



CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCIÓN PRIMERA

Bogotá, D.C., primero (1) de diciembre de dos mil dieciséis (2016)

CONSEJERO PONENTE: ROBERTO AUGUSTO SERRATO VALDÉS

Radicación Número: 680012333000 2016 00259 01
680012333000 2016 00435 00 (Acumulado)
Medio de control: Pérdida de investidura
Actor: André Carolina Mosquera y José Vicente Rey
Demandados: Liliana Mendoza Rodríguez, Alirio Pinzón Díaz,
Edgar Enrique Gómez Silva, María Consuelo
Galvis Calderón, Juan Ángel Triana
Hernández, Alfredo Tarazona Matamoros,
José Alexander Esparza Martínez, Néstor
Alexander Bohórquez Meza, José Fernando
Sánchez Carvajal, Andrés Norberto Ardila
Pérez, Marcos Olarte Ramírez, Walter David
Durán Prada, Juan Carlos Ayala Suarez, Jorge
Pinzón Medina, Claudia Cecilia Hernández

Referencia: Villamizar, Guillermo González Palomino, José Nicanor Vera Pedraza, Nelson Darío Espitia Rodríguez y Salvador Molina Saavedra
Violación al régimen de incompatibilidades y del de conflicto de intereses. No se configura la incompatibilidad prevista en el artículo 291 de la Carta Política por cuanto no existió vínculo formal del concejal nombrado como secretario *ad hoc* con la administración. El parágrafo 2 del artículo 45 de la Ley 136 de 1994 indica que el funcionario público municipal que nombre a un concejal para un empleo o cargo público, incurre en causal de mala conducta, no se erige como causal de pérdida de investidura por no consagrarlo dicho parágrafo. En relación con la violación del conflicto de intereses no se evidencia el interés directo, particular y actual que entra en colisión con el interés público y que lo priva de la imparcialidad requerida para tramitar y decidir un asunto sometido a su conocimiento.

Procede la Sala a decidir el recurso de apelación interpuesto oportunamente por la parte demandante, en contra de la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo de Santander, el 1 de junio 2016, mediante la cual se negaron las pretensiones de las demandas de pérdida de investidura presentadas en contra de los señores Liliana Mendoza Rodríguez, Alirio Pinzón Díaz, Edgar Enrique Gómez Silva, María Consuelo Galvis Calderón, Juan Ángel Triana Hernández, Alfredo Tarazona Matamoros, José Alexander Esparza Martínez, Néstor Alexander Bohórquez Meza, José Fernando Sánchez Carvajal, Andrés Norberto Ardila Pérez, Marcos Olarte Ramírez, Walter David Durán Prada, Juan Carlos Ayala Suarez, Jorge Pinzón Medina, Claudia Cecilia Hernández Villamizar, Guillermo González Palomino, José Nicanor Vera

Pedraza, Nelson Darío Espitia Rodríguez y Salvador Molina Saavedra, concejales del municipio de Floridablanca (Santander) para el período 2016-2019.

1.- Antecedentes

1.1.- Expediente 680012333000 2016 00259 00

1.1.1.- La demanda (fols. 1-6, cuaderno principal núm. 1)

La ciudadana André Carolina Mosquera, obrando en nombre propio, solicitó la pérdida de la investidura de los señores Liliana Mendoza Rodríguez, Alirio Pinzón Díaz, Edgar Enrique Gómez Silva, María Consuelo Galvis Calderón, Juan Ángel Triana Hernández, Alfredo Tarazona Matamoros, José Alexander Esparza Martínez, Néstor Alexander Bohórquez Meza, José Fernando Sánchez Carvajal, Andrés Norberto Ardila Pérez, Marcos Olarte Ramírez, Walter David Durán Prada, Juan Carlos Ayala Suarez, Jorge Pinzón Medina, Claudia Cecilia Hernández Villamizar, Guillermo González Palomino, José Nicanor Vera Pedraza, Nelson Darío Espitia Rodríguez y Salvador Molina Saavedra, concejales del municipio de Floridablanca (Santander) para el período 2016-2019, por haber incurrido en la incompatibilidad prevista en el numeral 1 del artículo 45 de la Ley 136 de 1994, esto es, por «*Aceptar o desempeñar cargo alguno en la administración pública*», causal de pérdida de la investidura al tenor del numeral 1 del artículo 48 de la Ley 617 de 2000 que contempla que los concejales perderán su investidura por la «*violación del régimen de incompatibilidades*», en concordancia con el artículo 291 de la Constitución Política.

Como sustento de su solicitud la demandante relata que el día 2 de enero de 2016, misma fecha en la que tomaron posesión de sus cargos, los concejales

del municipio de Floridablanca (Santander), nombraron como Secretario General del Concejo Municipal al concejal Juan Ángel Triana Hernández, el cual aceptó el nombramiento y tomó posesión del cargo, ejerciéndolo desde aquel día hasta el 11 de enero de 2016, fecha en la que decidió renunciar al mismo.

El cargo de Secretario General del concejo municipal, afirma la demandante, *«es un CARGO PÚBLICO, del Nivel Jerárquico DIRECTIVO, de período fijo, el cual goza de todas las prestaciones laborales y hace las veces de jefe de personal del concejo»*.

1.1.2.- Contestación de la demanda por parte de los concejales Liliana Mendoza Rodríguez, Alirio Pinzón Díaz, Edgar Enrique Gómez Silva y María Consuelo Galvis Calderón (fols. 160-163, cuaderno principal núm. 1)

Los concejales mencionados, a través de apoderado judicial, y dentro de la oportunidad procesal correspondiente, procedieron a contestar la demanda de pérdida de investidura solicitando que se nieguen las pretensiones de la demanda, manifestando, en relación con los hechos que fundamentan las pretensiones de la demanda, lo siguiente:

«(...) No es cierto, ninguno de los Corporados nombró como tal al Señor Juan Ángel Triana Hernández. Simplemente fue una designación ad hoc, que es una excepción de carácter excepcional, ya que únicamente se designó mientras se elegía al titular del cargo. Tal designación se hizo con fundamento en la Constitución Nacional, la Ley 136 de 1994, el Acuerdo No. 010 del 10 de Julio de 2013 del Concejo Municipal de Floridablanca por medio del cual se adopta el Reglamento Interno y se deroga el Acuerdo 009 de 2004 y la Jurisprudencia. Sostener lo contrario sería aceptar que el cargo habría de quedar acéfalo indefinidamente, con el consiguiente entorpecimiento del servicio que tal omisión conllevaría. Y actuará

como Secretario ad hoc, ante la ausencia del Secretario en propiedad elegido en el período anterior por vencimiento de su período, el Concejal designado por el presidente de la junta preparatoria, según los Estatutos de la Corporación, que son un desarrollo de la Ley 136 de 1994

(...)

No es cierto, ya que el Señor Juan Ángel Triana Hernández fue designado como secretario ad hoc, para el acto de instalación del período constitucional del Concejo Municipal de Floridablanca del 2 de Enero de 2016, que da inicio a las sesiones del período constitucional 2016-2019. Además él nunca se separó de sus responsabilidades como Concejal y lo que se buscó con su designación como secretario ad hoc, lo único que se perseguía era el funcionamiento adecuado de la instalación de sesiones de la corporación idílica. Y continuó como secretario Ad Hoc hasta el día 11 de Enero de 2016 cuando si se procedió de acuerdo a la Constitución y a la Ley 136 de 1994 a la elección del Secretario General en propiedad. En esta primera sesión se debe designar a un Secretario Ad Hoc para que tome nota de toda lo acontecido en la misma. Su Designación no entró a asumir en forma definitiva el empleo, sino sólo bajo la condición de temporalidad supeditada al nombramiento del nuevo titular».

A su turno y como argumentos defensivo que enervan las pretensiones, los demandados indicaron:

«(...) De la lectura del artículo 291 de la Carta se concluye que la sanción de pérdida de investidura allí establecida es aplicable a todos los miembros de las corporaciones públicas siempre se deben en forma taxativa, recordándolo (sic) que las causales de pérdida de investidura son restrictivas. El señor Juan Ángel Triana Hernández, cuando fue designado como secretario ad hoc, para el acto de instalación del período constitucional del Concejo Municipal de Floridablanca del 2 de Enero de 2016, no se desprendió de su calidad de Concejal. No percibió remuneración alguna por ser designado como Secretario Ad Hoc.

Los artículos 291 de la Constitución Política, 47 de la Ley 136 de 1994 – modificado por la Ley 617 de 2000 – y 155 ibídem, se

estableció que el ejercicio de otro cargo público es causal de incompatibilidad y a su vez de pérdida de investidura para los miembros de corporaciones públicas de elección popular del orden territorial, que según la situación fáctica y jurídica no se presentó en la designación del Señor Juan Ángel Triana Hernández, cuando fue designado como secretario ad hoc por el Honorable Concejo Municipal de Floridablanca.

(...)

Considera la Demandante que los hechos anteriormente descritos constituyen causal de pérdida de investidura según las voces del artículo 55 numeral 2 de la Ley 136 de 1994, habida cuenta de que el demandado violó el régimen de inhabilidades a la luz del artículo 48 de la Ley 617 de 2000, según el cual, ningún concejal podrá aceptar otro cargo remunerado. Pero es el presente caso mis Defendidos ni siquiera se asomaran (sic) a la violación de las normas citadas por la Accionante. Por ende nos oponemos a las pretensiones de la Actora bajo la consideración de que la violación al régimen de inhabilidades no se presentó por parte de los concejales al Designar como Secretario Ad Hoc a uno de los Corporados, como causal de pérdida de investidura, ya que no se encuentra comprendida como tal en el artículo 48 de la Ley 617 de 2000».

1.1.3.- Contestación de la demanda por parte del concejal Juan Ángel Triana Hernández (fols. 264-273, cuaderno principal núm. 1)

El concejal demandado, a través de apoderado judicial y dentro de la oportunidad correspondiente, contestó la demanda y se opuso a las pretensiones, en la siguiente forma:

«(...) En primera medida debo manifestar nuevamente, que pretende la accionante inducir en error al Despacho afirmando que el nombramiento que se hizo el día 02 de Enero de 2016, fue el de Secretario General del Concejo Municipal de Floridablanca, desviándose de la realidad. (Subrayado y negrillas mías).

(...)

De lo anterior se colige que se realizó la respectiva votación para la elección del Secretario General Ad hoc.

(...)

Entonces, queda completamente claro y probado que el concejal JUAN ÁNGEL TRIANA HERNÁNDEZ, fue designado como Secretario General Ad hoc. Se anexa el acta plenaria No. 001 del 2016.

(...)

De manera que no existiendo un Secretario General el día 02 de Enero de 2016, se hacía necesario aplicar lo dispuesto por el reglamento interno de la Corporación, con el fin de poder llevar a cabo la sesión inaugural, mediante la designación de un Secretario Ad-hoc, lo cual se constituyó en una medida excepcional que le otorgó a mi defendido, unas funciones transitorias por las cuales no recibió ningún ingreso económico adicional al que le correspondía por su calidad de concejal, tal como consta en la certificación de fecha 06 de Abril de 2016, expedida y suscrita por los señores FREDY JULIAN GÓMEZ PEDROZA y JOVAN BONERGES MARQUEZ B, en calidad de Secretario General y Profesional Universitario, respectivamente.

En este orden de ideas, señores Magistrados, la causal invocada por la parte actora no está llamada a prosperar, en primer lugar porque no es cierto, como se ha dicho tantas veces, que mi representado haya sido nombrado como Secretario General del Concejo Municipal de Floridablanca; el señor concejal JUAN ANGEL TRIANA HERNÁNDEZ, fue designado como Secretario General Ad-Hoc en virtud de lo establecido por el artículo 9 del reglamento interno del Concejo de Floridablanca (...)»

1.1.4.- Contestación de la demanda por parte de los concejales Alfredo Tarazona Matamoros, José Alexander Esparza Martínez, Néstor Alexander Bohórquez Meza y José Fernando Sánchez Carvajal (fols. 364-374, cuaderno principal núm. 1)

Los concejales demandados, a través de apoderado judicial y dentro de la oportunidad correspondiente, contestaron la demanda, oponiéndose a las pretensiones de la misma, en la siguiente forma:

«(...) Sea lo primero resaltar que la accionante, en una afirmación que se hace bajo la gravedad del juramento, le dice a los señores Magistrados que mis defendidos nombraron al señor JUAN ANGEL TRIANA HERNÁNDEZ, concejal en ejercicio, como Secretario General del Concejo. Pues bien, falta a la verdad la demandante, o por lo menos utiliza una verdad a medias, que en últimas, se constituye en una mentira.

Olvidó la accionante decir en su demanda que los señores concejales designaron en esa primera sesión del período constitucional 2016-2019 al concejal JUAN ANGEL TRIANA como Secretario General Ad-Hoc, tal como consta en el acta de plenaria No. 001 de fecha 2 de enero de 2016, que en su página 5 indica: “El Presidente ad-hoc Honorable Concejal Andrés Norberto Pérez expresa que fue aprobada la elección al Honorable Concejal Juan Ángel Triana como Secretario General ad hoc”.

(...)

Entonces, es claro que cuando los concejales designaron a este Secretario General Ad-Hoc, lo hicieron con el fin determinado de que se pudiera contar un Secretario que permitiera darle instalación a las sesiones del Concejo Municipal y que este actuara de manera excepcional en esa calidad, hasta tanto el Concejo Municipal realizara la elección del Secretario General en propiedad, ya no ad hoc, de esa corporación.

La decisión de los concejales de designar como Secretario General Ad-Hoc al señor TRIANA HERNÁNDEZ, no obedeció a un capricho ni a la emotividad del momento. Fue una actuación que tiene su sustento normativo en el Acuerdo Municipal No. 010 de julio 10 de 2013 (Reglamento Interno del Concejo Municipal de Floridablanca), que en su Capítulo II, Instalación del Concejo Municipal de Floridablanca, artículo 9, Sesión de Instalación, dice:

(...)

No pueden mis defendidos haber violado el artículo 291 de la Carta por el hecho de haber nombrado como Secretario General ad-hoc al concejal JUAN ÁNGEL TRIANA ¿Por qué no? Porque el sustento fáctico que contiene la norma constitucional no se ajusta a la realidad de los hechos del presente caso, en lo que tiene que ver con mis defendidos. Veamos:

(...)

La citada norma es clara: perderán su investidura los miembros de corporaciones públicas de las entidades territoriales que acepten un cargo en la administración pública. Entonces, desde ninguna perspectiva se puede aplicar este supuesto a mis defendidos, los concejales ALFREDO TARAZONA MATAMOROS, JOSE ALEXANDER ESPARZA MARTÍNEZ, NESTOR ALEXANDER BOHORQUEZ MEZA y JOSE FERNANDO SÁNCHEZ CARVAJAL, pues en el caso concreto ellos no han aceptado ningún cargo en la administración pública.

(...)

Igualmente dice la accionante que los 19 concejales, entre ellos mis defendidos, al nombrar al Secretario General, que ya sabemos fue ad-hoc, vulneraron el artículo 48 de la Ley 617 de 2000. En lo pertinente al caso concreto, tenemos:

(...)

Como vemos, dentro de las incompatibilidades o prohibiciones establecidas para los concejales, que son las contenidas en los numeral 1, 2, 3, 4 y 5, no aparece ninguna relacionada con la designación de un Secretario General ad-hoc para las sesiones iniciales del período del Concejo Municipal, que fue lo que realizaron mis defendidos.

De otra parte, vemos que el numeral 1, que había sido modificado por el artículo 3 de la Ley 177 de 1994, a su vez fue derogado por el artículo 96 de la Ley 617 de 2000. El texto modificado por la Ley 177 de 1994 decía:

(...)

Pero ese numeral fue derogado, salió del ordenamiento jurídico y aún si estuviera vigente, ya hemos dicho que a mis defendidos no se les puede argumentar pérdida de investidura por haber aceptado cargo alguno en la administración pública, pues eso nunca sucedió en el caso concreto.

Ahora, en cuanto al parágrafo 2 del citado artículo 45 de la Ley 136 de 1994, debemos tener en cuenta que este no hace parte de los 5 numerales que establecen las prohibiciones o incompatibilidades que afectan a los concejales.

Este parágrafo hace referencia a los funcionarios públicos municipales que nombren a un concejal para un empleo público o que celebren un contrato con este, indicando que en caso el funcionario público incurrirá en causal de mala conducta, lo cual generaría algún tipo de responsabilidad disciplinario o penal, pero no pérdida de investidura, pues el parágrafo, repito, no se refiere a prohibición de los concejales.

(...)

La actuación de mis defendidos estuvo centrada en la designación del concejal JUAN ÁNGEL TRIANA HERNÁNDEZ como Secretario General ad-hoc del Concejo Municipal de Floridablanca, lo que no se constituyó en un nombramiento en propiedad para ningún cargo, toda vez que fue un[a] decisión excepcional, eso sí, amparada en la normatividad que rige al Concejo Municipal, pero excepcional al fin y al cabo, pues ese Secretario ad-hoc ejerció sus funciones de manera transitoria. Además, acá debe tenerse en cuenta también que el señor TRIANA HERNÁNDEZ no recibió ningún tipo de remuneración por su desempeño como Secretario General ad-hoc, tal como lo ha certificado el actual Secretario General en propiedad de esa corporación (...)».

