

PERDIDA DE INVESTIDURA DE CONCEJAL - Excepción de cosa juzgada. Aplicación de la Ley 144 de 1994 / EXCEPCION DE COSA JUZGADA - En pérdida de investidura de concejal / EXCEPCION DE COSA JUZGADA - Alcance en proceso de pérdida de investidura / EXCEPCION DE COSA JUZGADA - No se configura cuando se profiere sentencia inhibitoria / PRINCIPIO NON BIS IN IDEM - Inexistencia de vulneración al iniciarse nueva acción luego de sentencia inhibitoria

En primer lugar la Sala procede analizar si la excepción de cosa juzgada se encuentra probada. La Ley 144 de 1994 que regula el procedimiento especial para la acción constitucional de pérdida de investidura y que se aplica a los concejales en virtud del artículo 55 de la Ley 136 de 1994, dispone en su artículo 15: "No se podrá admitir solicitud de pérdida de investidura de un congresista (en este caso concejal) en el evento de alegarse los mismos hechos que sirvieron de fundamento a las causales sobre las cuales ya se ha pronunciado el Consejo de Estado (en este caso el respectivo Tribunal Administrativo). Todas las sentencias en estos procesos producen efectos de cosa juzgada". Sobre la cosa juzgada la Corte Constitucional mediante sentencia C-247 de 1995 que revisó la constitucionalidad de la Ley 144 de 1994 señaló: "Es entendido que el carácter de la cosa juzgada solamente lo tienen las providencias que han entrado a definir el fondo de la cuestión planteada, razón por la cual no puede afirmarse que cuando el Consejo de Estado profiera decisión inhibitoria haya sido juzgado el caso del congresista respecto de quien se pide la pérdida de investidura. Precisamente, en tales casos nada se ha resuelto, de lo cual se desprende que es posible iniciar nueva actuación sin que se quebranten los principios de cosa juzgada y "non bis in idem". El Consejo de Estado sobre la institución de la cosa juzgada ha dicho: "La cosa juzgada es un efecto de la sentencia firme, que consiste en la imposibilidad de dictar una nueva sentencia sobre el mismo objeto y por la misma causa planteados en el primer proceso. El objeto es, en general, la situación jurídica sometida a decisión del juzgador. La causa son los hechos y fundamentos de derecho en que se apoya la pretensión. De suerte que para que existiese cosa juzgada sería preciso, al tenor de lo dispuesto en el artículo 15 de la Ley 144, que en el primer proceso también se hubiese solicitado la pérdida de investidura y que el Consejo de Estado ya se hubiese pronunciado sobre «las causales» fundadas en los mismos hechos, causales que no pueden ser otras que las de pérdida de investidura".

FUENTE FORMAL: LEY 136 DE 1994 – ARTICULO 55 / LEY 144 DE 1994 – ARTICULO 15

NOTA DE RELATORIA: Sobre el concepto y alcance de la cosa juzgada en los procesos de pérdida de investidura, sentencias, Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, Rad. 2001 00199 01, del 5 de marzo de 2002, C.P. Camilo Arciniegas Andrade, y Corte Constitucional, Rad. C-247 de 1995, M.P. José Gregorio Hernández Galindo.

PERDIDA DE INVESTIDURA DE CONCEJAL - Inexistencia de cosa juzgada ante sentencia inhibitoria/ EXCEPCION DE COSA JUZGADA - Declarada no probada en proceso de pérdida de investidura de concejal / SENTENCIA INHIBITORIA - No permite configuración de excepción de cosa juzgada

Del proceso radicado con el N° 2008 00217 00 que culminó con la sentencia del 19 de junio de 2008 del Tribunal Administrativo de Antioquia (folio 144 y ss), se tiene que: - Tuvo como demandados a CANDELARIA CORREA ROJO, LAURENT MATUTE LÓPEZ, DAGOBERTO VACUNARES JIMÉNEZ, JORGE LUIS,

GILBERTO ANTONIO TORRES ESPITIA Y OLGA MARINA TORO, sobre quienes no se estableció su calidad de concejales para el periodo constitucional 2008 – 2011; además el Tribunal al no haber identificado a Jorge Luis sólo consideró a los demás. (...) La sentencia que se considera hizo tránsito a cosa juzgada resolvió negar las pretensiones de la demanda porque no se acreditó la calidad de “concejal” de cada uno de los demandados y los documentos que se anexaron en la contestación de la demanda se aportaron extemporáneamente y en copia simple. No se pronunció de fondo. (...) - La sentencia que es la que aquí se apela, resolvió que respecto de los concejales CANDELARIA CORREA ROJO, LAURENT MATUTE LÓPEZ, OLGA MARINA TORO TORRES, GILBERTO ANTONIO TORRES ESPITIA, Y DAGOBERTO VACUNARES JIMENEZ, prospera la excepción de cosa juzgada, lo cual indica en principio que se debe estar a lo ya resuelto en la sentencia del 19 de junio de 2008, esto es que al negar las pretensiones de la demanda no perdieron su investidura. Respecto de los demás demandados, a saber: ELKIN DE ARCO VIERA, URIEL ALIRIO GIRALDO GARCÍA, JORGE EMIRO REYES PÁEZ y JORGE LUIS MARTÍNEZ RAMÍREZ, decretó la pérdida de investidura. Dentro del contexto anterior, si bien coinciden en las dos demandas los demandados CANDELARIA CORREA ROJO, LAURENT MATUTE LÓPEZ, OLGA MARINA TORO TORRES, GILBERTO ANTONIO TORRES ESPITIA, Y DAGOBERTO VACUNARES JIMENEZ y el objeto y la causal alegada, no se dan los presupuestos de la cosa juzgada por cuanto, la sentencia del 19 de junio de 2008 no hizo un estudio de fondo de la causal alegada y como bien lo señala el Agente del Ministerio público, el fallo de manera antitécnica negó la pérdida de investidura por no haberse acreditado la calidad de los concejales, lo cual es presupuesto de la demanda que pudo ser corregida en la oportunidad procesal correspondiente y que al no suplirse daba lugar a un fallo inhibitorio. Al tenor del artículo 228 de la Constitución Política que establece como principio de la administración de justicia la prevalencia del derecho sustancial y teniendo en cuenta que la sentencia de la cual se predica cosa juzgada no se pronunció sobre el fondo de la causal planteada, la Sección revocará el numeral 1° de la sentencia recurrida.

FUENTE FORMAL: CONSTITUCION POLITICA – ARTICULO 228

CONCEJAL MUNICIPAL - Posesión / POSESION DE CONCEJAL MUNICIPAL - Concepto / CONCEJO MUNICIPAL - Instalación: oportunidad

Sobre la causal endiligada contenida en el numeral 3 transcrito [artículo 48 de la Ley 617 de 2000], la Sección ha reiterado que el acto de posesión no requiere citación y que la instalación es un acto que se celebra por una sola vez, al iniciarse el periodo constitucional. Ha dicho la Sala: “Como lo precisó la Sala en sentencia que resolvió sobre la misma causal la posesión es el acto de prestar ante el funcionario el juramento que ordena el artículo 122 de la Constitución Política. De este acto da fe un acta, suscrita por quien toma el juramento y quien lo pronuncia. Sin esta solemnidad no se puede entrar a servir ningún cargo. La posesión es una declaración de voluntad administrativa, que tiene consecuencias jurídicas. Así mismo precisó que la instalación es un acto de la Corporación como tal y que se celebra por una sola vez, al iniciarse el período constitucional. A su turno, la iniciación del período de sesiones supone el acto de instalación en que debieron posesionarse sus miembros. En cuanto a la eficacia de la sesión del 2 de enero de 2004 que el demandado inválida, la Sala reitera lo expresado en la citada sentencia del 27 de abril de 2006, en el sentido de que así se hubiese probado que el acto de instalación no fue precedido de citación, no por ello se invalidaría la sesión”.

FUENTE FORMAL: LEY 617 DE 2000 – ARTICULO 48 – NUMERAL 3

NOTA DE RELATORIA: Sobre el concepto y alcance de la posesión de los concejales municipales y del acto de instalación del concejo municipal, sentencias, Consejo de Estado, Sección Primera, Rad. 2004 00059 02, del 27 de abril de 2006, C.P. Camilo Arciniegas Andrade, y Rad. 2005 00445, del 1º de febrero de 2007, C.P. María Claudia Rojas Lasso.

