

PERDIDA DE INVESTIDURA - Régimen de incompatibilidades. Actuación de los concejales como apoderados judiciales

En el mencionado asunto, el municipio de Fusagasugá pretendía el cumplimiento forzado de la obligación clara, expresa y exigible adquirida por el señor NOVOA GÓMEZ, poderdante del demandado, relacionada con el pago de una suma de dinero a favor de la entidad territorial como consecuencia de un contrato de compraventa de un bien inmueble, de contera, se trataba a todas luces de un proceso judicial en el cual se gestionaba un claro interés económico del municipio. Precisamente, el objeto de dicho proceso era hacer valer una obligación dineraria a favor de la entidad territorial, circunstancia que hace evidente la configuración de la incompatibilidad en la que se encontraba el demandado para fungir como apoderado dentro del mismo.

FUENTE FORMAL: LEY 617 DE 2000 / LEY 136 DE 1994 ARTICULO 45 / LEY 136 DE 1994 ARTICULO 46.

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCION PRIMERA

Consejero ponente: Guillermo Vargas Ayala

Bogotá, D.C., veinticinco (25) de julio de dos mil trece (2013)

Radicación número: 25000-23-41-000-2012-00468-01(PI)

Actor: SALOMON MURCIA VASQUEZ

Demandado: JUAN EFRAIN CUBIDES RAMIREZ

Referencia: APELACION SENTENCIA - PERDIDA DE INVESTUDURA

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto por el representante del Ministerio Público, contra la sentencia del Tribunal Administrativo de Cundinamarca de 21 de enero de 2013, mediante la cual se negó la solicitud de pérdida de la investidura del ex concejal del municipio de Fusagasugá – Cundinamarca, JUAN EFRAÍN CUBIDES RAMÍREZ.

I.- ANTECEDENTES

1. La demanda y las pretensiones.

El ciudadano SALOMÓN MURCIA VÁSQUEZ acudió ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo pretendiendo que se declare la pérdida de investidura del ex concejal del municipio de Fusagasugá, señor JUAN EFRAÍN CUBIDES RAMÍREZ, quien ejerció como tal en el periodo constitucional 2008 - 2011.

Como pretensiones del demandante se tienen las siguientes:

“Primera.- *Que se despoje de su investidura como concejal electo de Fusagasuga (SIC) (Cundinamarca), al Dr. JUAN EFRAIN CUBIDES RAMIREZ, periodo constitucional 2008-2011.*

Segunda: - *Se suspenda del cargo como personero actual del municipio de fusagasuga (SIC) mientras se adelanta la siguiente demanda, por la dignidad que ocupa en el municipio*

Tercera: - *Se compulse copias a la procuraduría general de la nación, en vista que el Dr. JUAN EFRAIN CUBIDES RAMIREZ, es actualmente personero de Fusagasuga, para que se proceda de conformidad.”¹ (SIC)*

2. Hechos que fundamentan la demanda.

La demanda se fundamenta en los hechos que pueden sintetizarse de la siguiente manera:

2.1.- JUAN EFRAÍN CUBIDES RAMÍREZ, siendo concejal del municipio de Fusagasugá en el periodo constitucional 2008-2011, fungió como apoderado del señor JORGE ARNULFO PACHÓN ESPITIA dentro del proceso promovido a través de acción popular por la señora FLOR ELENA GÓMEZ CHAPETÓN contra el municipio de Fusagasugá. Dicho juicio se adelantó bajo el radicado No. 2009-00465 en el Juzgado Segundo Administrativo del circuito judicial de Girardot – Cundinamarca.

2.2.- Durante ese mismo periodo, el entonces concejal se desempeñó como apoderado judicial del señor SILVIO NOVOA GÓMEZ dentro del proceso ejecutivo promovido por el municipio de Fusagasugá contra éste, asunto que le correspondió conocer al Juzgado Tercero Civil Municipal de Fusagasugá bajo el radicado 2008 – 0590.

3. La causal de pérdida de investidura invocada y sus fundamentos.

¹ Folio 1.