1.1.5.- Contestación de la demanda por parte de los concejales Andrés Norberto Ardila Pérez y Marcos Olarte Ramírez (fols. 465-475, cuaderno principal núm. 2)

Los concejales mencionados, a través de apoderado judicial, y dentro de la oportunidad procesal correspondiente, contestaron la demanda de pérdida de investidura solicitando que se negaran las pretensiones de la demanda, resaltando:

**«(...) INEXISTENCIA DE LAS CAUSALES INVOCADAS PARA
PÉRDIDA DE INVESTIDURA DE MIS PODERDANTES**

no es cierto que mis poderdantes actuando en calidad de Concejales Municipales de Floridablanca junto con los demás hayan nombrado a su compañero el Concejal Sr. JUAN ÁNGEL TRIANA HERNÁNDEZ, como empleado público en el cargo de Secretario General del Concejo Municipal de Floridablanca (S), puesto que ese nombramiento se hizo fue como Secretario Ad-hoc, teniendo en cuenta que el día dos (02) de enero de 2016, fue instalada la primera cesión en la que los Concejales de Floridablanca (S) electos en las elecciones del día veinticinco (25) de octubre de 2015 tomaron posesión de sus cargos y por tratarse de un nuevo período no existía ni Mesa Directiva ni tampoco un Secretario General.

(...)

Por el anterior motivo mis poderdantes procedieron a dar aplicación a lo dispuesto por el artículo 31 de la Ley 136 de 1994 y al Reglamento Interno de dicha Corporación, contenido en el Acuerdo Municipal No. 010 de diez (10) de julio de 2013 nombrando de entre los Concejales presentes a la cesión a uno de ellos como Secretario Ad-hoc, tal y como lo dispone la primera parte del artículo 9° del Reglamento interno así:

(...)

El cargo como Secretario Ad-hoc fue ejercido por el Concejal Sr. JUAN ÁNGEL TRIANA HERNÁNDEZ desde el día dos (02) de enero de 2016, día en que acepto la postulación de este cargo Ad-hoc, mediante Acta No. 001 (página4), función que cumplió hasta el día doce (12) de enero de 2016 cuando le fue aceptada la renuncia mediante Resolución No. 09 de ese mismo día, así mismo se suplió la ausencia temporal de dicho cargo, mientras se surtía en propiedad, nombrando como Secretario General Ad hoc del Concejo

municipal de Floridablanca a la Dra. LUZ NELLY BÁEZ DE FORERO, funcionaria de dicha Corporación.

(...)

Por otra parte la causal expresada en la demanda y contenida en el artículo 291 de la Constitución Política y que refiere a la imposibilidad que tienen los miembros de las Corporaciones Públicas de las entidades territoriales en aceptar cargo alguno en la administración pública, resulta vaga para el presente caso, toda vez que la condición de Ad-hoc, no refiere a la condición de trabajador, que en sentido estricto se define como una persona que presta sus servicios a una persona natural o jurídica a cambio de una retribución y bajo una constante subordinación. Definición que no es aplicable para el caso de la actividad que se ejercer Ad-hoc, sobre todo si se tiene en cuenta que la personas no recibe ningún tipo de retribución por ejercer esa actividad que le fue encomendada, ni mucho menos puede predicarse que su aceptación se configure en desempeño de un empleo público como tal y con sus características que se deducen de las estipulaciones de los artículos 122 y 125 de la Constitución Política en concordancia con las de la Ley 909 de 2004, como aquel trabajador que desempeña funciones en un organismo, ya sea el legislativo, el ejecutivo o el judicial.

(...)

Por lo cual cae de su peso la afirmación hecha por la accionante al mencionar que los Concejales de Bucaramanga (sic) nombraron en un empleo público de SECRETARIO GENERAL al Sr. Concejal JUAN ÁNGEL TRIANA HERNÁNDEZ, cuando no es cierto de ninguna manera, tampoco cierto es que haya recibido algún tipo de retribución por la función encomendada, tal y como lo estableció la demandante al indicar que este cargo cumplía con el propósito retributivo de todas las prestaciones sociales. Falso resulta desde cualquier punto de vista, por lo cual también brilla por su ausencia la causal invocada y contenida en el numeral 1° del artículo 148 de la Ley 617 de seis (06) de octubre de 2000. Al respecto me permito señalar que mis poderdantes no han vulnerado las disposiciones legales y/o reglamentarias en ejercicio de sus cargos, al haber dispuesto el nombramiento de Secretario Ad hoc al Concejal Sr. JUAN ÁNGEL TRIANA HERNÁNDEZ, pues es el mismo legislador quien atribuye dicha facultad, así como el Reglamento Interno del Concejo Municipal de Floridablanca, por lo cual solicito prosperidad

a la excepción señalada, por inexistencia de las causales acusadas por la demandante».

1.1.6.- Contestación de la demanda por parte del concejal Walter David Durán Prada (Fols. 611-620, cuaderno principal núm. 2)

El concejal demandado, a través de apoderado judicial, oportunamente, procedió a contestar la demanda de pérdida de investidura solicitando que se negaran las pretensiones, subrayando:

«(...) 1) LAS ACTUACIONES DE LOS CONCEJALES ESTÁN AMPARADAS EN EL REGLAMENTO INTERNO DEL CONCEJO MUNICIPAL DE FLORIDABLANCA ACUERDO MUNICIPAL 010 DE 2013, ACTO ADMINISTRATIVO QUE GOZA DE TODA LA PRESUNCIÓN DE LEGALIDAD.

El Reglamento Interno del Concejo Municipal de Floridablanca Acuerdo Municipal 010 de 2013, establece en su capítulo II sobre la instalación del Concejo Municipal de Floridablanca, en su artículo noveno, determina quien actuará como Secretario Provisional hasta que se elija el Secretario en Propiedad o en su defecto a falta de este, indica claramente quien Actuará como Secretario Ad – Hoc, y referente a esta última situación estipula que será un Concejal escogido por mayoría de votos entre los concejales que asistieren a la instalación.

Luego las actuaciones de los concejales para el caso en cuestión están completamente reglamentadas, no es parte de su libre albedrío nombrar a persona alguna en el cargo de Secretario Ad – Hoc, si no que el reglamento obliga que uno de los concejales actúe como Secretario Ad – Hoc, y este será escogido por la mayoría de los cabildantes. Por consiguiente al ceñirse su actuación a lo reglado en el acto referido, de esta se debe predicar su legalidad, legitimidad y validez, referente a la legalidad de los actos así lo ha estimado el Consejo de Estado:

(...)

2) LA DESIGNACIÓN QUE SE HIZO PARA QUE UN CONCEJAL ACTUARA COMO SECRETARIO AD HOC, SE HIZO DE MANERA PROVISIONAL Y TRANSITORIA, PARA UNA FUNCIÓN ESPECIAL, SIN REMUNERACIÓN ALGUNA Y SOLO HASTA EL MOMENTO EN QUE SE REALICE LA ELECCIÓN DEL SECRETARIO GENERAL EN PROPIEDAD.

Como se da en la mayoría de los cuerpos colegiados como el Congreso de la República, las Asambleas y los Concejos Municipales, al momento de realizar la instalación para un nuevo período, no se cuenta con el personal requerido para su adecuado funcionamiento, pues normalmente los que terminan el período anterior liquidan el personal contratado y nombrado a efectos de entregar saneada la institución. Para el caso que nos ocupa (sesión de instalación) es imposible que se cuente con un Secretario General en propiedad que presida la sesión de instalación, por lo cual se ha reglamentado por parte de estas corporaciones la forma en que se debe suplir esta ausencia, con la designación de un Secretario Provisional que puede ser el Secretario del período anterior, o en su defecto actuará un Concejal escogido por mayoría de sus colegas.

Así, el Concejal que se designó para asumir como Secretario Ad Hoc, fue al señor Juan Ángel Triana Hernández, para que actuara hasta que se nombrara el Secretario General en Propiedad. Esta designación no causó erogación alguna a la corporación tal como lo certificó el Secretario General en documento del 6 de abril de 2016 que indica claramente que no se generó emolumento laboral o pago alguno sobre el desempeño como secretario Ad Hoc, documento que se anexa como prueba de lo escrito.

Esta designación fue transitoria, y solo se desarrolló hasta el día 12 de enero de 2016, como consta en la resolución 09 de la fecha del Concejo Municipal de Floridablanca, que acepta la renuncia del Secretario General Ad – Hoc, para suplir esa ausencia con el nombramiento de un funcionario de la corporación, de lo que se infiere que el Concejal nombrado Ad Hoc realizó la actividad hasta la fecha de su renuncia, resolución que se anexa a efectos de probar la permanencia transitoria como Secretario General Ad Hoc.

3) EL ASUNTO MATERIA DEL LITIGIO YA FUE RESUELTO POR LA CORTE Y A SU VEZ EL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE

SANTANDER TAMBIÉN TIENE JURISPRUDENCIA CLARA SOBRE EL TEMA.

El asunto materia del litigio ha sido tratado con anterioridad por la Honorable Corte Constitucional quien declaró exequibles los artículos 38 y 48 de la Ley 5 de 1992 (Ley del Congreso) para el caso de la actuación como congresista y secretario ad hoc de manera simultánea destacando los siguientes apartes:

(...)

A su vez, el honorable Tribunal Administrativo de Santander, en caso de similares características sobre Pérdida de Inestidura iniciado contra la Concejal del Municipio de Bucaramanga Sonia Smith Navas Vargas, con radicado 2016-00166, Magistrado Ponente Honorable Dr. Rafael Gutiérrez Solano, determinó:

(...)

IV. EXCEPCIONES QUE SE PROPONEN

NO SE DEMOSTRÓ VIOLACIÓN AL RÉGIMEN DE INHABILIDADES E INCOMPATIBILIDADES O DE CONFLICTO DE INTERESES IMPETRADO AL CONCEJAL DEL MUNICIPIO DE FLORIDABLANCA WALTER DAVID DURAN PRADA, CUANDO EN SESIÓN DE INSTALACIÓN DEL REFERIDO CONCEJO PARA LA NUEVA VIGENCIA 2016-2019 SE SELECCIONA UN SECRETARIO GENERAL AD HOC, EN FORMA TRANSITORIA MIENTRAS SE ESCOGE EL SECRETARIO GENERAL EN PROPIEDAD (...)»

1.1.7.- Contestación de la demanda por parte del concejal Juan Carlos Ayala Suarez (fols. 908-913, cuaderno principal núm. 2)

El concejal demandado, a través de apoderado judicial, oportunamente, procedió a contestar la demanda de pérdida de investidura solicitando se denegaran las pretensiones de la demanda, alegando:

«(...) A LAS PRETENSIONES

I- ME OPONGO, QUE SE DECRETE LA PÉRDIDA DE LA INVESTITURA, QUE OSTENTA MI REPRESENTADO SR. JUAN CARLOS AYALA SUÁREZ EN SU CALIDAD DE CONCEJAL DEL MUNICIPIO DE FLORIDABLANCA, por las presunta violación al Régimen de inhabilidades establecidas en el Art. 291 de la Constitución Nacional y demás normas legales concordantes, ya que no es cierto que hubiera nombrado en el cargo de Secretario General del Concejo Municipal al Sr. JUAN ANGEL TRIANA, como a secas lo quiere hacer ver la actora, cuando en realidad el nombramiento fue de Secretario General AD-HOC, para un tiempo transitorio, determinado, el cual no superó el 17 de Enero de 2016 y no produjo al elegido y al elector beneficio económico, y menos una erogación económica al Concejo Municipal de Floridablanca, tal como lo certifica EL SEÑOR PAGADOR DEL CONCEJO MUNICIPAL DE FLORIDABLANCA EN COMUNICADO DEL 06 DE ABRIL DEL AÑO EN CURSO, donde expresa que revisado el presupuesto de gastos del concejo de Floridablanca, constató que al Concejal JUAN ÁNGEL TRIANA HERNÁNDEZ, con C.C. 13.544.683 de Bucaramanga no generó emolumentos laborales o pago alguno, cuando se desempeñó como secretario AD-HOC, de la citada corporación.

En consecuencia no se [h]a violado ninguna de las normas constitucionales y legales invocadas por la quejosa por que (sic):

1-El mencionado Artículo 291 de la Constitución Nacional, en armonía con el Artículo 128 de la misma obra, se refieren al desempeño de cargos de la administración pública que produzcan beneficio económico alguno a favor de la persona que desempeña más de un cargo en la administración, situación que no se da para el presente caso, ya que el secretario del concejo municipal, nombrado el 02 de enero del año en curso no recibió beneficio económico alguno, ni provocó contra el concejo municipal perjuicio contra el erario, tal como lo certifica el Secretario General Sr. FREDY JULIÁN GOMEZ PEDROZA y Profesional Universitario JAVAN BONERGES MARQUEZ B. el seis (06) de Abril del año en curso.

2- Tampoco se violó ningún reglamento del concejo municipal, ni las normas legales esbozadas por la quejosa por no haber causado carga económica contra el concejo municipal, ni beneficio económico alguno, a favor del Sr. JUAN ÁNGEL TRIANA HERNÁNDEZ, y por sobre todo, el comportamiento de mi defendido

estuvo ajeno al campo de la mala fe y el dolo que pudiera enrostrársele.

(...)

DERECHO Y PRECEDENTES JUDICIALES

(...)

II- Como precedente judicial mencionaré la demanda similar instaurada en el mes de febrero del año en curso ante este Honorable Tribunal por el Sr. RONALD PICÓN SARMIENTO contra la Concejal de este Mpio (sic) . Dra. SONIA SMITH NAVAS VARGAS (...) con Radicación (0166/16), y en la que el demandante solicitaba la pérdida de la investidura de la Dra. NAVAS de conformidad con el Art. 291 de la C.N. porque para el 2 de En/16 la citada concejal actuó como Secretaria General del concejo de la mencionada corporación.

En el mencionado proceso se demostró que si bien se había desempeñado como secretaria, lo había hecho en forma AD-HOC, que no había recibido contraprestación económica, que lo había realizado para un fin determinado, fugaz, efímero o transitorio. (...)»

1.1.8.- Contestación de la demanda por parte del concejal Jorge Pinzón Medina (fols. 1010-1018, cuaderno principal núm. 2)

El concejal demandado, a través de apoderado judicial, y dentro de la oportunidad procesal correspondiente, procedió a contestar la demanda de pérdida de investidura y solicitó que se negaran las pretensiones de la demanda, aduciendo:

«(...) 3. No es cierto que el mismo día de su posesión, es decir, el 2 de enero de la anualidad en curso, los diecinueve (19) concejales de Floridablanca hayan nombrado a su homólogo el doctor JUAN ÁNGEL TRIANA HERNÁNDEZ, como SECRETARIO GENERAL del Concejo Municipal de Floridablanca, toda vez que este fue ESCOGIDO como SECRETARIO AD HOC, como lo instituye en el artículo 9º su reglamento interno; acá es menester hacer énfasis en

la designación como SECRETARIO AD HOC, la cual fue mal entendida como secretario general ad hoc, dignidad ad honorem y para el acto de instalación y funcionamiento de la corporación municipal hasta tanto se elija secretario en propiedad. Tampoco es cierto que los diecinueve (19) concejales votaron favorablemente por JUAN ÁNGEL TRIANA HERNÁNDEZ como secretario provisional o ad hoc, pues véase en el acta la constancia del voto negativo de concejal SALVADOR MOLINA SAAVEDRA y su pronunciamiento verbal (...) 4. No es cierto que el doctor JUAN ÁNGEL TRIANA HERNÁNDEZ, en su condición de concejal del municipio de Floridablanca, el día 2 de enero de 2016, sesión de instalación de la honorable corporación, haya aceptado cargo público y que haya hecho el respectivo juramento propio de la posesión de un cargo público, pues no consta ni en actas ni en audios dicha conducta, pues se trató, como se probará de la escogencia por parte de sus pares como secretario ad hoc, de conformidad a artículo 9° del reglamento interno Acuerdo No.10 de 2013. (Viñeta 6, demanda)

(...)

e.) Mi asistido nunca ha aceptado cargo público que lo haga incurso en causal de pérdida de investidura como concejal en virtud de lo señalado en el artículo 291 de la Constitución Nacional. Concretamente como miembro de la corporación pública de marra, no ha aceptado cargo alguno en la administración pública, razón por la cual itero no está incurso en la causal de pérdida de investidura.

La escogencia de secretario ad hoc, no implica la aceptación de cargo público, no teniendo por tanto vocación de prosperidad la causal de pérdida de investidura, en el caso en que, en gracia de discusión se reconociere que dicha actividad permitida por el artículo 31 de la Ley 136 de 1994, reglada en el artículo 9° del acuerdo No. 010 de 2013, no fuese permitida (...).»

1.1.9.- Contestación de la demanda por parte de los concejales Claudia Cecilia Hernández Villamizar, Guillermo González Palomino y José Nicanor Vera Pedraza (fols. 1099-1106, cuaderno principal núm. 2)

Los concejales demandados, a través de apoderado judicial, y dentro de la oportunidad procesal correspondiente, procedió a contestar la demanda de

pérdida de investidura y solicitó que se negaran las pretensiones de la demanda, explicando:

«(...) EN CUANTO AL CONCETPO DE VIOLACIÓN AL ORDEN SUPERIOR (...) La actuación de los Concejales que represento en esta causa, así como de los demás concejales, al escoger por mayoría al Concejal JUAN ÁNGEL TRIANA HERNÁNDEZ para que actuara como Secretario Ad-Hoc, no se enmarca dentro de la prohibición establecida en el artículo 291 de la Carta Política, en tanto que el sentido tanto del reglamento interno en su artículo 9, como de la Ley 5 de 1992, en cuanto a la sesión de instalación del Concejo, es que se trata de una designación provisional; así está definido en el punto tres del orden del día desarrollado, y como se ha señalado con anterioridad en la Sentencia C-134 de 1999, de la Corte Constitucional, esta función se caracteriza por ser fugaz, efímera y transitoria, y mucho menos se configura respecto de mis representados los Concejales, CLAUDIA CECILIA HERNÁNDEZ VILLAMIZAR, GUILLERMO GONZÁLEZ PALOMINO Y JOSÉ NICANOR VERA PEDRAZA, quienes no han desempeñado funciones distintas a las de concejales.

