

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCIÓN PRIMERA

Consejero ponente: Guillermo Vargas Ayala

Bogotá, D.C., veintiuno (21) de noviembre de dos mil trece (2013)

Radicación número: 25000-23-27-000-2012-00093-00(PI)

Actor: JOSUÉ MARTÍNEZ ROMERO

Demandado: JUAN DAVID BALCERO BALCERO

Referencia: APELACIÓN SENTENCIA

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto por el apoderado del demandado contra la sentencia del Tribunal Administrativo de Cundinamarca de 23 de abril de 2012, mediante la cual se decretó la pérdida de la investidura del concejal del municipio de Cota – Cundinamarca, JUAN DAVID BALCERO BALCERO.

I.- ANTECEDENTES

1. La demanda y las pretensiones.

El ciudadano JOSUÉ MARTÍNEZ ROMERO acudió ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo pretendiendo que se declare la pérdida de

investidura del concejal del municipio de Cota, señor JUAN DAVID BALCERO BALCERO, quien fue elegido como tal para el periodo constitucional 2008 - 2011.

Como pretensión del demandante se tiene la siguiente:

“1. solicito (SIC) muy respetuosamente se decrete la perdida de investidura por violar el régimen de conflicto de intereses, configurar la causal de pérdida de investidura del art 55 de la ley 136 de 1994 numeral 2.”¹

2. Hechos que fundamentan la demanda.

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

2.1.- JUAN DAVID BALCERO BALCERO fue elegido concejal del municipio de Cota para el periodo constitucional 2008-2011.

2.2.- En la sesión del 10 de enero de 2008, el mencionado cabildante postuló y votó el nombre del Señor RODRIGO LÓPEZ PÉREZ para el cargo de Personero Municipal, no obstante que este era su socio dentro de la sociedad comercial INVERSIONES Y PROYECTOS BALCERO Y CIA LTDA., persona jurídica de derecho privado matriculada ante la Cámara de Comercio el día 5 de marzo de 2007.

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

¹ Folio 6.

Considera el demandante que los hechos anteriormente descritos constituyen causal de pérdida de investidura por haber incurrido en conflicto de intereses según las voces del artículo 55 numeral 2 de la Ley 136 de 1994 y del artículo 48 numeral 1 de la Ley 617 de 2000.

4. Contestación de la demanda

Representado por su apoderado de confianza, el acusado contestó la demanda oponiéndose íntegramente a las pretensiones de la parte actora, aceptó como cierto el hecho referido a su vínculo societario con el señor RODRIGO LÓPEZ PÉREZ, pero señaló que la elección de este como Personero se debió a que ganó el concurso de méritos que se adelantó en cumplimiento de la circular conjunta No. 3 de la Procuraduría General de la Nación y La Contraloría General de la República, por lo que el Concejo se limitó a confirmar los resultados del concurso.

En esos términos explica que no se configuró la causal de pérdida de la investidura invocada en la demanda dado que no existió conflicto de intereses.

II.- LA SENTENCIA APELADA

Consideró el *a quo* que el vínculo societario entre el demandado y quien fuera elegido Personero estaba demostrado en el proceso, circunstancia que, sumada a la participación del primero en la postulación y elección del segundo, estructuraban el conflicto de intereses en tanto que la sociedad de la cual ambos eran accionistas reportaría provechos para todos los socios.

Según lo dispuso el Tribunal, el interés directo del otrora Concejal se concretaba en que la sociedad mercantil de la cual era socio reportaría beneficios derivados de actos especulativos o de comercio que afectarían económica y patrimonialmente a su socio, de suerte que la elección de este como Personero no se encontraba dirigida a beneficiar a la comunidad en general.²

III.- EL RECURSO DE APELACION

El demandante, inconforme con el fallo de primera instancia presentó y sustentó en tiempo el recurso de apelación en el cual expuso:

Que comparte plenamente los distintos salvamentos de voto de los que fue objeto la decisión, ya que estos manifiestan de manera coincidente que en el proceso no se demostró el interés directo, particular y actual del concejal.

