

**Síntesis del caso:** Se presentó demanda de pérdida de investidura en contra del señor Henry García Correa, concejal del municipio de Tabio (Cundinamarca), por supuesta violación del régimen de incompatibilidades, en concreto, por la causal consagrada en el numeral 5 del artículo 45 de la ley 136 de 1996, puesto que fungió coetáneamente como concejal y revisor fiscal de la Asociación de Afiliados del Acueducto Rural Salibarba, entidad sin ánimo de lucro que presta el servicio de acueducto en la zona rural de ese municipio.

**MEDIO DE CONTROL – Pérdida de investidura / PÉRDIDA DE INVESTIDURA DE CONCEJAL MUNICIPAL - Por violación del régimen de incompatibilidades / INCOMPATIBILIDAD – Definición / INCOMPATIBILIDAD – Duración / INCOMPATIBILIDAD – Son de carácter excepcional e interpretación y aplicación restrictiva / PÉRDIDA DE INVESTIDURA DE CONCEJAL MUNICIPAL – Por ser revisor fiscal de empresa que presta servicio público domiciliario en el respectivo municipio / PÉRDIDA DE INVESTIDURA - Es un juicio de responsabilidad subjetiva**

**Problema jurídico:** “(...) determinar si el demandado, Henry García Correa, incurrió en la causal de incompatibilidad prevista en el artículo 45 de la Ley 136 de 1994, al ostentar coetáneamente la condición de concejal del municipio de Tabio (C) para el período 2020- 2023 y la calidad de revisor fiscal de la Asociación de Afiliados del Acueducto Rural Salibarba, entidad sin ánimo de lucro que presta el servicio de acueducto en la zona rural del mismo municipio en el que fue electo, violación que constituye causal de pérdida de investidura al tenor del numeral 1o del artículo 48 de la Ley 617 de 2000. (...)”

**Tesis:** “(...) La Sala declarará la pérdida de investidura del señor Henry García Correa, como concejal del municipio de Tabio (C), toda vez que se acreditó que violó el régimen de incompatibilidades previsto para estos servidores públicos, conforme lo establece el numeral 1º del artículo 48 de la Ley 617 de 2000. Esto, en la medida en que se desempeña concomitantemente como revisor fiscal de una organización que presta servicios públicos domiciliarios –la Asociación de Afiliados del Acueducto Rural Salibarba– en el respectivo municipio de Tabio y como concejal del Municipio de Tabio (C), conducta prevista en el numeral 5o del artículo 45 de la Ley 136 de 1994, adicionado por el artículo 41 de la Ley 617. (...) Frente a las causales de incompatibilidad de los concejales, la Corte Constitucional ha señalado que comportan “una prohibición dirigida al titular de una función pública a quien, por ese hecho, se le impide ocuparse de ciertas actividades o ejercer, simultáneamente, las competencias propias de la función que desempeña y las correspondientes a otros cargos o empleos, en guarda del interés superior que puede verse afectado por una indebida acumulación de funciones o por la confluencia de intereses poco conciliables y capaces, en todo caso, de afectar la imparcialidad y la independencia que deben guiar las actuaciones de quien ejerce la autoridad en nombre del Estado”. Por su parte, el Consejo de Estado ha aclarado que “la incompatibilidad siempre se ha entendido como la prohibición de ejercer dos actividades o realizar dos roles de manera simultánea, taxativamente señaladas en la Constitución o en la ley, de modo que para el caso de los servidores públicos se traduce en la prohibición de desempeñar o ejercer otros cargos o realizar otras actividades distintas a las que

corresponde a las funciones del cargo de que son titulares”. (...) En cuanto a su duración, el artículo 47 de la Ley 136 de 1994 señala que las incompatibilidades de los concejales municipales y distritales tienen vigencia hasta la terminación del período constitucional respectivo. Y, en caso de renuncia, se mantienen durante los 6 meses siguientes a su aceptación, si el lapso que faltare para el vencimiento del período fuere superior. (...) las normas que establecen una incompatibilidad tienen carácter excepcional y los enunciados que la determinan deben interpretarse y aplicarse con criterio restrictivo; y que comoquiera que las reglas envuelven mandatos definitivos, que por su estructura más precisa y detallada, implican su aplicación mediante la subsunción del caso bajo el enunciado fáctico que establece la norma, sin consideración de aspectos teleológicos, de la intencionalidad de la conducta o ponderación alguna. (...) el demandado no puede excusarse del cumplimiento de las disposiciones legales que contemplan el régimen de incompatibilidades, previsto para los concejales, alegando su desconocimiento, en la medida en que, conforme lo establece el artículo 9o del Código Civil, la ignorancia de la ley no excusa su cumplimiento y, adicionalmente, en el plenario no se encuentra prueba de que el demandado hubiere obrado con diligencia solicitando, a manera de ejemplo, conceptos en relación con su situación personal y el alcance del régimen de incompatibilidades que le era aplicable. (...) teniendo un deber de diligencia ordinaria que atender en el marco de sus funciones -las que debía saber-, evidentemente no lo satisfizo con el cuidado mediano que las personas emplean normalmente en sus negocios propios, como parámetro de conducta, incurriendo en un descuido que tornó en negligente su proceder, es decir, que lo hizo actuar con culpa grave, que fue objeto de verificación en el análisis subjetivo de esta causal de pérdida de investidura. En criterio de la Sala, al señor Henry García Correa como concejal del Municipio de Tabio (C), le era exigible una conducta diligente y cuidadosa en relación con los requisitos normativos mínimos para el desempeño de sus funciones, como era el haber consultado las normas tanto legales como constitucionales relativas al régimen de incompatibilidades, asimismo averiguar el estado actual de la jurisprudencia del Consejo de Estado respecto del ejercicio simultáneo de concejal y revisor fiscal de empresas que presten servicios públicos domiciliarios en el respectivo municipio. Este básico y elemental comportamiento al que estaba obligado, y que pudo observar de manera directa o a través de alguna otra gestión que le permitiera conocer no solo las normas que rigen la materia sino su interpretación y desarrollo jurisprudencial, le habría permitido percatarse de la existencia de una línea jurisprudencial consolidada del Consejo de Estado sobre la materia y, particularmente, de la prohibición relacionada con el ejercicio simultáneo de revisor fiscal de una entidad que presta el servicio público domiciliario y de concejal del municipio de Tabio. (...)”

**NOTA DE RELATORÍA:** Sobre las incompatibilidades aplicables a los concejales, consultar: Corte Constitucional, Sala Plena, sentencia C-181 de 1997, M.P. Fabio Morón Díaz; Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, sentencia del 14 de febrero de 2013, C.P. María Elizabeth García González, radicación 70001-23-31-000-2012-00231-01(PI): reiterada en sentencia del 17 de julio de 2008, C.P. Rafael E. Ostau de Lafont Pianeta, radicación No. 44001-23-31-000-2008-00005-01(PI).

Sobre la pérdida de investidura de un concejal por la causal analizada en este proceso, consultar: Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, sentencia del 27 de septiembre de 2007, C.P. Martha Sofia Sanz Tobón, radicación No. 25000-23-15-000-2006-01754-01(PI); reiterada en: Sentencia del 23 de febrero de 2017. C.P. Roberto Augusto Serrato Valdés, radicación No. 05001-23-33-000-2016-01296-01(PI).

Corte Constitucional, sentencia SU-424 de 2016.

**FUENTE FORMAL:** Constitución Política; Ley 136 de 1996 (Art. 45, numeral 5); Ley 617 de 2000 (Art. 48).



**TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CUNDINAMARCA  
SALA PLENA**

**MAGISTRADO PONENTE: JOSÉ ÉLVER MUÑOZ BARRERA**

Bogotá D.C., veinticinco (25) de abril de dos mil veintidós (2022)

<b>Referencia:</b>	25000-23-15-000-2022-00159-00.
<b>Acción:</b>	Pérdida de investidura.
<b>Demandante:</b>	Laura Vanessa Acuña Aldana.
<b>Demandado:</b>	Henry García Correa.
<b>Temas:</b>	Violación del régimen de incompatibilidades: ostentar coetáneamente la calidad de concejal y revisor fiscal de una empresa que presta un servicio público domiciliario en el mismo municipio en el que resultó electo. Artículo 48 de la Ley 617 de 2000. Numeral 5º del artículo 45 de la Ley 136 de 1994. Alcance de la categoría jurídica "empresas que presten servicios públicos domiciliarios".

Procede la Sala a proferir sentencia de primera instancia dentro del proceso de referencia.

## **I. ANTECEDENTES**

### **1. La demanda.**

El 16 de febrero de 2022, la señora Laura Vanessa Acuña Aldana presentó demanda de pérdida de investidura en contra del señor Henry García Correa, quien funge como concejal del municipio de Tabio (Cundinamarca). Como pretensiones solicitó:

1. Que se declare la violación del régimen de incompatibilidades, especialmente el consagrado en el numeral 5 del artículo 45, Ley 136 de 1996, adicionado por el artículo 41 de la Ley 617 de 2000, por parte del concejal del municipio de Tabio (Cundinamarca), HENRY GARCÍA CORREA.
2. Como consecuencia de lo anterior, se decrete la pérdida de investidura del concejal del municipio de Tabio (Cundinamarca), HENRY GARCÍA CORREA.
3. En virtud de dichas declaraciones, se separe inmediatamente a HENRY GARCÍA CORREA del cargo de concejal del municipio de Tabio (Cundinamarca) sin que pueda ejercer como tal en lo restante del periodo para el cual fue elegido y se aplique la inhabilidad permanente para desempeñar cargos de elección popular, lo que implica, ni siquiera ser inscrito como candidato en empleo de elección popular (Alcalde, concejal, gobernador, diputado).

Como fundamento de lo anterior, indicó que el señor Henry García Correa se ha desempeñado de manera ininterrumpida como revisor fiscal de la Asociación de Afiliados del Acueducto Rural Salibarba desde el mes de marzo de 2011. Asociación que presta el servicio de acueducto en la zona rural del municipio de Tabio (C).

Asimismo, el señor Henry García Correa fue electo como concejal en el municipio de Tabio (C), para los periodos constitucionales 2016-2019 y 2020-2023. Para este último periodo se posesionó en el cargo el 1º de enero de 2020.

Así, desde el 2016, el señor Henry García Correa se ha desempeñado como revisor fiscal de la Asociación de Afiliados del Acueducto Rural Salibarba y como concejal del municipio de Tabio, lo que en criterio de la parte actora viola el régimen de incompatibilidades establecido en el numeral 5º del artículo 45 de la Ley 136 de 1994, adicionado por el artículo 41 de la Ley 617 de 2000, el cual reza:

**Artículo 45. Incompatibilidades.** Los concejales no podrán: (...) 5. Ser (...) revisores fiscales (...) de empresas que presten servicios públicos domiciliarios (...) en el respectivo municipio.

## **2. Actuación procesal.**

El 16 de febrero de 2022 se presentó demanda de pérdida de investidura en contra del concejal de Tabio Henry García Correa. En dicha demanda también se solicitó medida cautelar.

El 16 de febrero de 2022 se repartió el proceso al Despacho del Magistrado Ponente. El 17 de febrero de 2022 ingresó el proceso al Despacho.

El 18 de febrero de 2022 se admitió la demanda y se corrió traslado de la solicitud de medida cautelar presentada en la demanda. El 22 de febrero siguiente se notificó el auto admisorio.

El 4 de marzo de 2022, el accionado se pronunció respecto de la solicitud de medida cautelar y contestó la demanda. El mismo día se decretaron las pruebas en el proceso y se fijó como fecha para realizar la audiencia de pérdida de investidura el 14 de marzo de 2022.

El 14 de marzo de 2022 debió reprogramarse la audiencia de pérdida de investidura para el 28 de marzo de 2022, en atención a que el mismo día el apoderado del accionado solicitó el aplazamiento por encontrarse enfermo.

El 14 de marzo de 2022, el Magistrado Ponente negó la solicitud de medida cautelar presentada en la demanda.

El 28 de marzo de 2022 se realizó la correspondiente audiencia de pérdida de investidura. El proceso continuó al Despacho para proyectar el correspondiente fallo y ser discutido en Sala Plena.