(...)

En este sentido, de ninguna manera se configura violación del régimen de incompatibilidades y del de conflicto de intereses por parte de los concejales de Bucaramanga, pues obraron en cumplimiento de sus funciones como Concejales, al tenor de lo ordenado en el reglamento del Concejo para la sesión de instalación.

Tampoco, en manera alguna se configura en el actuar de mis representados, la causal de mala conducta establecida en el Parágrafo 2 del artículo 45 de la Ley 136 de 1994, y menos de pérdida de investidura, habida cuenta de que las causales de pérdida de investidura dado su carácter sancionatorio están sujetas de modo absoluto al principio de taxatividad o tipicidad y no admiten su aplicación extensiva o análoga. Máxime, cuando está demostrado y decantado que cuando el concejo designa a uno de sus miembros como secretario Ad-Hoc en la sesión de instalación, lo hace en ejercicio de sus funciones constitucionales y legales como concejales y de manera transitoria, y no a título de funcionarios

públicos, como de manera forzada lo quiere hacer ver la actora de esta causa administrativa (...)»

1.1.10.- Contestación de la demanda por parte del concejal Nelson Darío Espitia Rodríguez (fols. 1113-1127, cuaderno principal núm. 2)

El concejal demandado, a través de apoderado judicial y dentro de la oportunidad correspondiente, contestó la demanda y se opuso a las pretensiones del actor, en la siguiente forma:

«(...) FRENTE A LA CAUSAL DE PÉRDIDA DE INVESTIDURA (...) Predica el actor la causal de pérdida de investidura de la prohibición contenida en el artículo 291 Constitucional que refiere la pérdida de investidura del miembro de la Corporación pública que acepte cargo alguno en la administración; al respecto, debe precisarse:

(...)

Por lo anteriormente expuesto y atendiendo que el reglamento interno del Concejo de Floridablanca contenido en el Acuerdo 010 de 2013, es el cumplimiento del artículo 31 de la Ley 136 de 1994, al contemplar el referido Reglamento lo relacionado a la Sesión Inaugural la posibilidad de escoger al Secretario General Ad hoc con la mayoría de los votos de los concejales que asisten a la sesión inaugural, y que al haber sido demandada por inconstitucional el reglamento del Congreso que igualmente contempla la figura del Secretario General Ad hoc, siendo declarada exequible, analógicamente la circunstancia ocurrida en el nivel nacional, aterrizada al nivel territorial, conlleva a la misma conclusión al ser ajustada a las normas constitucionales.

En consecuencia, ante el problema jurídico planteado por el accionante referente a la pérdida de investidura del Concejal que es designado Secretario General ad hoc, por parte del Presidente de la Junta Preparatoria en la sesión inaugural, el suscrito defensor concluye que las pretensiones del accionante no tienen vocación de prosperar en atención a lo señalado por la Honorable Corte Constitucional en sentencia C-134 de 1999.

(...)

Igualmente, frente a la interpretación extensiva que la accionante hace al parágrafo 2° del artículo 45 de la Ley 136 de 1994, debe señalarse que el referido precepto normativo, debe interpretarse desde 3 puntos de vista en relación al caso particular y concreto: 1. ¿Son los concejales funcionarios públicos?, 2. ¿Los concejales nombraron a un concejal para un empleo o cargo público? Y, 3. ¿La sanción de “mala conducta” implica la “pérdida de investidura”? En respuesta de los anteriores planteamientos tenemos:

(...)

¿LOS CONCEJALES NO NOMBRARON A UN CONCEJAL PARA UN EMPLEO O CARGO PÚBLICO

La escogencia del H.C. Juan Ángel Triana como Secretario General Ad hoc en la sesión inaugural por mayoría de votos que realizaron los Honorables Concejales de Floridablanca conforme lo dispone el reglamento interno de la corporación contenido en el artículo 9 del Acuerdo 010 de 2013, no puede ser interpretada la expresión “escoger” con “nombrar”, toda vez que la naturaleza jurídica de la actuación del secretario general ad hoc fue “fugar, efímera, transitoria” conforme lo dispone la sentencia constitucional C 134 de 1999.

Ahora bien, la naturaleza jurídica de un “nombramiento” conlleva a percibir emolumentos y prestaciones sociales. Las cuales, conforme lo certificará el Honorable Concejo Municipal de Floridablanca, el H.C. Juan Ángel Triana no percibió ni los unos ni los otros y sus ingresos solo han sido en ocasión a sus funciones como Concejal de Floridablanca. Luego entonces, la escogencia como “Secretario General Ad hoc” más allá de ser para un fin específico como lo define la RAE, su función en términos de la sentencia constitucional en cita fue “... la de contribuir al apropiado y oportuno funcionamiento del órgano...” (...)»

1.1.11.- Contestación de la demanda por parte del concejal Salvador Molina Saavedra (fol. 112, cuaderno principal núm. 1)

El concejal demandado, dentro de la oportunidad correspondiente, contestó la demanda y se opuso a las pretensiones del actor manifestando que «(...) *no participe con mi voto en la elección del secretario ad hoc, ya que solicité salvamento de voto (sic)*».

1.2.- Expediente 680012333000 2016 00435 00

1.2.1.- La demanda (fols. 1-32, cuaderno principal núm. 1)

El ciudadano José Vicente Rey, obrando en nombre propio, solicitó la pérdida de la investidura de los señores Juan Ángel Triana Hernández, Andrés Norberto Ardila Pérez, Juan Carlos Ayala Suárez, Néstor Alexander Bohórquez Meza, Walter David Durán Prada, José Alexander Esparza Martínez, Nelson Darío Espitia Rodríguez, María Consuelo Galvis Calderón, Guillermo González Palomino, Edgar Enrique Gómez Silva, Claudia Cecilia Hernández Villamizar, Liliana Mendoza Rodríguez, Salvador Molina Saavedra, Marcos Olarte Ramírez, Jorge Alberto Pinzón Medina, Alirio Pinzón Díaz, José Fernando Sánchez Carvajal, Alfredo Tarazana Matamoros y José Nicanor Vera Pedraza, concejales del municipio de Floridablanca (Santander) para el período 2016-2019, por haber incurrido en la incompatibilidad prevista en el numeral 1 del artículo 45 de la Ley 136 de 1994, esto es, por «*Aceptar o desempeñar cargo alguno en la administración pública*», causal de pérdida de la investidura al tenor del numeral 1 del artículo 48 de la Ley 617 de 2000 que contempla que los concejales perderán su investidura por la «*violación del régimen de incompatibilidades*», en concordancia con el artículo 291 de la Constitución Política; así como en la violación del régimen de conflicto de intereses, causal de pérdida de investidura conforme el mismo numeral 1 del artículo 48 de la Ley 617 de 2000.

Plantea el demandante que el concejal Juan Ángel Triana Hernández se encuentra incurso en dicha inhabilidad por cuanto en la sesión de instalación de concejo municipal de Floridablanca (Santander), en la cual tomarían posesión sus concejales, fue designado como Secretario General *Ad hoc* hasta que se nombrara al titular del cargo. Agrega el demandante:

«(...) no le bastó con haberse desempeñado como secretario general AD HOC para la sesión de instalación, sino que también se amañó y siguió ejerciendo de manera continua hasta el día 11 de enero de 2016, cumpliendo labores específicas como así lo establece el manual de funciones para su cargo, y se le olvidó que también era concejal electo, y que hacía parte de los debates y decisiones al interior de la corporación junto con sus demás miembros, y quien además suscribió documentos como secretario general AD HONOREM, y aquí lo que menos importa es el tema económico, pues para ser ad honorem debía configurarse en otras circunstancias fuera de la esfera municipal que preside como concejal, y que también ejerció como supervisor de dos contratos de prestación de servicios, en conclusión, había multiplicidad de funciones y tenía dos o más cargos públicos, que ACEPTÓ Y DESEMPEÑÓ SIMULTÁNEAMENTE por un tiempo de duración de 10 días calendario (enero 2 al 11 de 2016) y que además posterior a su renuncia la mesa directiva nombra otro secretario general ad hoc, para suplir la vacancia del secretario general ad hoc, acaso no debió de nombrarse a un secretario general provisional como lo manifiesta el reglamento interno».

Sugiere el actor, entonces, que el cargo de Secretario General *Ad hoc* se transformó en Secretario General Encargado señalando que:

«(...) el cargo de secretario general ad hoc solo subsistió o nace para la sesión de instalación, y el H.C. TRIANA HERNÁNDEZ siguió ejerciéndolo y ejecutando funciones propias del cargo de secretario general durante los días 02 de enero y subsiguientes hasta el día 11 de enero de 2016, y todo esto, gracias a la anuencia de los demás miembros de la corporación pública, lo que conlleva a entender e inferir QUE DICHO CARGO AD HOC SE TRANSFORMÓ EN ENCARGO, pues subsiste el cargo en encargo hasta que se logre

conseguir a la persona que reúna los requisitos y competencias laborales para que se nombre al titular de ese cargo, pero que el honorable concejal TRIANA HERNÁNDEZ y demás corporados, no lograron entender ni interpretar las disposiciones legales, pues confundieron las cosas y señalaron que hasta que se elija el titular de ese cargo, entendiéndose que debiera elegirse el secretario general como así los eligieron a ellos, pero que la norma de la función pública no lo permite y lo que debe hacerse es un nombramiento (...)».

Además, continúa el actor afirmando que «(...) Los restantes 18 honorables concejales del municipio de Floridablanca también están incursos dentro de la vulneración de incompatibilidades según la Constitución Política y la Ley, por haber nombrado a un concejal para ejercer un empleo o cargo público, de conformidad con el parágrafo 2 del artículo 45 de la Ley 136 de 1994».

En relación con la violación del régimen de conflicto de intereses, el demandante manifestó:

«Es claro entonces, que los honorables concejales incurrieron en un conflicto de intereses, pues conlleva a una situación de carácter moral que inhibe a un servidor público a participar en el trámite de asuntos sometidos a su consideración, por lo que estos consensuaron y estuvieron de acuerdo con el desarrollo irregular de los actos que se ejecutaron en la sesión de instalación, como así sucedió con el autonombramiento de un concejal como presidente ad hoc, sin siquiera haberse posesionado y hecho el juramento, pues así lo exige la constitución y la ley, ningún servidor público entrará a ejercer su cargo sin prestar juramento de cumplir y defender la Constitución y desempeñar los deberes que le incumbe».

1.2.2.- Contestación de la demanda por parte de los concejales Claudia Cecilia Hernández Villamizar, Guillermo González Palomino y José Nicanor Vera Pedraza (fol. 558-565, cuaderno principal núm. 1); de los concejales Liliana Mendoza Rodríguez, Alirio Pinzón Díaz, Edgar Enrique

Gómez Silva y María Consuelo Galvis Calderón (fol. 572-577, cuaderno principal núm. 1); Jorge Alberto Pinzón Medina (fol. 582-591, cuaderno principal núm. 1); Walter David Durán Prada (fol. 707-718, cuaderno principal núm. 2); Andrés Norberto Ardila Pérez, Marcos Olarte Ramírez, Alfredo Tarazona Matamoros, José Fernando Sánchez Carvajal, José Alexander Esparza Martínez, Juan Ángel Triana Hernández, Juan Carlos Ayala Suárez y Jorge Alberto Pinzón (fol. 990-998, cuaderno principal núm. 2): y Nelson Darío Espitia Rodríguez (fol. 999-1017, cuaderno principal núm. 2)

Los concejales demandados, a través de apoderado judicial, oportunamente contestaron la demanda de pérdida de investidura, oponiéndose a sus pretensiones esgrimiendo los mismos argumentos defensivos que fueron expuestos en las contestaciones de la demanda presentadas en el expediente núm. 680012333000 2016 00259 00, cuyas partes más importantes fueron citadas líneas atrás.

Cabe aclarar en relación con la contestación de la demanda correspondiente a los concejales Andrés Norberto Ardila Pérez, Marcos Olarte Ramírez, Alfredo Tarazona Matamoros, José Fernando Sánchez Carvajal, José Alexander Esparza Martínez, Juan Ángel Triana Hernández, Juan Carlos Ayala Suárez y Jorge Alberto Pinzón (fol. 990-999, cuaderno principal núm. 2), que la misma fue elaborada por la **abogada Eyni Patricia Aponte Duarte**, quien igualmente elaboró la contestación de la demanda que en el expediente 680012333000 2016 00259 00 presentaron, únicamente, los concejales **Andrés Norberto Ardila Pérez y Marcos Olarte Ramírez**. El contenido de los dos memoriales es similar y, en esa medida, nos remitimos a los razonamientos expuestos en aquel documento.

1.2.3.- Contestación de la demanda por parte del concejal Néstor Alexander Bohórquez Meza (fol. 682-705, cuaderno principal núm. 2)

El concejal Bohórquez Meza, a través de apoderado judicial y dentro de la oportunidad procesal correspondiente, procedió a contestar la demanda de pérdida de investidura y solicitó se negaran sus pretensiones, conforme con los siguientes argumentos:

«(...) 2. FUNDAMENTOS DE DERECHO DE OPOSICIÓN A LAS CAUSALES ALEGADAS Y PRETENSIONES (...) 2.1. EXCEPCIÓN DE INEXISTENCIA DE CONFLICTO DE INTERESES (...) En relación a la (sic) primera causal alegada por el accionante, es decir, la prevista en el numeral 1 del artículo 48 de la Ley 617 de 2000, por la presunta incursión en un conflicto de intereses, es importante señalar que, para el caso específico, no existe posibilidad de imputar un conflicto de este tipo, en tanto no existió ninguna actuación de mi mandante que permita insinuar y concluir que ha actuado al margen del orden jurídico, en este sentido, en la medida que el conflicto de interés se tienen en razón y con motivo de la condición de concejal, de los hechos reseñados no se puede deducir que existiera una gestión o actividad de parte de NÉSTOR ALEXANDER BOHÓRQUEZ, y que no pudiera ser ejercida (o imputada como realizada) y constitutiva de la existencia de un interés directo en la decisión de nombrar un secretario ad hoc, pues precisamente, esta es una función que debe desempeñar el cuerpo colegiado del concejo municipal, esto, en la medida que las actuaciones realizadas en la sesión inaugural del Concejo de Floridablanca 2016-2019 no suponían sino el ejercicio de su cargo de concejal del municipio, y por tanto, sus actuaciones se presentaron en este preciso escenario, es decir, no un interés directo diferente a lograr el correcto funcionamiento del Concejo Municipal, de ahí que no se pueda presentar la configuración del fenómeno que da lugar al conflicto de interés en lo que respecta a NÉSTOR ALEXANDER BOHÓRQUEZ MEZA.

No se ve cómo la designación del secretario ad hoc pueda suponer la configuración de una situación de carácter particular que pueda suponer la configuración de una situación de carácter particular que pueda a la vez comprometer la independencia, la

ecuanimidad, la imparcialidad y la ponderación en el actuar de NÉSTOR ALEXANDER BOHÓRQUEZ MEZA, cuando precisamente esta designación está prevista en el Reglamento Interno del Concejo Municipal de Floridablanca, y en este sentido, se actuó, tal y como se deduce de lo argumentado y visto en el audio allegado por el propio accionante. En la medida que el reglamento dispone que:

(...)

De conformidad con la norma reglamentaria citada es claro que, en ausencia del secretario general del período anterior debido a renuncia, se permite designar como secretario Ad-hoc a un concejal escogido por mayoría de votos “hasta que se elija secretario en propiedad”, y esto es precisamente lo que ocurrió en el caso puesto a consideración del Honorable Tribunal, de modo que, en la medida que era posible designar secretario ad hoc, no hay lugar a predicar ningún tipo de conflicto de interés. (...) En el presente evento, no puede configurarse algún tipo de conflicto de interés, pues al proceder conforme lo dispone el reglamento interno del Concejo Municipal de Floridablanca, que posibilita esta designación ad hoc, tal y como también lo sostiene la jurisprudencia constitucional, no puede existir ningún tipo de compromiso de la independencia del concejal, así como tampoco se compromete su ecuanimidad, ni su imparcialidad.

(...)

Al caso en particular, el accionante parte del hecho de que la designación implicaba la designación de un empleo público, cuando lo cierto es que tan solo se trataba de la designación de una secretaria ad hoc o provisional, mientras se desataba precisamente el nombramiento en propiedad. (...) Entonces, en el remoto evento de que se dé por acreditada la estructuración fáctica de una de las causales de pérdida de investidura, debe abordarse el juicio subjetivo de imputación de responsabilidad el cual consistirá en auscultar si el (o la) concejal demandado (a) conocía (o debía conocerlo) la actuación que desarrolló y si su voluntad se enderezó hacia la realización de dicho actuar (u omisión), está claro, incluso que dichas designaciones se realizaron en el Municipio vecino de Bucaramanga, y el espíritu de la actuación fue el mismo, esto es, garantizar el correcto

funcionamiento del concejo municipal ante la ausencia de un secretario para las actuaciones requeridas.

(...)

