



Función Pública

Sentencia 00089 de 2018 Consejo de Estado

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCIÓN PRIMERA

CONSEJERO PONENTE: OSWALDO GIRALDO LÓPEZ

Bogotá, D. C., primero (1) de febrero de dos mil dieciocho (2018)

Rad. No.: 66001-23-33-000-2017-00089-01

Actor: DANIEL SILVA ORREGO

Demandado: JORGE LIBARDO MONTOYA ÁLVAREZ

Referencia: MEDIO DE CONTROL DE PÉRDIDA DE INVESTIDURA- APELACIÓN.

Tesis: Incurrir en causal de pérdida de investidura por violación al régimen de conflicto de intereses, el concejal que participa en la elección de un contralor municipal y vota favorablemente por el elegido, cuando al mismo tiempo se abrió en su contra un proceso de responsabilidad fiscal, si aquel argumentó que su voto se produjo porque estaba convencido de su inocencia en el proceso fiscal.

Fuentes: Artículos 55-2 y 70 Ley 136 de 1994 y 48-1 Ley 617 de 2000.

La Sala decide el recurso de apelación interpuesto de manera oportuna por la parte demandada en contra de la sentencia del 14 de marzo de 2017, mediante la cual el Tribunal Administrativo de Risaralda declaró la pérdida de investidura del señor Jorge Libardo Montoya Alvarez, concejal del Municipio de Dosquebradas, para el período constitucional 2016-2019.

I.- SINTESIS DEL CASO

1.1.- La causal de pérdida de investidura invocada¹

El ciudadano Daniel Silva Orrego, obrando en nombre propio, solicitó que se decretara la pérdida de la investidura del demandado, por participar

en la elección del señor Fernán Alberto Cañas López como Contralor municipal de Dosquebradas- Risaralda para el periodo 2016-2019, cuando en su contra se adelantaba un proceso de responsabilidad fiscal que conocía el mismo ente de control y por ello incurrió en la causal prevista en el numeral 2 del artículo 55 y en el artículo 70 de la Ley 136 del 2 de junio de 1994,² en consonancia con el numeral 1 del artículo 48 de la Ley 617 del 6 de octubre de 2000³, por violación del régimen de conflicto de intereses.

1.2.- Los hechos que dan sustento a la causal alegada

Mediante auto nro. 016-2014 proferido el 17 de febrero de 2014, el Director Operativo de Responsabilidad Fiscal de la Contraloría Municipal de Dosquebradas, dio apertura al proceso de responsabilidad fiscal nro. 008-2014 en contra del señor Jorge Libardo Montoya Álvarez y otros, el cual le fue notificado a este el 21 de febrero del mismo año, quien rindió versión libre el 25 de marzo de 2014.

El 25 de octubre de 2015, el señor José Libardo Montoya Álvarez fue elegido Concejal del Municipio de Dosquebradas y tomó posesión de su cargo el 2 de enero de 2016.

En auto nro. 011A -2016 del 9 de febrero de 2016, la Directora Operativa de Responsabilidad Fiscal remitió el proceso nro. 008-2014 al Contralor Municipal, auto que fue notificado a las partes el 10 de febrero del mismo año.

Por auto nro. 012-2016 del 15 de febrero de 2016, el Contralor Municipal (E) de Dosquebradas continuó el trámite del proceso y se pronunció sobre las objeciones formuladas por el señor Jorge Libardo Montoya Álvarez y otros investigados respecto del dictamen pericial practicado en el proceso, del cual se notificó el señor Montoya el 22 de febrero del mismo año.

El Concejo Municipal de Dosquebradas en sesión ordinaria del 29 de febrero de 2016 eligió al señor Fernán Alberto Cañas López como Contralor Municipal de Dosquebradas periodo 2016-2020, (sic) quien tomó posesión de su cargo el mismo día de su elección.

Por escrito presentado el mismo 29 de febrero de 2016, el señor Jorge Libardo Montoya Álvarez y otros investigados, formularon recurso de reposición contra el auto nro. 012-2016, el cual fue resuelto por auto nro. DC 009-2017 del 7 de marzo del mismo año, decisión que se le comunicó al interesado el 10 de marzo adiado.

Mediante auto nro. DC 010-2016 del 17 de marzo de 2016, el Contralor Municipal de Dosquebradas decidió archivar las diligencias a favor del señor Jorge Libardo Montoya Álvarez, en el proceso de responsabilidad fiscal nro. 008-2014, notificado personalmente al señor Montoya el 28 de marzo de 2016.

2.- Contestación de la demanda por parte del Concejal Jorge Libardo

Montoya Álvarez:

En la oportunidad procesal correspondiente mediante apoderado judicial, el concejal contestó la demanda y se opuso a las pretensiones, exponiendo como razones de defensa:⁴

Que el señor Jorge Libardo Montoya no podía ser vinculado a la investigación fiscal por no ser gestor fiscal, esto es, ordenador del gasto.

