

CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCIÓN PRIMERA

Bogotá, D.C., veintiséis (26) de octubre de dos mil seis (2006)

CONSEJERO PONENTE: DOCTOR GABRIEL EDUARDO MENDOZA MARTELO

REF: Expediente núm. 00594.

Recurso de apelación contra la sentencia de 5 de julio de 2006, proferida por el Tribunal Administrativo de Bolívar.

ACTOR: LUCIANO GÓMEZ PUERTAS.

Se decide el recurso de apelación oportunamente interpuesto por el apoderado de los demandados, contra la sentencia de 5 de julio de 2006, proferida por el Tribunal Administrativo de Bolívar, que decretó la pérdida de su investidura como Concejales de Santa Rosa del Sur (Bolívar).

I-. ANTECEDENTES

1.1.- El señor **LUCIANO GÓMEZ CUESTA**, a través de apoderado, presentó demanda ante el Tribunal Administrativo de Bolívar tendiente a que, mediante sentencia, se decrete la Pérdida de la Investidura de Concejales del Municipio de Santa Rosa del Sur (Bolívar) de los señores **GIL ROBERTO VARGAS VELASCO, LUIS RENÉ MONROY y MAURICIO MARTÍNEZ PORRAS**, que ostentan por el actual período constitucional, por la causal de violación del régimen de incompatibilidades.

1.2.- En apoyo de su pretensión el actor adujo, en síntesis, lo siguiente:

1°. Que los demandados se han desempeñado como empleados públicos, ya que ostentan la calidad de docentes en el Municipio de Santa Rosa del Sur (Bolívar) en las Escuelas Rural Los Canelos y Urbana Mixta núm. 1 María Montessori.

2°. En tal condición violaron los artículos 291 de la Constitución Política, 55 de la Ley 136 de 1994; la Ley 190 de 1995, artículo 6°, y artículo 48 de la Ley 617 de 2000.

1.2.- Los demandados, al contestar la demanda, se opusieron a la prosperidad de las pretensiones, y al efecto expresaron, en síntesis, que su actividad como docentes fue anterior a haber sido elegido como concejales, razón por la que no se configura la causal alegada

Que, además, la única excepción a la violación del régimen de inhabilidades e incompatibilidades la constituye el ejercicio de la cátedra.

Finalmente, alegan que no percibieron honorarios ni viáticos por su condición de concejales, pues renunciaron a los mismos tan pronto se posesionaron; y solicitan se dé aplicación al principio del non bis in ídem, pues por los mismos hechos y para el período constitucional 2001 2003, se demandó la elección de los demandados en acción de nulidad, la cual no prosperó, precisamente, porque se tuvo en cuenta que el ejercicio de la cátedra no es incompatible con el cargo de Concejal.

II-. FUNDAMENTOS DE LA SENTENCIA RECURRIDA

El a quo decretó la pérdida de la investidura de los demandados al estimar que la excepción contemplada en el parágrafo 1° del artículo 45 de la Ley 136 de 1994 hace alusión a la hora cátedra mas no a la situación en que un Concejal se desempeñe como docente de medio

tiempo o tiempo completo; y que como está demostrado que los demandados se desempeñan simultáneamente como docentes, no catedráticos, incurren en la causal consagrada en el artículo 55, numeral 1, de la Ley 136 de 1994.

Que, además, la circunstancia de no devengar honorarios no desvirtúa la causal de pérdida de investidura en que incurrieron los demandados.

III-. FUNDAMENTOS DEL RECURSO

Los demandados fincan su inconformidad en esencia, en que su desempeño como docentes es muy anterior a la posesión como Concejales y para que se configure la causal alegada es menester que la aceptación del cargo público sea posterior.

Consideran que si el cargo de docente tiene la calidad de empleo público el desempeño anterior a la elección como concejales constituye inhabilidad, que debía ser invocada a través de acción de nulidad y no como causal de pérdida de investidura.