2.2. EXCEPCIÓN DE INEXISTENCIA DE VIOLACIÓN AL RÉGIMEN DE INCOMPATIBILIDADES. (...) En relación con esta causal alegada por el accionante, es decir, la prevista en el numeral 1 del artículo 48 de la Ley 617 de 2000, por la presunta incursión en una incompatibilidad, es importante señalar que, para el caso específico, no existe posibilidad de imputar la violación al régimen de incompatibilidades, en tanto no existió ninguna actuación de mi mandante que permita insinuar y concluir que ha actuado al margen del orden jurídico, en este sentido, en la medida que las incompatibilidades se configuran en razón y con motivo de la condición de concejal, de los hechos reseñados no se puede concluir que existiera una gestión o actividad de parte de NÉSTOR ALEXANDER BOHÓRQUEZ, y que no pudiera ser ejercida (o imputada como realizada) de manera simultánea con el desempeño propio de su cargo, esto, en la medida que las actuaciones surtidas en la sesión inaugural del Concejo de Floridablanca 2016-2019 no suponían sino el ejercicio de su cargo de concejal del municipio, y por tanto, sus actuaciones se presentaron en este preciso escenario, es decir, no coexistieron dos actividades que permitan la configuración del fenómeno que da lugar a la incompatibilidad en lo que respecta a NÉSTOR ALEXANDER BOHÓRQUEZ MEZA.

(...)

Quiere significar lo anterior, que conforme a la normativa analizada, no habría lugar en el sub judice a predicar una incompatibilidad, y por tanto, una incompatibilidad, y por tanto, una violación a este régimen, toda vez que como se ha dicho con asiduidad, los corporados en día (sic) de marras ejercieron e interpretaron el reglamento interno del municipio dándole un sentido y aplicación, asunto que configuraría, si al caso, un error de derecho, que enervaría la posibilidad de realizar un juicio ético a los concejales, en tanto, no habría forma de determinar en algún grado de culpabilidad (culpa o dolo) el actuar señalado en la acción.

(...)

2.3. EXCEPCIÓN DE AUSENCIA EXTRALIMITACIÓN EN EL EJERCICIO DE LAS FUNCIONES (...) De por manera (sic) que no hay lugar a predicar un ejercicio abusivo de las funciones por parte de NÉSTOR ALEXÁNDER BOHÓRQUEZ MEZA, cuando precisamente esta escogencia de un secretario Ad Hoc está prevista en el Reglamento Interno del Concejo Municipal de Floridablanca, y en este sentido, se actuó, tal y como se deduce de lo argumentado y visto en el audio allegado por el propio accionante, en la medida que el anterior titular del cargo había culminado su vinculación a la institución, presentando su correspondiente renuncia, quedaba pues por aplicar la medida que en su defecto dispone el reglamento del concejo, esto es, escoger a un concejal, que sin ninguna remuneración obre como provisional o ad hoc, mientras se elige un secretario en propiedad. (...)».

1.3.- La acumulación de los procesos judiciales

Mediante auto del 27 de abril de 2016 (fol. 1169-1171, cuaderno principal núm. 2, Exp. 2016 00259), el despacho del magistrado sustanciador de este proceso judicial en primera instancia, decidió decretar la acumulación de los procesos radicados con los números 680012333000 2016 00259 00 y 680012333000 2016 00435 00, los cuales, en adelante, se tramitan y deciden conjuntamente bajo «*la misma cuerda procesal del primero de los citados*» (fol. 1171, cuaderno principal núm. 2, Exp. 2016 00259).

1.4.- La sentencia de primera instancia

La Sala Plena del Tribunal Administrativo de Santander, mediante providencia del 1 de junio de 2016, declaró la falta de legitimación por pasiva del concejal Salvador Molina Saavedra y negó las pretensiones de la demanda, realizando las siguientes consideraciones:

«(...) D. Los problemas jurídicos (...) PJ1. ¿El artículo 291 de la Constitución establece como causal de pérdida de investidura el nombrar a un concejal en un cargo público? (...) Tesis 1: No (...) Fundamento Jurídico 1: Tal y como se analizó en el acápite de esta providencia denominado “Marco Normativo y Jurisprudencial”, esta es una hipótesis no prevista en el Art. 291 constitucional. Lo pretendido por los demandantes se sustenta en una interpretación analógica de la disposición constitucional, que es rechazada por las garantías hermenéuticas que amparan el derecho al sufragio pasivo (...) Reitera el Tribunal que la hipótesis de nombrar, en el caso que tal actividad se hubiere dado, a un concejal en un cargo de la administración pública – Secretario General del Concejo – no se subsume en los supuestos de hecho del Art. 291 de la Constitución Política, y por ende, no se puede predicar la consecuencia que la norma contiene de pérdida de investidura (...) PJ2. ¿Al ejercer un Concejal como Secretario Ad-hoc de la Corporación a la que pertenece transgrede la incompatibilidad del artículo 291 de la Constitución? (...) Tesis: No (...) Fundamento Jurídico: La calidad de “Ad-Hoc, implica, necesariamente, que no se recibe remuneración por su desempeño por lo que no se estructura la doble asignación: La adscrita al empleo de Secretario General y los honorarios a que tiene derecho como concejal ; esa calidad “Ad-Hoc” no permite transmutar la naturaleza jurídica de servidor público que comparte el “Secretario General”, no estructurándose la acumulación de cargos.

(...)

Al momento en que el señor Concejal Triana Hernández fue designado por la plenaria del Concejo Municipal de Floridablanca como Secretario General Ad Hoc, el cargo estaba vacante por concluir el período legal de quien ocupó el cargo durante el año 2015.

Tal designación se sustenta en un acto administrativo, cual es el reglamento interno del Concejo de Floridablanca, que es valorado por el Tribunal como la expresión del poder reglamentario dicha corporación que deviene de la Ley, artículo 37 de la Ley 136 de 1994 – que establece las condiciones para ser Secretario en los Concejos Municipales -. Para el Tribunal la hipótesis prevista en el artículo 9 del Acuerdo 010 de 2013 de permitir que un Concejal ejerza como Secretario Ad Hoc del Concejo Municipal mientras se elige a su titular, constituye una medida de gestión administrativa

que garantiza la eficiencia y eficacia – principios de la función pública a la luz del artículo 209 superior-, lo cual es apremiante cuando se inicia un nuevo período del Concejo Municipal.

El Acuerdo 010 de 2013 es un acto administrativo amparado por la presunción de legalidad y como tal debe ser acatado por las autoridades públicas.

“Ad hoc”, según la RAE, es una expresión “para referirse a lo que se dice o hace solo para un fin determinado”, que utilizado en el contexto de lo hasta aquí referido indica sin duda alguna que la plurimencionada designación buscaba atender la contingencia de la vacancia del cargo de Secretario General del Concejo de Floridablanca. Es decir, el reglamento interno de dicha corporación posibilitaba tal situación de manera temporal y excepcional.

- Los acontecimientos seguidos a esta designación, para el Tribunal no desdibujaron su carácter excepcional y temporal. En efecto, inicialmente la designación como Secretario Ad Hoc del Concejal Triana Hernández debía ir desde el 02 hasta el 09 enero de 2016- según el cronograma fijado en la Resolución 03/16 para la elección de Secretario General -, pero este período se extendió en virtud de decisiones proferidas dentro de acciones de tutela, contingencia no prevista al realizar la referida designación. En todo caso, el señor Concejal Triana Hernández no ejerció como Secretario General Ad Hoc por mucho tiempo, pues el 11 de enero le fue aceptada su renuncia. Desde el día siguiente el cargo de Secretario General fue ocupado por otra persona.*
- El ejercicio o desempeño de las funciones de Secretario Ad Hoc por parte del señor Concejal Triana Hernández, además de no generarle ningún rédito económico, se circunscribieron a gestiones de carácter técnico y soporte administrativo, debido a que la dirección de las actividades principales recayó siempre en el Presidente del Concejo Municipal, como legalmente corresponde.*

Esto último tiene trascendencia en el presente caso pues no encuentra el Tribunal que con su conducta el Concejal Juan Triana Hernández hubiera buscado u obtenido un beneficio para sí

mismo, ni que utilizara su cargo para obtener beneficios o acumular honores o más poder al desempeñarse como Secretario General Ad Hoc. Es claro entonces, que la conducta aquí analizada no se enmarca ni en los supuestos ni desconoce la teleología sobre la cual se soporta la incompatibilidad del artículo 291 de la Constitución, por tanto también se negará la solicitud de pérdida de la investidura de Concejal de Floridablanca del señor JUAN ÁNGEL TRIANA HERNÁNDEZ (...).».

1.4.- Los recursos de apelación interpuestos por los demandantes

1.4.1.- El recurso de apelación presentado por André Carolina Mosquera

Inconforme con la sentencia de primera instancia, la ciudadana André Carolina Mosquera, dentro de la oportunidad procesal correspondiente, presentó recurso de apelación con el fin de que se revoque dicha providencia judicial y en su lugar se les despoje a los demandados de su investidura, esgrimiendo las siguientes razonamientos:

«(...) a. El Tribunal administrativo (sic) acomoda de una manera errada la interpretación del artículo 291 de la Constitución, y hace una diferencia entre nombrar y elegir, determinando que el hecho de elegir no configura la inhabilidad deprecada. Para el caso de la pérdida de investidura nombrar y elegir ES EL MISMO ASUNTO, pues el espíritu de la Constitución es precisamente evitar que un concejal ocupe otro cargo público simultáneamente INDISTINTAMENTE de si es nombrado o elegido. En el presente caso el señor concejal Juan Ángel Triana y los demás concejales violaron el citado artículo 291 al elegir en el cargo público de secretario general al concejal Triana Hernández, con lo cual se establece la inhabilidad y la correspondiente configuración de la pérdida de investidura.

b. Nótese que los mismos concejales ADVIERTEN DE SU GARRAFAL ERROR al elegir en el cargo de secretario general a Juan Triana, y varios días después deciden aceptar la renuncia de este, y en su lugar AHORA SI HACE LAS COSAS COMO LAS

DEBIERON HACER, es decir, ELEGIR EN EL CARGO DE SECRETARIO GENERAL EN ENCARGO A UN FUNCIONARIO DE PLANTA DEL CONCEJO MUNICIPAL, en este caso eligieron a la señora Nelly Báez

c. El Tribunal Administrativo se equivoca al señalar en su fallo que de conformidad con el artículo 9 del reglamento interno del concejo, los concejales si podían elegir a un concejal como secretario general ad-hoc; el citado artículo al respecto dice: (...) Es completamente claro que el secretario general del período inmediatamente anterior, es decir el señor Jovanny Moncada, a fecha 2 de enero de 2016 NO HABÍA RENUNCIADO A SU CARGO DE SECRETARIO GENERAL, por lo cual era a él a quien le correspondía continuar ejerciendo las funciones de secretario general HASTA QUE SE ELIGIERA UN SECRETARIO EN PROPIEDAD, y por ningún motivo es admisible que los concejales hubiesen elegido a un concejal como secretario general.

(...)

e. El Secretario general del concejo de Floridablanca es un CARGO PÚBLICO, del Nivel Jerárquico DIRECTIVO, de período fijo, el cual goza de todas las prestaciones laborales y hace las veces de jefe de personal del concejo. Anexo manual de funciones del cargo.

f. El mismo día de su posesión, esto es el 2 de enero del 2016, los 19 concejales nombraron en el cargo de Secretario General del concejo municipal de Floridablanca, al concejal JUAN ÁNGEL TRIANA HERNÁNDEZ elegido por el partido político Centro Democrático para el período 2016-2019.

g. El DÍA 2 DE ENERO DE 2016 SE ENCONTRABA PRESENTE EN LA SESIÓN DEL CONCEJO EL SEÑOR JAVANY MONCADA QUIEN ERA EL SECRETARIO GENERAL QUE VENÍA EJERCIENDO LAS FUNCIONES DE SECRETARIO GENERAL DEL CONCEJO, YA QUE ESTE HABÍA SIDO ELEGIDO LEGALMENTE POR LOS CONCEJALES EN EL MES DE ENERO DEL AÑO 2015. Por lo anterior, NO HABÍA NINGUNA RAZÓN PARA QUE SE ELIGIERA A OTRO SECRETARIO GENERAL Y MENOS A UN CONCEJAL EN DICHO CARGO, ya que en la sesión del 2 de enero del 2016 y en las sesiones subsiguientes, el señor Jovany Moncada PODÍA SEGUIR EJERCIENDO LAS

FUNCIONES COMO SECRETARIO GENERAL DEL CONCEJO HASTA QUE LOS CONCEJALES PROCEDIERAN LEGALMENTE A REALIZAR LA ELECCIÓN DE DICHO SECRETARIO GENERAL.

(...)

k. El señor Juan Ángel Triana Hernández ACEPTÓ el nombramiento del cargo público, TOMÓ POSESIÓN del cargo, HIZO EL RESPECTIVO JURAMENTO, y EJERCIÓ EL CARGO hasta el día 17 de enero del 2016, fecha en la cual decidió RENUNCIAR a dicho CARGO PÚBLICO.

l. El señor Juan Ángel Triana Hernández EJERCIÓ PLENAS FUNCIONES COMO SUPERVISOR DE VARIOS CONTRATOS QUE CELEBRÓ EL PRESIDENTE DEL CONCEJO, hecho este que prueba que el cargo de secretario general fue desempeñado A PLENITUD POR EL CITADO CONCEJAL. En el expediente reposan los contratos y certificaciones donde consta que Juan Ángel Triana FUE EL SUPERVISOR DE VARIOS CONTRATOS DE PRESTACIÓN DE SERVICIOS Y DE OTRA ÍNDOLE, actuaciones que realizó desempeñando el cargo de secretario general.

m. Además de lo anterior, el señor Triana Hernández vigiló el cumplimiento de honorarios, funciones y objetivos de los contratistas a los cuales les HIZO SUPERVISIÓN DE SUS CONTRATOS desde el cargo de secretario general.

n. Señores Magistrados: Para ejercer como SUPERVISOR DE CONTRATOS SUSCRITOS POR EL ESTADO se debe tener la calidad de servidor público, y esta función la realizó Triana Hernández desde su cargo de secretario general, lo cual nos demuestra que no fue un simple ad hoc como lo quieren hacer ver los concejales en su defensa, por el contrario fue un nombramiento con plenas funciones y pleno ejercicio del cargo, hecho este que es violatorio de la constitución y de la ley.

(...)

Explicación del Concepto de Violación al orden superior

Los 19 concejales del municipio de Floridablanca con el hecho de nombrar en el cargo de secretario general del concejo, A UN CONCEJAL EN EJERCICIO DE SUS FUNCIONES, violaron el artículo 291 de la Constitución, el artículo 48 de la Ley 617 del 2000, el artículo 45 de la Ley 136 de 1994, y el párrafo 2 del artículo 45 de la ley 136 de 1994.

La transgresión de estas normas superiores genera automáticamente que los concejales VIOLARON EL RÉGIMEN DE INHABILIDADES, INCOMPATIBILIDADES Y DE CONFLICTO DE INTERESES, lo cual es causal de PÉRDIDA DE INVESTIDURA, además de causal de mala conducta la cual disciplinariamente ocasiona la destitución del cargo, y penalmente el delito de prevaricato por acción.

Así mismo, el concejal Juan Ángel Triana Hernández al haber aceptado y ejercido el cargo de secretario general del concejo ESTÁ INCURSO EN CAUSAL DE PÉRDIDA DE INVESTIDURA, además de causal de mala conducta la cual disciplinariamente ocasiona la destitución del cargo, y penalmente el delito de prevaricato por acción. (...)»

1.4.2.- El recurso de apelación presentado por José Vicente Rey

Inconforme con la sentencia de primera instancia, el ciudadano José Vicente Rey, dentro de la oportunidad procesal correspondiente, presentó recurso de apelación con el fin de que se revoque dicha providencia judicial y en su lugar se les despoje a los demandados de su investidura, esgrimiendo las siguientes argumentos:

«(...) 4- Por lo cual, para el caso en concreto de los hechos de la demanda del presente proceso, si SE GENERA UN CONFLICTO DE INTERESES por parte del concejal TRIANA HERNÁNDEZ, dejando en claridad que para el caso del nombramiento de secretario general del concejo municipal de Floridablanca en la designación AD HOC, esta función designada se extendió más allá de la sesión de instalación y surgió de la misma manera para los

días 3, 4, 5, 6, 7, 8, 9, 10 y 11 de enero de 2016, como así consta en las actas de la sesión plenaria aportadas como pruebas, y que a falta de esta, para corroborar lo afirmado se aportaron los audios de cada una de las sesiones plenarias realizadas durante esos días del primer período constitucional, y no es como lo quiere hacer ver el fallador de primera instancia, al darle interpretación errónea al articulado del concejo municipal de Floridablanca, pues muy claro lo dice, “se podrá elegir secretario provisional hasta que se nombre al titular del cargo”, pero a aquel funcionario que venía ejerciendo el cargo de secretario de la anualidad inmediatamente anterior, y que dicho contenido literal es muy claro y por ningún lado dice que el concejal que acepte la designación se hasta que se nombre al titular, creo que dice más bien, que se designe a un miembro de la misma corporación como secretario general ad hoc para la sesión inaugural o para la sesión de instalación, y solo para ese momento es que debe ser excepcional y transitoria su función como secretario general ad hoc, y en estas condiciones es que la misma corte constitucional ha sido explícita, como así ya se ha citado la jurisprudencia dentro de este proceso de pérdida de investidura.