Consideró que tampoco incurrió en conducta de la que se pueda predicar que haya actuado a título de dolo o culpa y, por el contrario, el 29 de febrero de 2016 ejerció el deber legal y constitucional que le correspondía al elegir a la persona que desempeñaría el cargo de contralor.

Agregó que no pretendió obtener ningún beneficio ya que siempre consideró que la conducta que se le endilgaba era atípica y el error lo había cometido la contraloría a través de su director operativo, que al realizar una auditoría y verificar el pago de unos intereses moratorios en el Municipio de Dosquebradas lo vinculó al proceso de responsabilidad fiscal como presunto responsable de un detrimento patrimonial, cuando no tenía manejo o dirección de los recursos del municipio ni era ordenador del gasto, lo que en última instancia corrigió y acreditó la Contraloría Municipal de Dosquebradas.

Propuso como excepción de fondo la que denominó inexistencia de conflicto de intereses.

3.- La sentencia de primera instancia proferida por el Tribunal Administrativo de Risaralda⁵

La Sala Plena del Tribunal Administrativo de Risaralda, mediante providencia del 14 de marzo de 2017, declaró la pérdida de la investidura del señor Jorge Libardo Montoya Álvarez, como Concejal del Municipio de Dosquebradas, para el período constitucional 2016-2019.

El problema jurídico a resolver en este proceso, quedó planteado así:⁶

“[...] ¿se configura la causal de “conflicto de intereses” contemplada en el numeral 2º del artículo 55 de la Ley 136 de 1994, invocada por el accionante, señor Daniel Silva Orrego, frente al concejal del municipio de Pereira (sic) para el periodo 2016-2019, señor Jorge Libardo Montoya Alvarez, por haber participado en la elección del Contralor Municipal de Dosquebradas, mientras se encontraba en trámite un proceso de responsabilidad fiscal en su contra.”

[...]”

El Tribunal de instancia decidió el anterior problema manifestando que conforme a las actas de la sesión ordinaria del Concejo Municipal de Dosquebradas, el Concejal demandado participó en la sesión del 29 de febrero de 2016 donde fue elegido el Contralor Municipal de Dosquebradas y, en la medida en que no manifestó impedimento para participar en la elección hizo uso de su derecho al voto, pese a que se encontraba vinculado como presunto responsable en el proceso de responsabilidad fiscal radicado bajo el número P.R.F. nro. 016-2014, por haber pagado durante la vigencia de 2012 el Municipio de Dosquebradas la suma de \$9.113.456.18 por concepto de intereses moratorios, gastos no previstos que afectaron negativamente el patrimonio de la entidad y conforme a los hechos plasmados en el auto de apertura, se individualizaron los presuntos responsables, entre ellos, el señor Jorge Libardo Montoya Álvarez.

Analizó que conforme con el material probatorio obrante en el proceso, resultaba claro que el demandado, para la época de la elección del actual Contralor Municipal de Dosquebradas, era investigado dentro de un proceso de responsabilidad fiscal, que inició su trámite el Director Operativo de Responsabilidad Fiscal y Jurisdicción Coactiva, para después ser objeto de conocimiento e impulso procesal por el contralor encargado de la época y posteriormente el funcionario elegido; de donde se deduce que tenía un interés directo y no manifestó impedimento alguno para participar en dicha elección ni fue recusado, empero sí tomó la determinación de hacer uso del derecho al voto, dando el aval a favor del actual contralor.

En cuanto al elemento de culpabilidad a que se contrae la sentencia SU-424 de 2016 proferida por la Corte Constitucional, estimó que se configuraba el conflicto de interés, puesto que a pesar del conocimiento que tenía el concejal de la investigación de responsabilidad fiscal que se adelantaba en su contra, participó en la elección del contralor del ente territorial; por ende, no obstante las causales de impedimentos y recusaciones enderezó su voluntad hacía esa omisión, lo que hacía evidente e ineludible la culpabilidad, por lo que incurrió en la causal de pérdida de investidura señalada en la ley.

4.- El recurso de apelación presentado por el señor Jorge Libardo

Montoya Álvarez:⁷

Inconforme con la sentencia de primera instancia y dentro de la oportunidad procesal correspondiente, el demandado por conducto de su apoderado presentó recurso de apelación para que se revocara la providencia y, en su lugar, fueran denegadas las pretensiones de la demanda.

Sustentó su petición manifestando que el Tribunal de instancia dedujo una responsabilidad objetiva, con lo cual desconoció los parámetros jurisprudenciales trazados por la Corte Constitucional que como precedente obligan en casos como el presente.

Aseveró que el Tribunal concluyó que existía una recusación en contra de su poderdante lo cual no era cierto, pues el concejal no fue recusado para participar en la elección del Contralor ni existía prueba en el expediente en ese sentido.

