

PERDIDA DE LA INVESTIDURA DE CONCEJAL - Causales taxativas / PERDIDA DE INVESTIDURA DE CONCEJAL - Elección de personero / CONFLICTO DE INTERESES - Pérdida de investidura de concejal. Inexistencia / ELECCION DE PERSONERO - Pérdida de investidura de concejal. Improcedencia

La Sala precisa, como lo señaló el Tribunal, que al tenor del artículo 43 de la Ley 136 modificado por el artículo 40 de la Ley 617 de 2000, entre las causales taxativas de inhabilidad que llevan a la pérdida de investidura no se encuentra el hecho de que los concejales participen en una elección y quede elegido un pariente suyo en tal grado de afinidad, en este caso concreto el elegido fue el personero municipal, pariente en segundo grado de afinidad con la demandada. La Sección considera que es palmario el error en que incurrió el fallo apelado al concluir que se incurrió en conflicto de interés, porque la ley no prohíbe que sean designados funcionarios en el respectivo municipio los parientes en segundo grado de afinidad del concejal, sino por el contrario, lo permite. Debe la Sala aclarar que la norma se aplica en todos los municipios independientemente de su categoría, lo cual se deduce del pronunciamiento de la Corte Constitucional. Por el sólo hecho de que la demandada haya participado en la elección del personero municipal, mal puede endilgársele un conflicto de intereses porque como bien lo expresa el Procurador Delegado se estaría desconociendo el derecho fundamental a elegir y ser elegido y se estaría extendiendo la causal de conflicto de interés a una situación que no está prohibida. Entonces armonizando las normas aplicables y los hechos encuentra la Sala que la conducta del demandado no está enmarcada dentro del conflicto de interés como causal de pérdida de la investidura, por lo tanto se procederá a revocar el fallo apelado y en su lugar se denegarán las súplicas de la demanda.

NOTA DE RELATORIA: Corte Constitucional mediante Sentencia C-903 de 2008
Corte Constitucional en sentencia C-595 de 1996, M.P. Dr Jorge Arango Mejía.

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCION PRIMERA

Consejera ponente: MARTHA SOFIA SANZ TOBON

Bogotá, D.C., veintinueve (29) de enero de dos mil nueve (2009)

Radicación número: 05001-23-31-000-2008-00643-01(PI)

Actor: GERMAN DARIO NARANJO HURTADO Y OTROS

Demandado: CLAUDIA MABEL VELASQUEZ ZAPATA

Referencia: APELACION SENTENCIA. PERDIDA DE INVESTIDURA DE CONCEJAL

Procede la Sala a decidir el recurso de apelación interpuesto por la concejal demandada, contra la sentencia de fecha 19 de junio de 2008, proferida por el Tribunal Administrativo de Antioquia, por medio de la cual se decretó la pérdida de investidura de la señora Claudia Mabel Velásquez Zapata, como concejal del municipio de San Pedro de los Milagros.

ANTECEDENTES

El actor, el tipo de acción y las pretensiones de la demanda.

El señor Germán Darío Naranjo Hurtado y otros, en ejercicio de la acción contemplada en la Ley 617 de 2000, por medio de apoderado, solicitaron al Tribunal Administrativo de Antioquia, decretar la pérdida de la investidura de Concejal del municipio de San Pedro de los Milagros -Antioquia, a la señora Claudia Mabel Velásquez Zapata.

Los hechos de la demanda

Los actores relataron que el Concejo Municipal de San Pedro de los Milagros, se encuentra conformado por 13 miembros, uno de los cuales es la concejal demandada.

Señalan que la concejal es hermana de Emperatriz Velásquez Zapata, quien es empleada municipal y madre de la menor Laura Gutiérrez Velásquez, cuyo padre, el señor José Alonso Gutiérrez Martínez fue elegido personero municipal el 8 de enero de 2008, al obtener 7 votos a favor; que los otros 6 votos se depositaron por otra candidata, lo cual demuestra que ningún candidato se declaró impedido, pues finalmente se depositaron 13 votos.