Considera el demandante que los hechos anteriormente descritos constituyen la violación del régimen de incompatibilidades a que se encuentran sujetos los concejales, habida cuenta de que así los disponen los artículos 183 de la Constitución Política, 55 numeral 1 de la Ley 136 de 1994 y 39 de la Ley 734 de 2002.

En consideración a lo anterior, el actor advierte que el señor JUAN EFRAÍN CUBIDES RAMÍREZ debe ser despojado de su investidura toda vez que le estaba prohibido ser apoderado en procesos judiciales en los cuales tenía interés el municipio en el cual se desempeñaba como concejal.

4. Contestación de la demanda

Representado por su apoderado de confianza, el acusado contestó la demanda oponiéndose íntegramente a las pretensiones de la actora, propuso la excepción de ineptitud sustantiva de la demanda fundada en que el actor no invocó expresamente la causal de pérdida de investidura, como lo exige el artículo 4 literal C de la Ley 144 de 1994.

En cuanto los demás aspectos de la demanda, advirtió que si bien es cierto el demandado se desempeñó como apoderado en los mencionados procesos judiciales, lo cierto es que en la acción popular promovida contra el municipio de Fusagasugá, su labor como apoderado de terceros se dirigió a defender los intereses del ente territorial.

Frente al proceso ejecutivo en el cual el municipio de Fusagasugá fungió como parte demandante, resaltó que el contencioso terminó por el pago voluntario de la obligación, sin que se impusiera condena en costas ni se originara detrimento patrimonial alguno que afectara al ente territorial.

Finalmente argumentó que la conducta que se desprende del actuar del demandado, sólo puede conducir al ejercicio de la acción disciplinaria en cabeza de la Procuraduría General de la Nación, pero no a la pérdida de investidura solicitada en la demanda.

II.- LA SENTENCIA APELADA

Antes de resolver el problema jurídico de fondo, el *a quo* se ocupó de la excepción de ineptitud sustantiva planteada por la defensa del demandado. Sobre el particular estimó que la demanda dejaba ver con claridad que el fundamento

jurídico de las pretensiones descansaba en los artículos 183 de la Constitución Política y 48 de la Ley 617 de 2000.

Agregó que el concepto de violación explicado por el actor daba cuenta de que el demandado, en su calidad de concejal de Fusagasugá, se desenvolvió como apoderado judicial de sujetos particulares en procesos en los cuales el municipio tenía interés directo, incurriendo en clara prohibición legal que constituye violación al régimen de incompatibilidades.

Surtido el debate respecto de los requisitos de la demanda, el tribunal se dispuso a resolver el fondo del asunto, para lo cual se dedicó a estudiar la causal de incompatibilidad de que trata el numeral 2 del artículo 45 de la Ley 136 de 1994, la cual prohíbe a los concejales ser apoderados ante las entidades del respectivo municipio o ante las personas que administren tributos salvo las excepciones contempladas en la misma ley.

Al respecto, sostuvo la primera instancia, el artículo 36 *ejusdem* contempla distintas excepciones dentro de las cuales destacó la contenida en el literal d) *ibíd.* según la cual, los concejales podrán ejercer su profesión de abogados en calidad de apoderados o defensores en todos los procesos que se adelanten en la rama judicial, salvo en aquellos que tengan por objeto la gestión de intereses fiscales o económicos de los respectivos municipios.

Para el tribunal, el significado natural de la expresión “gestionar” implica una conducta positiva y concreta del gestor, que en el contexto del proceso judicial significa que este lo promoció o impulse, actividad que despliega la parte actora, toda vez que es ella quien ejerce el derecho de acción a través de la interposición de la correspondiente demanda.

Bajo ese entendido, la prohibición concerniente al ejercicio del derecho en calidad de apoderados o peritos en los procesos que tengan por objeto gestionar intereses fiscales o económicos, no se aplica para los concejales que actúen como apoderados de la parte demanda, dado que estos no realizan gestión alguna.

Por lo anterior y como quiera que en los procesos en los cuales el demandado actuó como apoderado de la parte pasiva en dos procesos judiciales (acción popular y ejecutivo) en los cuales tuvo interés el municipio de Fusagasugá, el *a quo* entendió que este no incurrió en causal de incompatibilidad, y en consecuencia negó las pretensiones de la demanda.