## **3. Contestación de la demanda.**

El señor Henry García Correa contestó la demanda. Señaló que eran ciertos los hechos expuestos en la demanda pero que ello no constituía causal de pérdida de investidura alguna.

Explicó que verificó tal causal de incompatibilidad antes de posesionarse como concejal y consideró que no estaba incurso en la misma porque la Asociación de la que es revisor fiscal no tiene la connotación de empresa de servicios públicos domiciliarios, pues, conforme al artículo 17 de la Ley 142 de 1994, las empresas de servicios públicos son sociedades por acciones cuyo objeto es la prestación de los servicios públicos de que trata dicha Ley y la Asociación es una entidad sin ánimo de lucro.

Recordó que el Consejo de Estado, en sentencia del 8 de febrero de 2011, señaló: "Las inhabilidades e incompatibilidades, en tanto limitan la libertad y los derechos de las personas, son de origen constitucional y legal. La tipificación de sus causas, vigencia, naturaleza y efectos es rígida y taxativa; su aplicación es restrictiva, de manera que excluye la analogía legis o iuris, excepto en lo favorable; están definidas en el tiempo, salvo aquellas de carácter constitucional".

#### **4. Alegatos de las partes y concepto del Ministerio Público.**

**La parte actora alegó de conclusión.** Reiteró los argumentos expuestos en la demanda. Resaltó que el accionado cuenta con título de pregrado como contador público desde el año 2009, formación básica para poder desempeñarse como revisor fiscal de la Asociación de Afiliados del Acueducto Rural Salibarba.

Señaló que ser revisor fiscal supone conocimientos profesionales en materias tributarias y contables, por lo que era claro que el accionado podía entender qué es una incompatibilidad, cómo surge a partir de su desempeño como revisor fiscal de dicha empresa y desde el momento en que decidió posesionarse en un segundo periodo como concejal del municipio de Tabio. Además, porque en el Concejo se desarrollaron capacitaciones relacionadas con incompatibilidades en las cuales ese tipo de servidores puede incurrir y participó en dos ocasiones de las sesiones de aprobación de los acuerdos mediante los cuales se adoptó el reglamento interno, cuyo contenido replicó, entre otras, la incompatibilidad aquí alegada.

Indicó que su posición como revisor fiscal influyó en la intención de voto de todos los integrantes de la Asociación de Afiliados del Acueducto Rural Salibarba, que eran los beneficiarios de dicho servicio de acueducto.

Consideró que no era de recibo el argumento del accionado consistente en que no se estaba incurrido en la alegada causal de incompatibilidad porque la Asociación de la que era revisor fiscal no era una empresa con ánimo de lucro, pues la Corte Constitucional en sentencia C-179 de 2005 expresó, con respecto a la causal de incompatibilidad aducida como falta disciplinaria, que esta circunstancia busca garantizar la transparencia y la moralidad en la gestión administrativa de tales entidades, bajo el entendido de que las empresas de servicios públicos domiciliarios están cobijadas por mecanismos de solidaridad y de subsidio que deben ser protegidos con mayor intensidad, alejando de los eventuales intereses particulares a los concejales municipales en las decisiones que adopten al interior de la respectiva corporación y que los pueden afectar poniéndolos en un constante conflicto de interés en el desempeño de su función pública.

Asimismo, aseguró que tampoco era de recibo el argumento del accionado antes mencionado porque conforme al artículo 15.4 de la Ley 142 de 1994, las asociaciones de usuarios también pueden prestar servicios públicos domiciliarios, como ocurre en este caso. Luego, tal y como lo señaló el Consejo de Estado en providencia del 27 de septiembre de 2007, radicado 25000231500020060175401, lo que debe determinar la existencia de la causal de incompatibilidad no es la forma asociativa del ente prestador del servicio, sino la actividad material de la prestación, pues de lo contrario se crearía, sin razón alguna, una situación discriminatoria entre los revisores fiscales de un ente organizado técnicamente como empresa prestadora de servicios públicos domiciliarios que no pueden ejercer

simultáneamente como concejales y fiscales de entes con idéntico objeto que tienen otra forma de organización.

**El accionado alegó de conclusión.** Insistió en los argumentos expuestos en la contestación de la demanda. Así, señaló que los hechos expuestos en el escrito introductorio del proceso no consolidan la causal de pérdida de investidura alegada por la accionante, pues la Asociación de la que es revisor fiscal no tiene la connotación que define la norma contentiva de la prohibición, en tanto se trata de una entidad sin ánimo de lucro, por lo que no era una empresa de servicios públicos.

**La Procuraduría** se pronunció en el sentido de considerar que se encontraba acreditada la causal de pérdida de investidura, en tanto en el proceso se acreditó:

- La condición de concejal del accionado.
- Su ejercicio como revisor fiscal de la Asociación que presta el servicio de acueducto en el mismo municipio: Tabio.
- Asistió a las sesiones relacionadas con la prestación del servicio público de acueducto, según actas de 12 de mayo, 13 de octubre, 15 de mayo, 4 de agosto y 19 de octubre de 2020.

Coincidió con la parte actora en que, conforme lo dilucidó la Corte Constitucional en sentencia C 179 de 2005, se encuentra incurso en esta causal de incompatibilidad cualquier organización que preste un servicio público domiciliario. Ello en atención a que el mismo artículo 365 constitucional consagra que los servicios públicos pueden ser prestados por el Estado, directa o indirectamente, por comunidades organizadas o por particulares. Luego, desde la misma Constitución se estableció que las comunidades organizadas también podían ser prestadoras de servicios públicos domiciliarios, por lo que no es de recibo el argumento expuesto por el demandado.

Adicional a lo anterior, recordó que la Ley 142 de 1994, en su artículo 14, estableció los diferentes tipos de empresas de servicios públicos que podían existir, dentro de las cuales estaba la empresa de servicios públicos privada, cuyo capital pertenece mayoritariamente a particulares. Y, a su vez, el artículo 15 de la referida ley señaló en su numeral 15.4 que podían prestar servicios públicos las organizaciones autorizadas conforme a dicha Ley, en municipios menores en zonas rurales y en áreas o zonas urbanas específicas.

Por último, recordó que la Corte Constitucional en sentencia C-741 de 2003<sup>1</sup> precisó:

La Corte estima que las personas que constituyen empresas y las personas que se organizan con un ánimo diferente al empresarial lucrativo sí son comparables, dados los objetivos de la ley de servicios públicos domiciliarios. Ambos grupos de personas desean prestar tales servicios, hacerlo con miras al logro de los fines sociales del Estado y prestarlos dentro del respeto a las leyes establecidas para asegurar la calidad y la eficiencia del servicio público domiciliario correspondiente. De ahí que la propia ley incluya dentro de la enumeración de quienes pueden prestar servicios públicos tanto a las ESP como a otras personas dentro de las cuales se encuentran las "organizaciones autorizadas". También son comparables las "organizaciones autorizadas" ubicadas en zonas donde les

---

<sup>1</sup> Corte Constitucional. Sala Plena. Sentencia C-741 de 2003. M.P. Manuel José Cepeda Espinosa.

está permitido prestar servicios públicos domiciliarios y las "organizaciones autorizadas" que se encuentran en zonas donde esto no les está permitido, puesto que ambas se enmarcan dentro de los mismos fines de la ley de servicios públicos domiciliarios.

Y también recordó que el Consejo de Estado, en sentencia de 23 de febrero de 2017<sup>2</sup>, al estudiar esta causal de incompatibilidad, reiteró la postura de dicha Corporación desde 2007 en el sentido de que las ESP eran comparables por su objeto con las organizaciones autorizadas.

Finalmente, en punto al elemento subjetivo, consideró que el mismo se acreditó en tanto que no resulta válido afirmar que no conocía que podría estar incurso en la incompatibilidad, por cuanto la norma así lo estableció y la ignorancia de la ley no le puede servir de excusa y, en este caso, de acuerdo con las afirmaciones de la contestación de la demanda, fue un aspecto que se analizó y por tanto la duda era fácilmente superable, pues el accionado conoció la norma que consagraba la incompatibilidad y estaba en posibilidad, en tanto deber y carga como candidato y ya como concejal, de saber la imposibilidad de ejercer simultáneamente como revisor de la asociación que presta los servicios públicos en Tabio y concejal del mismo municipio.

Aseguró que, si bien la conducta del demandado no podía calificarse de dolosa, sí era gravemente culposa en tanto no era excusable, comoquiera que, al asumir como concejal, tenía la posibilidad y el deber de indagar sobre el alcance que la jurisprudencia daba a la simultaneidad de los dos roles desde 2009, mucho antes de ser elegido concejal.

## **II. PRESUPUESTOS PROCESALES DE LA ACCIÓN**

### **1. Competencia de la Sala Plena.**

De conformidad con lo dispuesto en el numeral 13 del artículo 152 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo -CPACA<sup>3</sup> y el parágrafo 2º del artículo 48 de la Ley 617 de 2000<sup>4</sup>, esta Sala Plena es competente para conocer de la solicitud de pérdida de investidura contra el concejal de Tabio Henry García Correa.

### **2. Caducidad de la acción.**

De acuerdo con lo establecido en el artículo 6 de la Ley 1881 de 2018<sup>5</sup> no hay caducidad de la acción, en atención a que el hecho generador de la causal de pérdida de investidura alegado por la parte actora continúa ocurriendo al momento de presentación de la demanda.

---

<sup>2</sup> Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Primera. Sentencia del 23 de febrero de 2017. C.P. Roberto Augusto Serrato Valdés. Radicación No. 05001-23-33-000-2016-01296-01(PI).

<sup>3</sup> ARTÍCULO 152. COMPETENCIA DE LOS TRIBUNALES ADMINISTRATIVOS EN PRIMERA INSTANCIA. Los tribunales administrativos conocerán en primera instancia de los siguientes asuntos: (...) 13. De la pérdida de investidura de diputados, concejales y ediles, de conformidad con el procedimiento establecido en la ley. En estos eventos el fallo se proferirá por la Sala Plena del tribunal.

<sup>4</sup> 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: (...) PARÁGRAFO 2o. La pérdida de la investidura será decretada por el Tribunal de lo Contencioso Administrativo con jurisdicción en el respectivo departamento de acuerdo con la ley, con plena observancia del debido proceso y en un término no mayor de cuarenta y cinco (45) días hábiles, contados a partir de la fecha de la solicitud formulada por la mesa directiva de la asamblea departamental o del concejo municipal o por cualquier ciudadano. La segunda instancia se surtirá ante la sala o sección del Consejo de Estado que determine la ley en un término no mayor de quince (15) días.

<sup>5</sup> ARTÍCULO 6o. La demanda deberá presentarse dentro del término de cinco (5) años contados a partir del día siguiente al de la ocurrencia del hecho generador de la causal de pérdida de investidura, so pena de que opere la caducidad.



### **3. Legitimación en la causa.**

A la luz de lo señalado en el inciso 2º del artículo 143 del CPACA<sup>6</sup> y en el párrafo 2º del artículo 48 de la Ley 617 de 2000<sup>7</sup>, la señora Laura Vanessa Acuña Aldana se encuentra legitimada en la causa por activa, en tanto cualquier ciudadano puede pedir la pérdida de investidura de un concejal.

A su vez, el señor Henry García Correa se encuentra legitimado en la causa por pasiva por estar desempeñándose como concejal del municipio de Tabio (C) y ser respecto de quien se alega la causal de incompatibilidad que configura la pérdida de investidura.

## **III. PRECISIÓN DEL CASO, PROBLEMA Y TESIS JURÍDICA**

### **Precisión del caso.**

La parte actora persigue la declaratoria de pérdida de investidura del señor Henry García Correa, concejal de Tabio (C), por considerar que se encuentra incurso en la causal de pérdida de investidura consagrada en el numeral 1º del artículo 48 de la Ley 617 de 2000, en tanto se encuentra violando el régimen de incompatibilidades, por ser revisor fiscal de una organización que presta el servicio público de acueducto en el mismo municipio en el que se desempeña como concejal, conducta que el numeral 5º del artículo 45 de la Ley 136 de 1994 consagra como causal de incompatibilidad.