5- A lo manifestado en el párrafo anterior, se demuestra que efectivamente SÍ SE GENERA UN CONFLICTO DE INTERESES por parte del concejal TRIANA HERNÁNDEZ, pues el honorable concejal aparte de sus responsabilidades como concejal también desempeñó funciones de otro cargo público, esto es, ejerció como secretario general del concejo en la designación ad hoc, y como así consta en las respectivas actas de la sesión plenaria aportadas e identificadas en su orden como 001, 002, 003, 004, 005, 006, 007, 008, 009, 010, ESTO ES DESDE EL DÍA 2 DE ENERO DE 2016 HASTA EL DÍA 11 DE ENERO DE LA MISMA ANUALIDAD, en donde se logra evidenciar de manera escrita y en el audio correspondiente, que el concejal TRIANA HERNÁNDEZ hizo parte de las decisiones como concejales emitiendo su voto para aprobación de las diferentes proposiciones, y acuerdos expedidos por esa corporación, y a su vez interviene como secretario general AD HOC en cada una de las sesiones y que en ningún momento se apartó del cargo para que sus decisiones como concejal no estuviesen viciadas o comprometidas al mismo tiempo que estaba ejerciendo como secretario general AD HOC.

6-Además, como así consta en las demás documentales probatorias aportadas por el suscrito, que efectivamente el señor

concejal JUAN ÁNGEL TRIANA HERNÁNDEZ durante los días 3, 4, 5, 6, 7, 8, 9, 10 y 11 de enero de 2016, ejecutó labores propias del secretario general del concejo municipal durante el tiempo en que se extendió el cargo de secretario general designado AD HOC, lo que quiere decir que como concejal también SIMULTÁNEAMENTE ejerció otro cargo público, así hubiese sido en la modalidad de designado, pues además de las actividades propias de concejal, también ejecutó simultáneamente las actividades o labores propias del cargo de secretario general, realizando gestión de contratos y a su vez hizo de supervisor de dos contratos de prestaciones de servicios con dos abogados, y que además la mesa directiva del concejo municipal fue permisiva al designarlo como supervisor de dichos contratos, es decir, en virtud de dichos contratos, es decir, en virtud de dichos actos, como así consta en las respectivas copias documentales y referidas puntualmente dentro de los hechos de la demanda y del acápite de pruebas, que aparte del cargo de secretario general ad hoc, también ejerció el cargo de CONTRATISTA, DESEMPEÑANDO las funciones generales, especiales y esenciales para el cargo de secretario general, como así consta con su firma en actas, constancias, informes, solicitudes, libro de registros documentales y otras documentales que se adjuntan como pruebas. (Ver anexo 2 y 3 de la demanda) y que también ejerció y dio cabal cumplimiento de las funciones generales y especiales y esenciales, gestión documental y gestión contractual, deberes, obligaciones y prohibiciones del secretario general desde el 02 de enero hasta el día 11 de enero de 2016, como así consta con su firma en las documentales que se adjuntan como pruebas, fungiendo como jefe de personal del concejo municipal de Floridablanca, lo que se infiere y queda así demostrado que TAMBIÉN HUBO INDEBIDA DESTINACIÓN DE DINEROS PÚBLICOS, pues su cargo como secretario general ad hoc ya había fenecido el 2 de enero de 2016 al finalizar la sesión de instalación.

(...)

7- Además, así queda demostrado en lo aportado en los anexos de la demanda, como se desprende de los folios paginables 047 y subsiguientes hasta el 053, en los registros del 001 y subsiguientes hasta el 037, durante los días 4, 5, 6, 7 y 8 de enero de 2016, como también de los intervalos de tiempo en que hace dichos registros que demuestran el cumplimiento de horario como

subordinado a la dependencia designada (...) y que también el señor TRIANA HERNÁNDEZ ejerció competencia funcional sobre la ejecución de las decisiones de la mesa directiva, gestionando, proyectando y verificando el contenido legal transcrito por el o por sus subalternos, y ponerlos a consideración y firma de la mesa directiva (...), por lo que resulta, que aparte de que el señor TRIANA HERNÁNDEZ como concejal seguí ejerciendo otro cargo público con la anuencia de los restantes concejales de Floridablanca, y como así se arguye de manera restrictiva, ese cargo designado como secretario general ad hoc, ya se había extinguido, pues solo debió ejercerlo para la sesión de instalación, efectivamente también se configura el conflicto de intereses por parte de los restantes concejales de la plenaria del concejo de Floridablanca y de los integrantes de la mesa directiva, pues en ningún momento tomaron las decisiones pertinentes para apartar del cargo al señor concejal del cargo de secretario general ad hoc, pues su trabajo funcional como secretario podía viciar las decisiones de la mesa directiva en razón a que el concejal TRIANA HERNÁNDEZ ya no estaba facultado para ejecutar dicha labores, pues el cargo de secretario general designado AD HOC, ya había fenecido jurídicamente de conformidad a lo dispuesto en la ley 5 de 1992 y lo preceptuado en la C-136 de 1999.

8- Y además, se compromete mucho más la credencial del concejal TRIANA HERNÁNDEZ, pues como ya se mencionó, el cargo de secretario general designado AD HOC, ya había fenecido jurídicamente de conformidad a lo dispuesto en la ley 5 de 1992 y lo preceptuado en la C-136 de 1999, y el concejal siguió ejerciendo a cabalidad el cargo de secretario general ad hoc y realizó gestión contractual, solicitándole a la mesa directiva que se debe gestionar la contratación de personal de planta para prestar los servicios profesionales de abogado (...) y solicitando la contratación de personal de conformidad con el reglamento interno y las funciones propias del cargo que ostenta como secretario del concejo municipal (...) y que no se debe pasar por alto la documentación que suscribió en la línea de tiempo que lo compromete desde el 2 de enero de 2016 hasta el día 11 de enero de 2016 (...) 11- *En virtud de lo referido en los numerales 9 y 10 que anteceden, el concejal que fue designado como secretario general ad hoc, ya no tenía competencia para seguir en dicho cargo, y toda las actuaciones ejecutadas por este designado, ya no tenía validez, y de tal manera logró ante el concejo municipal que se aprobara un gasto presupuestal y se concretara dos*

contratos de prestación de servicios, como así consta en los documentos que se aportan, y más evidente resulta la embarrada de los concejales, que los dos contratos eran hasta por seis cada uno, y resultaron renunciando los abogados contratados y liquidándoles el contrato sin haber transcurrido siquiera un mes de ejecutado, y en ese orden de ideas efectivamente queda demostrado que SI RESULTA UN CONFLICTO DE INTERESES POR PARTE DE LOS INTEGRANTES DE LA MESA DIRECTIVA DEL CONCEJO MUNICIPAL PERÍODO 2016, porque como se dijo anteriormente, no apartaron del cargo al señor concejal designado como secretario general ad hoc y terminaron designándolo supervisor de contratos y por una INDEBIDA DESTINACIÓN DE DINEROS PÚBLICOS POR PARTE DE LOS INTEGRANTES DE LA MESA DIRECTIVA DEL CONCEJO MUNICIPAL PERÍODO 2016, porque aprobaron la gestión contractual realizada por el designado secretario general ad hoc y a su vez aprobaron la destinación presupuestal para que se ejecutaran los dos contratos de prestación de servicios de los dos abogados a los que se refiere en los hechos y pruebas de la demanda (...)».

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

Mediante auto de 5 de julio 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.

El demandante José Vicente Rey y los demandados Andrés Norberto Ardila Pérez, Marcos Olarte Ramírez, Alfredo Tarazona Matamoros, José Fernando Sánchez Carvajal, José Alexander Esparza Martínez, Juan Ángel Triana Hernández, Juan Carlos Ayala Suárez, Jorge Alberto Pinzón Medina, Claudia Cecilia Hernández Villamizar, Guillermo González Palomino y José Nicanor

Vera Pedraza presentaron sus alegatos de conclusión en los que reiteraron los argumentos expuestos a lo largo del proceso judicial.

Por su parte, el agente del Ministerio Público intervino en esta instancia mediante escrito del 1 de septiembre de 2016 y solicitó, luego de un estudio integral del proceso judicial, la confirmación de la sentencia de primera instancia, de acuerdo con los siguientes argumentos:

«(...) Sobre el particular, esta Delegada del Ministerio Público comparte el criterio del A-quo al estimar que el primer inciso de este artículo 291, tiene una naturaleza prohibitiva, en tanto que, los miembros de las Corporaciones Públicas de las entidades territoriales (Diputados, Concejales) no podrán aceptar cargo alguno en la administración pública (sic), constituyéndose así incompatibilidad respecto del miembro de la Corporación Pública que acepta. Por lo que el acto de nombrar, no se subsume en los supuestos de hecho descritos y buscar una aplicación analógica de sanción prevista en la norma para el que acepta, respecto de quien nombra, constituye una interpretación que es rechazada por las garantías hermenéuticas que amparan al derecho al sufragio pasivo.

(...)

En síntesis, lo pretendido por los demandantes se sustenta en una interpretación analógica de la disposición Constitucional, que es rechazada por las garantías hermenéuticas que amparan el derecho al sufragio pasivo. Se reitera que la hipótesis de nombrar a un Concejal en un cargo de la administración pública – Secretario General del Concejo – no se subsume en los supuestos de hechos del Art. 291 de la Constitución Política, y por ende, no se puede predicar la consecuencia que la norma contiene de pérdida de investidura.

Tal como lo indicó el Tribunal, la calidad de “Ad-Hoc”, implica, necesariamente, que no se recibe remuneración por su desempeño por lo que no se estructura la doble asignación, esa calidad “Ad-Hoc” no permite “transmutar” la naturaleza jurídica de servidor público que comparte el concejal, en la naturaleza

específica de empleo público que comparte el “Secretario General”, por lo que no es estructura la acumulación de cargos o doble asignación del erario.

Así lo concluyó el A-quo al momento en que el señor Concejal Triana Hernández fue designado por la plenaria del Concejo Municipal de Floridablanca como Secretario General Ad Hoc, el cargo estaba vacante por concluir el período legal de quien ocupó el cargo durante el año 2015. Tal designación se sustenta en un acto administrativo, cual es el Reglamento Interno del Concejo de Floridablanca – Acuerdo 10 de 2013 -, cuyo artículo 9 permite que un Concejal ejerza como Secretario Ad Hoc del Concejo Municipal mientras se elige a su titular, lo que constituye una medida de gestión administrativa que garantiza la eficiencia y eficacia – principios de la función pública a la luz del artículo 209 superior-, lo cual es apremiante cuando se inicia un nuevo período del Concejal Municipal. Además el Acuerdo 010 de 2013 es un acto administrativo amparado por la presunción de legalidad y como tal debe ser acatado por las autoridades públicas.

Por lo anterior, la conducta aquí analizada no se enmarca ni en los supuestos ni desconoce la teleología sobre la cual se soporta la incompatibilidad del artículo 291 de la Constitución Nacional (...)»

2.- Consideraciones de la Sala

2.1.- Procedibilidad de la acción pérdida de investidura

En el expediente¹, se encuentra copia del formato E-26 CON de la Registraduría Nacional del Estado Civil, mediante la cual se declararon electos los concejales del municipio de Floridablanca (Santander) para el período 2016-2019, de acuerdo con los resultados de las elecciones que se llevaron a cabo el 25 de octubre de 2015, quienes fungen como demandados en este proceso judicial.

¹ folios 14-73, cuaderno principal núm. 1 y folios 537-551, cuaderno principal núm. 2, expediente núm. 2016-00259 y folios 34-48, cuaderno principal núm. 1, expediente núm. 2016-00435.

Conforme el citado formato, los concejales electos son los siguientes: Guillermo González Palomino, José Nicanor Vera Pedraza, Liliana Mendoza Rodríguez, María Consuelo Galvis Calderón, Néstor Alexander Bohórquez Meza, José Alexander Esparza Martínez, Marcos Olarte Ramírez, Alfredo Tarazona Matamoros, Nelson Darío Espitia Rodríguez, José Fernando Sánchez Carvajal, Edgar Enrique Gómez Silva, Claudia Cecilia Hernández Villamizar, Salvador Molina Saavedra, Alirio Pinzón Díaz, Andrés Norberto Durán Prada, Juan Carlos Ayala Suarez, Juan Ángel Triana Hernández y Jorge Alberto Pinzón Medina.

Adicionalmente, reposa copia del Acta 001 del 2 de enero de 2016, que da cuenta de la sesión inaugural del concejo municipal de Floridablanca (Santander), en la que se dio posesión a los concejales elegidos para el período constitucional 2016-2019². Es claro, entonces, que los demandados son sujetos pasivos de la acción de pérdida de investidura.

2.2.- La causal de pérdida de investidura alegada por la parte demandante

El Tribunal Administrativo de Santander consideró que la causal de pérdida de investidura invocada en los procesos acumulados es la *«consagrada en el numeral 1° del Artículo 48 de la Ley 617 de 2000, relativa a la violación del régimen de incompatibilidades o del régimen de conflicto de intereses y el Art. 291 de la Constitución Política. Y el Art. 45 de la Ley 136 de 1994»*.

² Expediente Núm. 2016-00259: Cuaderno Principal Núm. 1: folios 114-139, folios 169-204 y folios 305-357. Cuaderno Principal Núm. 2: folios 552-577, folios 691-716, folios 979-1004 y folios 1072-1097. / Expediente Núm. 2016-00435: Cuaderno Principal Núm. 1: folios 103-128 y folios 655-680. Cuaderno Principal Núm. 2: folios 789-814.

En su demanda, la ciudadana André Carolina Mosquera considera que los demandados incurrieron en la incompatibilidad prevista en el numeral 1 del artículo 45 de la Ley 136 de 1994, causal de pérdida de investidura por virtud de los artículos 291 de la Constitución Política y del numeral 1 del artículo 48 de la Ley 617 de 2000. Así mismo, señala que los concejales incurrieron en la conducta prevista en el parágrafo del artículo 45 de la Ley 136 de 1994. Las normas mencionadas son del siguiente tenor:

Constitución Política: «(...) **ARTICULO 291.** Los miembros de las corporaciones públicas de las entidades territoriales **no podrán aceptar cargo alguno en la administración pública, y si lo hicieren perderán su investidura.** (...) Los contralores y personeros sólo asistirán a las juntas directivas y consejos de administración que operen en las respectivas entidades territoriales, cuando sean expresamente invitados con fines específicos (...)».

Ley 136 de 1994: «(...) **ARTÍCULO 45. INCOMPATIBILIDADES.** Los concejales no podrán: (...) **1. «Artículo 3 de la Ley 177 de 1994 derogado por el artículo 96 de la Ley 617 de 2000»** (...) Texto modificado por la Ley 177 de 1994: (...) 1. Aceptar o desempeñar cargo alguno en la administración pública ni vincularse como trabajador oficial, so pena de perder la investidura. Tampoco podrán contratar con el respectivo municipio o distrito y sus entidades descentralizadas (...) **Texto original de la Ley 136 de 1994: 1. Aceptar o desempeñar cargo alguno en la administración pública, ni vincularse como trabajador oficial o contratista, so pena de perder la investidura.** (...)».

ARTÍCULO 45. INCOMPATIBILIDADES. Los concejales no podrán: (...) **PARÁGRAFO 2o.** El funcionario público municipal que nombre a un concejal para un empleo o cargo público o celebre con él un contrato o acepte que actúe como gestor en nombre propio o de terceros, en contravención a lo dispuesto en el presente artículo, incurrirá en causal de mala conducta. (...)»

Ley 617 de 2000: «**ARTICULO 48. PERDIDA DE INVESTIDURA DE DIPUTADOS, CONCEJALES MUNICIPALES Y**

DISTRITALES Y DE MIEMBROS DE JUNTAS ADMINISTRADORAS LOCALES. Los diputados y concejales municipales y distritales y miembros de juntas administradoras locales perderán su investidura: (...) **1. Por violación del régimen de incompatibilidades o del de conflicto de intereses.** No existirá conflicto de intereses cuando se trate de considerar asuntos que afecten al concejal o diputado en igualdad de condiciones a las de la ciudadanía en general. (...)»

De otro lado, el demandante José Vicente Rey indicó como causales invocadas «(...) las que sustento de conformidad con los artículos 291 inciso 1 y artículo 312 inciso 2 y 4 de la Constitución Política; artículo 45 numeral 1 y artículo 312 inciso 2 y 4 de la Constitución Política; artículo 45 numeral 1 párrafo 2, artículos 55 #2 y 70 #2 de la Ley 136 de 1994; y 48 #1 de la Ley 617 de 2000, cuya violación se concreta en las razones anteriormente mencionadas», concretando posteriormente que las causales invocadas corresponden al existencia de un conflicto de intereses y la violación al régimen de incompatibilidades. El contenido de las disposiciones señaladas por el actor son las siguientes:

Constitución Política: «(...) **ARTICULO 291.** Los miembros de las corporaciones públicas de las entidades territoriales **no podrán aceptar cargo alguno en la administración pública, y si lo hicieren perderán su investidura.** (...) Los contralores y personeros sólo asistirán a las juntas directivas y consejos de administración que operen en las respectivas entidades territoriales, cuando sean expresamente invitados con fines específicos (...)».

«ARTICULO 312. Modificado por el art. 5, Acto Legislativo 01 de 2007. El nuevo texto es el siguiente: En cada municipio habrá una corporación político-administrativa elegida popularmente para períodos de cuatro (4) años que se denominará concejo municipal, integrado por no menos de 7, ni más de 21 miembros según lo determine la ley de acuerdo con la población respectiva. Esta corporación podrá ejercer control político sobre la administración municipal. (...) La ley determinará las calidades, inhabilidades, e

incompatibilidades de los concejales y la época de sesiones ordinarias de los concejos. Los concejales no tendrán la calidad de empleados públicos. (...) La ley podrá determinar los casos en que tengan derecho a honorarios por su asistencia a sesiones. (...) Su aceptación de cualquier empleo público constituye falta absoluta.»