III.- EL RECURSO DE APELACION

El agente del Ministerio Público que cumple funciones ante el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, inconforme con el fallo de primera instancia presentó y sustentó en tiempo el recurso de apelación en el cual expuso:

En el proceso pudo acreditarse con certeza que el demandado se desempeñó como concejal del municipio de Fusagasugá durante los años 2008 a 2011; en ese mismo periodo fungió como apoderado del señor SILVIO NOVOA GÓMEZ dentro del proceso ejecutivo hipotecario No. 0590-2008 adelantado en el Juzgado Tercero Civil Municipal de Fusagasugá, y en el curso del mismo contestó la demanda, acreditó una consignación judicial a favor del juzgado y solicitó la terminación del proceso.

Del mismo modo se demostró que durante ese mismo periodo el señor CUBIDES RAMÍREZ se desempeñó como apoderado de JORGE ARNULFO PACHÓN ESPITIA en el proceso de acción popular en el que el municipio de Fusagasugá era demandado.

Conforme lo anterior, se tiene que el ex concejal incurrió en causal de pérdida de investidura conforme lo disponen los artículos 45 y 46 de la Ley 617 de 2000 por violación del régimen de incompatibilidades, que se concreta en que incurrió en la prohibición que trae el literal d) del artículo 46 de la Ley 136 de 1994.

Teniendo en cuenta que la referida prohibición consiste en que los concejales no pueden ser apoderados en procesos que tengan por objeto la gestión de intereses fiscales o económicos del respectivo municipio, y como quiera que tanto la acción popular como el proceso ejecutivo comportan la gestión de dichos intereses, el Tribunal debió decretar la pérdida de investidura.

IV.- CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO

El Procurador Delegado para la Conciliación Administrativa, estando en término para ello conceptuó que la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca debe ser revocada atendiendo las razones que se resumen a continuación:

Según lo anota el Ministerio Público, en los procesos en los que el demandado actuó como apoderado se buscaba gestionar intereses económicos del municipio, en tal sentido el proceso ejecutivo tenía por objeto que se reconocieran

obligaciones derivadas de un contrato de compraventa y a su vez, el proceso referente a la acción popular, pretendía ordenar la iniciación de una obra.

En ese orden de ideas, el señor CUBIDES RAMÍREZ incurrió en la incompatibilidad prevista en los artículos 45 y 46 de la Ley 136 de 1994 en concordancia con el artículo 8 de la Ley 1368 de 2009.

V.- ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

La parte demandada presentó alegatos de conclusión en similares términos de los expuestos en la contestación de la demanda, haciendo énfasis en que su participación en los procesos judiciales mientras se desempeñaba como concejal del municipio de Fusagasugá, no derivó en detrimento patrimonial ni daño alguno para esa entidad territorial.

Además, que su proceder obedeció a la creencia de que no se encontraba incurso en prohibición alguna, circunstancia que demuestra que la conducta desplegada no estaba dirigida a transgredir el régimen de inhabilidades e incompatibilidades, a más de que no gestionó interés fiscal o económico alguno, dado que ese ese no fue el móvil que lo llevó a intervenir en los referidos procesos.

VI.- DECISIÓN

No observándose causal de nulidad que invalide lo actuado, procede la Sala a decidir el asunto planteado, previas las siguientes

CONSIDERACIONES

1. Competencia de la Sala

La Sala es competente para conocer de la apelación de las sentencias proferidas en procesos de pérdida de investidura de concejales y diputados, de una parte, en virtud del artículo 48 parágrafo 2º de la Ley 617 de 2000, que instituye la segunda instancia para tales procesos y, de otra, atendiendo el artículo 1º, sección primera, numeral 5, del Acuerdo No. 55 de 2003 expedido por el Consejo de Estado, en donde se establece que el recurso de apelación de las sentencias de pérdida de investidura proferidas por los Tribunales Administrativos, son de conocimiento de la Sección Primera del Consejo de Estado.