A su vez, el accionado considera que no se encuentra incurso en tal causal de incompatibilidad, en atención a que la organización de la que es revisor fiscal, aunque si bien presta el servicio de acueducto en la zona rural del referido municipio, no se encuentra constituida como una sociedad por acciones, por lo que no tiene la connotación de empresa de servicios públicos domiciliarios, a la luz de la Ley 142 de 1994.

### **Problema jurídico.**

Corresponde a la Sala determinar si el demandado, Henry García Correa, incurrió en la causal de incompatibilidad prevista en el artículo 45 de la Ley 136 de 1994, al ostentar coetáneamente la condición de concejal del municipio de Tabio (C) para el período 2020-2023 y la calidad de revisor fiscal de la Asociación de Afiliados del Acueducto Rural Salibarba, entidad sin ánimo de lucro que presta el servicio de acueducto en la zona rural del mismo municipio en el que fue electo, violación que constituye causal de pérdida de investidura al tenor del numeral 1º del artículo 48 de la Ley 617 de 2000.

### **Tesis de la Sala.**

La Sala declarará la pérdida de investidura del señor Henry García Correa, como concejal del municipio de Tabio (C), toda vez que se acreditó que violó el régimen de incompatibilidades previsto para estos servidores públicos, conforme lo establece el numeral

<sup>6</sup> ARTÍCULO 143. PÉRDIDA DE INVESTIDURA. (...) Igualmente, la Mesa Directiva de la Asamblea Departamental, del Concejo Municipal, o de la junta administradora local, así como cualquier ciudadano, podrá pedir la pérdida de investidura de diputados, concejales y ediles.

<sup>7</sup> ARTICULO 48. PERDIDA DE INVESTIDURA DE DIPUTADOS, CONCEJALES MUNICIPALES Y DISTRITALES Y DE MIEMBROS DE JUNTAS ADMINISTRADORAS LOCALES. (...) PARÁGRAFO 2o. La pérdida de la investidura será decretada por el Tribunal de lo Contencioso Administrativo con jurisdicción en el respectivo departamento de acuerdo con la ley, con plena observancia del debido proceso y en un término no mayor de cuarenta y cinco (45) días hábiles, contados a partir de la fecha de la solicitud formulada por la mesa directiva de la asamblea departamental o del concejo municipal o por cualquier ciudadano. La segunda instancia se surtirá ante la sala o sección del Consejo de Estado que determine la ley en un término no mayor de quince (15) días.

1º del artículo 48 de la Ley 617 de 2000. Esto, en la medida en que se desempeña concomitantemente como revisor fiscal de una organización que presta servicios públicos domiciliarios –la Asociación de Afiliados del Acueducto Rural Salibarba– en el respectivo municipio de Tabio y como concejal del Municipio de Tabio (C), conducta prevista en el numeral 5º del artículo 45 de la Ley 136 de 1994, adicionado por el artículo 41 de la Ley 617.

#### **IV. CONSIDERACIONES**

##### **1. Causal de pérdida de investidura: violación del régimen de incompatibilidades.**

La representación política de las comunidades y de las ciudadanías, en cualquiera de los niveles, cargos y funciones, es una de las más altas dignidades que puede ocupar una persona debido a que encarna los valores y principios que fundan nuestra sociedad pluralista y democrática. De ahí que también se les exija el cumplimiento estricto de sus deberes y responsabilidades, se espere de ellos conductas ejemplares y se haya establecido un régimen de inhabilidades e incompatibilidades taxativas y estrictas tanto en la Constitución como en la Ley. Lo que se busca con ello es, esencialmente, preservar la confianza tanto en las instituciones democráticas como en sus autoridades, pues sin ella vano sería el esfuerzo de construir un Estado Social de Derecho. La confianza o legitimidad es el cemento que permite mantener unida a la sociedad en la búsqueda y el sostenimiento de dichos valores y principios consagrados en la Constitución Política.

El numeral 1º del artículo 48 de la Ley 617 de 2000 establece que los concejales municipales pierden su investidura por violación del régimen de incompatibilidades.

##### **1.1.- Incompatibilidad: definición.**

Frente a las causales de incompatibilidad de los concejales, la Corte Constitucional ha señalado que comportan “una prohibición dirigida al titular de una función pública a quien, por ese hecho, se le impide ocuparse de ciertas actividades o ejercer, simultáneamente, las competencias propias de la función que desempeña y las correspondientes a otros cargos o empleos, en guarda del interés superior que puede verse afectado por una indebida acumulación de funciones o por la confluencia de intereses poco conciliables y capaces, en todo caso, de afectar la imparcialidad y la independencia que deben guiar las actuaciones de quien ejerce la autoridad en nombre del Estado”<sup>8</sup>.

Por su parte, el Consejo de Estado ha aclarado que “la incompatibilidad siempre se ha entendido como la prohibición de ejercer dos actividades o realizar dos roles de manera simultánea, taxativamente señaladas en la Constitución o en la ley, de modo que para el caso de los servidores públicos se traduce en la prohibición de desempeñar o ejercer otros cargos o realizar otras actividades distintas a las que corresponde a las funciones del cargo de que son titulares”<sup>9</sup>.

<sup>8</sup> Corte Constitucional. Sala Plena. Sentencia C-181 de 1997. M.P. Fabio Morón Díaz.

<sup>9</sup> Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Primera. Sentencia del 14 de febrero de 2013. C.P. María Elizabeth García González. Radicación No. 70001-23-31-000-2012-00231-01(PI); Reiteración de: Sentencia del 17 de julio de 2008. C.P. Rafael E. Ostau de Lafont Pianeta. Radicación No. 44001-23-31-000-2008-00005-01(PI).

## **1.2. Incompatibilidad: duración.**

En cuanto a su duración, el artículo 47 de la Ley 136 de 1994 señala que las incompatibilidades de los concejales municipales y distritales tienen vigencia hasta la terminación del período constitucional respectivo. Y, en caso de renuncia, se mantienen durante los 6 meses siguientes a su aceptación, si el lapso que faltare para el vencimiento del periodo fuere superior.

## **1.3. Incompatibilidad: carácter excepcional e interpretación y aplicación restrictiva.**

Finalmente, el Consejo de Estado, en reiterada jurisprudencia<sup>10</sup>, ha sostenido que las normas que establecen una incompatibilidad tienen carácter excepcional y los enunciados que la determinan deben interpretarse y aplicarse con criterio restrictivo; y que comoquiera que las reglas envuelven mandatos definitivos, que por su estructura más precisa y detallada, implican su aplicación mediante la subsunción del caso bajo el enunciado fáctico que establece la norma, sin consideración de aspectos teleológicos, de la intencionalidad de la conducta o ponderación alguna.

En providencia de 2015<sup>11</sup> se reiteró el criterio de la Sala Plena del Consejo de Estado<sup>12</sup> frente a las normas que fijan el régimen de incompatibilidades de los parlamentarios, por resultar extensibles a los concejales, en el sentido de que “por razones de justicia y seguridad jurídica, debe concluirse que dichas normas son de interpretación restrictiva, es decir, que únicamente se configura la incompatibilidad si se dan exactamente las situaciones jurídicas descritas en abstracto por el respectivo precepto. Las incompatibilidades lo son solamente en los términos en que lo establezca la Carta Política o la ley, con las características y dentro de las condiciones que las normas hayan precisado, por lo cual quedan excluidas las interpretaciones analógicas y extensivas”.

## **2. Causal de incompatibilidad: Ser revisor fiscal de empresa que preste servicio público domiciliario en el respectivo municipio.**

Ahora, concentrándose en la causal invocada en la demanda de pérdida de investidura que ahora ocupa la atención de la Sala, se tiene que el numeral 5º del artículo 45 de la Ley 136 de 1994 señala que los concejales no pueden ser, entre otros, revisores fiscales de “empresas que presten servicios públicos domiciliarios o de seguridad social en el respectivo municipio”.

La exequibilidad de ciertos apartes del referido numeral fue cuestionada, por lo que la Corte Constitucional, en sentencia C-179 de 2005<sup>13</sup>, al realizar el correspondiente estudio de constitucionalidad, explicó la razón de ser de tal causal de incompatibilidad en tanto “los concejos municipales están facultados legal y constitucionalmente para fijar los parámetros y directrices en la prestación, inversión, costos, vigilancia y control de los servicios públicos domiciliarios en su respectivo municipio, y para ordenar que del presupuesto municipal se destinen recursos con destino al subsidio en la prestación de tales servicios a los estratos

<sup>10</sup> Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Primera. Sentencia del 11 de diciembre de 2015. C.P. Guillermo Vargas Ayala. Radicación No. 23001-23-33-000-2015-00023-01(PI).

<sup>11</sup> Ib.

<sup>12</sup> Consejo de Estado. Sala Plena de lo Contencioso Administrativo. Sentencia del 7 de diciembre de 2010. C.P. Gerardo Arenas Monsalve. Radicación No. 11001-03-15-000-2010-00872-00(PI).

<sup>13</sup> Corte Constitucional. Sala Plena. Sentencia C-179 de 2005. M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra.

socio económicos bajos; de todo lo cual deviene la influencia personal de los concejales en las correspondientes empresas, que sin duda puede entrar en colisión con sus intereses personales, si simultáneamente funcionan como empleados o contratistas de las mismas”.

El Alto Tribunal explicó que las empresas prestadoras de servicios públicos domiciliarios tienen un "régimen jurídico especial" y que **"los municipios están autorizados por el artículo 368 de la propia Constitución para destinar, de su propio presupuesto, subsidios para los mismos propósitos, que igualmente son administrados por las empresas en cuestión"**. Asimismo, que conforme al artículo 5° de la Ley 142 de 1994, los concejos municipales tienen competencias para reglamentar aspectos de la prestación de los servicios públicos domiciliarios, para "asegurar su eficiente y continua prestación, la participación de los usuarios en la gestión y fiscalización de las entidades que los prestan, y apoyar con inversiones u otros instrumentos legales a las empresas de servicios públicos promovidas por los departamentos y la Nación. **Competencias todas estas que no tienen los concejos respecto de otra categoría de empresas públicas o privadas, y que sin duda se traducen en un alto grado de injerencia en la gestión de las de servicios públicos domiciliarios**"<sup>14</sup>.

Así, el legislador, al adicionar el artículo 45 de la Ley 136 con la causal 5ª, amplió el ámbito de incompatibilidad de los diputados y concejales, fortaleciendo dicho régimen, en aras de lograr la moralidad, transparencia e imparcialidad en el ejercicio de tales cargos, para impedir "la confluencia de intereses personales y públicos en cabeza de un mismo sujeto, en garantía de la recta administración de entidades sometidas a un régimen especial por su vinculación con sistemas de solidaridad, de subsidio y de redistribución de ingresos", criterio sostenido por el Consejo de Estado<sup>15</sup> y la Corte Constitucional<sup>16</sup>.

En suma, tal y como lo estableció el Consejo de Estado<sup>17</sup>, del contenido del numeral 5° del artículo 45 de la Ley 136 de 1994, para la configuración de la incompatibilidad se requiere la presencia de los siguientes elementos:

- La prueba de la condición de concejal en cabeza del demandado.
- La demostración de que el demandado, coetáneamente con la condición de concejal que ostenta, tiene la calidad de representante legal, miembro de junta o consejo directivo, auditor o revisor fiscal, empleado o contratista en una empresa que presta servicios públicos domiciliarios o de seguridad social.
- La acreditación de que la prestación de los servicios públicos domiciliarios o de seguridad se realiza en el mismo municipio en el que el demandado ostenta la condición de concejal.

### **2.1. Alcance de la expresión "empresas que presten servicios públicos domiciliarios".**

Ahora bien, dado que el accionado considera que no está incurso en la referida causal de incompatibilidad por ser revisor fiscal de una organización que no tiene la connotación de

<sup>14</sup> Ib.