Sostienen que como la concejal demandada no se declaró impedida, incurrió en la causal prevista en el numeral 1° del artículo 48 de la Ley 617 de 2000, por existir un vínculo de parentesco entre ésta y el personero que es el padre de su sobrina.

Califican como gravísima la conducta pues la demandada antes y después de la elección manifestó que su voto era por el personero que finalmente fue electo, por lo cual incurrió en la conducta descrita en el numeral 17 del artículo 48 de la Ley 734 de 2002, en tanto se encontró encurso en conflicto de intereses, circunstancia también regulada por el artículo 48 de la Ley 136 de 1994.

Contestación de la demanda

Mediante apoderado, la demandada contestó la demanda. Manifestó que si bien es cierto que su sobrina es hija del personero, dicha circunstancia no constituye impedimento alguno para participar en la sesión en la cual se le eligió para el cargo, porque éste no tiene vínculo matrimonial con su hermana, ni tampoco han convivido en unión permanente.

Señaló que además no se ha probado que votó por el personero elegido porque el voto es secreto y que en todo caso la elección fue el resultado de la aplicación de la circular conjunta N° 003 del 23 de noviembre de 2007 dictada por el Procurador General de la Nación y por el Contralor General de la República, por lo cual se aplicó un procedimiento que privilegiaba la meritocracia y el elegido resultó triunfante entre 7 aspirantes.

Audiencia Pública

El 30 de mayo de 2008 se llevó a cabo la Audiencia Pública consagrada en el artículo 10 de la Ley 144 de 1994; se hicieron presentes los miembros del Tribunal Administrativo de Antioquia, la señora representante del Ministerio Público, el apoderado de los demandantes y el apoderado de la concejal demandada.

El apoderado de la parte demandante insiste en que se violó el régimen de inhabilidades e incompatibilidades dado que la concejal votó a favor del padre de su sobrina; que ni la concejal ni el personero se declararon impedidos tal y como consta en el oficio CM-057-1 del 4 de abril de 2008 suscrita por la Secretaría del Concejo Municipal. Reitera la solicitud de pérdida de investidura, invocando los hechos de la demanda porque considera que la violación al régimen de inhabilidades e incompatibilidades es palmaria.

El señor Agente del Ministerio Público manifestó que se deben denegar las pretensiones de la demanda, puesto que el régimen de inhabilidades e incompatibilidades siempre ha sido estrictamente constitucional y/o legal, esto es, que no pueden considerarse extensiones, analogías y similares en las causales de pérdida de investidura; que la Ley 1148 de 2007, modificatoria del artículo 49 de la Ley 617 de 1998, señala los grados de parentesco de afinidad, consanguinidad y

civil que comprende la inhabilidad y que en este sentido la demandada no tiene relación de parentesco con el personero electo, pues los lazos de sangre son con su sobrina; que además la Corporación se guió en el proceso de votación del personero por la circular expedida por el Procurador General de la Nación y no hay constancia de que el voto de la concejal hubiera sido a favor del personero elegido.

El apoderado de la parte demandada insistió en que acató plenamente la circular conjunta emitida por el Procurador General de la Nación y el Contralor General de la República, en que la votación fue de carácter secreto y por tanto no se conoce por quien votó la concejal y en que el régimen de inhabilidades e incompatibilidades es taxativo.

FALLO DE PRIMERA INSTANCIA

El a quo decretó la pérdida de investidura de la concejal demandada por violación al régimen de conflicto de interés porque consideró que la concejal debió declararse impedida para participar en los debates y en las votaciones respectivas en las que se trató el tema de la elección del personero municipal, porque la decisión que debía tomar afectaba de alguna manera a un parente de sangre con el que se encontraba unida en el tercer orden de consanguinidad, por una parte, en tanto, por la otra, también se presentaba una situación conflictiva con el candidato a la personería con quien tenía vínculo de parentesco en el segundo grado de afinidad.