Que el conflicto de intereses como causal de pérdida de la investidura busca impedir que prevalezca el interés directo y privado del servidor sobre el interés público, tal y como lo ha señalado en distintas ocasiones el Consejo de Estado.

Por consiguiente, para que se configure el conflicto de intereses se debe acreditar un interés directo de carácter moral o económico, interés que debe ser actual y que origine un beneficio real, elementos que no fueron acreditados en el plenario.

² Folios 236 y 237

Que según la jurisprudencia de esta Sección, las situaciones que a la luz del régimen de inhabilidades se encuentren permitidas no pueden ser tomadas como causales de pérdida de investidura bajo el contexto de conflicto de intereses.³

En el anterior contexto, si la norma no prohíbe que el socio de un concejal sea elegido como Personero del correspondiente municipio, se entiende que su elección se encuentra permitida, de manera que esa circunstancia no puede configurar causal alguna de pérdida de la investidura.

Finalmente esgrime que la decisión de votar por quien finalmente fue elegido Personero no fue una decisión personal adoptada por él sino por su bancada, decisión a la que debía ser obediente tal y como lo dispone la Ley 974 de 2005

IV.- CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO

La Procuradora Tercera Delegada ante el Consejo de Estado, estando en término para ello, conceptuó que la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca debe ser confirmada atendiendo las razones que se resumen a continuación:

Acude el Ministerio Público a la jurisprudencia de esta Corporación en la cual se han explicado los requisitos para que se configure la causal de pérdida de la investidura por violación al régimen de conflicto de intereses.

³ Cita la sentencia de 29 de enero de 2009. Expediente No. 2008-00643 C. P. Martha Sofía Sanz Tobón.

Respecto el caso concreto, concluye que se dan todos los presupuestos necesarios, esto es, la relación societaria entre el Conejal y quien fue elegido Personero, el hecho de que el demandado haya postulado y votado por su socio mercantil y el interés real, directo y actual de este.

V.- ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

El demandado alegó de conclusión señalando que en el proceso no se demostró que su actuación le haya generado algún beneficio directo, actual e inmediato, presupuestos necesarios para colegir que se incurrió en conflicto de intereses.

Además reitera que los salvamentos de voto expresados en la primera instancia dan cuenta de que en el proceso no se pudo demostrar el conflicto de intereses como causal para decretar la pérdida de la investidura.

VI.- DECISIÓN

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

CONSIDERACIONES

1. Competencia de la Sala

La Sala es competente para conocer de la apelación de las sentencias proferidas en procesos de pérdida de investidura de concejales y diputados, de una parte, en virtud del artículo 48 parágrafo 2º de la Ley 617 de 2000, que

instituye la segunda instancia para tales procesos y, de otra, atendiendo el artículo 1º, sección primera, numeral 5, del Acuerdo No. 55 de 2003 expedido por el Consejo de Estado, en donde se establece que el recurso de apelación de las sentencias de pérdida de investidura proferidas por los Tribunales Administrativos son de conocimiento de la Sección Primera del Consejo de Estado.

2. Procedibilidad de la acción

Se encuentra acreditado que el demandado ostentó la calidad de concejal del municipio de Cota dentro del período 2008 -2011, según copia de la credencial E-27 que obra a folio 7 del cuaderno número uno.

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

3. El problema Jurídico a resolver.

Atendiendo las razones de la alzada, le corresponde a la Sala dirimir si el demandado incurrió en conflicto de intereses al participar en la elección de su socio comercial, señor RODRIGO LÓPEZ PÉREZ, como Personero del municipio de Cota.

3.1.- El precedente invocado por el demandado.

Como quiera que el demandado hiciera referencia a un pronunciamiento anterior proferido por esta Sección para efectos de solventar la posición según la cual no violó el régimen de conflicto de intereses, la Sala deberá estudiar si esa decisión constituye precedente obligatorio que deba ser tenido en cuenta para resolver el presente asunto.