CONCEJOS MUNICIPALES - Instalación / INSTALACION DE CONCEJOS MUNICIPALES - Oportunidad / CONCEJOS MUNICIPALES - Períodos de sesiones según categorización del municipio / SESIONES DE CONCEJOS MUNICIPALES - Períodos

Sobre la fecha en que debe realizarse la fecha de instalación de los Concejos Municipales la Sala reitera lo expresado en la sentencia del 17 de mayo de 2002, rad. 15001-23-31-000-2001-0419-01(7850), M.P. Dra Olga Inés Navarrete, en la cual se dijo: “Al respecto, encuentra la Sala que de acuerdo con lo prescrito en el artículo 23 de la Ley 136 de 1994 los concejos municipales deben instalarse en la primera sesión y que sesionan ordinariamente en determinadas épocas según la categoría en que se encuentre clasificado el respectivo municipio así: En los municipios de categoría especial, primera y segunda categoría, el primer periodo será en el primer año de sesiones, del dos de enero posterior a la elección, al último día del mes de febrero del respectivo año; el segundo y tercer año de sesiones tendrán como primer período el comprendido entre el primero de marzo y el treinta de abril. Los concejos de los municipios clasificados en las demás categorías sesionaron ordinariamente en la cabecera municipal y en el recinto señalado oficialmente para tal efecto, por derecho propio, cuatro veces al año y máximo una vez por día, así: febrero, mayo, agosto y noviembre. De manera que existen diferencias en cuanto al número de sesiones ordinarias y épocas de las mismas en tratándose de concejos municipales correspondientes a municipios clasificados en categorías especial, primera y segunda categoría, y los municipios clasificados en las demás categorías, más no en cuanto a la fecha en que deben instalarse los concejos municipales, fecha que debe ser acorde con la obligación de elegir, dentro de los diez primeros días del mes de enero, los funcionarios cuya elección corresponde al Concejo, tales como personero municipal y secretario de la corporación y que, por lo mismo, es uniforme para todos los concejos municipales, independientemente de la categoría a la que pertenezca el respectivo municipio. Si bien se indica en la norma que los primeros deben reunirse, por derecho propio y máximo una vez al día, seis meses al año; para los segundos, cuatro meses al año, y que para los primeros indica en qué momento se instala el Concejo, es decir, cuándo debe entrar a sesionar en el primer período correspondiente al primer año de sesiones y cuándo entran a sesionar en el segundo y tercer año, y, además, cuándo empiezan y terminan las sesiones correspondientes al segundo y al tercer período, no lo es menos que en relación con los municipios clasificados en categorías diferentes a las citadas, no se hace la distinción de la primera sesión correspondiente al primer año de labores de las correspondientes a los segundo y tercer año. Tampoco indica las fechas de iniciación y de terminación de dichas sesiones, solo indica los meses en que deben sesionar. Así las cosas, cabe la pregunta de cuándo se debe instalar el Concejo municipal que corresponde a un municipio clasificado en las demás categorías distinta de la especial y de la primera y segunda, pues, de otra parte, el artículo 35 de la Ley 136 de 1994 señala que los concejos se instalarán y elegirán a los funcionarios de su competencia en los primeros diez días del mes de enero correspondiente a la iniciación de sus períodos constitucionales, previo señalamiento de fecha con tres días de anticipación sin distinguir categorías de

municipios, por lo que, entiende la Sala, la fecha en que debe hacerse la instalación de los concejos es la que indica el artículo 35; para los municipios de las categorías indicadas se instalan el 2 de enero del primer año siguiente a la fecha de la elección y dentro de los primeros diez días del mes de enero deben proceder a elegir funcionarios de su competencia. Por lo tanto, la fecha de instalación de todos los concejos municipales está unificada, pues el artículo 35 de la Ley 136 de 1994 no hizo distinción alguna; tampoco, como ya se anotó, aparece regulación especial en el artículo 23 ibídem para los concejos correspondientes a municipios clasificados en las demás categorías, pues allí solo se especifican los cuatro meses del año en que deben sesionar ordinariamente y no la fecha de su instalación que debe corresponder, obviamente, al primer año de sesiones luego de efectuadas las elecciones”.

FUENTE FORMAL: LEY 136 DE 1994 – ARTICULO 23 / LEY 136 DE 1994 – ARTICULO 35

NOTA DE RELATORIA: Sobre la instalación y los periodos de sesiones de los concejos municipales, sentencia, Consejo de Estado, Sección Primera, Rad. 15001 2331 000 2001 0419 01 (7850), del 17 de mayo de 2002, C.P. Olga Inés Navarrete Barrero.

CONCEJOS MUNICIPALES - Fecha de instalación / INSTALACION DE CONCEJOS MUNICIPALES - Se hace en la misma fecha sin tener en cuenta categoría del municipio

Lo anterior indica que la Ley 136 de 1994 no ha sido específica en cuanto a la fecha en la cual deben instalarse los Concejos Municipales y que por lo tanto la Sala interpretando de manera armónica de los artículos 23 y 35 de la citada ley, ha considerado que la instalación de todos los concejos está unificada y debe hacerse el 2 de enero del año siguiente a la elección, salvo fuerza mayor o caso fortuito y en todo caso dentro de los 10 primeros días, como lo manifestó esta Sección en sentencia del 28 de abril de 2005, rad. 76001-23-31-000-2004-00774-01(PI), M.P. Dr Camilo Arciniégas Andrade. Se expresó en la providencia: “La instalación de los concejos municipales, según el artículo 35 de la Ley 136 de 1994, debe realizarse dentro de los diez (10) primeros días del mes de enero del año siguiente a la elección. Este término rige para todos los municipios, sin atender a sus categorías”. Y en sentencia del 27 de abril de 2006, rad. 23001-23-31-000-2004-00059-02(PI) del mismo ponente antes mencionado se expresó: “El señalamiento de fecha con tres días de anticipación a que se refiere el artículo 35 de la Ley 136 se predica de la sesión en que, tras instalarse, los concejos elegirán a los funcionarios de su competencia dentro de los primeros diez días del mes de enero correspondiente a la iniciación de sus períodos constitucionales”.

FUENTE FORMAL: LEY 136 DE 1994 – ARTICULO 23 / LEY 136 DE 1994 – ARTICULO 35

NOTA DE RELATORIA: Sobre fecha de instalación de los concejos municipales, sentencias, Consejo de Estado, Sección Primera, Rad. 76001 2331 000 2004 00774 (PI), del 28 de abril de 2005, y Rad. 23001 2331 000 2004 00059 02 (PI), del 27 de abril de 2006, ambas con ponencia del Consejero de Estado Camilo Arciniegas Andrade.

CONCEJO MUNICIPAL - Ilegalidad de acto de instalación / CONCEJO MUNICIPAL - Invalidez de sus sesiones cuando no reúnen condiciones legales / SESIONES DEL CONCEJO MUNICIPAL - Invalidez. Los actos en ella

realizados carecen de validez / CONCEJAL MUNICIPAL - Pérdida de investidura por posesionarse dentro acto de instalación ilegal / PERDIDA DE INVESTIDURA DE CONCEJAL - Por posesionarse en reunión que carece de validez

Los demandados realizaron una nueva instalación del Concejo el 3 de enero de 2008, la cual no es válida, porque, se reitera, el acto de instalación es único y por lo tanto se debe tener como válida la realizada el 2 de enero de 2009 por 8 concejales que además se posesionaron ese día; es de tener en cuenta que el reglamento interno del concejo municipal de Apartadó, en observancia de la ley, tenía fijado el 2 de enero como fecha de instalación. Ahora bien, si tenemos en cuenta que el artículo 24 de la Ley 136 de 1994 dispone “toda reunión de miembros del concejo que con el propósito de ejercer funciones propias de la corporación, se efectúe por fuera de las condiciones legales o reglamentarias, carecerá de validez y los actos que realicen no podrá dársele efecto alguno, y quienes participen en las deliberaciones serán sancionados conforme a las leyes”, no puede afirmarse que la posesión de los aquí demandados realizada en un acto de instalación ilegal esté amparada por la presunción de legalidad, en otras palabras, la posesión en una sesión de instalación inválida por mandato legal, no puede producir efecto alguno. Por lo anterior se revocará el fallo apelado en cuanto declaró probada la excepción de cosa juzgada y en su lugar se declarará que ésta no fue probada; al quedar todos los demandados en la misma situación de no haber tomado posesión de manera legal, se confirmará la sentencia apelada en cuanto decretó la pérdida de investidura de concejal de los señores ELKIN DE ARCO VIERA, URIEL ALIRIO GIRALDO GARCÍA, JORGE LUIS MARTÍNEZ RAMIREZ Y JORGE EMIRO REYES PÁEZ y se complementará decretando la pérdida de investidura de concejal de los señores CANDELARIA CORREA ROJO, LAURENT MATUTE LÓPEZ, OLGA MARINA TORO TORRES, GILBERTO ANTONIO TORRES ESPITIA Y DAGOBERTO VACUNARES JIMÉNEZ.