Añadió que la concejal faltó a su deber de poner en conocimiento de la Corporación dichas situaciones conflictivas y por el contrario participó en el estudio de las hojas de vida y en las entrevistas que se hicieron a los candidatos; que precisamente por lo anterior el inciso segundo del artículo 70 de la Ley 136 de 1994 establece que los concejos municipales llevarán un registro de intereses privados en el cual los concejales deben llevar una relación de su actividad económica privada.

Señaló que, contrario a lo que manifiesta la parte actora, no se configura pérdida de investidura por inhabilidad de la concejal para elegir personero, pues ésta se predica, al tenor de lo dispuesto por el artículo 174 de la Ley 136 de 1994, de éste último en cuanto no puede ser elegido para el cargo si tiene parentesco con algún

concejal del mismo municipio.

Aclaró que la observancia de las instrucciones que impartieron el Procurador General de la Nación y el Contralor General de la República no es el tema en debate, sino si la concejal incurrió en causal de pérdida de investidura.

RECURSO DE APELACIÓN

La concejal demandada inconforme con la decisión de primera instancia, la impugnó con las siguientes explicaciones:

Manifiesta que los argumentos de la sentencia recurrida no atienden la realidad jurídica del debate, porque si no existe inhabilidad para elegir personero, no es posible que exista conflicto de intereses en la elección en la que ella participó, al tenor de lo establecido en los artículos 126 y 292 de la Constitución Política.

Advierte que el artículo 1º de la Ley 1148 de 2007, acorde con el artículo 292 de la Constitución Política redujo el régimen de prohibiciones para los servidores públicos, razón por la cual no existe impedimento constitucional ni legal que permita materializar la causal de pérdida de investidura.

Señala que de conformidad con el artículo 47 del Código Civil no está demostrado el presupuesto para establecer la afinidad que supuestamente tiene con el personero y que según consta en la declaración de la señora Emperatriz Velásquez Zapata madre de su sobrina no existe vínculo matrimonial ni ha hecho vida marital ni tuvo unión permanente con el personero municipal.

Argumenta que además no es de recibo que a la luz del artículo 292 de la Constitución Política sea posible que participe en un proceso de elección y coetáneamente en aplicación de una norma de inferior jerarquía, como es el artículo 70 de la Ley 136 de 1994 se le endilgue un conflicto de intereses, cuando además de conformidad con una norma posterior, artículo 1º parágrafo 3º de la Ley 1148 de 2007, por tratarse de un municipio de sexta categoría, la prohibición vigente no alcanza a viciar el proceso de elección que se surtió.

Que la decisión apelada desconoció en forma tajante y total la excepción que contempló el artículo 126 de la Constitución Política que dispone que los servidores públicos no podrán nombrar como empleados a personas con las

cuales tengan parentesco hasta el cuarto grado de consanguinidad, segundo de afinidad o primero civil excepto los que se hagan en aplicación de las normas vigentes sobre ingreso o ascenso por mérito, dado que el concejo municipal de San Pedro de los Milagros observó en su totalidad la circular conjunta N° 003 del 23 de noviembre de 2007 de tal manera que resultó electo el aspirante de mayores calidades académicas y de experiencia acorde con un proceso de acceso al servicio por méritos y no fruto de una decisión política.

Sostiene que al no haber consagrado el legislador la prohibición de elegir a un parente dentro del segundo grado de afinidad, como causal de pérdida de investidura para los concejales intervenientes en calidad de nominadores, ineludiblemente debe concluirse que no puede hacerse extensivo un conflicto de intereses; que las prohibiciones no constituyen causal de pérdida de investidura para los concejales y mucho menos hacen parte del régimen de inhabilidades.

Señala que el Consejo de Estado mediante sentencia del 16 de marzo de 2006, exp. 2005 00724 con ponencia del Dr Gabriel Eduardo Mendoza Martelo, en un proceso de similar naturaleza, precisó que no existía inhabilidad para que un concejal de un municipio interviniere en la elección de un personero.