Agregó que el concejal no se declaró impedido para participar en dicha elección, por cuanto tenía la convicción de que la Contraloría se había equivocado al vincularlo a un proceso y tarde o temprano tendría que ser archivado, por lo que se profirió sentencia desconociendo la inexistencia de una responsabilidad subjetiva, que es la base sobre la que se debe estudiar y edificar cualquier decisión donde se debate una pérdida de investidura.

Por último, afirmó que para la Sala debió ser determinante que el concejal no había sido gestor fiscal acorde con el manual de funciones de su cargo y que existía iliquidez del municipio para cumplir con las obligaciones, por lo que los gastos se debían priorizar y, por ende este había actuado de buena fe exenta de culpa, por estar amparado en el principio de legalidad y al no existir un conflicto de intereses de índole moral debió dársele mayor peso a ello y no al hecho de no haberse declarado impedido.

Solicitó la práctica de pruebas con el fin de demostrar la inexistencia del conflicto de intereses.

5.- Alegatos de conclusión en segunda instancia

Mediante auto del 22 de septiembre de 2017, se admitió el recurso de apelación interpuesto por el demandado, fueron rechazadas por improcedentes las pruebas testimoniales solicitadas y se ordenó correr traslado a las partes para que presentaran sus alegatos, así como al señor Agente del Ministerio Público para que, si lo consideraba pertinente, rindiera concepto.⁸

Sólo hizo uso de este derecho dentro del término concedido el apoderado del demandado, quien expuso los mismos argumentos planteados en el recurso de apelación solicitando fuera revocada la sentencia de primera instancia; dentro de lo argumentado se destaca:⁹

"Teniendo como premisa entonces la prevalencia que existe de las sentencias de unificación de la Corte Constitucional, como lo es la SU 424 de 2016, ... el análisis de la pérdida de investidura del señor Jorge Libardo Montoya, debe verificarse bajo un carácter eminentemente subjetivo, es decir, desde la óptica de la culpabilidad y que para el presente caso no operó, ya que no existió conflicto de intereses de orden moral, que permitieran inferir que el concejal Montoya Alvarez, dirigió su voluntad a omitir declararse impedido para obtener un provecho propio."

6.- Concepto del señor Agente del Ministerio Público

El señor Agente del Ministerio Público intervino mediante escrito radicado el 3 de noviembre de 2017, en donde manifestó:¹⁰

Que la Sección Primera en casos similares al que ahora es objeto de estudio, ha considerado que constituye causal de pérdida de investidura por violación del conflicto de intereses, cuando el servidor público de elección popular participa en la elección del contralor sin declararse impedido en virtud de la investigación de responsabilidad fiscal que existía en su contra.

Aseveró que en este caso se encuentra demostrado que el concejal demandado participó activamente en la elección del Contralor Municipal y dio su voto a favor del elegido como se constata con las actas de las sesiones; también se probó que para la fecha de dicha elección el concejal tenía un interés directo, toda vez que para esa misma fecha la decisión definitiva del proceso fiscal se encontraba pendiente y el encargado de adoptarla era el contralor municipal.

En relación con el elemento de la culpabilidad consideró que estaba acreditado que el concejal actuó con culpa, pues tenía pleno conocimiento del proceso que cursaba en su contra, advirtiendo que el Tribunal no omitió analizar este aspecto, por lo que conceptuó que debía confirmarse la decisión.

II.- CONSIDERACIONES DE LA SALA

1.- Competencia de la Sección

Esta Sala es competente para conocer del recurso de apelación interpuesto contra las sentencias proferidas en procesos de pérdida de investidura de concejales y diputados, en virtud de lo previsto por el artículo 48 parágrafo 2º de la Ley 617 de 2000, y, con base en la decisión de la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo de enero 25 de 1995, que estableció que las impugnaciones contra 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 de pérdida de investidura

Está acreditado con la copia del formulario E-26 CON,¹¹ del 25 de octubre de 2015, que contiene el resultado del escrutinio municipal para elecciones de concejo, que el señor Jorge Libardo Montoya Álvarez, identificado con la cédula de ciudadanía número 18502187, fue elegido concejal del Municipio de Dosquebradas, en representación del partido conservador colombiano, para el periodo 2016-2019.

En consecuencia, el demandado es sujeto pasivo de la presente acción de pérdida de investidura.