FUENTE FORMAL: LEY 136 DE 1994 – ARTICULO 24

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCION PRIMERA

Consejera ponente: MARTHA SOFIA SANZ TOBON

Bogotá, D.C., quince (15) de octubre de dos mil nueve (2009)

Radicación número: 05001-23-31-000-2008-00855-01(PI)

Actor: MARTHA CECILIA CRUZ CARDONA

Demandado: CANDELARIA CORREA ROJO, ELKIN DE ARCO VIERA, URIEL ALIRIO GIRALDO GARCIA, JORGE LUIS MARTINEZ RAMIREZ, LAURENT MATUTE LOPEZ, JORGE EMIRO REYES PAEZ, OLGA MARINA TORO TORRES, GILBERTO ANTONIO TORRES ESPITIA Y DAGOBERTO VACUNARES JIMENEZ

Referencia: APELACION SENTENCIA. PERDIDA DE INVESTIDURA DE CONCEJAL

Procede la Sala a decidir el recurso de apelación interpuesto por las partes contra la sentencia de fecha 10 de diciembre de 2008 proferida por el Tribunal Administrativo de Antioquia, por medio de la cual declara probada la excepción de cosa juzgada frente a los concejales **CANDELARIA CORREA ROJO, LAURENT MATUTE LÓPEZ, OLGA MARINA TORO TORRES, GILBERTO ANTONIO TORRES ESPITIA, Y DAGOBERTO VACUNARES JIMENEZ** y se decretó la pérdida de investidura de los señores **ELKIN DE ARCO VIERA, URIEL ALIRIO GIRALDO GARCÍA, JORGE LUIS MARTÍNEZ RAMÍREZ, JORGE EMIRO REYES PÁEZ**, como concejales del municipio de Apartadó.

ANTECEDENTES

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

La señora Martha Cecilia Cruz Cardona, por medio de apoderado, en ejercicio de la acción contemplada en la Ley 617 de 2000, solicitó al Tribunal Administrativo de Antioquia, decretar la pérdida de la investidura de los concejales demandados.

Los hechos de la demanda

La parte demandante manifestó que el día 28 de octubre de 2007 fueron elegidos 17 concejales en el municipio de Apartadó para el periodo 2008-2011, entre ellos los demandados.

Relató que el 2 de enero de 2008 acudieron a las instalaciones del Concejo Municipal de Apartadó 8 de los concejales elegidos a saber: Alfredo Baguet Bohórquez, Enoc Córdoba Rivas; John Jairo flórez Jiménez; Nelson Ospina Gómez, Héctor Rangel Palacios Rodriguez, René Augusto Patiño Vargas, Adolfo David Romero Benítez y Oscar de Jesús Sánchez Benítez con el fin de asistir a la instalación y posesión del Concejo de ese municipio, tal como lo señalan los artículos 35 y 29 de la Ley 136 de 1994, el artículo 17 del Acuerdo N° 83 de 2000 y el artículo 18 parágrafo del Acuerdo N° 094 de 2003, reglamentos internos del Concejo Municipal de Apartadó.

Que todos los concejales electos estaban advertidos de que el acto de instalación del concejo estaba programado para el 2 de enero y que no es coincidencia que los 9 concejales que no se presentaron fueran de la coalición del alcalde quien tampoco se presentó, pero envió un oficio de fecha 2 de enero que fue leído por uno de los concejales que acudió a la instalación en el que manifestó que por motivos de fuerza mayor no podía asistir a la sesión de instalación pero lo haría el 3 de enero a las 3:00 pm;

Comentó que el artículo 18 del Acuerdo N° 083 de 2000 dispone que cuando se inicia cada periodo constitucional y los concejales estén reunidos para el acto de instalación si el Alcalde o su delegado no se presentan el Presidente hará la declaración de instalación pero que en todo caso la presencia del alcalde en la sesión de instalación es solamente una formalidad de protocolo; que la disposición idem señala que instalado el Concejo, el presidente provisional posesiona a los concejales tomándoles juramento; que el artículo 1° del Acuerdo N° 94 de 2003 por medio del cual se adicionó un parágrafo al artículo 18 mencionado señaló que la sesión inaugural del concejo se realizaría el “dos de enero” y que, la asistencia del alcalde no es necesaria para la posesión por cuanto el artículo 49 de la Ley 136 de 1994 dispone que ésta se hace ante el Presidente de la Corporación y en este caso había un presidente provisional elegido el 2 de enero para efectos de la instalación.

Señala que la primera sesión del primer periodo que debe hacerse dentro de los 10 primeros días de enero de acuerdo con lo establecido en el artículo 35 de la Ley 136 de 1994, no la convoca ni el Alcalde ni el Presidente del Concejo ni ningún otro servidor público, porque es la Ley la que convoca a esta primera sesión.

Relató que el día 3 de enero de 2008 se reunieron los 9 concejales que no se hicieron presentes en la instalación del día anterior, cuya pérdida de investidura se solicita, quienes en presencia del Alcalde OSWALDO CUADRADO SIMANCA “realizaron una nueva instalación” que denominaron “sesión inaugural” y se procedió a la posesión de dichos concejales, se eligió mesa directiva y luego se convocó para sesionar el 8 de enero.

Considera que por lo anterior, los demandados no se encuentran legalmente

posesionados y por ello están incurso en la causal de pérdida de investidura establecida en el artículo 48 de la Ley 617 de 2000 que dispone que los concejales perderán su investidura por no tomar posesión del cargo dentro de los 3 días siguientes a la fecha de instalación de las asambleas o concejos, según el caso o a la fecha en que fueren llamados a posesionarse.

Que por lo anterior en la actualidad ejercen 2 Concejos Municipales en el municipio de Apartadó; que el Consejo de Estado ha reiterado que el acto de instalación es único y por lo tanto el celebrado el 3 de enero es ilegal, pese a que se tomó las instalaciones del Concejo, cambiando las cerraduras del mismo y que como el alcalde ha sido parte de la situación les ha pagado honorarios.

Informó que los concejales que se posesionaron el 2 de enero sesionan con más de la cuarta parte de sus 17 miembros pero que no han tomado decisiones por falta de quórum.

Anotó que el artículo 24 de la Ley 136 de 1994 establece que toda reunión de miembros del Concejo que se realice fuera de las condiciones legales y reglamentarias, carecerá de validez y los actos que realicen no tienen ningún efecto y que en este caso la posesión de los concejales demandados es contraria a la Constitución Política, a la ley 136 de 1994 y al reglamento interno del Concejo, porque la posesión está indisolublemente ligada al acto de instalación.

En conclusión señaló que de conformidad con la Ley 136 de 1994, el reglamento interno del concejo de Apartadó, la sesión inaugural del concejo se debe realizar el 2 de enero.

Contestación de la demanda

La parte demandada, mediante apoderado, solicita que se nieguen las pretensiones de la demanda.

Considera que la Ley 136 de 1994 estableció que los concejos se instalarán dentro de los 10 días del mes de enero de correspondientes a la iniciación de sus periodos constitucionales y por lo tanto esta norma es el respaldo para que 9 concejales decidieran instalarse y posesionarse el 3 de enero de 2008 una vez el alcalde elevó la petición para hacerse ese día y fecha para la cual fueron

convocados y que por lo tanto no pueden existir 2 concejos municipales, sino que el legalmente establecido fue el que se instaló el 3 de enero, fecha en la cual se posesionaron, el que ha venido sesionando normal y pacíficamente en el recinto dispuesto para ello.