ALEGATO DEL PROCURADOR

El Procurador Primero Delegado ante el Consejo de Estado manifiesta que los argumentos de la apelante están llamados a prosperar y en consecuencia solicita que se revoque la sentencia recurrida y en su lugar se deniegue la solicitud de pérdida de investidura de la señora Claudia Mabel Velásquez Zapata, como concejal del municipio de San Pedro de los Milagros.

Precisa que el problema jurídico consiste en dilucidar si la concejal incurrió en causal de pérdida de investidura por violación al régimen de conflicto de intereses consagrado en el artículo 70 de la Ley 136 de 1994 al no haberse declarado impedida para participar en el proceso de elección del personero del municipio, padre de su sobrina.

Menciona que la jurisprudencia del Consejo de Estado ha sostenido que la causal de violación al régimen de conflicto de interés, procede cuando el Concejal no pone de presente su impedimento en un debate o en una votación; que en este caso en virtud de la Ley 1148 de 2007, si bien existe parentesco de afinidad en

segundo grado entre la demandada y el personero elegido, no puede predicarse dicho conflicto por cuanto no se puede extender una causal de pérdida de investidura a una prohibición que el legislador no previó, porque ésta se predica de los parientes en primer grado de afinidad, entre otros.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

A. Competencia.

De conformidad con el parágrafo 2º del artículo 48 de la Ley 617 de 2000 y el artículo 1, numeral 5º del Acuerdo 55 del 5 de agosto de 2003, por medio del cual se modifica el Reglamento del Consejo de Estado, expedido por la Sala Plena del Consejo de Estado, corresponde a esta Sala decidir la apelación interpuesta contra el fallo que decretó la pérdida de investidura.

Pretende la demandada que se revoque la sentencia que decretó la pérdida de su investidura como concejal del municipio de San Pedro de los Milagros –Antioquia, que consideró que incurrió en violación al régimen de conflicto de interés por haber participado en las sesiones de estudio de hojas de vida y elección del personero del mismo municipio, al cual aspiró y fue elegido el señor José Alonso Gutiérrez Martínez, padre de su sobrina, la menor Laura Gutiérrez Velásquez.

B. Causal endilgada.

La Sala se referirá a la violación del régimen de conflicto de interés como causal de pérdida de investidura que el fallo apelado encontró probado, por cuanto la concejal demandada fue recurrente única.

Dispone la Ley 136:

“Artículo 70. CONFLICTO DE INTERÉS. Cuando para los Concejales exista interés directo en la decisión porque le afecte de alguna manera, o a su cónyuge o compañero o compañera permanente, o a alguno de sus parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad o primero civil, o a su socio o socios de derecho o de hecho, deberá declararse impedido de participar en los debates o votaciones respectivas.

.....”

C. Marco normativo que rige el caso sometido a estudio.

Artículo 55 de la Ley 136 de 1994

ARTICULO 55. PÉRDIDA DE LA INVESTIDURA DE CONCEJAL: Los concejales perderán su investidura por:

1. *La aceptación o desempeño de un cargo público, de conformidad con el artículo 291 de la Constitución Política, salvo que medie renuncia previa, caso en el cual deberá informar al Presidente del Concejo o en su receso al alcalde sobre este hecho.*
2. *Por violación del régimen de inhabilidades, incompatibilidades o de conflicto de intereses.*
3. *Por indebida destinación de dineros públicos.*
4. *Por tráfico de influencias debidamente comprobado.*
..... ". (Subrayado propio)

Artículo 48 de la Ley 617 de 2000

"Artículo 48. PÉRDIDA DE INVESTIDURA DE DIPUTADOS, CONCEJALES MUNICIPALES Y DISTRITALES Y DE MIEMBROS DE JUNTAS ADMINISTRADORAS LOCALES. Los diputados y concejales municipales y distritales y miembros de juntas administradoras locales perderán su investidura:

1. *Por violación del régimen de incompatibilidades o del de conflicto de intereses. No existirá conflicto de intereses cuando se trate de considerar asuntos que afecten al concejal o diputado en igualdad de condiciones a las de la ciudadanía en general.*
(...)
2. *Por las demás causales expresamente previstas en la ley". (subrayado Propio).*

Artículo 1° de la Ley 1148 de 2007, por el cual se modificó, entre otras el artículo 49 de la Ley 617 de 2000.

