **artículo 40, numeral 2º de la Ley 617 de 2000**.

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

F A L L A:

**REF.: Expediente núm. 68001-23-33-000-2015-01326-00.
Actor: FREDY ANTONIO MAYORGA MELÉNDEZ.**

CONFÍRMASE la sentencia de 15 de febrero de 2016, pero por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia, esto es, sin incluir en el análisis la causal de inhabilidad prevista en el artículo 40, numeral 3º de la Ley 617 de 2000.

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

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

Se deja constancia de que la anterior sentencia fue leída, discutida y aprobada por la Sala en la sesión del día 16 de marzo de 2017.

ROBERTO AUGUSTO SERRATO VALDÉS
Presidente

MARÍA ELIZABETH GARCÍA GONZÁLEZ

CARLOS ENRIQUE MORENO RUBIO (E)