En lo concerniente a al alcance del “precedente obligatorio” así como las condiciones necesarias para que un pronunciamiento judicial tenga tal calidad, la Sala se pronunció recientemente en los siguientes términos:

“El concepto de Precedente se ha construido vía jurisprudencial tanto por ésta Corporación como por la Corte Constitucional:

“Con base en la interpretación y efectos que se desprenden de los artículos 4 y 243 de la Constitución, la Corte Constitucional ha venido elaborando el concepto de precedente jurisprudencial para definirlo como la aplicación del sentido de un conjunto de decisiones judiciales que guardan fuerza vinculante por derivar de la interpretación de la Constitución, y de la efectividad de la misma sobre el resto de las normas jurídicas, que se desprende de la prevalencia y supremacía de la Carta como norma de normas.

(...)

“En el análisis de un caso deben confluir los siguientes elementos para establecer hasta qué punto el precedente es relevante o no: (i) En la ratio decidendi de la sentencia se encuentra una regla relacionada con el caso a resolver posteriormente. (ii) La ratio

*debió haber servido de base para solucionar un problema jurídico semejante, o a una cuestión constitucional semejante. (iii) los hechos del caso o las normas juzgadas en la sentencia anterior deben ser semejantes o plantear un punto de derecho semejante al que debe resolverse posteriormente. En este sentido será razonable que “cuando en una situación similar, se observe que los hechos determinantes no concuerdan con el supuesto de hecho, el juez esté legitimado para no considerar vinculante el precedente”. Estos tres elementos hacen que una sentencia anterior sea vinculante y, en esa medida, que se constituya en un precedente aplicable a un caso concreto. De allí que se pueda definir el precedente aplicable, como aquella sentencia anterior y pertinente cuya ratio conduce a una regla - prohibición, orden o autorización- determinante para resolver el caso, dados unos hechos y un problema jurídico, o una cuestión de constitucionalidad específica, semejantes.”*⁴

*Lo que se busca garantizar por medio de la reiteración, pero sobre todo, el respeto a una línea jurisprudencial, es que las razones de la decisión que permiten la interpretación de un derecho y por ende la extracción de su valor y sentido constitucional, tenga reiteración, respeto y efectividad para garantizar principios constitucionales como la igualdad, la seguridad jurídica y la conservación del derecho, como garantías que pasan a integrar el debido proceso dentro de las actuaciones judiciales. Por esta razón, al pasar a formar parte de la cláusula general que contiene el artículo 29 de la Constitución al enunciar le debido proceso, el precedente es aplicable y oponible tanto a las autoridades administrativas y legislativas, quienes son las encargadas de acatar los fallos judiciales como a las mismas autoridades judiciales, quienes tienen el deber jurídico que ratificar las decisiones y su aplicación para casos análogos, como método para que la rama judicial garantice la convivencia en la sociedad, bajo condiciones de igualdad, principio rector de las sociedades contemporáneas.”*⁵ (Resaltado fuera de texto).

⁴ C. Constitucional T-292 de 2006 M.P: Manuel José Cepeda Espinosa.

⁵ Consejo de Estado. Sección Primera. Sentencia del 6 de septiembre de 2012. Proceso Número: 11001-0315-000-2012-01339-00. M.P. María Claudia Rojas Lasso.

- Ahora bien, se ha diferenciado también conceptualmente sobre precedente horizontal y vertical, así:

*“Por tanto, los fallos no sólo se comparan en relación con jueces del mismo nivel; también se hace tomando de referente las decisiones de los jueces superiores. El primero de ellos considerados como **precedente horizontal** y el segundo en **sentido vertical**, los cuales se refieren al precedente de un juez con clara autoridad y atribución superior.”⁶*

Se tiene que el precedente sea horizontal o vertical se erige no sólo como una garantía del derecho a la igualdad sino también al debido proceso, pues no es posible concebir situaciones semejantes con resultados o decisiones judiciales diferentes⁷.

En tal sentido, queda claro que la autonomía del Juez se encuentra limitada por el respeto hacia sus propias decisiones cuando se trate de resolver situaciones fácticas similares, es decir, debe atender el mismo razonamiento

⁶ Consejo de Estado. Sección Segunda Subsección “A”. Sentencia del 17 de mayo de 2012. Proceso Número: 11001-0315-000-2012-00608-00. M.P. Gustavo Eduardo Gómez Aranguren.