Considera que el concejo instalado el 2 de enero ni siquiera puede tomar decisiones porque no reúne el quórum requerido y que además en el fallo del 10 de julio proferido por el Tribunal Administrativo de Antioquia, resolvió decretar la pérdida de investidura de los señores **ENOC CÓRDOBA RIVAS, JOHN JAIRO FLOREZ JIMÉNEZ, NELSON OSPINA GÓMEZ, RENÉ AUGUSTO PATIÑO VARGAS, HÉCTOR RANGEL PALACIOS ORTIZ Y OSCAR DE JESÚS SANCHEZ BENITEZ** como concejales del municipio de Apartadó y por ello no es cierto que estén sesionando.

Propuso la parte demandada las siguientes excepciones:

- Ineptitud de la demanda por falta de requisitos formales por no acreditarse la calidad de concejal de cada uno de los demandados.
- De cosa juzgada porque la demandante en el presente proceso ya había demandado en acción de pérdida de investidura a los concejales Candelaria Correa Rojo, Laurent Matute López, Dagoberto Vacunares, Jorge Luis Martínez, Gilberto Antonio Torres Espitia y Olga Marina Toro Torres y mediante providencia del 19 de junio de 2008 el Tribunal Administrativo de Antioquia negó las súplicas de la demanda. En la presente además de los anteriores fueron demandados Elkin de Arco Viera, Uriel Alirio Giraldo García, Jorge Emiro Reyes Páez
- De mala fe y temeridad.
- Excepción de inexistencia de la causal porque la posesión del 3 de enero cumple con todos los requisitos de la posesión pues ello consta en una acta donde firma quien toma el juramento y quien se posesiona; que el 2 de enero no hubo instalación por falta de quórum decisorio.

Cita diferentes sentencias proferidas por la Sección Primera del Consejo de Estado, que considera que diferencian claramente entre el acto de instalación y el acto de posesión; que si bien es cierto que el reglamento del Concejo de Apartadó señala como fecha de instalación del Concejo de ese municipio el día 2 de enero, también lo es que la Ley 136 de 1994 autoriza para que se haga dentro de los 10 primeros días del mes de enero del primer año constitucional de inicio de

sesiones.

Audiencia Pública

El 19 de agosto de 2008 se llevó a cabo la audiencia pública consagrada en el artículo 10 de la Ley 144 de 1994; asistieron la Procuradora Judicial N° 31 ante el Tribunal Administrativo de Antioquia, la actora y su apoderado y el apoderado de la parte demandante.

El apoderado de la parte demandante insistió en los argumentos de la demanda. Sostiene que si bien en el proceso que culminó con el fallo del 9 de junio de 2008 se solicitó la pérdida de investidura de 5 de los nueve concejales, no puede alegarse respecto de aquellos la existencia de cosa juzgada teniendo en cuenta que en dicha sentencia el Tribunal manifestó que los documentos aportados no pudieron tenerse en cuenta porque fueron aportados en copias sin autenticar y que además dijo que no estaba probada la calidad de los demandados como concejales y sin embargo el a quo negó la pérdida de investidura de manera equivocada porque debió haberse inhibido de fallar aduciendo falta de legitimación en la causa por pasiva que es un presupuesto de la demanda y que además al no acreditarse la calidad de concejales, dicha demanda ni siquiera debió ser admitida por no cumplir los requisitos establecidos en la Ley 144 de 1994; que entonces el Tribunal no falló de fondo porque no analizó los hechos.

La señora agente del Ministerio Público manifiesta que comparte los argumentos de la parte actora en lo que tiene que ver con la excepción de cosa juzgada porque el fallo del 9 de junio de 2008 no fue de fondo; que la sesión inaugural celebrada el 2 de enero es perfectamente válida de conformidad con los artículos 35, 49 y 50 de la Ley 136 de 1994 en concordancia con el reglamento interno del concejo, pero que ello no obsta para que los otros concejales se hubieran posesionado válidamente el 3 de enero, porque la causal invocada en la demanda es la consagrada en el numeral 3 del artículo 48 de la Ley 617 de 2000 que dispone que se perderá la investidura por no tomar posesión dentro de los 3 días siguientes a la instalación, por lo que en su concepto las pretensiones de la demanda no están llamadas a prosperar, lo cual guarda concordancia con el fallo proferido por la Sala Plena del Tribunal Administrativo de Antioquia el 10 de julio de 2008, rad. 2008-00596 que le dio plena validez a las reuniones o a las sesiones del Concejo en las que participaron los 9 concejales demandados, tanto así que

declaró la pérdida de investidura de quienes no asistieron a dichas sesiones.

La parte demandada reitera los argumentos que presentó en la contestación de la demanda y recuerda que se han intentado 2 acciones de nulidad contra el acta N° 1 del 3 de enero de 2008 que da constancia de que se instalaron y posesionaron el 3 de enero de 2008, las cuales fueron rechazadas por los magistrados y que como actualmente cursa otra demanda en acción de nulidad contra la misma acta, el Presidente del Concejo Municipal solicitó compulsar copias a la Sala Disciplinario del Consejo Superior de la Judicatura Seccional Antioquia.

FALLO DE PRIMERA INSTANCIA

El Tribunal Administrativo de Antioquia declaró probada la excepción de cosa juzgada frente a los concejales **CANDELARIA CORREA ROJO, LAURENT MATUTE LÓPEZ, OLGA MARINA TORO TORRES, GILBERTO ANTONIO TORRES ESPITIA, Y DAGOBERTO VACUNARES JIMENEZ** y decretó la pérdida de investidura de los señores **ELKIN DE ARCO VIERA, URIEL ALIRIO GIRALDO GARCÍA, JORGE LUIS MARTÍNEZ RAMÍREZ Y JORGE EMIRO REYES PÁEZ**, como concejales del municipio de Apartadó.

En primer lugar se refirió a las excepciones propuestas por la parte demandada, así:

En relación con la excepción de inepta demanda advierte que a folio 12 consta mediante el acta de escrutinio debidamente autenticada, que sí se acreditó la calidad de los concejales electos y que a folios 13 a 15 se encuentra copia del acta N° 010 de la Registraduría Nacional del Estado Civil en la que consta la entrega de las credenciales y el recibo de las mismas; y que la demanda sí es clara en cuanto a la causal invocada.

Sobre la excepción de cosa juzgada que presenta la parte demandante el fallo consideró que si prosperaba porque la acción propuesta por la misma actora en el presente caso, señora Martha Cecilia Cruz Cardona, con radicado 2008 00217000, contra los concejales Candelaria Correa, Laurent Matute, Dagoberto Vacunares, Gilberto Antonio Torres Espitia y Olga Marina Toro Torres culminó con la sentencia del 19 de junio de 2008, negando las pretensiones de la demanda.

Que es preciso anotar que el artículo 15 de la Ley 144 de 1994 establece que todas las sentencias que se dicten en procesos de pérdida de investidura producen efectos de cosa juzgada y que no se podrán admitir la solicitud de pérdida de investidura en el evento de alegarse los mismos hechos que sirvieron de fundamento a las causales sobre las cuales ya se ha pronunciado; que en la demanda que dio origen a este proceso se invoca la misma causal, esto es que los arriba señalados no se posesionaron dentro de los 3 días siguientes a la fecha de instalación de los concejos y por lo tanto al versar la presente acción sobre el mismo objeto, la misma causa y los demandados son los mismos a los que se refirió el proceso fallado, opera la excepción de cosa juzgada y por lo tanto la conducta de los concejales Candelaria Correa, Laurent Matute, Dagoberto Vacunares, Gilberto Antonio Torres Espitia y Olga Marina Toro Torres ya fueron objeto de fallo en el que se negó la pérdida de investidura y por lo tanto no se puede revivir porque además se violaría el principio de doble incriminación. (no se apeló).