<sup>15</sup> Consejo de Estado. Sala Plena de lo Contencioso Administrativo. Sentencia del 23 de julio de 2002. C.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo. Radicación No. 68001-23-15-000-2001-00183-01(IJ-024); Sección Primera. Sentencia del 4 de agosto de 2011. C.P. María Elizabeth García González. Radicación No. 25000-23-31-000-2010-02331-01(PI); Sección Primera. Sentencia del 11 de diciembre de 2015. C.P. Guillermo Vargas Ayala. Radicación No. 23001-23-33-000-2015-00023-01(PI).

<sup>16</sup> Corte Constitucional. Sala Plena. Sentencia C-179 de 2005. M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra.

<sup>17</sup> Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Primera. Sentencia del 12 de octubre de 2017. C.P. Oswaldo Giraldo López. Radicación No. 68001-23-33-000-2016-01393-01(PI).

empresa de servicios públicos domiciliarios, conviene referirse al alcance que la jurisprudencia de las Altas Cortes le ha dado a la expresión "empresas que presten servicios públicos domiciliarios".

Así, el Consejo de Estado, en diferentes decisiones, ha determinado el alcance de esta expresión. En providencia del 18 de mayo de 2006<sup>18</sup> se dilucidaron varios aspectos. En primer lugar, se ocupó de "establecer si la norma utiliza en el mismo sentido genérico del lenguaje natural la expresión entidades que presten servicios públicos domiciliarios, o si se aplica con un carácter técnico jurídico específico", con el objeto de saber a "cuáles entidades se refiere la norma".

En segundo lugar, definió que el sentido de la norma "no coincide con el lenguaje lato o natural enteramente, sino que tiene un sentido técnico jurídico específico y como tal con una específica delimitación conceptual", esto es, "un componente sustancial y determinante de esa definición es el de que su objeto consiste en la prestación de esos servicios, de modo que éste no resulta de o está dado por la voluntad de quienes constituyen una de tales entidades en particular, sino por la ley que las prevé y define".

En tercer lugar, indicó que, conforme al artículo 40, numeral 3º, de la Ley 617 de 2000, la inhabilidad se predica respecto de "las entidades de cualquier orden territorial cuyo objeto es o era la prestación de servicios públicos domiciliarios", "al igual que las empresas de servicios públicos -E.S.P.- que con el carácter de sociedades por acciones introdujo la Ley 142 de 1994".

En cuarto lugar, dilucidó que "la expresión entidades que presten servicios públicos domiciliarios es específica", por lo que aclaró que se refería a "entidades que tenían como objeto legal dicha prestación, sea cual fuere su denominación (empresa, instituto o establecimiento público), al igual que a las empresas de servicios públicos delimitadas en la Ley 142 de 1994", conclusión que encuentra su sustento en los artículos 15 a 17 de la Ley 142 de 1994, en los que se establecen las personas que pueden prestar los servicios públicos y la naturaleza de estos prestadores de servicios.

Asimismo, el Consejo de Estado en la referida sentencia del 18 de mayo de 2006<sup>19</sup> precisó:

De suerte que dentro de lo que la ley relaciona como personas que prestan servicios públicos cabe distinguir las que son entidades prestadoras de esos servicios (entidades descentralizadas y empresas de servicios públicos) y las que no son entidades prestadoras de tales servicios, como serían las de los numerales 15.2., 15.3. y del artículo 16, esto es, las "personas naturales o jurídicas que produzcan para ellas mismas, o como consecuencia o complemento de su actividad principal, los bienes y servicios propios del objeto de las empresas de servicios públicos"; los "municipios cuando asuman en forma directa, a través de su administración central, la prestación de los servicios públicos, conforme a lo dispuesto en esta ley", y los productores de servicios marginales, que son aquellos que los producen para sí por falta de suministro regular del servicio y

---

<sup>18</sup> Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Primera. Sentencia del 18 de mayo de 2006. C.P. Rafael E. Ostau de Lafont Pianeta. Radicación No. 25000-23-15-000-2004-02430-01(PI), reiterada en: Sentencia del 23 de febrero de 2017. C.P. Roberto Augusto Serrato Valdés. Radicación No. 05001-23-33-000-2016-01296-01(PT).

<sup>19</sup> Ib.

mientras éste no sea prestado por una empresa, entidad u organización autorizada, y no lo ofrezcan de forma masiva a terceros.

(...)

En el caso del numeral 15.4., "Las organizaciones autorizadas" conforme a esa ley para prestar servicios públicos en municipios menores en zonas rurales y en áreas o zonas urbanas específicas, se debe destacar que son diferentes a los productores marginales, ya que ellas están sujetas a la Ley 142 de 1994, y los productores marginales no, excepto a sus artículos 25 y 26, salvo que ofrezcan el servicio de forma masiva a terceros, caso en el cual quedan sujetos a dicha ley.

Un productor marginal puede tener la forma de una agrupación de habitantes de una zona rural que por no disponer del servicio público institucional, se conforma circunstancialmente para proveerse así misma el servicio, situación que por lo demás se asemeja a la de las personas jurídicas o naturales que produzcan para ellas mismas, o como consecuencia o complemento de su actividad principal, los bienes y servicios propios del objeto de las empresas de servicios públicos, prevista en el numeral 15.2; es decir, situaciones en las cuales el servicio se genera para autoconsumo, y que para ello no se configura una estructura organizacional ni un sistema o régimen de tarifa propiamente dichos.

**En ese sentido, se ha de resaltar que no es procedente considerar como entidad que presta servicio público a todas las personas relacionadas en los artículos 15 y 16 en comento, puesto que si así se considerara tendría que incluirse en la inhabilidad a los representantes legales de las personas jurídicas o de las comunidades que de manera informal producen para ellas cualquiera de esos servicios;** y que en el caso de los municipios, la inhabilidad no surge por ser representante de entidad que presta servicios públicos, sino por la condición de ser alcalde del respectivo municipio, o funcionario o empleado del municipio en lo que a las personas encargadas del funcionamiento del servicio se refiere.

En lo que atañe al punto, se ha de concluir, entonces, que **no son entidades que prestan servicios públicos**, en el sentido técnico jurídico con que ese concepto se utiliza en el artículo 40, numeral 3, de la Ley 617 de 2000, **las personas naturales o jurídicas que los generan para sí mismas, los municipios cuando las circunstancias hacen que deban prestarlos directamente, ni los productores marginales para autoabastecerse del servicio que generan y, por ende, para su exclusivo autoconsumo.**

**Y sí lo son**, las empresas de servicios públicos, las entidades descentralizadas que venían prestando ese servicio bajo el régimen anterior a la Ley 142 de 2000, y **las organizaciones autorizadas conforme a dicha ley para prestarlos en municipios menores, en zonas rurales y áreas o zonas urbanas específicas. Eventualmente lo serán las personas naturales o jurídicas que generan un servicio público para sí misma, así como un productor de servicios marginales, cuando celebren contratos o realicen actos**

**para suministrar los bienes o servicios cuya prestación sea parte del objeto de las empresas de servicios públicos, a otras personas en forma masiva, o a cambio de cualquier clase de remuneración, o gratuitamente a quienes tengan vinculación económica con ellas según la ley, o en cualquier manera que pueda reducir las condiciones de competencia,** pues de la normativa comentada se deduce que material o sustancialmente se tornan en empresa y como tal en entidad que presta servicios públicos bajo el régimen de la Ley 142 de 1994 y, por ende, la persona natural o el representante legal de la persona jurídica respectiva quedarían incurso en la inhabilidad bajo examen.

De lo dicho se puede colegir que otro elemento o criterio que complementariamente a lo antes expuestos determina que una persona distinta de los municipios se deba considerar como entidad que presta servicios públicos es que lo haga para **consumo masivo de terceros**, tal como lo hace una empresa de servicios públicos, **y ello es lo que viene a explicar la inhabilidad, ya que de allí puede generarse un poder institucional y amplio sobre los miembros de la comunidad que le permita a quien aparece al frente del servicio situarse en una situación de ventaja objetiva**, es decir, no por su ascendencia personal y social sobre la comunidad, sino por el control exógeno a la comunidad, es decir, ajeno a ella, de un instrumento de alta incidencia en la comunidad. Esa ventaja institucional u objetiva es la que se busca evitar en la confrontación política bajo las reglas y postulados de la democracia, y no la ventaja que surge de las condiciones personales y sociopolíticas de las personas, como son las propias del liderazgo social, ya por razones ideológicas, políticas, religiosas o gremiales, por el grado de servicio a la comunidad, etc., pues esa ventaja la otorga la misma comunidad según el grado de reconocimiento y aceptación que por dichas razones tenga la persona entre sus miembros, en la cual, justamente es que se suelen hacer fincar legítimamente las posibilidades de acceder al apoyo de los electores. (...)

Posteriormente, y en relación con la incompatibilidad que se estudia en este proceso judicial, el Consejo de Estado, en la sentencia del 27 de septiembre de 2007<sup>20</sup>, estudió el caso de "la Asociación de Usuarios del Acueducto Rural Sector Alto AVEROSA", entidad sin ánimo de lucro del Municipio de Tena. Analizó el caso bajo el artículo 15.4 de la Ley 142 de 1994. Concluyó:

(...) Para esta Sala la sentencia recurrida hizo una interpretación restringida del término "empresa de servicios públicos", que no resulta acorde con la intención del legislador, ya que **lo que debe determinar la existencia de la causal de incompatibilidad no es la forma asociativa del ente prestador del servicio, sino la actividad material de la prestación**, pues de lo contrario se crearía, sin razón alguna, una situación discriminatoria entre los revisores fiscales de un ente organizado técnicamente como empresa prestadora de servicios públicos domiciliarios que no pueden ejercer simultáneamente como concejales y fiscales de entes con idéntico objeto que tienen otra forma de organización.

<sup>20</sup> Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Primera. Sentencia del 27 de septiembre de 2007. C.P. Martha Sofia Sanz Tobón. Radicación No. 25000-23-15-000-2006-01754-01(PI); reiterada en: Sentencia del 23 de febrero de 2017. C.P. Roberto Augusto Serrato Valdés. Radicación No. 05001-23-33-000-2016-01296-01(PI).

En esta providencia del 2007, el Consejo de Estado<sup>21</sup> tuvo en cuenta varios elementos que afectarían los principios y valores de la representación democrática cuando se trata de juzgar si existe incompatibilidad de quien a su vez esté incurso en alguna de las causales señaladas en la ley, como es el ser revisor fiscal: a) Se genera una "situación discriminatoria" entre entidades que prestan el servicio público domiciliario; b) Se ejercen "posiciones dominantes frente a la comunidad" independiente que sea con o sin ánimo de lucro; c) Se vulnera el "principio de igualdad frente a los demás candidatos o frente a los demás concejales"; d) No es la forma o la naturaleza jurídica y la constitución del tipo de empresa sino "el aspecto sustancial de la prestación del servicio público domiciliario" la que genera la incompatibilidad; e) Lo que procura cuidar la incompatibilidad es la transparencia y moralidad, pues no solo es que pueda influir en "material concernientes a la prestación de servicios públicos" sino "impedir que dada su condición (...) pueda influir en el electorado en cuanto a su voluntad de voto, colocándose así en ventaja frente a los demás aspirantes al Concejo"<sup>22</sup>.

En la sentencia del 5 de marzo de 2009<sup>23</sup>, el Consejo de Estado reiteró lo expuesto en la sentencia del 18 de mayo de 2006. Mantuvo la línea jurisprudencial relativa a que "también deben ser consideradas dentro del espectro de las entidades que prestan servicios públicos, las personas naturales o jurídicas que generan un servicio público para autoconsumo, del mismo modo que los productores de servicios marginales, cuando suministren los bienes o servicios característicos de las empresas de servicios públicos de manera masiva a una comunidad cuya prestación implique a favor de aquella, cualquier tipo de remuneración".

Los conceptos anteriores fueron reiterados por el Consejo de Estado en sentencias del 28 de abril de 2011<sup>24</sup>, 10 de mayo de 2012<sup>25</sup>, 6 de septiembre de 2012 y 25 de noviembre de 2021<sup>26</sup>, entre otros. En este último caso, por ejemplo, el Consejo de Estado se pronunció respecto de la pérdida de investidura de un concejal que fungió de manera concomitante como representante legal de una empresa que prestaba servicios públicos domiciliarios en el respectivo municipio -Asociación de Usuarios del Acueducto Multiveredal del Corregimiento de Damasco del Municipio de Santa Bárbara, Antioquia-.