3.- Análisis de la Sala:

La Sala tendrá en cuenta que lo acreditado en el proceso es lo siguiente:

3.1. Según consta en el Acta nro. 001 del 2 de enero de 2016 en sesión ordinaria del Concejo Municipal de Dosquebradas tomaron posesión los concejales elegidos, entre ellos, el señor Jorge Libardo Montoya Álvarez. En la misma sesión el Presidente elegido de la Corporación, informó que ya estaba la agenda para que cada uno de los aspirantes a contralor municipal hiciera la presentación del plan de acción ante la plenaria.¹²

3.2. En la fecha del 29 de febrero de 2016, tal como consta en el acta de sesión ordinaria nro. 050 del Concejo Municipal de Dosquebradas, fue elegido como Contralor del mismo municipio el señor Fernán Alberto Cañas; allí se consignó que la votación fue nominal y el Concejal Jorge Libardo Montoya Álvarez votó por dicho candidato. En la misma sesión tomó posesión el contralor electo.¹³

3.3. Mediante Auto nro. PRF 016-2014 del 17 de febrero de 2014, el Director Operativo de Responsabilidad Fiscal y Jurisdicción Coactiva de la Contraloría

Municipal de Dosquebradas había proferido auto de apertura de proceso de responsabilidad fiscal determinando como presuntos responsables fiscales a los señores Rosa María Rivera Castaño en calidad de Secretaria de Hacienda y Finanzas Públicas Municipal, Irma López Henao Tesorera Municipal y Jorge Libardo Montoya Alvarez Director Operativo; allí se consignó como presunto daño patrimonial.¹⁴

“[...] se tiene como tal el pago de intereses moratorios sobre la deuda pública, durante la vigencia 2012, los cuales no estaban previstos y afectan (sic) negativamente el patrimonio de la Entidad, con desconocimiento del principio de unidad de caja establecido en el artículo 16 del Decreto 111 de 1996 y del principio de eficiencia, que rige la función administrativa, en cuantía de NUEVE MILLONES CIENTO TRECE MIL CUATROCIENTOS CINCUENTA Y SEIS PESOS CON DIECIOCHO CENTAVOS (\$9.113.456,18), según lo informado por el equipo auditor.”

[...]”

3.4. El 21 de febrero de 2014 se notificó de manera personal al señor Jorge Libardo Montoya Álvarez el citado auto,¹⁵ quien designó apoderado para que lo representara¹⁶ y se le reconoció personería para actuar a su abogado por auto del 27 de febrero del mismo año.¹⁷

3.5. El 25 de marzo de 2014 fue recibida diligencia de exposición libre y espontánea al señor Jorge Libardo Montoya Álvarez¹⁸ y por auto nro. 093-2014 del 13 de noviembre de 2014 se decretaron pruebas de oficio en el proceso de responsabilidad fiscal.¹⁹

3.6. Por auto nro. 011A-2016 del 9 de febrero de 2016, la Directora Operativa de responsabilidad fiscal y jurisdicción coactiva de la Contraloría Municipal de Dosquebradas, señaló que por auto del 4 de noviembre de 2015 se había ordenado de oficio la práctica de un dictamen pericial, que la perito fue designada el 5 de noviembre de 2015, quien rindió concepto el 15 de enero de 2016 y por auto del 21 de enero del mismo año se corrió traslado del mismo, el cual vencía el 12 de febrero de 2016.

Que conforme con lo anterior debía remitir el expediente de responsabilidad fiscal al Contralor Municipal para que lo impulsara, pues pese a “(...) que la Resolución 065 de agosto 20 de 2010 de la Contraloría Municipal de Dosquebradas, establece la competencia para el trámite del proceso de responsabilidad fiscal en primera instancia, en cabeza de la Directora Operativa de Responsabilidad Fiscal y Jurisdicción coactiva, y debido a que la Dirección Operativa Administrativa y Financiera mediante Resolución nro. 09 del 8 de febrero de 2016 me concedió periodo vacacional a partir del 10 de febrero hasta el 2 de marzo de los corrientes, inclusive; situación que me impide dar trámite al presente proceso (...).”²⁰

3.7. Mediante auto del 15 de febrero de 2016, el Contralor municipal encargado de Dosquebradas, se pronunció frente a los escritos de objeción presentados por los investigados al dictamen pericial rendido dentro del proceso de responsabilidad fiscal, el cual le fue notificado de manera personal el 22 de febrero del mismo año al señor Jorge Libardo Montoya Álvarez, decisión contra la cual interpusieron recurso de reposición los presuntos responsables fiscales, entre ellos el señor Montoya.²¹

3.8. Por auto nro. 009-2016 del 7 de marzo de 2016, el Contralor Municipal de Dosquebradas elegido resolvió el recurso de reposición interpuesto por los investigados y negó el decreto de una prueba solicitada;²² finalmente por auto nro. DC 010-2016 del 17 de marzo de 2016 se imputó responsabilidad fiscal a las investigadas Rosa María Rivera e Irma López Castaño, mientras que en el mismo auto dispuso archivar las diligencias a favor del señor Jorge Libardo Montoya.²³

Acorde con lo que es motivo de impugnación, la Sala deberá resolver:

¿Incorre en causal de pérdida de investidura por violación al régimen de conflicto de intereses el concejal que participa en la elección de un contralor municipal y vota favorablemente por el elegido, cuando al mismo tiempo se abrió en su contra un proceso de responsabilidad fiscal, si aquel argumentó que su voto se produjo porque estaba convencido de su inocencia en el proceso fiscal?