2. Procedibilidad de la acción

Se encuentra acreditado que el demandado ostentó la calidad de concejal del municipio de Fusagasugá dentro del período 2008 -2011, según copia del acta de escrutinio - formulario E-26 que obra a folio 6 del cuaderno número uno.

Conforme lo anterior, el acusado es sujeto pasivo de la presente acción de pérdida de la investidura que en su contra ha sido incoada, según lo dispone el artículo 45 de la Ley 136 de 1994, modificado por el artículo 48 de la Ley 617 de 2000.

3. El problema Jurídico a resolver.

Atendiendo las razones de la alzada, le corresponde a la Sala dirimir si se dieron los presupuestos para que se configure la causal de incompatibilidad prevista en el literal d del artículo 46 de la Ley 136 de 1994.

3.1 La causal de incompatibilidad y el caso concreto.

La Sala deberá precisar el alcance y contenido de la causal de incompatibilidad que se predica en este asunto, máxime si se tiene en cuenta que el debate procesal se circunscribe a la interpretación de esta y la subsunción de los hechos en el contenido de la prohibición que se encuentra establecida en el literal d) del artículo 46 de la Ley 136 de 1994.

Así las cosas, la discusión no está sujeta a establecer si el demandado actuó o no como apoderado en procesos judiciales al mismo tiempo que se desempeñaba como concejal, ya que esa circunstancia se encuentra plenamente acreditada y ha sido aceptada por las partes, la problemática se encuentra dirigida a determinar si esas actuaciones constituyen causal de pérdida de investidura.

Para dichos efectos conviene transcribir las normas pertinentes que son del siguiente tenor:

“Ley 136 de 1994.

Artículo 45. INCOMPATIBILIDADES: Los concejales no podrán:

1. Aceptar o desempeñar cargo alguno en la administración pública, ni vincularse como trabajador oficial o contratista, so pena de perder la investidura.

2. Ser apoderado ante las entidades públicas del respectivo municipio o ante las personas que administren tributos procedentes del mismo, o celebrar con ellas, por sí o por interpuesta persona, contrato alguno, con las excepciones que más adelante se establecen.

3. Ser miembros de juntas o consejos directivos de los sectores central o descentralizado del respectivo municipio, o de instituciones que administren tributos procedentes del mismo.

4. Celebrar contratos o realizar gestiones con personas naturales o jurídicas de derecho privado que administren, manejen o inviertan fondos públicos procedentes del respectivo municipio o sean contratistas del mismo o reciban donaciones de éste.

PARAGRAFO 1°. Se exceptúa del régimen de incompatibilidades el ejercicio de la cátedra universitaria.

PARAGRAFO 2°. El funcionario público municipal que nombre a un concejal para un empleo o cargo público o celebre con él un contrato o acepte que actúe como gestor en nombre propio o de terceros, en contravención a lo dispuesto en el presente artículo, incurrirá en causal de mala conducta.

ARTICULO 46. EXCEPCIONES: Lo dispuesto en los artículos anteriores no obsta para que los concejales puedan ya directamente o por medio de apoderado, actuar en los siguientes asuntos:

a) En las diligencias o actuaciones administrativas y jurisdiccionales en las cuales conforme a la ley, ellos mismos, su cónyuge, sus padres o sus hijos, tengan interés;

b) Formular reclamos por el cobro de impuestos, contribuciones, tasas y de multas que graven a las mismas personas;

c) Usar los bienes y servicios que las entidades oficiales de cualquier clase ofrezcan al público bajo condiciones comunes a todos los que lo soliciten;

d) Ser apoderados o defensores en los procesos que se ventilen ante la Rama Jurisdiccional del Poder Público. Sin embargo, los concejales durante su período Constitucional no podrán ser apoderados ni peritos en los procesos de toda clase que tengan por objeto gestionar intereses fiscales o económicos del respectivo municipio, los establecimientos públicos, las empresas industriales y comerciales del orden municipal y las sociedades de economía mixta en las cuales las mismas entidades tengan más del cincuenta por ciento (50%) del capital.”