Insisten en la aplicación del principio non bis in idem, ya que la Sección Quinta del Consejo de Estado, frente al período constitucional 2001-2003 se abstuvo de declarar la nulidad de la elección por los mismos hechos aquí controvertidos.

IV-. ALEGATO DEL MINISTERIO PÚBLICO

El señor Procurador Primero Delegado ante el Consejo de Estado, en su vista de fondo se muestra partidario de que se confirme la sentencia de primer grado, en síntesis, porque lo que prohíbe la ley generando la pérdida de investidura es el ejercicio simultáneo, en este caso, de docente de la administración pública y concejal.

Que, además, no hay cosa juzgada porque la acción de pérdida de investidura no es incompatible con la acción electoral, por ende, una no excluye la otra.

V- CONSIDERACIONES DE LA SALA

En el caso sub examine, está demostrado que los demandados ostentan la calidad de Concejales del Municipio de Santa Rosa del Sur (Bolívar) en el período constitucional 2004-2007 (folio 14).

Igualmente, se encuentra acreditado que los demandados se desempeñan como Docentes desde mucho tiempo antes de la elección y con posterioridad a la misma, en el Centro Educativo María Montessori del Municipio de Santa Rosa del Sur.

De acuerdo con la forma de vinculación (actos administrativos para nombramientos en propiedad), se evidencia que no se trata de un contrato de prestación de servicios, es decir, **NO SE TRATA DE UN DOCENTE DE CÁTEDRA**, sino de una relación legal y reglamentaria (folios 8 a 10 del cuaderno principal)

El artículo 291 de la Carta política, consagra:

"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".

Por su parte, el artículo 45 de la Ley 136 de 1994 establece como incompatibilidad para los Concejales la de "1) Aceptar o desempeñar cargo alguno en la administración pública, ni vincularse como trabajador oficial o contratista, so pena de perder la investidura";

Cabe señalar que, conforme lo ha precisado la Sala en diversos pronunciamientos, entre ellos, en sentencias de 11 de octubre de 2001 (Expediente 7308, Consejero ponente doctor Manuel S. Urueta Ayola), reiterada en sentencias de 27 de febrero de 2003 (Expediente núm. 8196, Consejero ponente doctor Camilo Arciniegas Andrade) y 18 de agosto de 2005 (Expediente 01938, Consejero ponente doctor Gabriel Eduardo Mendoza Martelo), la

vinculación laboral de los docentes, mediante **relación legal y reglamentaria**, como en este caso, que implica el desempeño de la labor de medio tiempo o de tiempo completo, comporta el ejercicio de un cargo o empleo en una institución educativa, y lo hace incurso en la causal de pérdida de investidura por violación del régimen de incompatibilidades, habida cuenta de que desempeña simultáneamente los cargos públicos de Concejal y de Docente en una institución departamental, **sin que, por lo demás, la desvirtúe la circunstancia de no devengar honorarios.**

Así se expresó en la precitada sentencia de 27 de febrero de 2003, de la cual se extrae lo siguiente:

".. En particular, es del caso reitera la sentencia de 11 de octubre de 2001 (Radicación 7308, C. P. Dr. Manuel Santiago Urueta Ayola) ¹, en que al decidir una solicitud de pérdida de la investidura sustentada en los mismos hechos que motivan la presente, la Sala sostuvo que la excepción se predica del ejercicio de la hora cátedra. No de la vinculación laboral de medio tiempo o de tiempo completo ya que estas comportan el ejercicio de un cargo o empleo en una institución educativa.