Ley 136 de 1994: «(...) ARTÍCULO 45. INCOMPATIBILIDADES. Los concejales no podrán: (...) 1. «Artículo 3 de la Ley 177 de 1994 derogado por el artículo 96 de la Ley 617 de 2000» (...) Texto modificado por la Ley 177 de 1994: (...) 1. Aceptar o desempeñar cargo alguno en la administración pública ni vincularse como trabajador oficial, so pena de perder la investidura. Tampoco podrán contratar con el respectivo municipio o distrito y sus entidades descentralizadas (...) Texto original de la Ley 136 de 1994: 1. Aceptar o desempeñar cargo alguno en la administración pública, ni vincularse como trabajador oficial o contratista, so pena de perder la investidura. (...)».

ARTÍCULO 45. INCOMPATIBILIDADES. *Los concejales no podrán: (...) PARÁGRAFO 2o. El funcionario público municipal que nombre a un concejal para un empleo o cargo público o celebre con él un contrato o acepte que actúe como gestor en nombre propio o de terceros, en contravención a lo dispuesto en el presente artículo, incurrirá en causal de mala conducta. (...)»*

«Artículo 55°.- Pérdida de la investidura de concejal. *Los concejales perderán su investidura por: (...) 2. Por violación del régimen de inhabilidades, incompatibilidades o de conflicto de intereses. (...)»*

«Artículo 70°.- Conflicto de interés. *Cuando para los concejales exista interés directo en la decisión porque le afecte de alguna manera, o a su cónyuge o compañero o compañera permanente, o a alguno de sus parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad o primero civil, o a su socio o socios de derecho o de hecho, deberá declararse impedido de participar en los debates o votaciones respectivas. (...) Los concejos llevarán un registro de intereses privados en el cual los concejales consignarán la información relacionada con su actividad económica privada. Dicho registro será de público conocimiento. Cualquier ciudadano que tenga conocimiento de una causal de impedimento de algún concejal, que no se haya*

comunicado a la respectiva corporación, podrá recusarlo ante ella».

Ley 617 de 2000: «ARTICULO 48. PERDIDA DE INVESTIDURA DE DIPUTADOS, CONCEJALES MUNICIPALES Y DISTRITALES Y DE MIEMBROS DE JUNTAS ADMINISTRADORAS LOCALES. Los diputados y concejales municipales y distritales y miembros de juntas administradoras locales perderán su investidura: (...) **1. Por violación del régimen de incompatibilidades o del de conflicto de intereses.** No existirá conflicto de intereses cuando se trate de considerar asuntos que afecten al concejal o diputado en igualdad de condiciones a las de la ciudadanía en general. (...)»

Cabe indicar, entonces, que las causales de pérdida de investidura alegadas por los demandantes son: (1) la violación del régimen de incompatibilidades de los concejales municipales; y (2) la violación del régimen de conflicto de intereses.

2.3.- El problema jurídico

El Tribunal Administrativo de Santander determinó que eran dos los problemas jurídicos a resolver en el presente proceso judicial, relacionados con la violación del régimen de incompatibilidades, así:

«(...) D. Los problemas jurídicos (...) PJ1. ¿El artículo 291 de la Constitución establece como causal de pérdida de investidura el nombrar a un concejal en un cargo público? (...) Tesis 1: No (...) Fundamento Jurídico 1: Tal y como se analizó en el acápite de esta providencia denominado “Marco Normativo y Jurisprudencial”, esta es una hipótesis no prevista en el Art. 291 constitucional. Lo pretendido por los demandantes se sustenta en una interpretación analógica de la disposición constitucional, que es rechazada por las garantías hermenéuticas que amparan el derecho al sufragio pasivo (...) Reitera el Tribunal que la hipótesis de nombrar, en el caso que tal actividad se hubiere dado, a un concejal en un cargo de la administración pública – Secretario General del Concejo – no

se subsume en los supuestos de hecho del Art. 291 de la Constitución Política, y por ende, no se puede predicar la consecuencia que la norma contiene de pérdida de investidura (...) PJ2. ¿Al ejercer un Concejal como Secretario Ad-hoc de la Corporación a la que pertenece transgrede la incompatibilidad del artículo 291 de la Constitución? (...) Tesis: No (...) Fundamento Jurídico: La calidad de “Ad-Hoc, implica, necesariamente, que no se recibe remuneración por su desempeño por lo que no se estructura la doble asignación: La adscrita al empleo de Secretario General y los honorarios a que tiene derecho como concejal ; esa calidad “Ad-Hoc” no permite transmutar la naturaleza jurídica de servidor público que comparte el “Secretario General”, no estructurándose la acumulación de cargos.

Nótese como la primera instancia no tuvo en cuenta que el demandante José Vicente Rey alegó, igualmente, que los demandados habían violado el régimen de conflicto de intereses. Por esta razón, para la Sala son, entonces, dos los problemas jurídicos que deben resolverse en el presente proceso judicial:

2.3.1.- En primer, lugar, se debe indagar si los demandados **violaron el régimen de incompatibilidades** previsto para los concejales municipales.

En relación con el concejal Juan Ángel Triana Hernández, debe determinarse si su elección como secretario general *ad hoc* y el ejercicio de las funciones de tal cargo, lo hace incurrir en la incompatibilidad prevista en el artículo 291 de la Carta Política.

Frente a los demás concejales, deberá analizarse si incurren en dicha incompatibilidad por haber nombrado para ejercer un empleo público a un concejal, transgrediendo el parágrafo 2 del artículo 45 de la Ley 136 de 1994.

2.3.2.- En segundo lugar, se debe determinar si los demandados incurrieron en la violación del régimen de conflicto de intereses. En relación con el concejal Juan Ángel Triana Hernández, la Sala debe estudiar si incurrió en dicha causal de pérdida de investidura por que la extensión en el ejercicio del cargo de secretario general *ad hoc*, alegada por el demandante, interfirió las responsabilidades propias del cargo de concejal, permitiéndole actuar, simultáneamente, como concejal y secretario general *ad hoc*. Frente a los demás concejales, el apelante plantea:

«Incurren en un conflicto de intereses, los restantes concejales de Floridablanca, pues no se opusieron a las innumerables irregularidades que fueron cometiendo desde su posesión, en ningún momento se declararon impedidos ante las manifestaciones irregulares por parte del concejal TRIANA HERNÁNDEZ, pues resulta que al momento de participar en la toma de decisiones de la plenaria del concejal municipal como concejal DURANTE LOS DÍAS 3 DE ENERO HASTA EL DÍA 11 DE ENERO DE 2016 y a su vez ejerciendo de secretario general ad hoc para la misma línea de tiempo, esa decisión se encontraba viciada y debía ser nulo el voto aportado por el concejal TRIANA HERNÁNDEZ, y como así lo manifesté, los restantes concejales no se declararon impedidos ante dichos actos del concejal y omitieron proponer la renuncia del cargo de secretario general ad hoc, para que no se viera afectada la decisiones finales en las respectivas sesiones plenarias en que participó el majestuoso secretario general AD HOC, a excepción de dos concejales que así lo manifiestan en la contestación de la demanda, lo que quiere decir y se corrobora, que efectivamente si existieron y se realizaron actos irregulares, como así consta en las actas de la sesión plenaria y así consta en los audios de cada una de la sesiones (sic) plenarias, y resulta que se expresa en el acta 001, y la cosa no para ahí, en las demás sesiones también la embarraron (...).».

2.4.- La violación del régimen de incompatibilidades que se le endilga al demandado. Análisis de la tipicidad de la conducta de los demandados.

Como se indicó anteriormente, los demandantes le endilgaron a los concejales demandados la violación del régimen de incompatibilidades previsto en la Constitución Política y en la Ley. Al respecto, el numeral 1 del artículo 48 de la Ley 617 de 2000 contempla como causal de pérdida de investidura, la violación del (...) **1. Por violación del régimen de incompatibilidades** (...)).».

La incompatibilidad que se le endilga a los demandados está prevista en el artículo 291 de la Carta Política, que señala claramente que «(...) Los miembros de las corporaciones públicas de las entidades territoriales **no podrán aceptar cargo alguno en la administración pública, y si lo hicieren perderán su investidura** (...)».

Adicionalmente, el demandante considera que la incompatibilidad atribuida a los demandados, igualmente, se encuentra prevista en el numeral 1 del artículo 45 de la Ley 136 de 1994³.

Al respecto cabe señalar, como se indicó en la sentencia de 21 de enero de 2016, «(...) que el numeral 1º del artículo 45 de la Ley 136 de 1994, que consagró las incompatibilidades de los concejales, fue modificada por la Ley 177 de 1994 y, posteriormente, fue derogada por el artículo 96 de la Ley 617 de 2000⁴, razón por la que no puede edificarse, con sustento en ella, la

³ Ley 136 de 1994: «(...) ARTÍCULO 45. INCOMPATIBILIDADES. Los concejales no podrán: (...) 1. «Artículo 3 de la Ley 177 de 1994 derogado por el artículo 96 de la Ley 617 de 2000» (...) Texto modificado por la Ley 177 de 1994: (...) 1. Aceptar o desempeñar cargo alguno en la administración pública ni vincularse como trabajador oficial, so pena de perder la investidura. Tampoco podrán contratar con el respectivo municipio o distrito y sus entidades descentralizadas (...) Texto original de la Ley 136 de 1994: 1. Aceptar o desempeñar cargo alguno en la administración pública, ni vincularse como trabajador oficial o contratista, so pena de perder la investidura. (...)».

⁴ ARTICULO 96. VIGENCIA Y DEROGATORIAS. La presente ley rige a partir de su promulgación y deroga los artículos: 17 de la Ley 3 de 1991; parágrafo 3o. del artículo 11 de

causal de pérdida de investidura por violación del régimen de incompatibilidades (...)»⁵, sustentándose, entonces, **la causal de pérdida de investidura en lo previsto en el citado artículo 291 de la Carta Política.**

Descendiendo al caso concreto y en relación con la situación del concejal Juan Ángel Triana Hernández, tenemos que, de acuerdo con el acta núm. 001 de 2016, el concejo municipal de Floridablanca (Santander) realizó su sesión de instalación el día 2 de enero de 2016⁶. En dicha sesión se procedió a la designación del secretario general ad hoc, en la siguiente forma:

«(...) TERCERO PUNTO (sic): Designación de Secretario General ad Hoc (sic) hasta que se elija el titular de Este cargo en la corporación para la vigencia 2016 (...) Se abren las postulaciones para Secretario General ad Hoc: (...) El Honorable concejal Jorge Alberto Pinzón Medina, Postula (sic) al Honorable Concejal Juan Ángel Triana (...) El Honorable Concejal Juan Ángel Triana acepta la postulación (...) El Presidente ad Hoc (sic) Honorable Concejal Andrés Norberto Ardila Pérez somete a Consideración (sic) La Postulación al Honorable Concejal Juan Ángel Triana como secretario General (sic) ad hoc, se abre la discusión, avisa que se a cerrar, queda cerrada. (...) Se hace el llamado a lista para Votación Nominal (sic) contestando (...) El Secretario General

la Ley 87 de 1993; el segundo inciso del parágrafo del artículo 97 de la Ley 99 de 1993; 57 de la Ley 101 de 1993; 96 y 106 del Decreto 1421 de 1993; la Ley 166 de 1994; artículos 10., 30., 50., 60., 80. y 11 de la Ley 177 de 1994; el artículo 68 de la Ley 181 de 1995; 53 de la Ley 190 de 1995; los artículos 70., 11, 12 y 13 de la Ley 330 de 1996; 23 de la Ley 397 de 1997 y las demás disposiciones que le sean contrarias. Se deroga lo establecido en el numeral 40. del artículo 95 de la Ley 136 de 1994 y la expresión "quienes dentro de los seis meses anteriores a la fecha de la elección hayan sido empleados públicos o trabajadores oficiales, ni" del numeral 50. del artículo 44 de la Ley 200 de 1995.

⁵ CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCION PRIMERA, Consejero ponente: ROBERTO AUGUSTO SERRATO VALDÉS, Bogotá, D.C., veintiuno (21) de enero de dos mil dieciséis (2016), Radicación número: 13001-23-33-000-2014-00333-01(PI), Actor: JULIO RAFAEL VIANA ANILLO, Demandado: RICARDO LUIS JASPE LENTINO – CONCEJAL DEL MUNICIPIO DE SAN JACINTO – BOLIVAR.

⁶ Expediente Núm. 2016-00259: Cuaderno Principal Núm. 1: folios 114-139, folios 169-204 y folios 305-357. Cuaderno Principal Núm. 2: folios 552-577, folios 691-716, folios 979-1004 y folios 1072-1097. / Expediente Núm. 2016-00435: Cuaderno Principal Núm. 1: folios 103-128 y folios 655-680. Cuaderno Principal Núm. 2: folios 789-814.

expresa que la votación arrojó: (...) Votos Positivos: 18 (...) Votos Negativos: 01 (...) El Presidente ad Hoc Honorable Concejal Andrés Norberto Ardila Pérez expresa que fue Aprobada la elección al Honorable Concejal Juan Ángel Triana como secretario General ad hoc (sic) (...)»

Al plenario se aportan diferentes discos en los que se da cuenta de lo sucedido en dicha sesión de instalación⁷. Consta en dicho audio, como también puede evidenciarse en el acta núm. 001 de 2016, que se procedió a la «*Lectura del fundamento normativo acerca del Secretario General y el Presidente ad Hoc (sic) que fungirán para la sesión de instalación del Concejo Municipal de Floridablanca*», el cual correspondió al artículo 9 del reglamento interno del concejo municipal de Floridablanca (Santander)⁸, adoptado en el Acuerdo núm. 010 del 10 de julio de 2013, cuyo contenido es el siguiente:

*«(...) ARTÍCULO 9. SESIÓN DE INSTALACIÓN: El dos (2) de enero siguiente a la elección de cada período constitucional, a las 3 p.m., se instalará el Concejo Municipal. Para este fin los concejales se reunirán en el recinto del Cabildo. Esta sesión será presidida por el Concejal Electo a quien corresponda el primer lugar por orden alfabético de apellido, si hubiese dos o más concejales cuyo apellido los coloque en igualdad de condiciones, preferirá el orden alfabético en el segundo apellido, si ambos lo tuvieren, o en su defecto en el nombre, según lo establecido en la Ley 136 de 1994. **Actuará como secretario provisional hasta que se elija secretario en propiedad, el secretario general del concejo del período inmediatamente anterior si no ha renunciado. En su defecto actuará como Secretario Ad-Hoc***

⁷ Folio 113 del cuaderno principal núm. 1, expediente núm. 2016-00259. Este disco se tuvo como prueba conforme el artículo primero del auto de 13 de mayo de 2016.

Folio 33 del cuaderno principal núm. 1, expediente núm. 2016-00435. Este disco se tuvo como prueba conforme el artículo primero del auto de 13 de mayo de 2016.

⁸ Expediente Núm. 2016-00259: Cuaderno Principal Núm. 1: folios 206-254, folios 276-304 y folios 383-435. Cuaderno Principal Núm. 2: folios 478-526, folios 622-669, folios 917-964, folios 1020-1063, / Expediente Núm. 2016-00435: Cuaderno Principal Núm. 1: folios 54-102 y folios 593-641. Cuaderno Principal Núm. 2: folios 724-772.

un concejal escogido por mayoría de votos entre los concejales que asistieren a la instalación. (...)».

Probado está, entonces, que el concejal Juan Ángel Triana Hernández fue nombrado como secretario general «ad hoc», en la sesión inaugural del concejo municipal de Floridablanca (Santander), con sustento en el artículo 9 del Acuerdo núm. 010 del 10 de julio de 2013 contentivo del reglamento interno del concejo de ese municipio.

Para determinar el alcance de esta designación, resulta de la mayor importancia referirse a la Sentencia C-134 de 1999, pues en la misma se analiza la constitucionalidad de disposiciones de la Ley 5 de 1992 en las que se consagraba el nombramiento de secretarios provisionales. Al respecto, la Corte Constitucional resalta:

«Ahora bien, es claro e indudable, que tanto la Constitución como la ley, resultan severas y terminantes en cuanto a las incompatibilidades, especialmente en lo relacionado con el desempeño simultáneo de dos o más cargos públicos, incompatibilidad que es rigurosa respecto de los Congresistas.

De tal manera, que el señalamiento Constitucional y legal de incompatibilidades, implican la consagración de límites y excepciones a la actividad de las personas en virtud del cargo que ejercen. Por ello, si se incurre en ellas, el propio ordenamiento constitucional consagra las sanciones, que en el caso de los congresistas, llevan a la pérdida de su investidura (art. 183-1 C.P.).

Ahora bien, en cuanto a los cargos esgrimidos por el actor, en relación con la violación al régimen de incompatibilidades de los congresistas, por desempeñar simultáneamente los cargos de Congresista y Secretario ad hoc, es preciso señalar, que como bien lo establece la disposición legal demandada (Ley 5 de 1992, art. 38), los Presidentes y Secretarios provisionales para la primera sesión del período

legislativo del Congreso, cumplirán con la función que se les encomienda, hasta que se realicen las elecciones correspondientes, es decir, esta función se caracteriza por ser fugaz, efímera, transitoria.