Por lo anterior la Sala entró a estudiar la procedencia de la acción de pérdida de investidura contra los concejales **ELKIN DE ARCO VIERA, URIEL ALIRIO GIRALDO GARCÍA, JORGE LUIS MARTÍNEZ RAMÍREZ, JORGE EMIRO REYES PÁEZ.**

Consideró que de conformidad con la legislación y la jurisprudencia que citó, el candidato electo debe tomar posesión del cargo a más tardar dentro de los 3 días siguientes a la instalación de la respectiva corporación pública y una vez transcurrido este término sin haber renunciado o tomado posesión del cargo, se genera la causal de pérdida de investidura, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 48 numeral 3 de la Ley 617 de 2000.

Anotó que el reglamento interno del Concejo de Apartadó – Acuerdo 083 de 2000, es coincidente con los artículos 23 y 35 de la Ley 136 de 1994 al señalar que el acto de instalación tendrá lugar el 2 de enero del año inmediatamente siguiente a la elección.

Que de las pruebas allegadas a la demanda y de los interrogatorios de parte absueltos (folios 401 a 414), se evidencia que, el acto de instalación del Concejo Municipal de Apartadó estaba programado para el día 2 de enero y que dicha

instalación fue legalmente válida y que por lo tanto no le asiste razón a los demandados al sostener que su posesión como concejales podía tener lugar durante los 10 primeros correspondientes al periodo de instalación y por consiguiente si pudieron haberlo hecho el 3 de enero y en todo caso posesionarse dentro de los 3 días siguientes a dicho acto de instalación.

Concluye que las pruebas demuestran que los demandados no se posesionaron dentro de los 3 días siguientes al 2 de enero de 2008 o sea en los días 3, 4, 5 y 6 de enero de 2008 y que la circunstancia alegada no constituye fuerza mayor como eximente de responsabilidad.

RECURSO DE APELACIÓN

Las partes inconformes con la decisión de primera instancia la impugnaron con los siguientes argumentos:

La parte demandante por medio de apoderado solicitó revocar parcialmente la sentencia para que en su lugar se declare la pérdida de investidura de los concejales **CANDELARIA CORREA ROJO, LAURENT MATUTE LÓPEZ, OLGA MARINA TORO TORRES, GILBERTO ANTONIO TORRES ESPITIA, Y DAGOBERTO VACUNARES JIMENEZ** y se confirme la pérdida de investidura de los señores **ELKIN DE ARCO VIERA, URIEL ALIRIO GIRALDO GARCÍA, JORGE LUIS MARTÍNEZ RAMÍREZ Y JORGE EMIRO REYES PÁEZ**, como concejales del municipio de Apartadó.

Argumentó que no podía prosperar la excepción de cosa juzgada por ausencia de identidad entre las partes, porque el artículo 15 de la Ley 144 señala que no se podrá admitir la solicitud de pérdida de investidura en el evento de alegarse los mismos hechos que sirvieron de fundamento a las causales invocadas, pero que sobre éstas nunca hubo una decisión de fondo, puesto que el Tribunal consideró que se negaban las pretensiones *“por no acreditarse la calidad de concejales de los demandados y las pruebas aportadas con la demanda fueron aportadas en copias sin autenticar”* (art. 4 Ley 144/94), luego se estaba ante una falta de legitimidad por pasiva dentro del expediente 2008 0021700.

Expresó que entonces el error del Tribunal es evidente, porque el magistrado ponente debió inadmitir la demanda y exigir que se allegaran las acreditaciones

respectivas (art. 7 ídem), pero la admitió “*sin demandados*” porque nunca adquirieron la calidad de partes y que en el presente proceso sí se acreditó la calidad de concejales tal como lo advirtió el mismo Tribunal.

Que por lo anterior nunca el Tribunal se pronunció sobre si hubo o no posesión de los demandados ni sobre la legalidad de la instalación y posesión realizada el 2 de enero de 2008, ni tampoco sobre la del día 3 del mismo mes y año, dentro del expediente 2008 0021700 que culminó con la sentencia del 19 de junio de 2008.

Comentó el apoderado que presentó apelación contra la citada sentencia sin conocer el fallo por la premura de tiempo, pero que una vez la conoció desistió del recurso para evitar dilaciones innecesarias y gastos a la justicia, con la convicción de que el fallo no se pronunció sobre el asunto de fondo y que por lo tanto no hubo cosa juzgada dentro del proceso radicado 2008 0021700, porque es claro que la demanda ni siquiera debió ser admitida y por lo tanto no se podía hacer pronunciamiento de fondo, como en efecto no se hizo.

Considera que por lo anterior, se debe hacer un estudio de fondo y que como la causal invocada y los hechos son idénticos para todos los demandados, teniendo en cuenta el principio de igualdad, todos los concejales demandados deben perder la investidura, porque sobre el caso ya se pronunció la Sección Primera del Consejo de Estado mediante fallo del 12 de febrero de 2009 expediente 2008 0059601 que revocó el fallo de primera instancia del Tribunal Administrativo de Antioquia que había declarado la pérdida de investidura de algunos concejales que se posesionaron el 2 de enero de 2008.

La parte demandada, por medio de apoderado consideró que la excepción de cosa juzgada debe prosperar a favor del concejal Jorge Luis Martínez Ramírez, porque la acción de pérdida de investidura radicada con el N° 2008 0021700 que pretendió la desinvestidura de los 9 concejales que supuestamente se instalaron el 3 de enero de 2008, si bien no se refirió a todos, sí fue expreso en señalar a 6 de ellos así: Candelaria Correa Rojo, Laurent Matute, Dagoberto Vacunares, **Jorge Luis**, Gilberto Antonio Torres Espitia y Olga Marina Toro y que si bien es cierto que no se dijeron sus apellidos es el único de los concejales que tiene ese nombre quien en el citado expediente fue nombrado, llamado y notificado y además contestó la demanda por medio del apoderado que representó a los demandados y que los representa en la presente instancia.

En relación con los otros 5 concejales demandados sobre los cuales prosperó la excepción de cosa juzgada, reitera que dentro del proceso 2008 0021700 la sentencia de fondo negó las súplicas de la demanda y quedó ejecutoriada, por lo que de conformidad con el artículo 13 de la Ley 144 de 1994, se le comunicó a la Mesa Directiva del Concejo del Municipio y al Alcalde del mismo y al Consejo Nacional Electoral.

Observa que la sentencia apelada no hace referencia a la excepción por mala fe y temeridad, que fue sustentada en la contestación de la demanda, por lo cual solicita que la conducta de la actora y de su apoderado sea valorada y analizada, porque pese a que existía cosa juzgada respecto de 6 de los concejales, solicitaron nuevamente su pérdida de investidura y porque el citado apoderado, pese a que el Tribunal Administrativo de Antioquia había rechazado la demanda de acción de nulidad de las actas 001 y 002 respectivamente del 3 y 8 de enero de 2008 proferidas por el Concejo Municipal de Apartadó (el que se posesionó el 3 de enero), en dos oportunidades más intentó de nuevo la misma acción, en representación de los demandantes que lo hicieron en la primera oportunidad.

Que por lo anterior, esta Corporación se debe pronunciar, porque el artículo 13 de la Ley 144 de 1994 en su artículo 13 dispone que cuando el Consejo de Estado advierta la posible comisión de hechos punibles o temeridad o mala fe en la acusación, la sentencia ordenará que se compulsen copias de toda la actuación a las autoridades competentes; que también el Código de Procedimiento Civil en su artículo 74 señala que cuando sea manifiesta la carencia de fundamento legal de la demanda se considera que existe mala fe o temeridad y que el Estatuto del Abogado -Ley 1123 de 2007 señala que son deberes del abogado prevenir litigios innecesarios y abstenerse de incurrir en actuaciones temerarias.

Solicita que se revoque la sentencia de primera instancia en lo atinente a la pérdida de investidura de los cuatro concejales a quienes se les decretó, Uriel Aliro Giraldo, Jorge Luis Martínez Ramírez, Elkin de Arco Viera y Jorge Emiro Reyes Páez y en lo demás se confirme, porque éstos, como los demás demandados en la presente acción, se posesionaron dentro de los 3 días siguientes a la fecha de instalación, así sea que en gracia de discusión se considere que ésta se realizó el 2 de enero.