"El artículo 49 de la Ley 617 de 2000 quedará así:

Artículo 49. Prohibiciones relativas a cónyuges, compañeros permanentes y parientes de los gobernadores, diputados, alcaldes municipales y distritales; concejales municipales y distritales. Los cónyuges o compañeros permanentes, y parientes hasta el cuarto grado de consanguinidad, segundo de afinidad y primero civil de los gobernadores, diputados,

alcaldes municipales y distritales y concejales municipales y distritales, no podrán ser miembros de juntas o consejos directivos de entidades del sector central o descentralizados del correspondiente departamento, distrito o municipio, ni miembros de juntas directivas, representantes legales, revisores fiscales, auditores o administradores de las entidades prestadoras de servicios públicos domiciliarios o de seguridad social en el respectivo departamento o municipio.

Los cónyuges o compañeros permanentes de los gobernadores, diputados, alcaldes municipales y distritales y concejales municipales y distritales, y sus parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad, segundo de afinidad o primero civil,¹ no podrán ser designados funcionarios del respectivo departamento, distrito o municipio, o de sus entidades descentralizadas.

Los cónyuges o compañeros permanentes de los gobernadores, diputados, alcaldes municipales y distritales, y sus parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad, segundo de afinidad o primero civil, no podrán ser contratistas del respectivo departamento, distrito o municipio, o de sus entidades descentralizadas, ni directa, ni indirectamente.

Parágrafo 1º. Se exceptúan de lo previsto en este artículo los nombramientos que se hagan en aplicación de las normas vigentes sobre carrera administrativa.

Parágrafo 2º. Las prohibiciones para el nombramiento, elección o designación de servidores públicos y trabajadores previstas en este artículo también se aplicarán en relación con la vinculación de personas a través de contratos de prestación de servicios.

Parágrafo 3º. Prohibiciones relativas a los cónyuges, compañeros permanentes y parientes de concejales de municipios de cuarta, quinta y sexta categoría. Tratándose de concejales de municipios de cuarta, quinta y sexta categoría, las prohibiciones establecidas en el presente artículo se aplicarán únicamente para los cónyuges o compañeros permanentes y parientes hasta el segundo grado de consanguinidad, primero de afinidad o único civil.

D. Material probatorio

1. Está acreditada la calidad de Concejal del municipio de San Pedro de los Milagros de la demandada (folio 157 a 159).
2. Obra en el expediente fotocopia auténtica del registro civil de nacimiento: del personero elegido señor José Alonso Gutiérrez Martínez (folio 1), de la hermana de la demandada señora Emperatriz Velásquez Zapata (folio 3) y de

¹ El texto subrayado fue declarado INEXEQUIBLE por la Corte Constitucional mediante Sentencia C-903 de 2008; el resto del inciso fue declarado EXEQUIBLE, en el entendido de que esta prohibición se predica de los parientes en el segundo grado de consanguinidad, primero de afinidad y único civil, como lo establece el artículo 292 de la Constitución Política.

la hija que concibieron, la menor Laura Gutiérrez Velásquez (folio 2).

3. Copia auténtica del registro civil de nacimiento de la concejal demandada Claudia Mabel Velázquez Zapata (folio 4), de donde se deduce que es hermana de Emperatriz Velásquez Zapata.
4. Certificación de la Secretaría del Concejo Municipal de San Pedro de los Milagros mediante Oficio CM-057-, por medio de la cual informa que la elección del personero municipal se llevó a cabo en la sesión del 8 de enero de 2008, que “*ningún concejal se declaró impedido para votar*” y que entre ellos figura la concejal demandada.

CASO CONCRETO

Probado como está, y además no está en discusión, que la concejal cuestionada tiene grado de parentesco en segundo grado de afinidad extramatrimonial², como bien lo señaló el Procurador Delegado ante esta Corporación, con el personero aspirante y elegido, el problema jurídico se centra en establecer si la Concejal Claudia Mabel Velásquez Zapata incurrió en la causal de pérdida de investidura por violación al régimen de conflicto de interés al no haberse declarado impedida ante la Corporación y haber participado y votado la elección.