En efecto, tal y como lo señala el artículo 46 de la citada ley, ningún miembro del Congreso puede ser designado “en propiedad” como Secretario, lo que significa que el mismo querer del legislador obedece a la necesidad de que alguien desempeñe de manera extraordinaria y excepcional la función de Secretario provisional, con motivo de la sesión inaugural del período del Congreso, y hasta tanto se designen los dignatarios de las respectivas Cámaras, de conformidad con lo dispuesto en la Carta Política y en la ley, razón por la cual, en el mismo sentido, la Ley 5 de 1992, artículo 13, dispone que para la sesión inaugural del período congresal, actuará como Secretario ad hoc, el Congresista designado por el Presidente de la Junta Preparatoria.

Y es que, la facultad constitucional que se le asigna al legislador para establecer causales de incompatibilidad debe tener su norte en criterios de razonabilidad y proporcionalidad. En ningún momento, estima la Corte, se pretende que esta doble función sea permanente, por cuanto riñe con la lógica, que un Congresista pueda ejercer adecuada y eficazmente las funciones administrativas que implica el cargo de Secretario General, de una Corporación de semejante importancia y dimensión, con las funciones que para la realización de los postulados de la democracia le son propias.

Por tanto, ha de concluirse, que el señalamiento razonable de las incompatibilidades, constituye pieza fundamental para el logro de los fines del Estado; y, en ese orden de ideas, la función de Secretario ad hoc de las Cámaras Legislativas, no tiene otra finalidad, que la de contribuir al apropiado y oportuno funcionamiento del órgano legislativo, lo que descarta, por completo, la inexequibilidad de las normas demandadas, pues no se quebranta con ellas ninguno de los preceptos de la Carta.

Por las razones expuestas, la Corte Constitucional, declarara ajustadas a la Constitución Política las expresiones impugnadas de los artículos 38 y 46 de la Ley 5 de 1992».

Aplicando el antecedente jurisprudencial al presente asunto, la Sala entiende que el nombramiento realizado al concejal Triana Hernández tiene un carácter precario en la medida en que el secretario *ad hoc* cumple con una función fugaz, efímera y transitoria, **que se circunscribe a la sesión de instalación del concejo municipal y mientras se realiza la elección del secretario en propiedad.**

La precariedad de la designación implica, **entonces, que no existe una vinculación formal con el concejo municipal, lo cual puede evidenciarse en el hecho consistente en que el concejal Triana Hernández «(...) NO generó emolumentos laborales o pago alguno sobre el desempeño como secretario AD HOC, de la Corporación (...)»**, conforme a la certificación que para el efecto expidió el secretario general del concejo municipal, Fredy Julián Gómez Pedroza, y el profesional universitario con funciones de pagador, Jovan Bonerges Márquez B., con fecha 6 de abril de 2016⁹.

Ahora bien, no debe perderse de vista que el artículo 37 de la Ley 136 de 1994 indica que es deber de los concejos municipales elegir «(...) *un secretario para un período de un año, reelegible a criterio de la corporación y su primera elección se realizará en el primer período legal respectivo (...)*», el cual, de acuerdo con el artículo 35 de la Ley 136 de 1994¹⁰, debe ser elegido,

⁹ Expediente Núm. 2016-00259: Cuaderno Principal Núm. 1: folio 168, Cuaderno Principal Núm. 2: folio 685 y 1005.

¹⁰ Artículo 35º.- *Elección de funcionarios*. Los concejos se instalarán y elegirán a los funcionarios de su competencia 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. En los casos de faltas absolutas, la elección podrá hacerse en cualquier período de sesiones ordinarias o extraordinarias que para el efecto convoque el alcalde.

como los demás funcionarios cuya elección le compete al concejo municipal, *«(...) 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 (...)».*

El cumplimiento de ese deber legal de elegir un secretario general «en propiedad», sufrió tropiezos que son detallados en la Resolución núm. 033 del 29 de febrero de 2016, *«(...) POR MEDIO DE LA CUAL SE REALIZA LA ELECCIÓN PARA PROVEER CARGO; EN EL MARCO DE LA CONVOCATORIA PÚBLICA PARA LA ELECCIÓN DEL SECRETARIO GENERAL DEL CONCEJO DE FLORIDABLANCA. (S). (...)»*, así:

«(...) 3. Que el día 8 de enero de 2016 a las 2:25 P.M. llegó correspondencia al Concejo Municipal de Floridablanca, referente a un oficio del Juzgado Décimo Penal Municipal con Función de Control de Garantías, el cual informa la decisión judicial de suspender el proceso de selección y elección del Secretario General del Concejo Municipal de Floridablanca, así:

Juzgado: Décimo Penal Municipal con Función de Control de Garantías

Proceso: Tutela

Demandante: Ednny Yurany Villamizar Neira

Demandado: Mesa Directiva del Concejo Municipal de Floridablanca

Radicado: 2016-00002 – 00

“(...) Segundo.- MEDIDA PROVISIONAL.- El despacho considera pertinente, en desarrollo del artículo 86 de la Carta Política y de conformidad con lo consagrado en el artículo 7° del Decreto 2591/91, ORDENAR A LA MESA DIRECTIVA DEL CONCEJO MUNICIPAL DE FLORIDABLANCA – Y/O QUIENES HAGAN SUS

Siempre que se haga una elección después de haberse iniciado un período, se entiende hecha sólo para el resto del período en curso. [Declarado exequible parcialmente Sentencia C 107 de 1995 Corte Constitucional.](#)

VECES-, que de manera INMEDIATA a la notificación del presente auto, SUSPENDAN EL PROCESO DE SELECCIÓN Y ELECCIÓN DEL SECRETARIO GENERAL DEL CONCEJO DE FLORIDABLANCA, hasta tanto se decida de fondo lo pertinente dentro de la presente acción constitucional. Lo anterior, a efectos de evitar un perjuicio irremediable en los derechos fundamentales de la parte accionante al DEBIDO PROCESO, PUBLICIDAD, IGUALDAD, MÉRITO Y TRANSPARENCIA, invocados. NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE, ÁNGELA CASTELLANOS BARAJAS. Juez”.

4. Que El día 9 de enero de 2016, la Mesa Directiva del Concejo Municipal de Floridablanca, profirió la Resolución 06 de 2016 por medio de la cual en aparte resolutivo cuarto decidió acatar y dar cumplimiento a lo ordenado en auto del 7 de enero de 2016, por el Juzgado Décimo Penal Municipal con Función de Control de Garantías, dentro del trámite de Acción de Tutela de Radicado 2016 – 00002 – 00, referente a la suspensión del proceso de selección y elección de Secretario General del Concejo de Floridablanca.

Que el día 21 de enero de 2016; el juzgado décimo penal municipal con funciones de control de garantías profirió fallo dentro del proceso con radicado N° 68001.40.88.010.2016.00002.00 y ordenó: “(...) expidan otro acto administrativo que adicione y modifique la resolución 03 del 4 de enero de 2016, en donde se reglamente la convocatoria pública para la elección del Secretario General del Concejo de Floridablanca para el año 2016, estableciéndose un cronograma que otorgue no menos de tres (03) días hábiles contados a partir del día siguiente de su publicación, para cada una de las etapas de dicha convocatoria (...)”

6. Que en consecuencia, la MESA DIRECTIVA DEL CONCEJO MUNICIPAL DE FLORIDABLANCA, a través de sus concejales integrantes, y/o quienes hagan sus veces, en observación al fallo judicial antes señalado, mediante acto administrativo motivado procede a dar cumplimiento al siguiente cronograma:

1) Publicación de Convocatoria	27, 28 y 29 de enero de 2016
--------------------------------	------------------------------

2) Inscripción de Candidatos;	1, 2 y 3 de febrero de 2016
3) Verificación de estudios y experiencia	4, 5 y 8 de febrero de 2016
4) Publicación Preliminar de Admitidos	9, 10 y 11 de febrero de 2016
5) Presentación de reclamos contra la lista de admitidos	12, 15 y 16 de febrero de 2016
6) Respuesta a los reclamos contra la lista de admitidos	17, 18 y 19 de febrero de 2016
7) Publicación de la lista final de aspirantes	22, 23 y 24 de febrero de 2016
8) ELECCIÓN DEL SECRETARIO DEL CONCEJO DE FLORIDABLANCA	25, 26 y 29 de febrero de 2016

7. Que el día 22 de febrero la mesa directiva del Concejo Municipal profiere acto administrativo por medio de la Resolución 030 de 2016 “POR MEDIO DE LA CUAL SE PUBLICA LA LISTA DEFINITIVA DE ADMITIDOS EN EL MARCO DE LA CONVOCATORIA PÚBLICA PARA LA ELECCIÓN DEL SECRETARIO GENERAL DEL CONCEJO DE FLORIDABLANCA”.

8. Que la resolución antes mencionada no fue impugnada (...)»

Teniendo en cuenta que la designación del concejal Triana Hernández como secretario general *ad hoc* **nunca implicó una vinculación formal con el concejo municipal como secretario general de este órgano**, no puede considerarse que la realización por parte de ese servidor público de actos propios del secretario general del concejo municipal de Floridablanca (Santander), con posterioridad a la sesión de la instalación del concejo municipal como los señalados por los demandantes, **implique que el demandado hubiere ostentado, formalmente, la condición de secretario general**. Es necesario advertir que no le corresponde a la Sala evaluar en

esta oportunidad si dichos actos son o no ilegales, pues no es ese el objeto de esta acción..

Quiere decir lo anterior, que el hecho de que hubiere fungido como secretario general en las sesiones ordinarias del concejo realizadas los días 3 de enero de 2016 (Acta núm. 002), 4 de enero de 2016 (Acta núm. 003), 5 de enero de 2016 (Acta núm. 004), 6 de enero de 2016 (Acta núm. 005), 7 de enero de 2016 (Acta núm. 006), 8 de enero de 2016 (Acta núm. 007), 9 de enero de 2016 (Acta núm. 008), 10 de enero de 2016 (Acta núm. 009) y 11 de enero de 2016 (Acta núm. 010)¹¹; y que, en dicha condición, hubiere elaborado estudios de conveniencia y oportunidad para la contratación de profesionales del derecho, fungido como supervisor de contratos y suscrito actas de inicio de labores de contratistas¹², no lo convierten en secretario general, en propiedad, de la citada Corporación.

Lo anterior, por cuanto para tener al señor Triana Hernández, en propiedad, como secretario general del concejo municipal, una vez surtida la sesión de instalación del concejo municipal de Floridablanca (Santander), **ha debido ser nuevamente elegido en tal condición y haber tomado posesión del cargo, lo cual no ocurrió**. Al respecto la jurisprudencia del Consejo de Estado¹³ ha señalado lo siguiente:

«(...) Al respecto, esta Subsección mediante sentencia de 13 de

¹¹ Expediente Núm. 2016-00259: Cuaderno Principal Núm. 2: folios 691-893. Expediente Núm. 2016-00435: Cuaderno Principal Núm. 1: folios 103-295.

¹² Expediente Núm. 2016-00435: Cuaderno Principal Núm. 1: folios 397-416, 454-

¹³ CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCION SEGUNDA, SUBSECCION "A", Consejero ponente: WILLIAM HERNANDEZ GOMEZ, Bogotá, D.C., cinco (05) de mayo de dos mil dieciséis (2016). Radicación número: 85001-23-31-000-2012-00032-02(2119-14), Actor: LUIS ALBERTO ARIAS, Demandado: DEPARTAMENTO DE CASANARE, Referencia: ACCION DE NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO - DECRETO 01 DE 1984

febrero de 2014¹⁴, manifestó:

“[...] Un empleado público es la persona nombrada para ejercer un empleo y que ha tomado posesión del mismo. Los elementos que deben concurrir para que se admita que una persona desempeña un empleo público y pueda obtener los derechos que de ellos se derivan, son, en principio, la existencia del empleo en la planta de personal de la entidad, la determinación de las funciones propias del cargo y la existencia de la provisión de los recursos en el presupuesto para el pago de la labor (artículo 122 de la C.P.).

Entonces, para que una persona natural desempeñe un empleo público se requiere que su ingreso se realice por medio de una designación válida, nombramiento o elección según el caso, seguida de la posesión para poder ejercer las funciones del empleo. Es decir que la persona nombrada y posesionada es la que se encuentra investida de las facultades, cumple con sus obligaciones y presta el servicio correspondiente [...]”. (...)»

La Sala encuentra, entonces, que en el presente caso el concejal Triana Hernández podría haber fungido como un funcionario de hecho, fenómeno que ha sido descrito por la jurisprudencia de esta Corporación¹⁵, en la siguiente forma:

«(...) La jurisprudencia de esta Corporación ha señalado,¹⁶ que esta forma anormal de vinculación con el Estado puede estructurarse en dos momentos, a saber:

¹⁴ Consejero Ponente: Luis Rafael Vergara Quintero. Número interno: 1943-12. Actor: Bertulio de Jesús Pavas Patiño, demandado: Municipio de la Ceja del Tambo - Antioquia

¹⁵ CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCION SEGUNDA, SUBSECCION "A", Consejero ponente: WILLIAM HERNANDEZ GOMEZ, Bogotá, D.C., cinco (05) de mayo de dos mil dieciséis (2016). Radicación número: 85001-23-31-000-2012-00032-02(2119-14), Actor: LUIS ALBERTO ARIAS, Demandado: DEPARTAMENTO DE CASANARE, Referencia: ACCION DE NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO - DECRETO 01 DE 1984

¹⁶ Sentencia del 15 de mayo de 2013. Consejero Ponente: Gerardo Arenas Monsalve. Número interno 1363-2012. Actor: Hurtado de Jesús Monsalve Martínez. Demandado: METROSALUD E.S.E

“[...] a) En los periodos de normalidad institucional pueden surgir funcionarios de hecho. Se da esta situación cuando media título que habilita para el ejercicio de la función pública pero por causas anteriores o supervivientes resulta inválido o deja de surtir efectos. Esto ocurre en hipótesis muy variadas: designación de una persona que no reunía las condiciones legales exigidas, por lo cual más tarde es revocada; funcionario que posteriormente a su designación se inhabilita para el ejercicio del cargo y que, no obstante, continúa ejerciéndolo, o que permanece en funciones luego de vencido el término de su mandato, etc.

b) En épocas de anormalidad institucional, producida por guerras, revoluciones, grandes calamidades, etc., (...) es frecuente que asuman el ejercicio de funciones públicas quienes no tienen título legal alguno. A veces son personas de buena voluntad que, frente a la desaparición de las autoridades constituidas, toman a su cargo ciertas funciones públicas [...]”

Ahora bien, para que la figura del funcionario de hecho se configure en el período de normalidad institucional, es necesario que se cumplan ciertos requisitos, tal como lo manifestó esta Corporación en sentencia del 9 de junio de 2011¹⁷, así:

“[...] En consecuencia los requisitos esenciales para que se configure el funcionario de hecho en los períodos de normalidad institucional son, que exista de jure el cargo, que la función ejercida irregularmente, se haga en la misma forma y apariencia como la hubiera desempeñado una persona designada regularmente.

[...]

En conclusión, para que se configure la existencia de una relación de hecho es necesario que el cargo esté creado de conformidad con las normas legales y la función sea ejercida irregularmente, pero, también puede darse cuando un empleado ejerce funciones públicas con la anuencia y permiso de las autoridades encargadas de controlar e impedir esta clase de situaciones que permiten el ejercicio irregular de una investidura, por circunstancias de facto,

¹⁷ Consejera Ponente: Bertha Lucía Ramírez de Páez. Número interno: 1457 de 2008. Actor: Ruth Dorys Rodríguez Naranjo. Demandado: Municipio de Támara - Casanare.

*no previstas en la ley, pero que, en todo caso, debe ser objeto de protección a través del principio de la realidad frente a las formas previsto en el artículo 53 Constitucional. Además, de que el cargo debió haberse ejercido en la misma forma y apariencia como si lo hubiese desempeñado un empleado designado regularmente [...]*¹⁸ (Se subraya)

Es decir, que para que un particular ostente la calidad de funcionario de hecho deben concurrir los siguientes requisitos: (i) que exista el empleo dentro de la planta de personal de la entidad; (ii) que las funciones sean ejercidas irregularmente y; (iii) que además de ello las cumpla del mismo modo como lo haría un funcionario público.

*También puede predicarse la existencia del funcionario de hecho cuando la persona ejerza funciones públicas con la anuencia y permiso de las autoridades encargadas de controlar e impedir esta clase de situaciones*¹⁹.

Cabe aclarar que cuando la Subsección señala que las funciones deben ser ejercidas de manera irregular, se refiere a que la persona que las cumple no se vinculó al servicio público con el lleno de los requisitos para que surja la vinculación legal y reglamentaria, esto es, no existe ni nombramiento o elección según el tipo de cargo, ni tampoco la posesión o tales requisitos, pese a que existieron, ya no están vigentes.»

Como se puede observar, en el presente caso se dan los presupuestos expuestos por la jurisprudencia del Consejo de Estado para que se entienda que el demandado ostentó la calidad de funcionario de hecho en el período

¹⁸ Sentencia de junio 9 de 2011, Consejero ponente: BERTHA LUCIA RAMIREZ DE PAEZ, Radicación número: 85001-23-31-000-2005-00571-01(1457-08).

Véase también la sentencia del 15 de mayo de 2013, Consejero Ponente: Gerardo Arenas Monsalve, número interno: 1363-12. Actor: Hurtado de Jesús Monsalve Martínez.