Que además el Concejo Municipal ha venido sesionando normalmente durante el año 2008 y prueba de ello son los acuerdos que se han discutido y aprobado los cuales gozan de presunción de legalidad; que los 9 concejales demandados se posesionaron el 3 de enero son los que vienen sesionando y que al grupo se unieron 3 concejales de los que se posesionaron el 2 de enero, por lo que tienen la mayoría para decidir.

Finalmente indica que el municipio de Apartadó es de categoría 4 y el reglamento del Consejo - Acuerdo 083 de 2000 se aprobó cuando el municipio era categoría 2, lo cual en su criterio afecta considerablemente la posición jurídica del a quo.

ALEGATO DEL PROCURADOR

El Procurador Primero Delegado ante el Consejo de Estado solicita revocar el numeral 1° de la sentencia apelada y en su lugar decretar la pérdida de investidura de los concejales: Candelaria Correa Rojo, Laurent Matute López, Olga Marina Toro Torres, Gilberto Antonio Torres Espitia y Dagoberto Vacunares Jiménez. Considera que los fundamentos de la apelación interpuesta por el actor están llamados a prosperar, no así los argumentos expuestos por la parte accionada porque los demandados no tomaron posesión dentro del término de ley y tampoco alegaron una causal de fuerza mayor que los exima de este deber.

Sobre la excepción de cosa juzgada considera que, si bien el objeto y la causal alegada coinciden, la decisión del Tribunal, de manera antitécnica, negó la solicitud de pérdida de investidura, por no haberse acreditado la calidad de los demandados, lo cual constituye un presupuesto de la demanda que debió corregirse en la oportunidad procesal correspondiente y que al no suplirse daba lugar a un fallo inhibitorio por ineptitud sustantiva de la demanda; que no hubo pronunciamiento de fondo.

Considera que el yerro en que incurrió el Tribunal no puede generar una violación al principio de igualdad, disponiendo declarar cosa juzgada respecto de unos concejales y respecto de otros declarar probada la causal de pérdida de investidura a pesar de partir de un mismo supuesto de hecho, cuando debe aplicarse la misma consecuencia jurídica.

Que por lo anterior debe revocarse el numeral 1° de la sentencia recurrida.

Sobre la causal alegada, precisa que dentro de los lineamientos normativos y jurisprudenciales, es irrelevante la convocatoria y asistencia que efectúe el alcalde para la posesión de los concejales.

Teniendo en cuenta la sentencia proferida por esta Sección, el 12 de febrero de 2009, concluye que al no revestir el carácter de sesión de instalación la efectuada por los concejales el 3 de enero de 2009, la posesión efectuada en ella no produjo efecto alguno, lo que significa que los concejales demandados no tomaron posesión legalmente y en consecuencia al no haber alegado y demostrado una causal de fuerza mayor que justificara tal proceder, incurrieron en causal de pérdida de investidura.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

A. Competencia.

De conformidad con el párrafo 2° del artículo 48 de la Ley 617 de 2000 y el artículo 1, numeral 5° 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, corresponde a esta Sala decidir la apelación de los fallos sobre pérdida de investidura de los Diputados, Concejales y Ediles; por ello conocemos de los recursos de apelación interpuestos por las partes contra el fallo por medio del cual declara probada la excepción de cosa juzgada frente a los concejales **CANDELARIA CORREA ROJO, LAURENT MATUTE LÓPEZ, OLGA MARINA TORO TORRES, GILBERTO ANTONIO TORRES ESPITIA, Y DAGOBERTO VACUNARES JIMENEZ** y se decretó la pérdida de investidura de los señores **ELKIN DE ARCO VIERA, URIEL ALIRIO GIRALDO GARCÍA, JORGE LUIS MARTÍNEZ RAMÍREZ, JORGE EMIRO REYES PÁEZ**, como concejales del municipio de Apartadó.

En primer lugar la Sala procede analizar si la excepción de cosa juzgada se encuentra probada.

La Ley 144 de 1994 que regula el procedimiento especial para la acción constitucional de pérdida de investidura y que se aplica a los concejales en virtud del artículo 55 de la Ley 136 de 1994¹, dispone en su artículo 15:

“No se podrá admitir solicitud de pérdida de investidura de un congresista (en este caso concejal) en el evento de alegarse los mismos hechos que sirvieron de fundamento a las causales sobre las cuales ya se ha pronunciado el Consejo de Estado (en este caso el respectivo Tribunal Administrativo²). Todas las sentencias en estos procesos producen efectos de cosa juzgada”.

Sobre la cosa juzgada la Corte Constitucional mediante sentencia C-247 de 1995³ que revisó la constitucionalidad de la Ley 144 de 1994 señaló:

*“Es entendido que el carácter de la cosa juzgada solamente lo tienen las providencias que han entrado a definir el fondo de la cuestión planteada, razón por la cual no puede afirmarse que cuando el Consejo de Estado profiera decisión inhibitoria haya sido juzgado el caso del congresista respecto de quien se pide la pérdida de investidura. Precisamente, en tales casos nada se ha resuelto, de lo cual se desprende que es posible iniciar nueva actuación sin que se quebranten los principios de cosa juzgada y **"non bis in idem"**.*

El Consejo de Estado sobre la institución de la cosa juzgada ha dicho:

“La cosa juzgada es un efecto de la sentencia firme, que consiste en la imposibilidad de dictar una nueva sentencia sobre el mismo objeto y por la misma causa planteados en el primer proceso. El objeto es, en general, la situación jurídica sometida a decisión del juzgador. La causa son los hechos y fundamentos de derecho en que se apoya la pretensión.

¹ Artículo 55 de la Ley 136 de 1994: *“La pérdida de investidura será decretada por el Tribunal de lo Contencioso Administrativo de la respectiva jurisdicción, siguiendo el procedimiento establecido para los congresistas en lo que corresponda”*

² Artículo 48 de la Ley 617 de 2000: *“Los Diputados y concejales municipales y distritales y miembros de juntas administradoras locales perderán su investidura:
Parágrafo 2: 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 La segunda instancia se surtirá ante la Sala o Sección del Consejo de Estado”*

³ Magistrado Ponente: Dr José Gregorio Hernández.

....

De suerte que para que existiese cosa juzgada sería preciso, al tenor de lo dispuesto en el artículo 15 de la Ley 144, que en el primer proceso también se hubiese solicitado la pérdida de investidura y que el Consejo de Estado ya se hubiese pronunciado sobre «las causales» fundadas en los mismos hechos, causales que no pueden ser otras que las de pérdida de investidura».⁴

Del proceso radicado con el N° 2008 00217 00 que culminó con la sentencia del 19 de junio de 2008 del Tribunal Administrativo de Antioquia (folio 144 y ss), se tiene que:

- Tuvo como demandados a CANDELARIA CORREA ROJO, LAURENT MATUTE LÓPEZ, DAGOBERTO VACUNARES JIMÉNEZ, JORGE LUIS, GILBERTO ANTONIO TORRES ESPITIA Y OLGA MARINA TORO, sobre quienes no se estableció su calidad de concejales para el periodo constitucional 2008 – 2011; además el Tribunal al no haber identificado a Jorge Luis sólo consideró a los demás.

- Los hechos consistieron en que el día 2 de enero de 2008 el Presidente Provisional instaló el concejo del municipio de Apartadó de conformidad con lo dispuesto por el artículo 49 de la Ley 136 de 1994 y el artículo 18 del Reglamento Interno del Consejo, a la cual asistieron 8 concejales de los 17 elegidos quienes tomaron posesión del cargo en esa fecha; el 3 de enero de 2008, en ausencia de los concejales posesionados el día anterior, se reunieron los 9 concejales que no se hicieron presentes en el acto de instalación y realizaron una nueva instalación.

- La causal alegada que se invocó para solicitar la pérdida de investidura es la prevista en el numeral 3 del artículo 48 de la ley 617 de 2000, esto es, por no tomar posesión del cargo dentro de los 3 días siguientes a la fecha de instalación del concejo.

- El objeto de la demanda es que se decrete la pérdida de investidura de los demandados.