Antes de abordar el tema del conflicto de interés que alega el actor y en aras de discusión, la Sala precisa, como lo señaló el Tribunal, que al tenor del artículo 43 de la Ley 136 modificado por el artículo 40 de la Ley 617 de 2000, entre las causales taxativas de inhabilidad que llevan a la pérdida de investidura no se encuentra el hecho de que los concejales participen en una elección y quede elegido un pariente suyo en tal grado de afinidad, en este caso concreto el elegido fue el personero municipal, pariente en segundo grado de afinidad con la demandada.

Ahora bien, la sentencia del 16 de marzo de 2006 citada por la actora en su escrito

² La Corte Constitucional en sentencia C-595 de 1996, M.P. Dr Jorge Arango Mejía, manifestó: “a juicio de la Corte, la declaración de inexequibilidad es razonable porque elimina la posibilidad de cualquier interpretación equivocada de la expresión “ilegítimo”, y ratifica toda la jurisprudencia sobre la imposibilidad de trato discriminatorio por el origen familiar. Expresamente se advierte que la declaración de inexequibilidad de los artículos 39 y 48 no implica la desaparición de la afinidad extramatrimonial, es decir, la originada en la unión permanente a que se refieren los artículos 126 y 179 de la Constitución, entre otros. Para todos los efectos legales, la afinidad extramatrimonial sigue existiendo”.

de apelación, lo que quiso señalar es que si una elección del concejo municipal recae sobre una persona inhabilitada, no por este sólo hecho el concejal incurre en causal de pérdida de investidura, porque la inhabilidad se predica es del personero y no del concejal.

Agrega la citada sentencia:

“Es cierto que el artículo 126 de la Constitución Política consagra la prohibición a los servidores públicos de nombrar a personas con las cuales tengan parentesco hasta el cuarto grado de consanguinidad, segundo de afinidad o primero civil, o con quien estén ligados por matrimonio o unión permanente, así como de designar a personas vinculadas por los mismos lazos con servidores públicos; empero la violación a tal prohibición no constituye causal de violación al régimen de inhabilidades como tampoco, por la misma razón, de pérdida de investidura”.

La Sección considera que es palmario el error en que incurrió el fallo apelado al concluir que se incurrió en conflicto de interés, porque la ley no prohíbe que sean designados funcionarios en el respectivo municipio los parientes en segundo grado de afinidad del concejal, sino por el contrario, lo permite. Debe la Sala aclarar que la norma se aplica en todos los municipios independientemente de su categoría, lo cual se deduce del pronunciamiento de la Corte Constitucional.³

Por el sólo hecho de que la demandada haya participado en la elección del personero municipal, mal puede endilgársele un conflicto de intereses porque como bien lo expresa el Procurador Delegado se estaría desconociendo el derecho fundamental a elegir y ser elegido y se estaría extendiendo la causal de conflicto de interés a una situación que no está prohibida.

Entonces armonizando las normas aplicables y los hechos encuentra la Sala que la conducta del demandado no está enmarcada dentro del conflicto de interés como causal de pérdida de la investidura, por lo tanto se procederá a revocar el fallo apelado y en su lugar se denegarán las súplicas de la demanda.

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

³ Ver pie de nota 1.

F A L L A :

REVÓCASE la sentencia del 19 de junio de 2008 proferida por el Tribunal Administrativo de Antioquia, mediante la cual se decretó la pérdida de investidura como Concejal del municipio de San Pedro de los Milagros, a la señora Claudia Mabel Velásquez Zapata y en su lugar,

DENIÉGANSE las pretensiones de la demanda.

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

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

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

MARCO ANTONIO VELILLA MORENO
Presidente

MARTHA SOFÍA SANZ TOBÓN

MARÍA CLAUDIA ROJAS LASSO **RAFAEL E OSTAÚ DE LAFONT PIANETA**