Descendiendo al estudio del caso concreto se encuentra lo siguiente:

Se le atribuyó al demandado la causal de pérdida de investidura prevista en el numeral 2 del artículo 55 de la Ley 136 de 1994, que dispuso:

"[...] ARTICULO 55. PERDIDA DE INVESTIDURA DE CONCEJAL. Los concejales perderán su investidura por:

(...)

2. Por violación del régimen de inhabilidades, incompatibilidades o de conflicto de intereses.

[...]".

A su vez el artículo 70 del mismo ordenamiento previó:

"[...] 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.

[...]".

Por su parte, el numeral 1 del artículo 48 de la Ley 617 de 2000 determinó:

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

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.

[...]".

Esta Sección haciendo alusión al alcance de lo que debe entenderse por conflicto de intereses ha dicho:²⁴

"[...] La Sala Plena de esta Corporación, en numerosos pronunciamientos, ha tenido oportunidad de precisar el alcance de la causal en estudio, con ocasión de los procesos de pérdida de investidura de congresistas que con apoyo en la misma se han promovido, y cuyo conocimiento le fue atribuido en única instancia por la Carta Política (artículos 183, numeral 1, y 184) y la Ley 144 de 1994.

De tales pronunciamientos se extrae que dicha causal solo se configura ante la posibilidad de un interés directo, particular y concreto del parlamentario, en este caso, del Concejal, en el asunto objeto de estudio, frente al cual tiene poder de decisión, en razón de sus funciones (Expediente núm. AC-1433, Actora: Claudia Lucía Florez Montoya, sentencia de 4 de agosto de 1994).

De la misma manera, la Sala Plena ha sido enfática en sostener que si el interés se confunde con el que le asiste a todas las personas o a la comunidad en general, en igualdad de condiciones, no se da la causal alegada, pues en tal caso el servidor público estaría actuando en interés de la colectividad y no en el suyo propio, lo que es ajeno a la naturaleza de la labor desplegada (sentencias de 23 de agosto de 1998, expediente AC-1675, Actora: Aura Nancy Pedraza Piragauta y Concepto de 27 de mayo de 1999, Radicación 1191).

[...]”.

A su vez la Sala Plena de la Corporación ha precisado que el conflicto de intereses es un concepto jurídico indeterminado que debe ser analizado en cada caso concreto, así:²⁵

“[...] el artículo 1º de la Constitución Política dispone que la prevalencia del interés general es uno de los principios fundantes del Estado Social de Derecho. De allí que debe prevalecer en todas las actuaciones de los congresistas, con prescindencia de los intereses privados, personales o familiares, que de una u otra manera puedan incidir en las distintas funciones del Congreso de la República. En el mismo sentido el artículo 133 constitucional, precisa que los miembros de cuerpos colegiados de elección directa representan al pueblo y deben actuar consultando la justicia y el bien común. Por su parte, el artículo 11 de la Ley 1437 de 2011, aclara que cuando el interés general propio de la función pública entre en conflicto con el interés particular y directo del servidor público, este deberá declararse impedido.

Las normas constitucionales y legales no pueden precisar in extenso las situaciones que impliquen un conflicto de intereses, porque se trata de un concepto jurídico indeterminado, lo cual implica que el ejercicio hermenéutico de las situaciones de carácter moral o económico que puedan inhibir a un congresista de participar en el trámite de los asuntos sometidos a su consideración, deberá observar las coordenadas de la realidad o las circunstancias que rigen cada caso concreto. Por esta potísima razón, no es pertinente inferir reglas generales cuando se trata de conflicto de intereses.

Los conceptos jurídicos indeterminados incorporan nociones de la experiencia o de la razón práctica, técnicos o económicos y valores morales, que implican un juicio valorativo, el cual deberá realizar, en primer lugar, el propio congresista y así informar oportunamente sobre el conflicto de intereses -art. 182 superior-. Si no lo hace, debiéndolo hacer, podrá ser recusado y finalmente, como control externo e imparcial, será el juez de la pérdida de investidura el que decida en forma definitiva si el conflicto de intereses, en el caso concreto, es fundamento suficiente de la desinvestidura solicitada.

[...]”.

En consecuencia, para que la causal de violación al régimen de conflicto de intereses se configure, debe existir un interés directo, particular y concreto del demandado distinto al propio de la función pública o al que le asiste a la comunidad en general, que le impida a éste participar en el trámite de los asuntos sometidos a su consideración.

En lo concerniente a los presupuestos que deben estar configurados para la estructuración de esta causal, la cual por extensión también comprende a los concejales, son los siguientes:²⁶

“[...] (i) La calidad de congresista, elemento transversal y común a todo juicio de desinvestidura, (ii) La concurrencia de un interés directo, particular y actual o inmediato en cabeza de quien es congresista o su círculo cercano, (iii) su no manifestación de impedimento o no haber sido separado del conocimiento del asunto por recusación, (iv) haber conformado el quorum o participado el congresista en el debate o votación del asunto y (v) que esa participación tenga lugar en un asunto de conocimiento funcional del congresista, cualquiera sea su naturaleza, lo que no circunscribe la causal a las cuestiones legislativas, sino a toda materia que conforme al ordenamiento sea de competencia del Congreso de la República. [...]”.