En la referida providencia, el Consejo de Estado confirmó la decisión del Tribunal de declarar la pérdida de investidura, por considerar que el accionado "violó el régimen de incompatibilidades por incurrir en la prohibición contenida en el numeral 5° del artículo 45 de la Ley 136, adicionado por el artículo 41 de la Ley 617, toda vez que, concomitante con su labor de concejal, fungía como representante legal de la ASOCIACIÓN DE USUARIOS DEL ACUEDUCTO MULTIVEREDAL DEL CORREGIMIENTO DE DAMASCO DEL MUNICIPIO DE SANTA BÁRBARA, entidad sin ánimo de lucro que prestaba a sus usuarios afiliados el servicio público domiciliario de acueducto en el mismo municipio en el cual fue elegido".

---

<sup>21</sup> Ib.

<sup>22</sup> Ib.

<sup>23</sup> Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Primera. Sentencia del 5 de marzo de 2009. C.P. María Claudia Rojas Lasso. Radicación No. 25000-23-15-000-2008-00450-01(PI); reiterada en: Sentencia del 23 de febrero de 2017. C.P. Roberto Augusto Serrato Valdés. Radicación No. 05001-23-33-000-2016-01296-01(PI).

<sup>24</sup> Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Primera. Sentencia del 28 de abril de 2011. C.P. Rafael E. Ostau de Lafont Pianeta. Radicación No. 25000-23-15-000-2010-02234-01(PI); reiterada en: Sentencia del 23 de febrero de 2017. C.P. Roberto Augusto Serrato Valdés. Radicación No. 05001-23-33-000-2016-01296-01(PI).

<sup>25</sup> Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Primera. Sentencia del 10 de mayo de 2012. C.P. Marco Antonio Velilla Moreno. Radicación No. 05001-23-31-000-2010-00261-01; reiterada en: Sentencia del 23 de febrero de 2017. C.P. Roberto Augusto Serrato Valdés. Radicación No. 05001-23-33-000-2016-01296-01(PI).

<sup>26</sup> Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Primera. Sentencia del 25 de noviembre de 2021. C.P. Roberto Augusto Serrato Valdés. Radicación No. 05001-23-33-000-2021-00618-01(PI).



### **3. Análisis de culpa: requisito subjetivo que debe abordarse en las acciones de pérdida de investidura.**

El artículo 1º de la Ley 1881 de 2018 establece que el proceso sancionatorio de pérdida de investidura “es un juicio de **responsabilidad subjetiva**. La acción se ejercerá en contra de los congresistas que, con su **conducta dolosa o gravemente culposa**, hubieren incurrido en una de las causales de pérdida de investidura establecidas en la Constitución (...)”.

En relación con el análisis de la culpabilidad en los procesos de pérdida de investidura, la Corte Constitucional, en sentencia SU-424 de 2016<sup>27</sup>, señaló que debe abordarse, además de acreditarse los supuestos normativos de la causal endilgada, el aspecto subjetivo, que requiere del análisis de la culpa, entendida como la falta de debida diligencia para el desarrollo de determinada actividad. En dicha sentencia, la Corte precisó que en los procesos de pérdida de investidura, una vez verificada la causal endilgada, el juez debe examinar “si en el caso particular se configura el elemento de culpabilidad (dolo o culpa) de quien ostenta la dignidad, esto es, atiende a las circunstancias particulares en las que se presentó la conducta y analiza si el demandado conocía o debía conocer de la actuación que desarrolló y si su voluntad se enderezó a esa acción u omisión”; que, asimismo, “debe determinar si se configura la causal y si a pesar de que esta aparezca acreditada, existe alguna circunstancia que excluya la responsabilidad del sujeto, bien sea porque haya actuado de buena fe o, en caso de que la causal lo admita, se esté ante una situación de caso fortuito o fuerza mayor, o en general exista alguna circunstancia que permita descartar la culpa”.

En consideración a esta postura de la Corte Constitucional, el Consejo de Estado en sentencia de 25 de mayo de 2017<sup>28</sup> señaló que el “proceso de pérdida de investidura exige, entonces, a partir de estos claros parámetros, la observancia del derecho fundamental al debido proceso del demandado, particularmente, de los principios pro homine, in dubio pro reo, de legalidad (las causales son taxativas y no hay lugar a aplicar normas por analogía), objetividad, razonabilidad, favorabilidad, proporcionalidad y culpabilidad”; y que, de acuerdo con la sentencia SU-501 de 2015<sup>29</sup> proferida por la Corte Constitucional, se requería acreditar un mínimo de culpabilidad para que fuera impuesta la sanción, dado que en los procesos de pérdida de investidura no era posible calificar el grado de culpabilidad (dolo, culpa grave o leve) y, por ende, tampoco modular la sanción.

Por tal razón, estudió el elemento subjetivo, en el caso particular, a partir del análisis del dolo y de la culpa. Para tal efecto, señaló:

Precisado lo anterior, el abordaje del aspecto subjetivo requiere el análisis del dolo y la culpa, entendido el primero como la intención positiva de lesionar un interés jurídico, entretanto la segunda atañe a un concepto que está ligado a la diligencia debida para el desarrollo de determinada actividad.

Para llegar a definir si una conducta se cometió con dolo o con culpa, deben analizarse los elementos que constituyen el aspecto subjetivo de la misma, los cuales corresponden al conocimiento tanto de los hechos como de la ilicitud, esto

<sup>27</sup> Corte Constitucional. Sala Plena. Sentencia de Unificación 424 de 2016. M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado.

<sup>28</sup> Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Primera. Sentencia del 25 de mayo de 2017. C.P. María Elizabeth García González. Radicación No. 81001-23-39-000-2015-00081-01(PI).

<sup>29</sup> Corte Constitucional. Sala Plena. Sentencia de Unificación 501 de 2015. M.P. (e) Myriam Ávila Roldán.

es, si el sujeto **conocía o debía conocer** que su comportamiento resultaba contrario al ordenamiento jurídico.

En los casos en los cuales se pruebe que el demandado **conocía plenamente** que su comportamiento era constitutivo de una causal de pérdida de investidura, estaríamos ante una situación de total intención en la realización de la misma y, por ende, de un grado de **culpabilidad doloso**. En aquellos eventos en los que se concluya que el sujeto no conocía la ilicitud de su conducta, pero que en virtud de la **diligencia requerida para el desarrollo de su actividad debía saber** que la misma resultaba contraria a derecho, se está ante un **comportamiento culposo**, de no mediar sólidas circunstancias que se lo hubieran impedido.

(...) Ahora bien, para establecer esta diligencia acudiremos a los presupuestos señalados en el artículo 63 del Código Civil (...)

En el caso concreto, la revisión de los requisitos y el marco normativo que rige el cargo al cual se aspira, es una obligación general para quien pretende acceder a la función pública, incluso en los eventos de elección popular, sin embargo el **entendimiento** de dichos requisitos debe analizarse de acuerdo con las condiciones personales del sujeto, esto es el grado de formación, su profesión, las circunstancias que lo rodearon, así como a los actos que haya realizado para conocer dicho marco normativo, por ejemplo solicitar conceptos o asesorarse frente a la configuración o no de la referida inhabilidad, para con base en ello, determinar si se obró con el cuidado requerido y así definir si su conducta es culposa o si, por el contrario, se está ante una situación de buena fe exenta de culpa que impida el reproche subjetivo de su obrar.

Esta conducta corresponde, según el citado artículo 63, a la falta de cuidado que los hombres emplean ordinariamente en los negocios propios. (...) Ambos tipos de requisitos son de obligatoria observancia, revisión y análisis previos por parte de todo ciudadano que pretenda ser elegido Concejal Municipal. Esa, es una diligencia que surge como debida en el ordinario transcurrir del proceso de inscripción del respectivo candidato, siéndole por demás **exigible** en medio de las normales medidas de cuidado y precaución que tenía que adelantar para llegar a la certeza del cumplimiento de los mismos y, por ende, de una candidatura reglamentaria y sometida a las condiciones legales para ejercer el cargo de Cabildante.

Al respecto, el artículo 9º del Código Civil, según el cual, "la ignorancia de las leyes no sirve de excusa", fue objeto de examen de constitucionalidad por la Corte Constitucional, que en dicha ocasión explicó lo siguiente, que ahora de prohija:

Precisamente la disposición que hoy se cuestiona, fue demandada como contraria al contenido del artículo 16 de la Carta anterior, que implícitamente recogía el principio de igualdad. Y al desechar el cargo, dijo la Corte Suprema, en fallo elaborado por el Magistrado Luis Carlos SÁCHICA: "Es la igualdad jurídica, que otorga iguales

facultades e impone idénticos deberes, y da igual protección a unos y a otros. Esto es, se repite, una igualdad de derechos y no de medios. Si no se acepta este principio, se rompe la unidad y uniformidad del orden jurídico, atomizado en múltiples estatutos particulares, o sea, en un sistema de estatutos privados privilegiados (...)

(...) Excluir de la obediencia de la ley a quien la ignora equivale a establecer un privilegio a su favor violatorio de la igualdad constitucional y generador del caos jurídico<sup>30</sup>.

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

No puede desprenderse de lo anterior que la educación juegue un papel insignificante en el conocimiento del derecho y en el cumplimiento de los deberes que de él se desprenden (aunque a menudo se utiliza para evadirlos sin dejar rastro). Por esa razón, entre otras, el derecho a acceder a ella ocupa un lugar importante en la Carta. **Pero no puede argüirse razonablemente que quienes carecen de educación o tienen dificultades para conocer la ley, se encuentran imposibilitados para conocer sus deberes esenciales y que por tanto deban ser relevados de cumplirlos [...]**<sup>31</sup> (Negritas fuera de texto)".

Así, el Consejo de Estado acogió los planteamientos esbozados por la Corte Constitucional en la sentencia SU-424 de 2016<sup>32</sup> y desarrolló su postura, en relación con este aspecto, en fallo del 25 de mayo de 2017<sup>33</sup>, la cual ha sido reiterada por el Consejo de Estado en las decisiones de 8 de junio de 2017<sup>34</sup>, de 2 de agosto de 2017<sup>35</sup>, 21 de septiembre de 2017<sup>36</sup>, 12 de octubre de 2017<sup>37</sup>, 20 de octubre de 2017<sup>38</sup>, 27 de octubre de 2017<sup>39</sup>, 10 de noviembre

<sup>30</sup> Corte Suprema de Justicia. Sala Plena. Providencia del 30 de marzo de 1978. M.P. Luis Carlos Sábica Aponte.

<sup>31</sup> Corte Constitucional- Sala Plena. Sentencia C-651 de 1997. M.P. Carlos Gaviria Díaz.

<sup>32</sup> Corte Constitucional. Sala Plena. Sentencia de Unificación 424 de 2016. M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado.

<sup>33</sup> Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Primera. Sentencia del 25 de mayo de 2017. C.P. María Elizabeth García González. Radicación No. 81001-23-39-000-2015-00081-01(PI).

<sup>34</sup> Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Primera. Sentencia del 8 de junio de 2017. C.P. Roberto Augusto Serrato Valdés. Radicación No. 05001-23-33-000-2016-01908-01(PI).

<sup>35</sup> Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Primera. Sentencias del 2 de agosto de 2017. C.P. María Elizabeth García González. Radicación No. 76001-23-33-004-2016-01077-01(PI) y 73001-23-33-005-2016-00620-01(PI).

<sup>36</sup> Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Primera. Sentencia del 21 de septiembre de 2017. C.P. Oswaldo Giraldo López. Radicación No. 54001-23-33-000-2016-00346-01(PI).

<sup>37</sup> Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Primera. Sentencia del 12 de octubre de 2017. C.P. Oswaldo Giraldo López. Radicación No. 68001-23-33-000-2016-01393-01(PI).

<sup>38</sup> Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Primera. Sentencias del 20 de octubre de 2017. C.P. Roberto Augusto Serrato Valdés. Radicación No. 44001-23-31-001-2016-00055-01(PI); C.P. María Elizabeth García González. Radicación No. 76001-23-33-004-2016-01478-01(PI).