⁷ En Sentencia del 7 de febrero de 2013, la Sección Primera al resolver también una acción de tutela definió los propósitos que devienen de la aplicación del precedente: *“El otro propósito, surge de la relación que se crea entre la función de aplicar justicia que se deriva de los artículos 116, 228 y 229 de la Constitución y la conexión que se crea entre estos con el artículo 13 Superior. La aplicación del precedente sirve como garantía de aplicación de un trato igualitario que merece toda persona que acude a la administración de justicia y que espera le sea garantizado, no solo dicho acceso, sino un tratamiento y aplicación de la ley en igualdad de condiciones, pero sobre todo, la aplicación de sus garantías que le permitan oponerse y defenderse contra las actuaciones del Estado. De ahí surge la evolución y justificación de la acción de tutela como instrumento de defensa y protección del ciudadano⁷.”* (Proceso Número: 11001-0315-000-2012-01398-01).

jurídico aplicado en oportunidades previas, o las decisiones proferidas por los Jueces de superior jerarquía y, en especial, por los órganos de cierre en cada una de las Jurisdicciones.

- No se trata de petrificar la interpretación judicial ni de convertir el criterio de autoridad en el único posible para resolver un asunto concreto, simplemente, se trata de armonizar y salvaguardar los principios constitucionales que subyacen a la defensa del precedente, es por ello que, tanto los jueces como los magistrados pueden apartarse del precedente de otra Sala o del suyo propio *“siempre y cuando se expongan argumentos razonables para ello. De allí que se requiera que el juez en su sentencia, justifique de manera **suficiente y razonable** el cambio de criterio respecto de la línea jurisprudencial...”*⁸ (Resaltado fuera de texto).⁹

Conforme lo anterior, para que un precedente judicial sea aplicable a un caso concreto deben existir entre uno y otro una coincidencia tal que permita establecer sin vacilaciones que la regla jurídica planteada en el caso anterior se encuentra relacionada con el caso subsiguiente, esto es, que la *ratio decidendi* que sirvió como base o fundamento valga para resolver un problema jurídico semejante, y que exista tal coincidencia en los hechos de cada caso que se llegue a la certeza de que se trata de un asunto que debe ser resuelto conforme la misma regla jurídica consignada en la jurisprudencia anterior.

⁸ Sentencia T-698 de 2004.

⁹ Consejo de Estado. Sección Primera. Sentencia del 17 de octubre de 2013. Proceso Número: 11001 03 15 000 **2013 01551** 00 M. P. Guillermo Vargas Ayala.

El apelante sostiene que la decisión de primera instancia omite aplicar un precedente judicial de esta Sección, específicamente la sentencia proferida dentro del expediente de pérdida de investidura número 05001-23-31-000-2008-00643-01(PI) de 29 de enero de 2009, en el cual se negó la pérdida de investidura de una concejal.

Los supuestos fácticos del caso se resumen en que la parte demandada, en su calidad de concejal del municipio de San Pedro de los Milagros, participó en la elección del señor JOSÉ ALONSO GUTIÉRREZ MARTÍNEZ como personero, quien era su pariente en segundo grado de afinidad.

En virtud de lo anterior, el marco jurídico al que se suscribió la Sala para decidir el caso concreto estuvo delimitado por los artículos 55 de la Ley 136 de 1994, 48 de la ley 617 de 2000 y 1 de la Ley 1148 de 2007.

En cuanto la regla jurídica planteada se advierte la siguiente:

“La Sección considera que es palmario el error en que incurrió el fallo apelado al concluir que se incurrió en conflicto de interés, porque la ley no prohíbe que sean designados funcionarios en el respectivo municipio los parientes en segundo grado de afinidad del concejal, sino por el contrario, lo permite. Debe la Sala aclarar que la norma se aplica en todos los municipios independientemente de su categoría, lo cual se deduce del pronunciamiento de la Corte Constitucional.”¹⁰

Por el sólo hecho de que la demandada haya participado en la elección del personero municipal, mal puede endilgársele un conflicto de intereses porque como bien lo expresa el Procurador Delegado se estaría desconociendo el derecho fundamental a elegir y ser elegido y se estaría

¹⁰ Ver pie de nota 1.

extendiendo la causal de conflicto de interés a una situación que no está prohibida.