Examinados tales presupuestos en el asunto bajo examen se observa:

a) En cuanto a la calidad de concejal del demandado: está acreditado que el señor Jorge Libardo Montoya Álvarez fue elegido Concejal del Municipio de Dosquebradas para el periodo 2016-2019,²⁷ el cual tomó posesión de su cargo el 2 de enero de 2016.²⁸

b) La concurrencia de un interés directo, particular o inmediato en cabeza del mismo: acorde con el material probatorio obrante en el plenario este elemento se cumple por cuanto estaba pendiente de decisión el proceso de responsabilidad fiscal que seguía el Contralor Municipal de Dosquebradas, en contra del concejal que votó afirmativamente por su elección.

Lo anterior si se tiene en cuenta que tal como se indicó en los hechos probados, el proceso inicialmente fue conocido por el Director Operativo de Responsabilidad Fiscal y Jurisdicción Coactiva de la Contraloría Municipal de Dosquebradas; sin embargo fue remitido al Contralor Municipal para que continuara su trámite, según auto nro. 011A-2016 del 9 de febrero de 2016,

por habersele concedido a la Directora Operativa un periodo de vacaciones, y por auto nro. DC 010-2016 del 17 de marzo de 2016 firmado por el Contralor Fernán Alberto Cañas se archivaron las diligencias a favor del señor Jorge Libardo Montoya Álvarez.

c) Su no manifestación de impedimento ni haber sido separado del conocimiento de la elección del Contralor Municipal de Dosquebradas por recusación: Acorde con el acta de sesión ordinaria nro. 050 del 29 de febrero de 2016 del Concejo Municipal de Dosquebradas, fue elegido como Contralor del mismo municipio el señor Fernán Alberto Cañas López; allí se consignó que la votación fue nominal y no obra constancia de que el Concejal Jorge Libardo Montoya Álvarez haya manifestado su impedimento para votar o sido recusado.²⁹

d) Conformar el quorum o participado en el debate o votación del asunto: También se desprende de la citada acta nro. 050, que el señor Fernán Alberto Cañas López fue elegido como Contralor Municipal de Dosquebradas por un total de 14 votos, dentro de los cuales emitió su voto positivo el Concejal Jorge Libardo Montoya Álvarez.³⁰

e) Que su participación tenga lugar en un asunto de conocimiento funcional del concejal: Conforme con el artículo 272 de la Constitución Política,³¹ dentro de las funciones a cargo de los Concejos municipales se encuentra la elección de los contralores municipales.

Así las cosas, aunque es deber de los miembros del Concejo Municipal participar en la elección del contralor, ello no obsta para que deba sustraerse de dicho proceso el concejal que sepa que en su contra se adelanta un juicio fiscal que conocerá el funcionario respecto del cual emitió su voto y de esta manera no ver afectada su imparcialidad.

Corolario de lo expuesto, se verifica que se cumplen los requisitos para que se configure la causal de violación del conflicto de intereses y por ello corresponde determinar si también se reúne el elemento subjetivo.

El elemento subjetivo:

Como lo sostuvo la Corte Constitucional en la sentencia SU-424 del 11 de agosto de 2016,³² "(...) *La pérdida de investidura es una acción pública de carácter sancionatorio prevista en la Constitución y la ley, que tiene como finalidad castigar a los miembros de las corporaciones públicas que incurran en conductas consideradas reprochables por ser incompatibles con la dignidad del cargo que ostentan. (...)*"

Siguiendo esta sentencia, la Sala ha dicho lo siguiente:³³

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

Para llegar a definir si una conducta se cometió con dolo o con culpa, deben analizarse los elementos que constituyen el aspecto subjetivo de la misma, los cuales corresponden al conocimiento tanto de los hechos como la ilicitud, esto es, si el sujeto conocía o debía conocer que su comportamiento resultaba contrario al ordenamiento jurídico.

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

[...]"

(destacado en la providencia)

Para la Sala es un deber que quien pretende acceder a un cargo de elección popular, conozca cuáles son sus requisitos, el régimen de inhabilidades, incompatibilidades y cuándo se configura un conflicto de intereses.