De las normas citadas se desprende que, en principio, a los concejales les está prohibido ejercer su profesión salvo en aquellos asuntos donde ese ejercicio riña con los intereses del ente territorial y en los cuales el concejal pueda, prevalido de su calidad y su posición, influir de alguna manera en su gestión o resultado. Se trata entonces de evitar que los intereses privados del concejal, derivados del ejercicio de su profesión, entren en conflicto con los del municipio.

En efecto, el prenotado artículo 45 advierte que los concejales no podrán desempeñar cargos en la administración pública, ni celebrar contratos, ni actuar como apoderados ante dependencias del mismo municipio o personas que administren tributos de este. Tampoco podrán pertenecer a juntas directivas de organismos o entidades del mismo municipio entre otros.

A la par de que el legislador fijó un catálogo de prohibiciones que conforman el denominado régimen de incompatibilidades, dispuso de eventos exceptivos que tienden por permitir el desarrollo de ciertas actividades relacionadas con el devenir propio de la vida en sociedad, es así como se permite que los concejales ejerzan la cátedra universitaria, actúen en las diligencias administrativas y judiciales en las que ellos mismos, su cónyuge o hijos tengan interés, eleven reclamos por el cobro de tributos de cualquier naturaleza y se desempeñen como apoderados o defensores en procesos que se diriman en la rama jurisdiccional.

Es precisamente en relación con esta última excepción que se suscita el debate que congrega la atención de la Sala, ya que, en una evidente falta de técnica legislativa, se incluyó en ella una prohibición, en otras palabras, en la misma norma se permitió el ejercicio de la profesión de abogado y el desempeño como peritos de los concejales, bajo la condición de que en los procesos en que estos

ejerzan no se gestionen intereses fiscales o económicos del municipio y las demás entidades señaladas en la norma.

Pues bien, según lo apreció el Tribunal en la sentencia recurrida, el demandado hizo uso de la habilitación legal sin que incurriera en la referida prohibición, dado que la gestión a la que se refiere la norma implica el ejercicio del derecho de acción y este sólo puede ser ejercitado por el demandante.

La Sala no comparte la interpretación del Tribunal habida cuenta de que el contenido de la disposición no permite llegar a esa conclusión como quiera que la gestión se predica del objeto del proceso jurisdiccional en que el concejal es apoderado o perito, y no de la actividad o papel que este desempeña en él.

Para un mayor entendimiento de la figura vale la pena reparar en ella de manera detallada:

“d) Ser apoderados o defensores en los procesos que se ventilen ante la Rama Jurisdiccional del Poder Público. Sin embargo, los concejales durante su período Constitucional no podrán ser apoderados ni peritos en los procesos de toda clase que tengan por objeto gestionar intereses fiscales o económicos del respectivo municipio, los establecimientos públicos, las empresas industriales y comerciales del orden municipal y las sociedades de economía mixta en las cuales las mismas entidades tengan más del cincuenta por ciento (50%) del capital.”

Según se puede apreciar, la prohibición se configura de la siguiente manera: (i)- Cuando el concejal se desempeñe como apoderado o perito en un proceso judicial de cualquier naturaleza en el que (ii) se busque gestionar intereses fiscales o económicos (iii) del municipio, establecimientos públicos, empresas industriales y comerciales municipales y sociedades de economía mixta en las que estas entidades tengan más del cincuenta por ciento del capital.

Corolario de lo anterior, para que se incurra en la incompatibilidad se debe verificar: a.- La calidad de concejal del demandado, b.- que este se haya ejercido como perito o apoderado en procesos judiciales de cualquier tipo al mismo tiempo que se desempeñaba como concejal, c.- que en el respectivo proceso se gestionen intereses fiscales o económicos y d.- que dichos intereses sean del respectivo municipio o de establecimientos públicos, empresas industriales y comerciales del orden municipal o de empresas de economía mixta donde estas entidades tengan más del cincuenta por ciento del capital.

3.2 El caso concreto.

En el proceso se encuentra acreditado que el señor JUAN EFRAÍN CUBIDES RAMÍREZ fue elegido concejal del municipio de Fusagasugá para el periodo constitucional 2008 a 2011², que en ese espacio de tiempo ejerció la profesión de abogado como representante de los terceros interesados en las resultas del proceso de acción popular 2009-00465 que se adelantaba en el Juzgado Administrativo del Circuito de Girardot, promovido por FLORA ELENA GÓMEZ DE CHAPETÓN contra el municipio de Fusagasugá.