Entonces armonizando las normas aplicables y los hechos encuentra la Sala que la conducta del demandado no está enmarcada dentro del conflicto de interés como causal de pérdida de la investidura, por lo tanto se procederá a revocar el fallo apelado y en su lugar se denegarán las súplicas de la demanda.”¹¹

Vistas así las cosas, la Sala encuentra que no se dan los presupuestos necesarios para tener como precedente aplicable a este asunto la decisión adoptada por ella el 29 de diciembre de 2009, en efecto, se observa que la regla jurídica acogida se encuentra dirigida a resolver si la participación de un concejal en la elección de su pariente en segundo grado de afinidad vulnera el régimen de conflicto de intereses a partir del análisis de los artículos 70 y 55 de la Ley 136 de 1994, 48 de la ley 617 de 2000 y 1 de la Ley 1148 de 2007.

Con fundamento en lo anterior, se advierte que si bien existen similitudes entre el caso a resolver y el decidido anteriormente, se observa una diferencia relevante ya que en este último el conflicto de intereses del concejal se predica de la elección de su pariente en segundo grado de afinidad, circunstancia que llevó a que la regla jurídica aplicada se construyera teniendo en cuenta que los familiares de los concejales que se encuentren en dicho grado de parentesco pueden ser designados como funcionarios del correspondiente municipio.

¹¹ Consejo de Estado. Sección Primera. Expediente número 2008-00643. Fallo de 29 de enero de 2009. M. P. Martha Sofía Sanz Tobón.

En ese sentido la *ratio decidendi* expuesta no es aplicable al presente asunto, porque los supuestos de hecho no pueden ser subsumidos en esta habida consideración de que se trata de una situación distinta, toda vez que, en este proceso, el conflicto de intereses se estructura con referencia a la calidad de socios del demandado y la persona afectada con la decisión del concejo, y no desde la habilitación legal que pueda tener el pariente de un concejal para desempeñar cargo públicos en el municipio.

Nos encontramos ante una clara excepción de la aplicación del precedente judicial que ha sido reconocida por la jurisprudencia de la Corte Constitucional y que se conoce como “*distinguish*”, haciendo referencia a la figura cuyo origen se encuentra en los sistemas de derecho del “*common law*” según la cual, cuando se aprecien diferencias importantes no tenidas en cuenta para resolver el caso anterior, el Juez puede dejar de aplicar el precedente siempre que cumpla con la carga argumentativa razonada y suficiente que de cuenta de los hechos, circunstancias o razonamientos relevantes que permiten encontrar diferencias trascendentales entre uno y otro caso.

3.2 Alcance y Requisitos para que se dé el conflicto de intereses.

La expresión conflicto de intereses a que se refieren los artículos 55 numeral 2, 70 de la Ley 136 de 1994 y 48 numeral 1 de la Ley 617 de 2000 , normas que constituyen el marco normativo sobre el cual gravita este asunto, no encuentra definición en el ordenamiento jurídico, se trata entonces de un concepto jurídico indeterminado cuyo alcance y contenido ha sido definido

por la jurisprudencia de esta Corporación a fin de establecer los eventos en los cuales se está frente a la figura y en consecuencia procede su aplicación.

Pues bien, el devenir de la jurisprudencia ha confluído en señalar que el conflicto de intereses es una situación de carácter particular del servidor en la cual ve comprometida su independencia en vista de que la decisión que debe adoptar puede beneficiarlo directamente a él o a su cónyuge o compañero/a permanente, o a alguno de sus parientes dentro del grado de consanguinidad o de afinidad o civil que establezca la ley en cada caso, o a su socio o socios de derecho o de hecho.