Así mismo, como lo ha destacado esta Sección,³⁴ "[...] el artículo 9º del Código Civil, según el cual, "la ignorancia de las leyes no sirve de excusa," fue objeto de examen de constitucionalidad por la Corte Constitucional, que en dicha ocasión explicó lo siguiente, que ahora [s]e prohíja:³⁵ "[...] Precisamente la disposición que hoy se cuestiona, fue demandada como contraria al contenido del artículo 16 de la Carta anterior, que implícitamente recogía el principio de igualdad. Y al desechar el cargo, dijo la Corte Suprema, en el fallo elaborado por el Magistrado Luis Carlos SÁCHICA: "(...) Es la igualdad jurídica, que otorga iguales facultades e impone idénticos deberes, y da igual protección a unos y a otros. Esto es, se repite, una igualdad de derechos y no de medios. Si no se acepta este principio, se rompe la unidad y uniformidad del orden jurídico (...)."

En la sentencia antes citada por la Sala, esto es, la C- 651 de 1997, la Corte Constitucional también señaló:

"[...]

2.3.1. Desconocimiento de la presunción de buena fe y, consiguientemente, de la presunción de inocencia consagrada, en los artículos 83 y 29 de la Constitución que, conforme al artículo 4, es "norma de normas".

El contenido de la disposición demandada no quebranta las presunciones previstas en los artículos referidos, por las razones siguientes:

a) Presunción de inocencia (art. 29). El sentido de dicha presunción es éste:

Si a una persona se le imputa una conducta jurídicamente ilícita, quien hace la imputación es quien debe probarla. Ahora bien: el artículo 9 demandado no releva de esa prueba. Lo que establece es algo bien distinto: que si a una persona se le atribuye una conducta ilícita y se prueba que en realidad la observó, no es admisible la excusa de que ignoraba la norma que hace ilícita la conducta. Cosa bien distinta es que el agente haya incurrido en la hipótesis de la conducta ilícita sin que le haya sido dado evitarla (conozca o no la norma que contempla el supuesto). Se trataría allí de un caso fortuito o de una fuerza mayor, perfectamente diferenciables de la ignorancia de la ley, y con efectos jurídicos significativamente distintos.

[...]"

Argumenta el demandado que participó en la elección del Contralor porque estaba convencido de su inocencia en el proceso fiscal. Tal afirmación en contravía de lo pretendido, demuestra que conocía de la existencia del conflicto pero trata de evadirlo declarando la inocencia

anticipada. A la vez que hace más reprochable su conducta, pues si se consideraba inocente, debió abstenerse de participar en la elección del funcionario que lo investigaría, para garantizar su imparcialidad.

Tal como lo ha dicho la Sala "(...) *teniendo un deber de diligencia ordinaria que atender en el marco de sus funciones -las que debía saber-, evidentemente no lo satisfizo con el cuidado mediano que las personas emplean normalmente en sus negocios propios, incurriendo en un descuido que tornó en negligente su conducta, es decir, que lo hizo actuar con la culpa objeto de verificación en el análisis subjetivo de esta causal de pérdida de investidura. (...).*"³⁶ (destacado en la providencia).

En consecuencia, el hecho de que el concejal considerara que su conducta no constituía una causal que permitiera que fuera declarado responsable fiscal, no lo exoneraba del deber de presentar el impedimento para participar en la elección del contralor municipal que a futuro debía conocer del proceso que cursaba en su contra, indistintamente de la decisión que al final fuera adoptada por el fallador fiscal, si se tiene en cuenta que lo que la ley garantiza y protege es la injerencia que con su voto pueda tener sobre el contralor elegido.

Ahora bien tampoco le asiste razón al recurrente cuando arguye como argumento de impugnación la aparente contradicción en lo que sostuvo el Tribunal en la decisión de primera instancia, respecto de la existencia de una recusación que según indica posteriormente negó en la misma providencia que se haya presentado, pues de la lectura de la misma surge con meridiana claridad que la pretendida contradicción no existe y a lo sumo lo que hizo el *a quo* fue explicar que el demandado no manifestó impedimento ni fue recusado.

Por último se observa que el asunto no se analizó bajo un régimen de responsabilidad objetiva como lo indica el impugnante, pues la configuración del elemento de culpabilidad fue examinado partiendo de los parámetros señalados por la Corte Constitucional en la sentencia SU-424 de 2016.

4.- Conclusiones

Corolario de lo explicado y conforme con lo establecido por el Tribunal de instancia, en el caso concreto se estructuraron los elementos objetivo y subjetivo que conllevan a determinar que el demandado incurrió en la causal de pérdida de investidura por violación al régimen de conflicto de intereses prevista en los artículos 55-2 y 70 de la Ley 136 de 1994, en concordancia con el numeral 1 del artículo 48 de la Ley 617 de 2000 y por ello, se confirmará la decisión recurrida.

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

FALLA:

PRIMERO: Confirmar la sentencia del 14 de marzo de 2017, proferida por el Tribunal Administrativo de Risaralda, según las razones explicadas en la parte motiva de esta decisión judicial.

SEGUNDO: Ejecutoriada esta providencia, devuélvase el expediente al Tribunal de origen.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE, COMUNÍQUESE Y CÚMPLASE,

Se deja constancia que la anterior providencia fue leída, discutida y aprobada por la Sala en la sesión de la fecha.