<sup>39</sup> Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Primera. Sentencia del 27 de octubre de 2017. C.P. Oswaldo Giraldo López. Radicación No. 25000-23-42-000-2015-06456-01(PI).

de 2017<sup>40</sup>, 1º de febrero de 2018<sup>41</sup>, 26 de abril de 2018<sup>42</sup>, 10 de mayo de 2018<sup>43</sup>, 24 de mayo de 2018<sup>44</sup>, 8 de junio de 2018<sup>45</sup>, 4 de octubre de 2018<sup>46</sup>, 3 de mayo de 2019<sup>47</sup>, 16 de mayo de 2019<sup>48</sup>, 13 de junio de 2019<sup>49</sup>, 19 de septiembre de 2019<sup>50</sup>, 30 de septiembre de 2021<sup>51</sup> y 25 de noviembre de 2021<sup>52</sup>.

#### IV. CASO CONCRETO.

##### 1. Medios de prueba relevantes.

A continuación, se relacionan los diferentes elementos materiales probatorios que obran en el proceso y que resultan relevantes para resolver el problema jurídico planteado:

##### 1.1. Certificado de existencia y representación legal de la Asociación de Afiliados del Acueducto Rural Salibarba de Tabio, del 26 de noviembre del 2019 (pág. 12 – 18, archivo digital 001):

CERTIFICADO DE EXISTENCIA Y REPRESENTACIÓN LEGAL DE LA ENTIDAD SIN  
ÁNIMO DE LUCRO : ASOCIACION DE AFILIADOS DEL ACUEDUCTO RURAL SALIBARBA

Inscripción No: S0000842 del 15 de noviembre de 1996  
N.I.T. : 832001433-9  
Tipo Entidad: Democráticas, Participativas, Cívicas Y Comunitarias  
Domicilio : Tabio (Cundinamarca)

El suscrito secretario de la Cámara de Comercio de Bogotá, en el  
ejercicio de la facultad conferida por los artículos 43 y 144 del  
Decreto número 2150 de 1995.

CERTIFICA:

Renovación de la inscripción: 27 de marzo de 2019  
Último Año Renovado: 2019  
Activo Total: \$ 602,047,744  
Patrimonio: \$ 576,798,183

(...)

<sup>40</sup> Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Primera. Sentencia del 10 de noviembre de 2017. C.P. Oswaldo Giraldo López. Radicación No. 66001-23-33-002-2016-00055-01(PI).

<sup>41</sup> Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Primera. Sentencia del 1º de febrero de 2018. C.P. Oswaldo Giraldo López. Radicación No. 66001-23-33-000-2017-00089-01(PI).

<sup>42</sup> Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Primera. Sentencia del 26 de abril de 2018. C.P. Hernando Sánchez Sánchez. Radicación No. 13001-23-33-000-2017-00277-01(PI).

<sup>43</sup> Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Primera. Sentencia del 10 de mayo de 2018. C.P. Roberto Augusto Serrato Valdés. Radicación No. 17001-23-33-000-2016-00473-01(PI).

<sup>44</sup> Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Primera. Sentencia del 24 de mayo de 2018. C.P. Roberto Augusto Serrato Valdés. Radicación No. 70001-23-33-000-2016-00274-01(PI).

<sup>45</sup> Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Primera. Sentencia del 8 de junio de 2018. C.P. Oswaldo Giraldo López. Radicación No. 66001-23-33-000-2016-00080-01(PI).

<sup>46</sup> Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Primera. Sentencia del 4 de octubre de 2018. C.P. Hernando Sánchez Sánchez. Radicación No. 81001-23-39-000-2017-00118-01(PI).

<sup>47</sup> Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Primera. Sentencia del 3 de mayo de 2019. C.P. Hernando Sánchez Sánchez. Radicación No. 76001-23-33-000-2018-00572-01(PI).

<sup>48</sup> Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Primera. Sentencia del 16 de mayo de 2019. C.P. Nubia Margoth Peña Garzón. Radicación No. 81001-23-39-000-2016-00056-01(PI).

<sup>49</sup> Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Primera. Sentencia del 13 de junio de 2019. C.P. Oswaldo Giraldo López. Radicación No. 05001-23-33-000-2018-00666-01(PI).

<sup>50</sup> Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Primera. Sentencia del 19 de septiembre de 2019. C.P. Roberto Augusto Serrato Valdés. Radicación No. 13001-23-33-000-2018-00738-01(PI).

<sup>51</sup> Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Primera. Sentencia del 30 de septiembre de 2021. C.P. Nubia Margoth Peña Garzón. Radicación No. 05001-23-33-000-2019-02158-01(PI).

<sup>52</sup> Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Primera. Sentencia del 25 de noviembre de 2021. C.P. Roberto Augusto Serrato Valdés. Radicación No. 05001-23-33-000-2021-00618-01(PI).

CERTIFICA:

Objeto: Los objetivos sociales de SALIBARBA son de manera general, los siguientes: 1) Dotar de agua potable a cada una de las viviendas que cubre el sistema de acueducto, acorde a la capacidad productora de los nacedores asegurando que el uso del agua sea racional y exclusivo para consumo humano y uso doméstico, asumiendo la administración, operación, y mantenimiento de estos servicios a través del administrador o de quien disponga la asamblea general. 2) Promover la defensa y protección de los recursos de agua y de las cuencas hidrográficas a través de la activa participación y educación de los afiliados. 3) Gestionar ante los diferentes organismos, entidades oficiales o privadas, con objetivos sociales de desarrollo comunitario, todo lo relacionado con estudios, diseños, construcciones, reformas, ampliaciones y mejoras del sistema del acueducto y alcantarillado rural. De igual manera solicitar y tramitar créditos y recursos financieros para las obras programadas y velar porque se preste un servicio eficaz y oportuno. 4) Solicitar y gestionar los recursos y apoyo requeridos para la eficaz prestación del servicio ante las entidades territoriales correspondientes. 5) Motivar, educar y comprometer a los afiliados en el cuidado, conservación y buen uso del agua para buscar soluciones a los problemas del medio ambiente. 6) Adoptar las políticas y procedimientos que establezcan las autoridades sanitarias y los organismos encargados del saneamiento básico, dotación de agua potable y adecuación de aguas servidas. 7) Promover campañas de reforestación para conservar y manejar adecuadamente el recurso hídrico. 8) Velar por el adecuado funcionamiento del acueducto tanto a nivel domiciliario como a nivel de su red de distribución, así como a sus fuentes de abastecimientos. 9) Promover y estimular la creación de grupos permanentes de activistas ecológicos sobre todo entre los jóvenes y afiliados para proteger el recurso hídrico y las cuencas hidrográficas. 10) Organizar, convocar y educar a los afiliados para que tomen conciencia de sus deberes, y derechos, a través de una activa participación en la administración y fiscalización de la prestación del servicio, para satisfacer las necesidades del mejoramiento del acueducto. 11) Capacitar a los afiliados para participar activamente promoviendo campañas de preservación y cuidado de las aguas, mediante la reforestación con árboles de especies nativas, para mantener el recurso hídrico. 12) Los demás objetivos que se consideren útiles y necesarios para el cumplimiento de sus actividades. Parágrafo primero: En desarrollo de sus objetivos la asociación puede pertenecer a asociaciones, agremiaciones o entidades de asociaciones de acueductos rurales a nivel municipal, departamental y lo nacional. Parágrafo segundo: En desarrollo de sus objetivos la asociación podrá celebrar convenios de cooperación técnica o soporte administrativo con entes públicos o privados, empresas prestadoras de servicios públicos domiciliarios de agua y de saneamiento básico.

CERTIFICA:

Actividad Principal:  
3600 (Captación, Tratamiento Y Distribución De Agua)

(...)

CERTIFICA:

\*\* REVISORIA FISCAL \*\*

Que por Acta no. sin num de Asamblea General del 10 de marzo de 2019, inscrita el 24 de julio de 2019 bajo el número 00320483 del libro I de las entidades sin ánimo de lucro, fue (ron) nombrado (s):

Nombre  
REVISOR FISCAL  
GARCIA CORREA HENRY

Identificación  
C.C. 000000011235556

- 1.2. Certificado de existencia y representación legal de la Asociación de Afiliados del Acueducto Rural Salibarba de Tabio, del 8 de julio del 2020, en el que consta la misma información del certificado de existencia y representación legal expedido el 26 de noviembre de 2019 (pág. 210 – 225, archivo digital 001).

**1.3. Estatutos de la Asociación de Afiliados del Acueducto Rural Salibarba (archivo digital 10):**

ARTÍCULO 1°. CONSTITUCIÓN: La Asociación de Afiliados del Acueducto Rural de las Veredas Salitre y Centro Santa Bárbara del municipio de Tabio Cundinamarca, fue constituida mediante escritura pública (...) inscrita en la Cámara de Comercio de Bogotá (...) bajo el número (...) del libro I de las entidades sin ánimo de lucro (...) la cual está conformada por los afiliados, ya sean personas naturales mayores de 18 años o jurídicas que utilicen este servicio de acueducto.

(...) ARTÍCULO 3°. NATURALEZA: La Asociación "Salibarba" es una persona jurídica que actúa como entidad autónoma de carácter privado y sin ánimo de lucro.

(...) ARTÍCULO 6°. RADIO DE ACCIÓN: Para todos los efectos legales, el territorio de la Asociación será dentro del municipio de Tabio, departamento de Cundinamarca, determinado por la extensión de las tuberías de captación, conducción y distribución en las localidades y desarrollará sus actividades, en todo el terreno ocupado por la extensión de dichas tuberías, lo mismo que el edificio de la sede administrativa, la bocatoma, el tanque desarenador, la caseta de filtración y cloración; la extensión se especifica en el plano que se actualizará periódicamente.

ARTÍCULO 7°. DEFINICIÓN: La Asociación de Afiliados del Acueducto Rural Salibarba de Tabio, Cundinamarca, es una entidad sin ánimo de lucro en la que los excedentes que se obtuvieren en el desarrollo de sus operaciones no son objeto de distribución entre sus afiliados. La asociación de afiliados es una entidad autónoma y de carácter privado. Los recursos que sus miembros entreguen a la Asociación no se consideran aportes de capital sino contribuciones de sostenimiento de la persona jurídico y, en ningún caso, son reembolsables ni transferibles.

(...) ARTÍCULO 9°. OBJETIVOS: Los objetivos sociales de Salibarba son de manera general, los siguientes:

- 1) Dotar de agua potable a cada una de las viviendas que cubre el sistema de acueducto, acorde a la capacidad productora de los nacederos asegurando que el uso del agua sea racional y exclusivo para consumo humano y uso doméstico, asumiendo la administración, operación y mantenimiento de estos servicios a través del administrados o de quien disponga la Asamblea General.
- 2) Promover la defensa y protección de los recursos de agua y de las cuencas hidrográficas a través de la activa participación y educación de los afiliados,
- 3) Gestionar ante los diferentes organismos, entidades oficiales o privadas, con objetivos sociales de desarrollo comunitario, todo lo relacionado con estudios, diseños, construcciones, reformas, ampliaciones y mejoras del sistema del acueducto y alcantarillado rural. De igual manera solicitar y tramitar créditos y recursos financieros para las obras programadas y velar porque se preste un servicio eficaz y oportuno.
- 4) Solicitar y gestionar los recursos y apoyo requeridos para la eficaz prestación del servicio ante las entidades territoriales correspondientes.
- 5) Motivar, educar y comprometer a los afiliados en el cuidado, conservación y bien uso del agua para buscar soluciones a los problemas del medio ambiente.
- 6) Adoptar las políticas y procedimiento que establezcan las autoridades sanitarias y

los organismos encargados del saneamiento básico, dotación de agua potable y adecuación de aguas servidas.