Al respecto la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado ha sostenido que el *“conflicto de intereses” se refiere a situaciones de carácter particular, estrictamente personales en las que tenga interés el Congresista, lo que implica, por demás, un aprovechamiento personal de su investidura.*¹²

En cuanto el tipo de interés particular que afecta la imparcialidad del servidor, la Corporación ha hecho la distinción entre los de tipo moral y económico, los primeros se refieren a aspectos que escapan del patrimonio material del sujeto, mientras que los segundos comprenden todos aquellos de la vida económica de este, sobre el particular la jurisprudencia de la Corporación se ha pronunciado en los siguientes términos:

¹² Sentencia de 27 de agosto de 2002 proferida dentro del Radicación número: 11001-03-15-000-2002-0446-01(PI-043)

“El conflicto de intereses que originaría un impedimento se puede presentar por razones de índole moral o económico, conforme lo dice el artículo 182 de la Constitución Política y los artículos 268, numeral 6°, y 286 de la Ley 5ª de 1992. El conflicto de intereses de índole económico tiene un perfil mucho más claro habida cuenta de que los artículos 287 y 288 de la Ley 5ª de 1992 prescriben el deber de registrar los intereses privados y la participación accionaria que tenga el respectivo congresista, todo para que haya transparencia respecto de la vida económica del congresista frente al interés público que se debate en el Congreso y de cara al pueblo. El conflicto de intereses de índole moral, en cambio, no aparece nítidamente definido ni tiene un perfil claro en las normas constitucionales y legales, como sí ocurre con el conflicto de intereses de índole económico, lo que no significa que no exista o que no pueda presentarse. Es más, no se descarta que una determinada situación fáctica derive simultáneamente tanto en un conflicto económico como en un conflicto de tipo moral. Por un lado, es totalmente admisible que el congresista, como cualquier ciudadano, ejerza o haya ejercido derechos fundamentales y de ahí que tenga intereses privados que deba cuidar. Por otro lado, la Constitución le ordena que como congresista vote en pos del bien común y la justicia, vale decir, en pos del interés general. En esa dinámica es factible el enfrentamiento de intereses que debe evitarse, tal como se explicó. Como no resulta conforme con los paradigmas de la ética pública que en un momento dado se superpongan esos intereses, la Constitución castiga el hecho de que el congresista omita denunciar la existencia del conflicto de intereses, cuestión que queda en evidencia cuando justamente el congresista vota, participa en un debate o en una decisión trascendental estando de por medio intereses personales de tipo económico o moral francamente incompatibles con el interés público relacionado con esa votación, ese debate o esa decisión.”¹³

Otro de los puntos a tener en cuenta es el atinente a las características que debe tener el interés para que sea generador del conflicto, se ha dicho que el interés debe ser directo, particular y concreto, características cuyo alcance ha explicado la Sala al señalar:

¹³ Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, fallo de 23 de marzo de 2003 proferido en el proceso con radicado No. 11001-03-15-000-2009-00198-00(PI)

“La jurisprudencia de esta Sala tiene dicho que el interés que genera el conflicto de que habla la norma debe ser directo, es decir que el efecto que la decisión pueda tener en las personas que como servidores públicos intervienen en ella sea inmediato, sin consideración a circunstancias o elementos externos a la decisión; que se produzca de forma especial respecto de ellas, de su cónyuge o de un pariente suyo, es decir, particular y concreta, sea en su beneficio o en su perjuicio; y que además no se manifieste el impedimento por esa situación personal o familiar en el trámite del asunto, y así lo ha consignado reiterada y ampliamente la Sala Plena de lo Contencioso Administrativa de esta Corporación cuando se ha ocupado del asunto con ocasión de procesos de pérdida de la investidura de los congresistas. Asimismo, se ha señalado que el aspecto deontológico de esa figura radica en que es deber de los referidos servidores públicos poner de manifiesto ante la corporación respectiva, las circunstancias que por razones económicas o morales y a sabiendas de las mismas pueden afectar su objetividad, imparcialidad o independencia frente al asunto oficial o institucional que le compete decidir. De suerte que la causal no se configura por el sólo hecho de encontrarse en una situación personal o familiar que puede ser directa y específicamente afectada por la respectiva decisión, sino por no manifestarla, a sabiendas de encontrarse en la situación de que se trate, como impedimento para tomar parte en aquélla”¹⁴