Se dijo en la citada sentencia:

«La Sala considera que está suficientemente decantado el alcance de la cátedra como relación laboral en la actividad docente, la cual está entendida comúnmente como hora cátedra, para diferenciarla de la relación laboral de medio tiempo y de tiempo completo. En ese sentido aparece aplicado el concepto, entre otros pronunciamientos de la Corporación, en los conceptos de la Sala de Consulta y Servicio Civil de 27 de agosto de 1996, radicación núm. 880 y de 12 de febrero de 1991, radicación núm. 062; así como en las sentencias AC-4192 de 12 de febrero de 1997, de la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, y de 14 de septiembre de 2000, Expediente núm. 5765, de esta Sección Primera.

*En esta última providencia, mediante la cual se resolvió un recurso extraordinario de revisión contra una sentencia, en ese entonces de única instancia, sobre un caso similar, se dice, por ejemplo, que "Atendiendo la descripción normativa de las causales que le fueron aplicadas, y las precisiones de la Corte Constitucional en la sentencia citada por el recurrente, quien **era docente no de cátedra sino de tiempo completo**, según autos, no interesaba al caso, si había o no cruce de horario entre su actividad de concejal y la de docente en la Universidad del Cauca, de modo*

¹ Actor: Germán Fernando Gaitán. Pérdida de la investidura del señor Miguel Antonio Perdomo Lince como Concejal del municipio de Neiva.

que toda consideración sobre el particular resultaba irrelevante".

Igual distinción ha hecho la Corte Constitucional, en sentencias como la C-231 de 1995, a propósito de la siguiente salvedad, que justamente atañe a la excepción que alega el recurrente:

Cabe señalar que en el evento de 'que el concejal ejerza una función docente que requiera una vinculación con el carácter de tiempo completo o de medio tiempo, propia del desempeño del respectivo empleo, se configura la violación a la prohibición constitucional de que trata el artículo 128, según el cual, 'nadie podrá desempeñar simultáneamente más de un empleo público ni recibir más' de una asignación que provenga del tesoro público...', en concordancia con el artículo 291 de la misma Carta Política, que prohíbe a los miembros de las corporaciones públicas de las entidades territoriales aceptar cargo alguno en la administración pública, así como con el artículo 312 del mismo estatuto, que señala que 'su aceptación de cualquier empleo público, constituye falta absoluta', en armonía con el artículo 96 numeral 6°, de la Ley 136 de 1994, ya declarado exequible por esta Corporación en la sentencia No. C-194 de 1995.

Como se expresó en la mencionada providencia, en el ámbito municipal, se hace necesario que quienes tienen a su cargo la administración pública y la representación de los intereses generales de la localidad se dediquen íntegramente a la gestión que han asumido.

*La Sala, por su parte, reafirmó en la sentencia atrás citada, que «... los concejales no podrán, entre otras cosas, aceptar o desempeñar cargo alguno en la administración pública, ni vincularse como trabajador oficial o contratista, so pena de perder la investidura, **con excepción del ejercicio de la cátedra, en la cual no está comprendida la docencia por medio tiempo o tiempo completo**, según lo dejó consignado la Corte Constitucional en su sentencia C-157 de 1995». (Se resalta fuera de texto)*

Resulta también pertinente citar la sentencia de 13 de octubre de 1995 (Radicación 7276, C.P. Dr. Julio Enrique Correa Restrepo) en la que la Sección Cuarta distinguió los docentes de tiempo completo, tiempo parcial y hora cátedra, al señalar lo siguiente

«De los artículos 73 y 74 de la Ley 30 de 1992 se deduce que los docentes pueden ser de tiempo completo, tiempo parcial y de cátedra. Los profesores de tiempo completo y de tiempo parcial, son empleados públicos y se encuentran amparados por la estabilidad que les confiere el estatuto docente, por lo que no son funcionarios de libre nombramiento y remoción a excepción del primer año a partir del nombramiento. Así mismo, el empleado público debe su calidad de tal, al ejercicio de un empleo público creado conforme a las disposiciones legales y previsto únicamente para los docentes de tiempo completo o parcial, por lo que su régimen laboral es estructurado y su vinculación y retiro, se efectúa por regla, general, mediante acto administrativo. A contrario sensu, el docente de cátedra no adquiere el carácter de empleado público, no está amparado por la estabilidad que confieren las normas especiales, no desempeña un empleo público y se vincula mediante un contrato de prestación de servicios docentes, en la forma como lo ha precisado la Corporación.