No obstante, la Sala estima que la participación del ex concejal en el referido asunto judicial no comporta la incursión en la causal estudiada, habida consideración de que en este no se gestionaban intereses económicos y fiscales del municipio. A esta conclusión se llega luego de estudiar las pretensiones de la acción popular según las cuales se debía proteger los derechos colectivos a la moralidad administrativa y al patrimonio cultural de la Nación, para ello, sostenía la actora, se requería la construcción de la réplica de la casona de la antigua hacienda "La Venta".

En tal sentido no es aceptable la consideración del Ministerio Público cuando señala que el resultado del proceso conllevaría intereses fiscales y económicos en tanto que, como se ha explicado, no es la consecuencia del proceso judicial lo que implica que el proceso tenga por objeto la gestión de intereses de este tipo, sino la búsqueda o móvil de conseguirlos, intención que se devela con el estudio de las pretensiones en cada caso concreto y que, en tratándose de la acción popular analizada, se limitaba a la protección de derechos colectivos.

Así las cosas, de la actuación como apoderado de terceros en dicho proceso no puede desprenderse la incursión del demandado en la prohibición contenida en el artículo 46 literal d) de la ley 136 de 1994.

Por otra parte, también se tiene probado que mientras el demandado fue concejal actuó como apoderado de la parte demandada en el proceso ejecutivo hipotecario

² Folio 6 cuaderno número uno.

adelantado por el municipio de Fusagasugá contra SILVIO NOVOA GÓMEZ, proceso surtido en el Juzgado Tercero Civil Municipal de esa ciudad bajo el número radicado 05901-08, en el cual realizó actos tales como contestar la demanda³, radicar memoriales dando cuenta de un depósito judicial⁴ y solicitando la terminación del proceso.⁵

En el mencionado asunto, el municipio de Fusagasugá pretendía el cumplimiento forzado de la obligación clara, expresa y exigible adquirida por el señor NOVOA GÓMEZ, poderdante del demandado, relacionada con el pago de una suma de dinero a favor de la entidad territorial como consecuencia de un contrato de compraventa de un bien inmueble⁶, de contera, se trataba a todas luces de un proceso judicial en el cual se gestionaba un claro interés económico del municipio.

Precisamente, el objeto de dicho proceso era hacer valer una obligación dineraria a favor de la entidad territorial, circunstancia que hace evidente la configuración de la incompatibilidad en la que se encontraba el demandado para fungir como apoderado dentro del mismo.

Visto lo anterior, el señor CUBIDES RAMÍREZ incurrió en causal de incompatibilidad y así se declarará en la parte resolutive de esta providencia revocando la decisión del Tribunal Administrativo de Cundinamarca.

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

FALLA

Primero.- REVOCAR la sentencia de 21 de enero de 2013 proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, mediante la cual se negó la pérdida de la investidura de Concejal del municipio de Fusagasugá del demandado.

Segundo.- DECRETAR LA PÉRDIDA DE LA INVESTIDURA del señor JUAN EFRAÍN CUBIDES RAMÍREZ por las razones expuestas en la parte considerativa de esta providencia.

³ Folios 118 a 120 cuaderno número uno

⁴ Folio 125 cuaderno número uno.

⁵ Folio 130 cuaderno número uno.

⁶ Folio 86 cuaderno número uno.

Tercero.- Negar las demás pretensiones de la demanda.

Cuarto. - En firme esta decisión, regrese el expediente al tribunal de origen.

Cópiese, notifíquese, publíquese y cúmplase.

La anterior providencia fue leída, discutida y aprobada por la Sala en su sesión del 25 de julio de 2013.

**MARCO ANTONIO VELILLA MORENO
GONZÁLEZ**

Presidente

MARÍA ELIZABETH GARCÍA

**MARÍA CLAUDIA ROJAS LASSO
AYALA**

Ausente con permiso

GUILLERMO VARGAS