HERNANDO SÁNCHEZ SÁNCHEZ

Presidente

Consejero de Estado

MARÍA ELIZABETH GARCÍA GONZÁLEZ

Consejera de Estado

OSWALDO GIRALDO LÓPEZ

Consejero de Estado

ROBERTO AUGUSTO SERRATO VALDÉS

Consejero de Estado

NOTAS DE PIE DE PÁGINA

¹ Folios 1 a 18 cuaderno principal.

² “Por la cual se dictan normas tendientes a modernizar la organización y funcionamiento de los municipios.”

³ “Por la cual se reforma parcialmente la Ley 136 de 1994, el Decreto Extraordinario 1222 de 1986, se adiciona la Ley Orgánica de Presupuesto, el Decreto 1421 de 1993, se dictan otras normas tendientes a fortalecer la descentralización, y se dictan normas para la racionalización del gasto público nacional.”

⁴ Folios 199 a 214 y 246 a 250 cuaderno 1-1 principal.

⁵ Folios 316 a 328 cuaderno principal.

⁶ Folio 231 reverso cuaderno principal.

⁷ Folios 338 a 348 cuaderno 1-1 principal.

⁸ Folios 7 a 9 cuaderno apelación.

⁹ Folios 15 a 25 y 32 a 42 cuaderno apelación.

¹⁰ Folios 68 a 77 cuaderno apelación.

¹¹ Folio 19 cuaderno principal.

¹² Folios 20 a 51 cuaderno principal.

¹³ Folios 41 a 65 cuaderno principal.

¹⁴ Folios 67 a 72 cuaderno principal.

¹⁵ Folio 74 cuaderno principal.

¹⁶ Folio 75 cuaderno principal.

¹⁷ Folios 77 y 78 cuaderno principal.

¹⁸ Folios 80 y 81 cuaderno principal.

¹⁹ Folios 82 a 88 cuaderno principal.

²⁰ Folios 89 a 91 cuaderno principal.

²¹ Folios 101 a 104 cuaderno principal.

²² Folios 105 a 111 cuaderno principal.

²³ Folios 113 a 131 cuaderno principal.

²⁴ Consejo de Estado- Sala de lo Contencioso Administrativo- Sección Primera. Sentencia del 5 de febrero de 2009. Expediente radicación nro. 05001-23-31-000-2008-00937-01(PI). C.P. Marco Antonio Velilla Moreno.

²⁵ Consejo de Estado- Sala Plena de lo Contencioso Administrativo. Sentencia del 9 de noviembre de 2016. Expediente radicación nro. 11001-03-15-000-2014-03117-00 (PI). C.P. William Hernández Gómez.

²⁶ Consejo de Estado- Sala Plena de lo Contencioso Administrativo. Sentencia del 6 de junio de 2017. Expediente radicación nro.11001-03-15-000-2016-02279-00(PI). (PI). C.P. Jaime Orlando Santofimio Gamboa.

²⁷ Folio 19 cuaderno principal.

²⁸ Folios 20 a 51 cuaderno principal.

²⁹ Folios 41 a 65 cuaderno principal.

³⁰ Folios 46 y 47 cuaderno principal.

³¹ *“ARTICULO 272. La vigilancia de la gestión fiscal de los departamentos, distritos y municipios donde haya contralorías, corresponde a éstas y se ejercerá en forma posterior y selectiva. (...). Inciso modificado por el artículo 23 del Acto Legislativo 2 de 2015. El nuevo texto es el siguiente:> Los Contralores departamentales, distritales y municipales serán elegidos por las Asambleas Departamentales, Concejos Municipales y Distritales, mediante convocatoria pública conforme a la ley, siguiendo los principios de transparencia, publicidad, objetividad, participación ciudadana y equidad de género, para periodo igual al del Gobernador o Alcalde, según el caso. (...)”*

³² M.P. Gloria Stella Ortíz Delgado.

³³ Consejo de Estado- Sala de lo Contencioso Administrativo- Sección Primera. Sentencia del 25 de mayo de 2017. Expediente radicación número: 81001-23-39-000-2015-00081-01. M.P. María Elizabeth García González.

³⁴ Consejo de Estado- Sala de lo Contencioso Administrativo- Sección Primera. Sentencia del 25 de mayo de 2017. Expediente radicación número: 81001-23-39-000-2015-00081-01. M.P. María Elizabeth García González.

³⁵ Corte Constitucional. Sentencia C-651 del 3 de diciembre de 1997. M.P. Carlos Gaviria Díaz.

³⁶ Consejo de Estado- Sala de lo Contencioso Administrativo- Sección Primera. Sentencia del 20 de octubre de 2017. Expediente radicación número: 76001-23-33-004-2016-01478-01(PI). M.P. María Elizabeth García González.

Fecha y hora de creación: 2026-05-22 00:02:52