¹⁹ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Sub Sección A. Consejero ponente: Luis Rafael Vergara Quintero. Bogotá, D.C., trece (13) de febrero de dos mil catorce (2014). Radicación número: 05001-23-31-000-2003-01050-01(1943-12). Actor: Bertulio de Jesús Pavas Patiño.

comprendido entre la finalización de la sesión de instalación del concejo municipal (2 de enero de 2016) hasta el 11 de enero de 2016.

En primer lugar, la Resolución núm. 040 del 22 de junio de 2015, *«Por el cual se ajusta el Manual específico de funciones y competencias laborales para los empleos de la planta de personal del Concejo Municipal de Floridablanca»*, da cuenta de la existencia del empleo de *«(...) Nivel Jerárquico: Directivo (...) Secretario de Despacho (Secretario General del Concejo) (...) Código: (...) 020 (...) Grado: (...) 03 (...)»*, por lo que es claro que el empleo existe dentro de la planta de personal.

En segundo lugar, como se indicó, el concejal Triana Hernández, una vez concluida la sesión de instalación del concejo, ejerció funciones del cargo de secretario general de la Corporación en las sesiones ordinarias del concejo realizadas los días 3 de enero de 2016 (Acta núm. 002), 4 de enero de 2016 (Acta núm. 003), 5 de enero de 2016 (Acta núm. 004), 6 de enero de 2016 (Acta núm. 005), 7 de enero de 2016 (Acta núm. 006), 8 de enero de 2016 (Acta núm. 007), 9 de enero de 2016 (Acta núm. 008), 10 de enero de 2016 (Acta núm. 009) y 11 de enero de 2016 (Acta núm. 010)²⁰, las cuales se encuentran descritas en los numerales 7²¹, 18²² y 19²³ de la citada Resolución núm. 040 del 22 de junio de 2015, *«Por el cual se ajusta el Manual específico de funciones y competencias laborales para los empleos de la planta de personal del Concejo Municipal de Floridablanca»*, e igualmente, elaboró estudios de conveniencia y oportunidad para la

²⁰ Expediente Núm. 2016-00259: Cuaderno Principal Núm. 2: folios 691-893. Expediente Núm. 2016-00435: Cuaderno Principal Núm. 1: folios 103-295.

²¹ Garantizar la elaboración de las actas de las sesiones y su diligenciamiento por el funcionario competente, así como certificar la fidelidad de su contenido.

²² Certificar los resultados de las votaciones que se realicen durante las sesiones o al interior de las reuniones de la Mesa Directiva del Concejo Municipal.

²³ Registrar y Certificar la asistencia de los Concejales a las Sesiones Plenarias

contratación de profesionales del derecho, fue supervisor de contratos por designación del presidente del concejo municipal y suscribió actas de inicio de labores de contratistas²⁴.

En tercer lugar, todas esas funciones se desarrollaron en forma irregular hasta el día 11 de enero de 2016, fecha en la que el concejo municipal, en la sesión desarrollada ese día (Acta núm. 10) aceptó la renuncia del concejal, lo cual es corroborado por la Resolución núm. 09 de enero 12 de 2016²⁵, **en la medida en que la designación como secretario *ad hoc* se agotó, como se ha indicado, en la sesión de instalación del concejo realizada el 2 de enero de 2016.**

Adicionalmente, cabe advertir que las autoridades encargadas de controlar e impedir esta clase de situaciones, esto es, los concejales del municipio de Floridablanca (Santander), permitieron el ejercicio de dichas funciones, como puede constatarse de las mencionadas actas de las sesiones días 3 de enero de 2016 (Acta núm. 002), 4 de enero de 2016 (Acta núm. 003), 5 de enero de 2016 (Acta núm. 004), 6 de enero de 2016 (Acta núm. 005), 7 de enero de 2016 (Acta núm. 006), 8 de enero de 2016 (Acta núm. 007), 9 de enero de 2016 (Acta núm. 008), 10 de enero de 2016 (Acta núm. 009) y 11 de enero

²⁴ Expediente Núm. 2016-00435: Cuaderno Principal Núm. 1: folios 397-416.

²⁵ Expediente Núm. 2016-00259: Cuaderno Principal Núm. 2: folios 676-679. La citada Resolución señala: «(...) 7. El día 11 de enero de 2016, el Concejal Juan Ángel Triana Hernández presentó a la plenaria del Concejo Municipal de Floridablanca la renuncia al cargo de Secretario General Ad hoc (Ad Honorem). La plenaria del Concejo Municipal de Floridablanca, aceptó por mayoría la renuncia. (...) 8. En dicha sesión plenaria se dejó constancia, que de acuerdo al artículo 23 del reglamento interno del Concejo, las ausencias temporales del Secretario General serán suplidas por la secretaría ejecutiva o en su defecto por un funcionario del concejo que decida la Mesa Directa de los empleados de la corporación. Así mismo, se mencionó que la Secretaría Ejecutiva se encuentra actualmente en vacaciones, razón por la cual se debe suplir la ausencia temporal con un funcionario del Concejo (...)».

de 2016 (Acta núm. 010)²⁶ y de la designación que hiciera el presidente del concejo municipal, concejal Alfredo Tarazona Matamoros, al concejal Triana Hernández como supervisor de un contrato de prestación de servicios²⁷.

La Sala constata, entonces, que el concejal Juan Ángel Triana Hernández no estuvo vinculado formalmente a la administración pública y, por ello, no se configuró la incompatibilidad prevista en el artículo 291 de la Constitución Política y mucho menos la causal de pérdida de investidura prevista en el numeral 1 del artículo 48 de la Ley 617 de 2000, al no acreditarse la violación del régimen de incompatibilidades previsto para los concejales municipales.

En relación con los demás concejales demandados, resulta claro que la interpretación de las disposiciones de carácter legal que ameritan la imposición de la sanción de pérdida de investidura **no puede realizarse en forma extensiva ni analógica**. Al respecto ha indicado la Sala que:

«Las inhabilidades cuya violación da lugar a la pérdida de investidura conforme a lo señalado en el artículo 55 de la Ley 136 de 1994, son pues aquellas circunstancias creadas por la Constitución o la ley que impiden o imposibilitan que una persona sea elegida, o designada para un cargo público y, en ciertos casos, impiden que la persona que ya viene vinculada al servicio público continúe en él.

Por tratarse de una restricción al derecho a elegir y ser elegido, tanto las inhabilidades como las incompatibilidades y las causales de pérdida de investidura deben ser taxativas y no admiten interpretaciones extensivas o analógicas por plausibles que estas sean»²⁸

²⁶ Expediente Núm. 2016-00259: Cuaderno Principal Núm. 2: folios 691-893. Expediente Núm. 2016-00435: Cuaderno Principal Núm. 1: folios 103-295.

²⁷ Expediente Núm. 2016-00435: Cuaderno Principal Núm. 1: folio 402.

²⁸ CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCION PRIMERA, Consejero ponente: MARCO ANTONIO VELILLA MORENO, Bogotá, D.C., trece (13) de febrero de dos mil catorce (2014), Radicación número: 05001-23-31-000-2012-

En efecto, el artículo 291 de la Carta Política señala claramente que incurre en la causal de pérdida de investidura el miembro de una corporación de un ente territorial que acepte cargo alguno en la administración pública, situación que no se les cuestiona a los restantes concejales de Floridablanca (Santander). El cuestionamiento a la conducta de estos concejales radica en el hecho de haber nombrado como secretario *ad hoc* a un concejal, lo cual, de acuerdo a los demandantes, transgrede el parágrafo 2 del artículo 45 de la Ley 136 de 1994.

Dicha disposición indica que el funcionario público municipal que nombre a un concejal para un empleo o cargo público, incurre en causal de mala conducta, pero no se erige como causal de pérdida de investidura por no consagrarlo dicho parágrafo.

Así atendiendo que ni las inhabilidades, ni las incompatibilidades, ni las causales de pérdida de investidura admiten interpretaciones extensivas o analógicas por plausibles que estas sean, es claro que no se configura causal de pérdida de investidura alguna en relación con los concejales Liliana Mendoza Rodríguez, Alirio Pinzón Díaz, Edgar Enrique Gómez Silva, María Consuelo Galvis Calderón, Alfredo Tarazona Matamoros, José Alexander Esparza Martínez, Néstor Alexander Bohórquez Meza, José Fernando Sánchez Carvajal, Andrés Norberto Ardila Pérez, Marcos Olarte Ramírez, Walter David Durán Prada, Juan Carlos Ayala Suarez, Jorge Pinzón Medina, Claudia Cecilia Hernández Villamizar, Guillermo González Palomino, José Nicanor Vera Pedraza y Nelson Darío Espitia Rodríguez.

00280-01(PI), Actor: HAICER RACERO BAY, Demandado: JOSE ANGEL AGUDELO FRANCO, ALBEIRO DE JESUS RIVERA MONTOYA, MARTHA OLIVA CALDERON, GUSTAVO ESTEBAN AGUILAR HERNANDEZ Y JESUS OSVILIO ZULUAGA RIOS, Referencia: APELACION SENTENCIA – PERDIDA DE INVESTIDURA

2.5.- La violación del régimen de conflicto de intereses que se le endilga a los demandados. Análisis de la tipicidad de la conducta de los demandados.

El Tribunal Administrativo de Santander se abstuvo de pronunciarse en relación con los argumentos del demandante consistentes en que existió la violación del régimen de conflicto de intereses.

En su recurso de apelación el demandante reitera que el concejal Triana Hernández violó el régimen de conflicto de intereses en atención a que la extensión en el ejercicio de las funciones de secretario general *ad hoc* luego de la sesión de instalación del concejo municipal interfirió el ejercicio de las responsabilidades propias del cargo de concejal.

Así mismo, el apelante entiende que se configura dicha causal de pérdida de investidura en la medida en que:

«(...) hizo parte de las decisiones como concejal emitiendo su voto para aprobación de las diferentes proposiciones, y acuerdos expedidos por esa corporación, y a su vez interviene como secretario general AD HOC en cada una de las sesiones y que en ningún momento se apartó del cargo para que sus decisiones como concejal no estuviesen viciadas o comprometidas al mismo tiempo que estaba ejerciendo como secretario general AD HOC (...).».

Adicionalmente, encuentra que los restantes concejales incurrieron en dicha causal de pérdida de investidura pues:

«(...) no se opusieron a las innumerables irregularidades que fueron cometiendo desde su posesión, en ningún momento se

declararon impedidos ante las manifestaciones irregulares por parte del concejal TRIANA HERNÁNDEZ, pues resulta que al momento de participar en la toma de decisiones de la plenaria del concejo municipal como concejal TRIANA HERNÁNDEZ, pues resulta que al momento de participar en la toma de decisiones de la plenaria del concejo municipal como concejal DURANTE LOS DÍAS 3 DE ENERO HASTA EL DÍA 11 DE ENERO DE 2016 y a su vez ejerciendo de secretario general ad hoc para la misma línea de tiempo, esa decisión se encontraba viciada y debía ser nulo el voto aportado por el concejal TRIANA HERNÁNDEZ, y como así lo manifesté, los restantes concejales no se declararon impedidos ante dichos actos del concejal y omitieron proponer la renuncia del cargo de secretario general ad hoc, para que no se viera afectada la decisiones finales en las respectivas sesiones Plenarias en que participó el majestuoso secretario general AD HOC, a excepción de dos concejales que así lo manifiestan en la contestación de la demanda, lo que quiere decir y se corrobora, que efectivamente si existieron y se realizaron actos irregulares, como así consta en las actas de la sesión plenaria y así consta en los audios de cada una de las sesiones plenarias, y resulta que los apoderados solo se centraron en lo que se expresa en el acta 001, y la cosa no para ahí, en las demás sesiones también la embarraron (...)»²⁹.

Frente al alcance y elementos que permite la configuración de la violación del régimen de conflicto de intereses como causal de pérdida de investidura, esta Sala ha resaltado:

*«(...) De los anteriores pronunciamientos se tiene que el conflicto de intereses se presenta **cuando entran en colisión el interés público y el interés privado del congresista, de modo que lo priva de la imparcialidad necesaria para tramitar y decidir un asunto sometido a su conocimiento. Se refiere a situaciones de carácter particular, estrictamente personales en las que***

²⁹ CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCION PRIMERA, Consejera ponente: MARIA CLAUDIA ROJAS LASSO, Bogotá, D.C., dos (2) de junio de dos mil dieciséis (2016), Radicación número: 66001-23-33-000-2015-00177-01(PI), Actor: DANIEL SILVA ORREGO y CARLOS ALFREDO CROSTHWAITE FERRO, Demandado: ALVARO ESCOBAR GONZALEZ, Referencia: PÉRDIDA DE INVESTIDURA DE CONCEJAL

tiene interés el congresista, las cuales implican un aprovechamiento personal de la investidura³⁰.

Así, para que se configure el conflicto de intereses como causal de pérdida de investidura deben presentarse las siguientes condiciones o supuestos:

- (i) Que exista un interés directo, particular y actual: moral o económico.*
- (ii) Que el congresista no manifieste su impedimento a pesar de que exista un interés directo en la decisión que se ha de tomar.*
- (iii) Que el congresista no haya sido separado del asunto mediante recusación.*
- (iv) Que el congresista haya participado en los debates y/o haya votado.*
- (v) Que la participación del congresista se haya producido en relación con el trámite de leyes o de cualquier otro asunto sometido a su conocimiento.*

En cuanto al interés directo, particular y actual: moral o económico, como primer elemento constitutivo de la causal alegada, la Sala Plena de esta Corporación explicó en un pronunciamiento³¹, que el interés debe ser entendido como “una razón subjetiva que toma decisiones con la ecuanimidad, la ponderación y el desinterés que la norma moral y la norma legal exigen”³² y como “el provecho, conveniencia o utilidad que, atendidas sus circunstancias, derivarían el congresista a los suyos de la decisión que pudiera tomarse en el asunto”³³.

³⁰ Sentencia de 27 de agosto de 2002. Expediente: PI-043. Actor: Daniel Alfonso Reyes Fernández.

³¹ Sentencia de 27 de julio de 2010, Actor: Cesar Sierra Avellaneda, M.P. Dr. Mauricio fajardo Gómez.

³² Sentencia AC-3300 de 19 de marzo de 1996, M.P. Dr. Joaquín Barreto Ruiz.

³³ Sentencia de 17 de octubre de 2000, Expediente: AC-1116, M.P. Dr. Mario Alario Méndez.

Asimismo, la Sala Plena precisó que “el conflicto de intereses afecta la posibilidad de participar en toda clase de actuaciones y decisiones donde, en principio, debería actuar el congresista, es decir, que está inhibido para participar en el trámite de los asuntos sometidos a su consideración. Esto significa que no puede intervenir en la deliberación ni en la votación de proyectos de ley, de actuaciones judiciales, ni en la adopción de otras decisiones judiciales, electorales o políticas, siempre que lo afecten”³⁴. (...)»

Descendiendo al caso concreto y frente al concejal Juan Ángel Triana Hernández, el demandante no señala cuál sería **ese interés directo, particular y actual que entra en colisión con el interés público y que lo priva de la imparcialidad requerida para tramitar y decidir un asunto sometido a su conocimiento.**

De manera general, el demandante se limita a afirmar que existe conflicto de intereses porque el demandado se desempeñó como concejal y como secretario general ad hoc, a lo que agregó que en las sesiones del concejo municipal, emitía su voto como concejal y actuaba, simultáneamente, como como secretario general ad hoc. Como se observa, entonces, no hay evidencia del primer elemento para la configuración de la causal de pérdida de investidura.

Igual situación ocurre para el caso de los demás concejales demandados. El demandante se concentra en manifestar que aquellos no se declararon impedidos para adoptar las decisiones durante los días en que el concejal Triana Hernández fungió como secretario ad hoc, señalando que en dichas sesiones se realizaron actos irregulares.

³⁴ Sentencia de 12 de abril de 2012, Expediente: 2010-1325, M.P. Dr. Enrique Gil Botero.

La argumentación del apelante yerra en la determinación del asunto que es sometido a conocimiento de los concejales y cuál es el interés directo, particular y actual de cada uno de ellos que pueda nublar su imparcialidad.

Conforme a lo anterior, en la conducta desplegada por los concejales demandados no se encuentran los elementos que permitan configurar la causal de pérdida de investidura por violación del régimen de conflicto de intereses, siendo por ello atípica, la conducta que se les endilga.

Esta Sala, entonces, evidencia que los hechos y la conducta de los demandados no pueden configurar las causales de pérdida de investidura que se les atribuye y, en consecuencia, se impone la confirmación de la sentencia de primera instancia.

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 1 de junio de 2016, proferida por el Tribunal Administrativo de Santander, mediante la cual se negaron las pretensiones de la demanda de pérdida de investidura presentada en contra de los concejales de Floridablanca (Santander), para el período 2016-2019, Guillermo González Palomino, José Nicanor Vera Pedraza, Liliana Mendoza Rodríguez, María Consuelo Galvis Calderón, Néstor Alexander Bohórquez Meza, José Alexander Esparza Martínez, Marcos Olarte Ramírez, Alfredo Tarazona Matamoros, Nelson Darío Espitia Rodríguez, José Fernando Sánchez Carvajal, Edgar Enrique Gómez Silva, Claudia Cecilia Hernández

Villamizar, Alirio Pinzón Díaz, Andrés Norberto Durán Prada, Juan Carlos Ayala Suarez, Juan Ángel Triana Hernández y Jorge Alberto Pinzón Medina.

SEGUNDO: En firme esta providencia, remítase 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
Presidente

MARÍA ELIZABETH GARCÍA GONZÁLEZ

GUILLERMO VARGAS AYALA