Como corolario de lo dicho hasta aquí, puede decirse que el conflicto de intereses se presenta cuando el concejal tiene interés directo en la decisión que debe adoptar ya sea porque lo afecte a él, a alguno de sus parientes o a su socio o socios, situación que lo obliga a manifestar su impedimento. Este último punto es al que se ha denominado “aspecto deontológico” para referirse al deber que le asiste al funcionario público de manifestar ante la respectiva corporación las circunstancias de índole moral o económica que pueden afectar su independencia, imparcialidad y transparencia.

¹⁴ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, fallo de 30 de marzo de 2006 proferido dentro del proceso radicado con el No 25000-23-15-000-2004-00600-01(PI).

3.3 El caso concreto.

Antes de entrar a verificar si el demandado incurrió o no en conflicto de intereses al participar de la elección como personero del señor RODRÍGO LÓPEZ PÉREZ, resulta necesario acudir a las normas que constituyen el marco normativo en este asunto a fin de explicar los supuestos de hecho que estas contemplan y así lograr identificar si corresponde aplicar sus consecuencias jurídicas.

Las disposiciones aplicables al presente asunto son los artículos 55 numeral 2 y 70 de la Ley 136 de 1994, y el artículo 48 numeral 1 de la Ley 617 de 2000 cuyo contenido es del siguiente tenor:

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

(...)

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

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.

Los concejos llevarán un registro de intereses privados en el cual los concejales consignarán la información relacionada con su actividad económica privada. Dicho registro será de público conocimiento. Cualquier ciudadano que tenga conocimiento de una causal de impedimento de algún concejal, que no se haya comunicado a la respectiva corporación, podrá recusarlo ante ella.”

“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.”

De las normas transcritas se deduce que el conflicto de intereses se presenta cuando el concejal tiene interés directo en el asunto porque el mismo produce un efecto particular en su persona, en alguno de sus parientes señalados en la norma o en sus socios.

Esto significa que la actuación del servidor público termina enfrentando dos intereses distintos, uno directo y particular que es el que se desprende de la afectación que sufre él mismo o su círculo cercano, y el interés general al que debe dirigirse toda actuación pública. Advertida la contraposición de intereses, el servidor deberá manifestarlo a través del correspondiente impedimento para que el mismo sea resuelto, so pena de incurrir en violación al régimen de conflictos de intereses y hacerse merecedor, entre otras posibles consecuencias adversas, de perder la investidura.

Descendiendo al caso concreto se advierte que la discusión que convoca a esta segunda instancia deja de lado la participación del demandado en la elección del personero y la relación societaria entre estos, ya que dichas circunstancias fácticas se encuentran plenamente acreditadas y sobre ellas no

existe a estas alturas debate alguno que deba ser resuelto, en efecto, el recurso de apelación que suscita este pronunciamiento se dirige a cuestionar que el concejal BALCERO BALCERO no obtuvo un beneficio directo, inmediato y particular derivado de la elección del señor LÓPEZ PÉREZ, así se manifiesta en el recurso de apelación:

*“No se probó dentro del plenario, que para el 8 de enero de 2012, e incluso para la fecha actual, ningún tipo de relacionamiento comercial o de cualquier índole ECONOMICA entre la sociedad mencionada y el Municipio de Cota, de donde se pueda colegir fehacientemente que con la actuación de mi cliente en el proceso de elección de Personero Municipal, se le derivó (SIC) un beneficio **DIRECTO, INMEDIATO Y PARTICULAR** al aquí demandado o a su socio, presupuesto indispensable para predicar la existencia del conflicto de intereses.*