- 7) Promover campañas de reforestación para conservar y manejar adecuadamente el recurso hídrico.
- 8) Velar por el adecuado funcionamiento del acueducto tanto a nivel domiciliario como a nivel de su red de distribución, así como a sus fuentes de abastecimientos.
- 9) Promover y estimular la creación de grupos permanentes de activistas ecológicos sobre todo entre los jóvenes y afiliados para proteger el recurso hídrico y las cuencas hidrográficas.
- 10) Organizar, convocar y educar a los afiliados para que tomen conciencia de sus deberes y derechos, a través de una activa participación en la administración y fiscalización de la prestación del servicio, para satisfacer las necesidades del mejoramiento del acueducto.
- 11) Capacitar a los afiliados para participar activamente promoviendo campañas de preservación y cuidado de las aguas, mediante la reforestación con árboles de especies nativas, para mantener el recurso hídrico.
- 12) Los demás objetivos que se consideren útiles y necesarios para el cumplimiento de sus actividades.

PARÁGRAFO PRIMERO: En desarrollo de sus objetivos la Asociación puede pertenecer a Asociaciones, Agremiaciones o entidades de Asociaciones de Acueductos rurales a nivel municipal, departamental y/o nacional.

PARÁGRAFO SEGUNDO: En desarrollo de sus objetivos la Asociación podrá celebrar convenios de cooperación técnica o soporte administrativo con entes públicos o privados, empresas prestadoras de servicios públicos domiciliarios de agua y de saneamiento básico.

(...) ARTÍCULO 76º. El servicio domiciliario de acueducto se clasifica como de uso exclusivamente doméstico y será cobrado de conformidad con la estructura tarifaria determinada por la Junta Directiva.

ARTÍCULO 77º. La estructura tarifaria debe cubrir los costos del sistema, la cual comprenderá los gastos de operación, mantenimiento, administración, depreciación de las instalaciones, intereses y amortización del monto reembolsable a las entidades crediticias.

(...) ARTÍCULO 106º. La administración expedirá mensualmente las cuentas de cobro o facturas a cada afiliado. (...)

ARTÍCULO 112º. La tarifa básica estará destinada exclusivamente a atender los gastos de operación, mantenimiento, administración, servicios técnicos, reservas legales, depreciación y servicio de la deuda por préstamos gubernamentales o créditos. Estos costos serán prorrateados entre la totalidad de los afiliados por partes iguales, el cargo fijo reflejará los costos económicos involucrados en garantizar la disponibilidad permanente del servicio para el afiliado.

**1.4.** Certificado Registro Único de Prestadores de Servicios Públicos – RUPS del 28 de abril del 2020 (pág. 204 – 205, archivo digital 001):



**Sistema Único de Información  
 de Servicios Públicos SUI**  
 República de Colombia

RUPS - Registro Único de Prestadores de Servicios  
 Públicos  
 Nro. Certificación 20201820758378925  
 Fecha de certificación 28/04/2020

<b>Datos Básicos</b>			
Razón Social: ASOCIACION DE AFILIADOS DEL ACUEDUCTO RURAL SALIBARBA			
Sigla: SALIBARBA	Nit: 832001433 - 9	Fecha de Constitución: 23/05/1996	
Fecha de Inicio de Operaciones: 23/07/1996	Estado del Prestador: OPERATIVA	Fecha de Inicio de Nuevo Estado:	
<b>Representante Legal</b>			
<i>Principal</i>			
Primer Apellido: ROJAS	Segundo Apellido: PASCUAS	Nombres: GUILLERMO	
Identificación: CEDULA DE CIUDADANIA: 396516	Cargo que ocupa: PRESIDENTE	Fecha de Posesión: 15/03/2015	
Correo Electrónico: asociacionsalibarba@gmail.com			
<i>Suplentes</i>			
Primer Apellido	Segundo Apellido	Nombres	Identificación
<b>Domicilio del Prestador</b>			
<i>Dirección Principal</i>			
Departamento: CUNDINAMARCA	Municipio: TABIO	Centro poblado: EL PENCIL	
Tel Contacto 1: 8647702	Extensión 1:	Tel Móvil: 3112084823	
Tel Contacto 2: 8647702	Extensión 2:	Fax:	
Correo Electrónico: asociacionsalibarba@gmail.com			
<i>Dirección de Notificación</i>			
Departamento: CUNDINAMARCA	Municipio: TABIO	Centro poblado: EL PENCIL	
Dirección: VEREDA SALITRE BAJO			
<b>Naturaleza Jurídica</b>			
Tipo de Prestador: ORGANIZACION AUTORIZADA			
Fecha de Naturaleza: 23/07/1996			
Clase: PRIVADA	Orden: PRESTADOR EN AREA RURAL	Tipo de persona jurídica: ASOCIACION DE USUARIOS	
<b>Servicios y Actividades</b>			
Servicio: ACUEDUCTO		Número de Suscriptores: MENOR O IGUAL A 2500 USUARIOS	

- 1.5. Acta asamblea afiliados Acueducto Salibarba del 15 de marzo de 2015, en la que se resolvió elegir como revisor fiscal al señor Henry García Correa, identificado con cédula de ciudadanía 11235556 (pág. 192 – 195, archivo digital 001).
- 1.6. Acta asamblea afiliados Acueducto Salibarba del 26 de marzo de 2017, en la que se resolvió elegir como revisor fiscal al señor Henry García Correa, identificado con cédula de ciudadanía 11235556 (pág. 196 – 199, archivo digital 001).
- 1.7. Acta asamblea afiliados Acueducto Salibarba del 10 de marzo de 2019, en la que se resolvió elegir como revisor fiscal al señor Henry García Correa, identificado con cédula de ciudadanía 11235556 (pág. 201 – 203, archivo digital 001).
- 1.8. Certificado emitido por el representante legal de la Asociación de Afiliados del



Acueducto Salibarba el 9 de marzo de 2021, en el que consta que desde el mes de marzo de 2011 el señor Henry García Correa ha sido elegido como revisor fiscal para periodos de 2 años y que a la fecha se desempeñaba como revisor fiscal, dado que en asamblea del 7 de marzo de 2021 había sido reelegido para el periodo 2021-2023 (pág. 207, archivo digital 001).

- 1.9.** Certificado de honorarios devengados por Henry García Correa en el acueducto Salibarba de Tabio del 9 de marzo del 2021, en el que se evidencia que ha recibido honorarios desde el año 2011 de manera ininterrumpida (pág. 208, archivo digital 001).
- 1.10.** Formato E-27 Registraduría Nacional del Estado Civil del 12 de noviembre del 2019, en el que los miembros de la Comisión Escrutadora General declaran que el señor Henry García Correa, identificado con cédula 11235556 fue elegido como concejal para el municipio de Tabio, Cundinamarca para el periodo 2020-2023 (pág. 19, archivo digital 001).
- 1.11.** Acta N° 001 del primero (1º) de enero del 2020, Concejo Municipal de Tabio, mediante la cual se posesionó el señor Henry García Correa como concejal de dicho municipio (pág. 21 – 23, archivo digital 001).
- 1.12.** Certificado emitido por el presidente del Concejo Municipal de Tabio, Cundinamarca, el 25 de junio de 2020, en el que consta que el señor Henry García Correa fue nombrado como concejal de dicho municipio para el periodo 2016-2019 y que para la fecha de expedición de la certificación se desempeña como concejal para el periodo 2020-2023 (pág. 24, archivo digital 001).
- 1.13.** Certificado emitido por el primer vicepresidente del Concejo Municipal de Tabio el 11 de marzo de 2021, en el que consta que el concejal Henry García Correa participó en las sesiones del 12 y 15 de mayo, 4 de agosto y 13 y 19 de octubre de 2020, relacionadas con la prestación del servicio público de acueducto. Asimismo, se asegura que el concejal asistió, entre otras, a capacitación sobre régimen de inhabilidades e incompatibilidades en el año 2018 (pág. 27 – 28, archivo digital 001).

## **2. Análisis probatorio.**

Descendiendo al caso en concreto, se recuerda que para efectos de decretar la pérdida de investidura por violación del régimen de incompatibilidades, deben confluir los elementos objetivos y subjetivos establecidos en la norma (Ley 136 de 1994 y 617 de 2000) y desarrollados por la jurisprudencia tanto de la Corte Constitucional como del Consejo de Estado.

### **2.1. Elementos objetivos.**

A continuación se analiza cada uno de los elementos que debió acreditarse para decretar la pérdida de investidura en cuestión. En cuanto a los elementos objetivos, tal y como lo estableció el Consejo de Estado<sup>53</sup>, del contenido del numeral 5º del artículo 45 de la Ley 136

---

<sup>53</sup> Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Primera. Sentencia del 12 de octubre de 2017. C.P. Oswaldo Giraldo López. Radicación No. 68001-23-33-000-2016-01393-01(PI).

de 1994, para la configuración de la incompatibilidad se requiere la presencia de los siguientes:

### **2.1.1. La prueba de la condición de concejal en cabeza del demandado.**

En relación con el primer elemento, esto es, la prueba de la condición de concejal, la misma fue acreditada mediante el formato E-27 Registraduría Nacional del Estado Civil emitido el 12 de noviembre del 2019, en el que los miembros de la Comisión Escrutadora General declararon que el señor Henry García Correa, identificado con cédula de ciudadanía No. 11.235.556 fue elegido como concejal para el municipio de Tabio (C) para el periodo 2020-2023 (1.10).

Asimismo, obra en el expediente Acta No. 001 del 1 de enero de 2020, del Concejo Municipal de Tabio, mediante la cual el señor Henry García Correa se posesionó como concejal de dicho municipio (1.11).

También, se encuentra certificado emitido por el presidente del Concejo Municipal de Tabio (C) el 25 de junio de 2020, en el que consta que el señor Henry García Correa fue nombrado como concejal de dicho municipio para el periodo 2016-2019 y que para la fecha de expedición de la certificación se desempeña como concejal para el periodo 2020-2023 (1.12).

Finalmente, se aportó certificado emitido por el primer vicepresidente del Concejo Municipal de Tabio el 11 de marzo de 2021, en el que consta que el concejal Henry García Correa participó en las sesiones del 12 y 15 de mayo, 4 de agosto y 13 y 19 de octubre de 2020, relacionadas con la prestación del servicio público de acueducto, por lo que es claro que continúa desempeñando su cargo como concejal de Tabio en la actualidad (1.13).

### **2.1.2. La demostración de que el demandado, coetáneamente con la condición de concejal que ostenta, tiene la calidad de revisor fiscal en una empresa que presta servicios públicos domiciliarios.**

#### **2.1.2.1. Acreditación como revisor fiscal de la Asociación.**

En relación con el segundo de los elementos para la configuración de la incompatibilidad, está acreditado que el señor Henry García Correa funge como revisor fiscal de la Asociación de Afiliados del Acueducto Rural Salibarba de Tabio desde el año 2011 hasta la actualidad. Ello se evidencia con las siguientes pruebas documentales que obran en el expediente:

- Certificado de existencia y representación legal de la Asociación de Afiliados del Acueducto Rural Salibarba de Tabio, expedido por la Cámara de Comercio el 26 de noviembre del 2019, en la que consta que mediante acta de Asamblea General del 10 de marzo de 2019 se nombró al señor Henry García Correa como revisor fiscal de tal Asociación (1.1).
- Certificado de existencia y representación legal de la Asociación de Afiliados del Acueducto Rural Salibarba de Tabio, expedido por la Cámara de Comercio el 8 de julio del 2020, en la que consta como revisor fiscal de la Asociación el Henry García Correa (1.2).

- Acta de asambleas de afiliados de Acueducto Salibarba realizadas el 15 de marzo de 2015 (1.5), el 26 de marzo de 2017 (1.6) y el 10 de marzo de 2019 (1.7), en las que consta que resolvieron elegir como revisor fiscal al señor Henry García Correa.
- Certificado emitido por el representante legal de la Asociación de Afiliados del Acueducto Salibarba el 9 de marzo de 2021, en el que consta que desde el mes de marzo de 2011 el señor Henry García Correa ha sido elegido como revisor fiscal para periodos de 2 años y que a la fecha se desempeñaba como revisor fiscal, dado que en asamblea del 7 de marzo de 2021 había sido reelegido para el periodo 2021-2023 (1.8).
- Certificado de honorarios devengados por Henry García Correa en el acueducto Salibarba de Tabio del 9 de marzo del 2021, en el que se evidencia que ha recibido honorarios desde el año 2011 de manera ininterrumpida (1.9).