- La sentencia que se considera hizo tránsito a cosa juzgada resolvió negar las pretensiones de la demanda porque no se acreditó la calidad de “concejal” de

⁴ Sentencia del 5 de marzo de 2002; rad. 2001 – 0199 01; Sala Plena de lo Contencioso Administrativo; M.P. Dr Camilo Arciniegas Andrade.

cada uno de los demandados y los documentos que se anexaron en la contestación de la demanda se aportaron extemporáneamente y en copia simple. No se pronunció de fondo.

En el presente caso se tiene que:

- Los demandados son **CANDELARIA CORREA ROJO**, ELKIN DE ARCO VIERA, URIEL ALIRIO GIRALDO GARCÍA, **JORGE LUIS MARTÍNEZ RAMÍREZ**, **LAURENT MATUTE LÓPEZ**, JORGE EMIRO REYES PÁEZ, **OLGA MARINA TORO TORRES**, **GILBERTO ANTONIO TORRES ESPITIA**, Y **DAGOBERTO VACUNARES JIMENEZ**, sobre quienes se demostró fueron elegidos concejales del municipio de Apartadó para el periodo 2008-2011.

- Los hechos consistieron en que el día 2 de enero de 2008 el Presidente Provisional instaló el concejo del municipio de Apartadó de conformidad con lo dispuesto por el artículo 49 de la Ley 136 de 1994 y el artículo 18 del Reglamento Interno del Consejo, a la cual asistieron 8 concejales de los 17 elegidos quienes tomaron posesión del cargo en esa fecha; el 3 de enero de 2008, en ausencia de los concejales posesionados el día anterior, se reunieron los 9 concejales que no se hicieron presentes en el acto de instalación y realizaron una nueva instalación.

- La causal alegada que se invocó para solicitar la pérdida de investidura es la prevista en el numeral 3 del artículo 48 de la ley 617 de 2000, esto es, por no tomar posesión del cargo dentro de los 3 días siguientes a la fecha de instalación del concejo.

- El objeto de la demanda es que se decrete la pérdida de investidura de los demandados.

- La sentencia que es la que aquí se apela, resolvió que respecto de los concejales CANDELARIA CORREA ROJO, LAURENT MATUTE LÓPEZ, OLGA MARINA TORO TORRES, GILBERTO ANTONIO TORRES ESPITIA, Y DAGOBERTO VACUNARES JIMENEZ, prospera la excepción de cosa juzgada, lo cual indica en principio que se debe estar a lo ya resuelto en la sentencia del 19 de junio de 2008, esto es que al negar las pretensiones de la demanda no perdieron su investidura. Respecto de los demás demandados, a saber: ELKIN DE

ARCO VIERA, URIEL ALIRIO GIRALDO GARCÍA, JORGE EMIRO REYES PÁEZ y JORGE LUIS MARTÍNEZ RAMÍREZ, decretó la pérdida de investidura.

Dentro del contexto anterior, si bien coinciden en las dos demandas los demandados CANDELARIA CORREA ROJO, LAURENT MATUTE LÓPEZ, OLGA MARINA TORO TORRES, GILBERTO ANTONIO TORRES ESPITIA, Y DAGOBERTO VACUNARES JIMENEZ y el objeto y la causal alegada, no se dan los presupuestos de la cosa juzgada por cuanto, la sentencia del 19 de junio de 2008 no hizo un estudio de fondo de la causal alegada y como bien lo señala el Agente del Ministerio público, el fallo de manera antitécnica negó la pérdida de investidura por no haberse acreditado la calidad de los concejales, lo cual es presupuesto de la demanda que pudo ser corregida en la oportunidad procesal correspondiente y que al no suplirse daba lugar a un fallo inhibitorio.

Al tenor del artículo 228 de la Constitución Política que establece como principio de la administración de justicia la prevalencia del derecho sustancial y teniendo en cuenta que la sentencia de la cual se predica cosa juzgada no se pronunció sobre el fondo de la causal planteada, la Sección revocará el numeral 1° de la sentencia recurrida.

Por las razones anteriores no es viable predicar mala fe o temeridad por parte de la actora, pues al no haber pronunciamiento de fondo, resultaba procedente volver a promover la acción pública de pérdida de investidura.

Conforme a lo explicado y en la medida en que las partes demandante y demandada apelaron la sentencia del 10 de diciembre de 2008, la Sala se pronunciará sobre la causal alegada en relación con todos los demandados en el presente proceso.

Debe la Sala dilucidar si los concejales demandados, que se posesionaron el día 3 de enero de 2008 en las instalaciones del Concejo Municipal de Apartadó, incurrieron en causal de pérdida de investidura, para lo cual se tendrán en cuenta, en lo pertinente, las consideraciones que tuvo en la sentencia del 12 de febrero del presente año⁵ en la cual se pronunció sobre la acción de pérdida de investidura incoada por la Mesa Directiva del Concejo Municipal de Apartadó contra los

⁵ Sección Primera, 12 de febrero de 2009, ref. 2008 00596 01 (PI); M.P. Dra Martha Sofía Sanz Tobón.

concejales que instalaron el Concejo el 2 de enero de 2008 y se posesionaron el mismo día; este fallo revocó la sentencia del 10 de julio de 2008 proferida por el Tribunal Administrativo de Antioquia que decretó la pérdida de investidura de los demandados, para en su lugar, denegar las pretensiones de la demanda.

La citada sentencia dispuso, entre otras, que:

“Dado que lo que se discute es si los aquí demandados incurrieron en causal de pérdida de investidura, la Sala no entrará a analizar los hechos y circunstancias relacionadas con las sesiones que se iniciaron el 3 de enero por parte de los otros concejales que se posesionaron en esta fecha y en el presente caso no se está analizando su conducta ni las circunstancias en que se posesionaron sino la de los aquí demandados”.

Se hace la anterior precisión, porque no necesariamente el hecho de que los concejales que se instalaron y posesionaron el 2 de enero de 2008 no hubieran perdido la investidura, conlleve a que los aquí demandados la pierdan, porque es necesario hacer el estudio de fondo respectivo.

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

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 al régimen de incompatibilidades o del 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 la inasistencia en un mismo periodo de sesiones a cinco (5) reuniones plenarias o de comisión en las que se voten proyectos de ordenanza o acuerdo, según el caso.*
- 3. **Por no tomar posesión del cargo dentro de los tres (3) días siguientes a la fecha de instalación de las asambleas o concejos, según***

el caso, o a la fecha en que fueren llamados a posesionarse.

4. Por indebida destinación de dineros públicos.

5. Por tráfico de influencias debidamente comprobado.

Por las demás causales expresamente previstas por la ley.

Parágrafo 1°. Las causales 2° y 3° **no tendrán aplicación cuando medie fuerza mayor.**

Sobre la causal endilgada contenida en el numeral 3 transcrito, la Sección ha reiterado que el acto de posesión no requiere citación y que la instalación es un acto que se celebra por una sola vez, al iniciarse el periodo constitucional. Ha dicho la Sala:

“Como lo precisó la Sala en sentencia que resolvió sobre la misma causal la posesión es el acto de prestar ante el funcionario el juramento que ordena el artículo 122 de la Constitución Política. De este acto da fe un acta, suscrita por quien toma el juramento y quien lo pronuncia. Sin esta solemnidad no se puede entrar a servir ningún cargo. La posesión es una declaración de voluntad administrativa, que tiene consecuencias jurídicas. Así mismo precisó que la instalación es un acto de la Corporación como tal y que se celebra por una sola vez, al iniciarse el período constitucional. A su turno, la iniciación del período de sesiones supone el acto de instalación en que debieron posesionarse sus miembros. En cuanto a la eficacia de la sesión del 2 de enero de 2004 que el demandado inválida, la Sala reitera lo expresado en la citada sentencia del 27 de abril de 2006⁶, en el sentido de que así se hubiese probado que el acto de instalación no fue precedido de citación, no por ello se invalidaría la sesión”⁷.

Sobre la fecha en que debe realizarse la fecha de instalación de los Concejos Municipales la Sala reitera lo expresado en la sentencia del 17 de mayo de 2002, rad. 15001-23-31-000-2001-0419-01(7850), M.P. Dra Olga Inés Navarrete, en la cual se dijo:

“Al respecto, encuentra la Sala que de acuerdo con lo prescrito en el artículo 23 de la Ley 136 de 1994 los concejos municipales deben instalarse en la primera sesión y que sesionan ordinariamente en

⁶ Sentencia del 27 de abril de 2006. Sección Primera. Exp. 2004-0059, C.P. Dr Camilo Arciniegas Andrade.