*Mal puede pretenderse que ante la inexistencia de cualquier relacionamiento comercial o económica (SIC) entre la pluricitada Sociedad y el Municipio de Cota, el Concejal se abstuviera de cumplir con su deber legal de votar a favor de alguno de los aspirantes a ser elegidos Personero Municipal, con el prurito de que **HIPOTÉTICA o EVENTUALMENTE**, si resultare elegido su socio comercial pudiera lograr la generación de un **BENEFICIO DIRECTO, INMEDIATO Y PARTICLARAR** para ellos o para la sociedad, pues ello cae en el campo de las meras posibilidades, y por ende el requisito de que el interés sea **DIRECTO Y ACTUAL** desaparece.*

*En tal sentido ha de descartarse la existencia de un interés particular que desviaría (SIC) la elección hecha por mi cliente como Concejal, del interés general que representó, puesto que su “socio” comercial como aspirante a la Personería Municipal de Cota, **NO** tenía ningún relacionamiento comercial con el municipio y menos la Sociedad que integraban, ello es tan cierto que la crítica hecha por la primera instancia se dirige a **NEGOCIOS QUE SE LLEGAREN A CELEBRAR o a UTILIDADES QUE PUDIEREN LLEGAR A RECIBIR**, todo lo cual confirma la inexistencia del beneficio particular, directo y actual que se viene alegando en este recurso”¹⁵*

En ese orden de ideas, la Sala observa que los argumentos expuestos por el apelante no son de recibo a la luz de las explicaciones que sobre la figura del

¹⁵ Folios 299 y 300 del cuaderno No. 1

conflicto de intereses se han hecho a lo largo de esta providencia. Cuando se habla del interés directo del concejal, se hace referencia a que la actuación en la que este se ve involucrado tenga un efecto inmediato en tanto que no depende de elementos o circunstancias externas, en este caso, la votación en la que participó el demandado tuvo una consecuencia inmediata y autónoma a cualquier elemento o circunstancia externa, ya que la misma produjo la elección del socio comercial del concejal como personero.

Si se observa detenidamente el contenido del artículo 70 de la Ley 136 de 1994, se tiene que el interés directo y particular que da lugar al conflicto se presenta porque la decisión en la cual participó el demandado afectó favorablemente a su socio ya que con esta fue elegido como personero del municipio.

En este caso nos encontramos ante un claro interés de tipo moral que no reporta ningún beneficio económico, de suerte que las disquisiciones hechas por el demandado referidas a si la elección del personero puede o no generar utilidades a la sociedad de la cual uno y otro hacen parte son irrelevantes ya que, como se explicó en líneas anteriores, la ocurrencia de este tipo de beneficios no es necesaria para que se configure el conflicto dado que es perfectamente posible que el interés sea de otro tipo, tal y como acontece en este preciso asunto.

En otras palabras, el concejal BALCERO BALCERO incurrió en conflicto de intereses porque la decisión en que participó afectaba a RODRIGO LÓPEZ

PÉREZ, quien para la época de los hechos era su socio en la empresa INVERSIONES Y PROYECTOS BALCERO Y CIA.

En cuanto el aspecto deontológico de la figura, se tiene que, además de las anteriores consideraciones, la violación al régimen de conflicto de intereses se concreta en que el demandado no manifestó el impedimento en que se encontraba para que el Concejo, conforme la ley y el reglamento, decidiera si debía o no separarse de la elección.

Vistas así las cosas, para la Sala es claro que el demandado incurrió en la causal de pérdida de la investidura dispuesta en los artículos 55 numeral 2 de la Ley 136 de 1994 y 48 numeral 1 de la Ley 617 de 2000, por lo que se confirmará la decisión adoptada por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca.

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

FALLA

Primero.- CONFIRMAR la sentencia de 23 de abril de 2012 proferido por la Sala Plena del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, mediante la cual se decretó la pérdida de la investidura del concejal del municipio de Cota – Cundinamarca, JUAN DAVID BALCERO BALCERO.

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

Cópiese, notifíquese, publíquese y cúmplase.

La anterior providencia fue leída, discutida y aprobada por la Sala en su sesión del 14 de noviembre de 2013.

MARCO ANTONIO VELILLA MORENO

Presidente

MARÍA ELIZABETH GARCÍA GONZÁLEZ

MARÍA CLAUDIA ROJAS LASSO

GUILLERMO VARGAS AYALA