### **2.1.2.2. Acreditación de la Asociación como empresa que presta el servicio público domiciliario de acueducto.**

Asociado a lo anterior, y de acuerdo con el certificado de existencia y representación legal allegado al proceso, se tiene que la Asociación de Afiliados del Acueducto Rural de Salibarba de Tabio (1.1 – 1.2), de la cual el accionado es revisor fiscal desde 2011, se creó como una entidad sin ánimo de lucro desde el 15 de noviembre de 1996 y dentro de su objeto social se encuentra “dotar de agua potable a cada una de las viviendas que cubre el sistema de acueducto, acorde a la capacidad productora de los nacederos asegurando que el uso del agua sea racional y exclusivo para consumo humano y uso doméstico, asumiendo la administración, operación y mantenimiento de estos servicios a través del administrador o de quien disponga la asamblea general”.

En su certificado de existencia y representación legal (1.1 – 1.2) se estableció como actividad principal la captación, tratamiento y distribución de agua.

Por su parte, en los Estatutos de la Asociación de Acueducto Rural Salibarba (1.3) se observa que la Asociación es una “entidad autónoma y de carácter privado”, que tiene como objetivo social “dotar de agua potable a cada una de las viviendas que cubre el sistema de acueducto, acorde a la capacidad productora de los nacederos asegurando que el uso del agua sea racional y exclusivo para consumo humano y uso doméstico, asumiendo la administración, operación y mantenimiento de estos servicios a través del administrados o de quien disponga la Asamblea General”.

En tales Estatutos también se señaló que (1.3) “el servicio domiciliario de acueducto” que se prestaba era “de uso exclusivamente doméstico y sería cobrado de conformidad con la estructura tarifaria determinada por la Junta Directiva”. Y en los artículos 77, 106 y 112 se reguló la estructura tarifaria.

Finalmente, obra en el expediente el Certificado de Registro Único de Prestadores de Servicios Públicos del 28 de abril de 2020, en el que se evidencia que la Asociación de Afiliados del Acueducto Rural Salibarba se encuentra registrada como prestadora del servicio público domiciliario de acueducto en el municipio de Tabio (C) (1.4).

De lo anteriormente expuesto, la Sala colige que, para efectos de la configuración de la incompatibilidad que se le atribuye al demandado, la Asociación de Afiliados del Acueducto

Rural Salibarba puede ser considerada como una organización que presta servicios públicos domiciliarios; tal y como lo ha expuesto el Consejo de Estado, y conforme lo resaltó el apoderado judicial de la demandante, no solo las empresas de servicios públicos pueden prestar esos servicios. También están autorizadas para ello "(...) 15.4. Las organizaciones autorizadas conforme a esta Ley para prestar servicios públicos en municipios menores en zonas rurales y en áreas o zonas urbanas específicas. (...)".

El Decreto 421 de 2000, el cual reglamentó el artículo referenciado, indica en su artículo 1º que "[p]ara los efectos de lo establecido en la Ley 142 de 1994, en cuanto a los servicios públicos de agua potable y saneamiento básico, **podrán prestar dichos servicios en municipios menores, zonas rurales y áreas urbanas específicas, las comunidades organizadas constituidas como personas jurídicas sin ánimo de lucro** (...)", como lo es, precisamente, la Asociación de Afiliados del Acueducto Rural Salibarba, conforme el certificado de existencia y representación legal tantas veces referido.

Así pues, en la medida en que la incompatibilidad hace referencia a empresas que prestan servicios públicos, sin perjuicio de que dicha categoría incluya organizaciones constituidas bajo diferentes formas (como es el caso de las organizaciones autorizadas), y no exclusivamente a empresas de servicios públicos, los argumentos del accionado consistentes en que la Asociación de Afiliados del Acueducto Rural Salibarba no es una empresa de servicios públicos, sino una fundación sin ánimo de lucro que presta un servicio público domiciliario de acueducto, justamente contribuyen para encontrar acreditado que su conducta, de ser concomitantemente revisor fiscal de la Asociación y concejal del Municipio de Tabio (C), se subsume en la causal de incompatibilidad prevista en el numeral 5º del artículo 45 de la Ley 136 de 1994.

Sobre el particular, se insiste en que la incompatibilidad estudiada, conforme lo ha expuesto el Consejo de Estado, "(...) no está restringida o limitada por la naturaleza jurídica y la constitución del tipo de empresa o entidad, sino que comprende en forma general a quienes presten servicios públicos domiciliarios, independientemente de la forma que adopten (...)"<sup>54</sup>.

### **2.1.3. La acreditación de que la prestación de los servicios públicos domiciliarios se realiza en el mismo municipio en el que el demandado ostenta la condición de concejal.**

Igualmente, en el proceso se demostró que la Asociación, de la cual el accionado es revisor fiscal, presta el servicio público domiciliario de acueducto en el municipio de Tabio, como se evidencia a partir de la revisión de las siguientes pruebas:

- Certificado de existencia y representación legal en el que consta que su domicilio es el municipio de Tabio (1.1 – 1.2).
- Estatutos de la Asociación de Acueducto Rural Salibarba (1.3), cuyo artículo 6º reza: "ARTÍCULO 6º. RADIO DE ACCIÓN: Para todos los efectos legales, el territorio de la Asociación será dentro del municipio de Tabio, departamento de Cundinamarca, determinado por la extensión de las tuberías de captación, conducción y distribución en las localidades y desarrollará sus actividades, en todo el terreno ocupado por la

<sup>54</sup> Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Primera. Sentencia del 27 de septiembre de 2007. C.P. Martha Sofía Sanz Tobón. Radicación No. 25000-23-15-000-2006-01754-01(PI).

extensión de dichas tuberías, lo mismo que el edificio de la sede administrativa, la bocatoma, el tanque desarenador, la caseta de filtración y cloración; la extensión se especifica en el plano que se actualizará periódicamente”.

- Certificado Registro Único de Prestadores de Servicios Públicos – RUPS del 28 de abril del 2020, en el que consta que la Asociación presta el servicio público domiciliario de acueducto en el municipio de Tabio, Cundinamarca (1.4).

Así las cosas, concurren los presupuestos para que se configure la causal de incompatibilidad prevista en el numeral 5º del artículo 45 de la Ley 136, endilgada por la parte actora, pues está demostrado en el proceso que el señor Henry García Correa ejerce de manera simultánea el cargo de concejal del Municipio de Tabio (C) con el de revisor fiscal en una organización que presta servicios públicos domiciliarios de acueducto en el mismo municipio, circunstancia que, por demás, fue aceptada por el demandado.

En efecto, la causal de incompatibilidad alegada es clara en señalar que los concejales no podrán ser representantes legales, miembros de juntas o consejos directivos, auditores o revisores fiscales, empleados o contratistas de empresas que presten servicios públicos domiciliarios o de seguridad social en el respectivo municipio, supuesto fáctico que debe entenderse a la luz de los pronunciamientos judiciales previamente explicados.

## **2.2. Elemento subjetivo.**

Ahora bien, en punto al análisis subjetivo, se refiere al conocimiento, la responsabilidad a título de dolo o culpa grave respecto del acto u omisión que se está juzgando.

Debe señalarse que un concejal es responsable por sus actos y decisiones, por acción u omisión. También se precisa que, para efectos del desempeño de un cargo o función por elección popular, las exigencias son superiores, toda vez que lo que está en juego, por una parte, es la confianza de sus electores, así como la legitimidad y el respecto a la institución que representa; por tanto, es importante que quienes ocupan cargos de elección tengan claras esas dos básicas y elementales reglas de comportamiento que sustentan el estado democrático de derecho, de ahí la exigencia, inicialmente moral, de que su comportamiento sea ejemplar y, en el ámbito de lo jurídico, que sus decisiones se ajusten a derecho.

Así, lo mínimo que se espera de un candidato o de quien se desempeña como concejal es que sea sumamente responsable con aquellas decisiones que exigen de su parte un altísimo cuidado y una debida diligencia, como si de un ciudadano ejemplar se tratara. Para el caso en concreto, sería el conocimiento de la ley para el cumplimiento de sus deberes y las prohibiciones legales tanto para acceder a dicha representación como para su desempeño.

Ahora bien, en el caso que nos ocupa, el demandado no puede excusarse del cumplimiento de las disposiciones legales que contemplan el régimen de incompatibilidades, previsto para los concejales, alegando su desconocimiento, en la medida en que, conforme lo establece el artículo 9º del Código Civil, la ignorancia de la ley no excusa su cumplimiento y, adicionalmente, en el plenario no se encuentra prueba de que el demandado hubiere obrado con diligencia solicitando, a manera de ejemplo, conceptos en relación con su situación personal y el alcance del régimen de incompatibilidades que le era aplicable.

Por el contrario, en la contestación de la demanda el accionado reconoció que conocía de la norma que establecía la alegada incompatibilidad, pero aseguró que no consideró estar incurso en ella, porque, a su juicio, la referida Asociación no es una empresa de servicios públicos domiciliarios, sino una entidad sin ánimo de lucro.

Entonces, es obligatorio recordar, y hacer especial énfasis en que, desde el año 2006 hay una línea consolidada tanto del Consejo de Estado como de la Corte Constitucional, en el sentido de establecer que lo que determina la existencia de la causal de incompatibilidad no es la forma asociativa del ente prestador del servicio, sino la actividad material de la prestación, unido a otros elementos de orden normativo que ya fueron expuestos.

Así, quedó demostrado que, teniendo un deber de diligencia ordinaria que atender en el marco de sus funciones -las que debía saber-, evidentemente no lo satisfizo con el cuidado mediano que las personas emplean normalmente en sus negocios propios, como parámetro de conducta, incurriendo en un descuido que tornó en negligente su proceder, es decir, que lo hizo actuar con culpa grave, que fue objeto de verificación en el análisis subjetivo de esta causal de pérdida de investidura.

En criterio de la Sala, al señor Henry García Correa como concejal del Municipio de Tabio (C), le era exigible una conducta diligente y cuidadosa en relación con los requisitos normativos mínimos para el desempeño de sus funciones, como era el haber consultado las normas tanto legales como constitucionales relativas al régimen de incompatibilidades, asimismo averiguar el estado actual de la jurisprudencia del Consejo de Estado respecto del ejercicio simultáneo de concejal y revisor fiscal de empresas que presten servicios públicos domiciliarios en el respectivo municipio.

Este básico y elemental comportamiento al que estaba obligado, y que pudo observar de manera directa o a través de alguna otra gestión que le permitiera conocer no solo las normas que rigen la materia sino su interpretación y desarrollo jurisprudencial, le habría permitido percatarse de la existencia de una línea jurisprudencial consolidada del Consejo de Estado sobre la materia y, particularmente, de la prohibición relacionada con el ejercicio simultáneo de revisor fiscal de una entidad que presta el servicio público domiciliario y de concejal del municipio de Tabio.

### **2.3. Conclusión.**

Así las cosas, al estar configurados los elementos objetivos y subjetivos en el estudio de la causal de pérdida investidura de concejal prevista en el numeral 5º del artículo 45 de la Ley 136 de 1994, la Sala procederá a decretar la pérdida de investidura del concejal Henry García Correa.

En mérito de lo expuesto, la Sala Plena del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

### **FALLA**

**PRIMERO: DECRETAR** la pérdida de investidura del señor Henry García Correa, electo como concejal del municipio de Tabio para el periodo electoral 2020-2023, de acuerdo con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

**SEGUNDO: NOTIFICAR** esta decisión a las partes y al Ministerio Público, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 203 del CPACA.

**TERCERO:** Ejecutoriada esta providencia, y cumplidos los trámites secretariales de rigor, **ARCHIVAR** el expediente.

**CÓPIESE, NOTIFÍQUESE, CÚMPLASE,**

**JOSÉ ÉLVER MUÑOZ BARRERA**

Magistrado Ponente

**MOISÉS RODRIGO MAZABEL PINZÓN**

Presidente Tribunal

CONSTANCIA: La presente providencia fue firmada electrónicamente por los magistrados en la plataforma denominada SAMAI. En consecuencia, se garantiza la autenticidad, integridad, conservación y posterior consulta, de conformidad con el artículo 186 del CPACA.