...≥

En consonancia con estos criterios jurisprudenciales, es fuerza concluir que la vinculación de tiempo completo que el demandado tiene con la institución educativa departamental en mención, no corresponde en modo alguno a la excepción que alega, por cuanto no hay duda alguna de que dicha vinculación es muy distinta a la de cátedra u hora cátedra, que en ésta se prevé.

Esa vinculación de tiempo completo comporta el desempeño de un cargo público que descarta la excepción por él alegada y lo hace incurso en la causal de pérdida de investidura por violación del régimen de incompatibilidades de los Concejales, concretada en el desempeño de un cargo público.

*Debe, pues, confirmarse la sentencia apelada, pues se encuentra plenamente demostrado que el demandado incurrió en la causal de pérdida de la investidura prevista en el artículo 291 de la Constitución Política, en el numeral 1º, de los artículos 45 y 55 de la Ley 136 y en el numeral 5 del artículo 44 de la Ley 20.0 de 1995, habida cuenta de que desempeña simultáneamente los cargos públicos de Concejal y de Docente de tiempo completo en una institución departamental, **sin que, por lo demás, la desvirtúe la circunstancia de no devengar honorarios** o de estar sometido como docente a un régimen especial..." (Se resalta fuera de texto).*

En este caso, conforme se adujo en el escrito contentivo de la contestación de la demanda, y se reitera en el recurso de apelación, los demandados renunciaron a sus honorarios como Concejales; empero, como se advirtió en la sentencia transcrita, esta circunstancia no desvirtúa la causal de pérdida de investidura en que se incurre, pues lo que buscaron el constituyente y el legislador al consagrarla; fue garantizar la exclusividad de la labor, en este caso, de Concejal, al igual que su independencia e imparcialidad que obviamente resultan afectadas con una dedicación de medio tiempo o tiempo completo a la docencia en la medida en que ello entraña el desempeño de un cargo o empleo público.

Es preciso resaltar, que en este caso se configura la causal alegada, independientemente de que la calidad de docentes se haya adquirido **con anterioridad** a la elección, pues lo cierto es que producida ésta siguieron desempeñándose como tales, simultáneamente con el cargo de Concejales, que es lo que tipifica la conducta sancionable con la pérdida de investidura.

En lo que respecta a la aplicación del principio del non bis in ídem, advierte la Sala que el mismo no tiene cabida en este caso, pues la naturaleza de los procesos de pérdida de investidura y de nulidad electoral es sustancialmente diferente. Además, según se lee en los considerandos de la sentencia de la Sección Quinta de esta Corporación, visible a folios 50 a 72 del cuaderno principal, el período constitucional respecto del cual se pretendía afectar la validez de la elección era 2001 2003, no el que interesa a este proceso; y la razón jurídica por la cual se consideró la improsperidad de las ,pretensiones de la demanda no fue la no configuración de la causal alegada, sino la no aplicación para las elecciones celebradas en octubre de 2000 de las disposiciones de la Ley 617 (folio 70)

De tal manera que debe la Sala confirmar la sentencia apelada, y así se hará en la parte resolutive de esta providencia.

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

CONFÍRMASE la sentencia apelada.

NOTIFÍQUESE, COMUNÍQUESE y CÚMPLASE.

Se deja constancia de que la anterior sentencia fue leída, discutida y aprobada por la Sala en la sesión del día 26 de octubre de 2006.

GABRIEL EDUARDO MENDOZA MARTELO
Presidente

CAMILO ARCINIEGAS ANDRADE

RAFAEL E. OSTAU DE LAFONT PIANETA

MARTHA SOFIA SANZ TOBON