⁷ Sentencia del 1° de febrero de 2007, exp. 2005-00445.

determinadas épocas según la categoría en que se encuentre clasificado el respectivo municipio así:

En los municipios de categoría especial, primera y segunda categoría, el primer periodo será en el primer año de sesiones, **del dos de enero posterior a la elección**, al último día del mes de febrero del respectivo año; el segundo y tercer año de sesiones tendrán como primer período el comprendido entre el primero de marzo y el treinta de abril.

....

Los concejos de los municipios clasificados en las demás categorías sesionaron ordinariamente en la cabecera municipal y en el recinto señalado oficialmente para tal efecto, por derecho propio, cuatro veces al año y máximo una vez por día, así: febrero, mayo, agosto y noviembre.

De manera que existen diferencias en cuanto al número de sesiones ordinarias y épocas de las mismas en tratándose de concejos municipales correspondientes a municipios clasificados en categorías especial, primera y segunda categoría, y los municipios clasificados en las demás categorías, **más no en cuanto a la fecha en que deben instalarse los concejos municipales, fecha que debe ser acorde con la obligación de elegir, dentro de los diez primeros días del mes de enero, los funcionarios cuya elección corresponde al Concejo, tales como personero municipal y secretario de la corporación y que, por lo mismo, es uniforme para todos los concejos municipales, independientemente de la categoría a la que pertenezca el respectivo municipio.**

Si bien se indica en la norma que los primeros deben reunirse, por derecho propio y máximo una vez al día, seis meses al año; para los segundos, cuatro meses al año, y que para los primeros indica en qué momento se instala el Concejo, es decir, cuándo debe entrar a sesionar en el primer período correspondiente al primer año de sesiones y cuándo entran a sesionar en el segundo y tercer año, y, además, cuándo empiezan y terminan las sesiones correspondientes al segundo y al tercer período, no lo es menos que en relación con los municipios clasificados en categorías diferentes a las citadas, no se hace la distinción de la primera sesión correspondiente al primer año de labores de las correspondientes a los segundo y tercer año. Tampoco indica las fechas de iniciación y de

terminación de dichas sesiones, solo indica los meses en que deben sesionar.

Así las cosas, cabe la pregunta de cuándo se debe instalar el Concejo municipal que corresponde a un municipio clasificado en las demás categorías distinta de la especial y de la primera y segunda, pues, de otra parte, el artículo 35 de la Ley 136 de 1994 señala que los concejos se instalarán y elegirán a los funcionarios de su competencia en los primeros diez días del mes de enero correspondiente a la iniciación de sus períodos constitucionales, previo señalamiento de fecha con tres días de anticipación sin distinguir categorías de municipios, por lo que, entiende la Sala, la fecha en que debe hacerse la instalación de los concejos es la que indica el artículo 35; para los municipios de las categorías indicadas se instalan el 2 de enero del primer año siguiente a la fecha de la elección y dentro de los primeros diez días del mes de enero deben proceder a elegir funcionarios de su competencia.

Por lo tanto, la fecha de instalación de todos los concejos municipales está unificada, pues el artículo 35 de la Ley 136 de 1994 no hizo distinción alguna; tampoco, como ya se anotó, aparece regulación especial en el artículo 23 ibídem para los concejos correspondientes a municipios clasificados en las demás categorías, pues allí solo se especifican los cuatro meses del año en que deben sesionar ordinariamente y no la fecha de su instalación que debe corresponder, obviamente, al primer año de sesiones luego de efectuadas las elecciones”.

Lo anterior indica que la Ley 136 de 1994 no ha sido específica en cuanto a la fecha en la cual deben instalarse los Concejos Municipales y que por lo tanto la Sala interpretando de manera armónica de los artículos 23 y 35 de la citada ley, ha considerado que la instalación de todos los concejos está unificada y debe hacerse el 2 de enero del año siguiente a la elección, salvo fuerza mayor o caso fortuito y en todo caso dentro de los 10 primeros días, como lo manifestó esta Sección en sentencia del 28 de abril de 2005, rad. 76001-23-31-000-2004-00774-01(PI), M.P. Dr Camilo Arciniégas Andrade. Se expresó en la providencia:

“La instalación de los concejos municipales, según el artículo 35 de la Ley 136 de 1994, debe realizarse dentro de los diez (10) primeros días del mes

de enero del año siguiente a la elección. Este término rige para todos los municipios, sin atender a sus categorías”.

Y en sentencia del 27 de abril de 2006, rad. 23001-23-31-000-2004-00059-02(PI) del mismo ponente antes mencionado se expresó:

“El señalamiento de fecha con tres días de anticipación a que se refiere el artículo 35 de la Ley 136 se predica de la sesión en que, tras instalarse, los concejos elegirán a los funcionarios de su competencia dentro de los primeros diez días del mes de enero correspondiente a la iniciación de sus períodos constitucionales”.

Los demandados realizaron una nueva instalación del Concejo el 3 de enero de 2008, la cual no es válida, porque, se reitera, el acto de instalación es único y por lo tanto se debe tener como válida la realizada el 2 de enero de 2009 por 8 concejales que además se posesionaron ese día; es de tener en cuenta que el reglamento interno del concejo municipal de Apartadó, en observancia de la ley, tenía fijado el 2 de enero como fecha de instalación.

Ahora bien, si tenemos en cuenta que el artículo 24 de la Ley 136 de 1994 dispone *“toda reunión de miembros del concejo que con el propósito de ejercer funciones propias de la corporación, se efectúe por fuera de las condiciones legales o reglamentarias, carecerá de validez y los actos que realicen no podrá dársele efecto alguno, y quienes participen en las deliberaciones serán sancionados conforme a las leyes”*, no puede afirmarse que la posesión de los aquí demandados realizada en un acto de instalación ilegal esté amparada por la presunción de legalidad, en otras palabras, la posesión en una sesión de instalación inválida por mandato legal, no puede producir efecto alguno.

Por lo anterior se revocará el fallo apelado en cuanto declaró probada la excepción de cosa juzgada y en su lugar se declarará que ésta no fue probada; al quedar todos los demandados en la misma situación de no haber tomado posesión de manera legal, se confirmará la sentencia apelada en cuanto decretó la pérdida de investidura de concejal de los señores ELKIN DE ARCO VIERA, URIEL ALIRIO GIRALDO GARCÍA, JORGE LUIS MARTÍNEZ RAMIREZ Y JORGE EMIRO REYES PÁEZ y se complementará decretando la pérdida de investidura de concejal de los señores CANDELARIA CORREA ROJO, LAURENT MATUTE

LÓPEZ, OLGA MARINA TORO TORRES, GILBERTO ANTONIO TORRES
ESPITIA Y DAGOBERTO VACUNARES JIMÉNEZ

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

F A L L A :

DECLÁRASE no probada la excepción de cosa juzgada.

CONFÍRMASE la sentencia del 10 de diciembre de 2008, proferida por el Tribunal
Administrativo de Antioquia, que decretó la pérdida de investidura de los señores
ELKIN DE ARCO VIERA, URIEL ALIRIO GIRALDO GARCÍA, JORGE LUIS
MARTÍNEZ RAMIREZ Y JORGE EMIRO REYES PÁEZ, como concejales del
municipio de Apartadó.

DECLÁRASE la pérdida de investidura de los señores CANDELARIA CORREA
ROJO, LAURENT MATUTE LÓPEZ, OLGA MARINA TORO TORRES, GILBERTO
ANTONIO TORRES ESPITIA Y DAGOBERTO VACUNARES JIMÉNEZ, como
concejales del mismo municipio.

OFÍCIESE a la Procuraduría General de la Nación a fin de dar cumplimiento a lo
establecido en el artículo 174 de la Ley 734 de 2002.

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.

MARÍA CLAUDIA ROJAS LASSO
Presidenta

MARCO ANTONIO VELILLA MORENO
(ausente con permiso)

MARTHA SOFÍA SANZ TOBÓN

RAFAEL E. OSTAU DE LAFONT PIANETA