



**CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCIÓN PRIMERA**

Bogotá, D.C., veintisiete (27) julio de dos mil diecisiete (2017)

CONSEJERO PONENTE: ROBERTO AUGUSTO SERRATO VALDÉS

**Radicación Número: 05001-23-33-000-2016-02017-01
Medio de control: Pérdida de investidura
Actor: Rafael Gildardo Correa Arroyave
Demandado: Dora Liliana Osorio Zapata
Referencia: Violación del régimen de incompatibilidades
de los concejales / incompatibilidad prevista
en el artículo 29 de la Ley 1123 de 2007 /
Régimen que regula el ejercicio de la abogacía
por parte de los concejales.**

La Sala procede a decidir el recurso de apelación interpuesto oportunamente por la parte demandada, en contra de la sentencia de 1° de noviembre de 2016, mediante la cual la Sala Plena del Tribunal Administrativo de Antioquia decretó la pérdida de investidura de la señora Dora Liliana Osorio Zapata, Concejala del Municipio de San Pedro de los Milagros (Antioquia), elegida para el período constitucional 2016-2019.

I.- ANTECEDENTES

1.- La demanda

1.1.- La causal de pérdida de investidura alegada

El ciudadano Rafael Gildardo Correa Arroyave, obrando en nombre propio, solicitó que se decretara la pérdida de la investidura de Dora Liliana Osorio Zapata, Concejal del Municipio de San Pedro de los Milagros (Antioquia), por haber incurrido en la violación de la incompatibilidad prevista en el artículo 29 de la Ley 1123 del 22 de enero de 2007¹, que al tenor señala:

«[...] **ARTÍCULO 29. INCOMPATIBILIDADES.** No pueden ejercer la abogacía, aunque se hallen inscritos: [...] 1. Los servidores públicos, aun en uso de licencia, salvo cuando deban hacerlo en función de su cargo o cuando el respectivo contrato se los permita. Pero en ningún caso los abogados contratados o vinculados podrán litigar contra la Nación, el departamento, el distrito o el municipio, según la esfera administrativa a que pertenezca la entidad o establecimiento al cual presten sus servicios, excepto en causa propia y los abogados de pobres en las actuaciones que deban adelantar en ejercicio de sus funciones. [...] **PARÁGRAFO.** <Aparte subrayado **CONDICIONAMENTE** exequible> Los abogados titulados e inscritos que se desempeñen como profesores de universidades oficiales podrán ejercer la profesión de la abogacía, siempre que su ejercicio no interfiera las funciones del docente. Así mismo, los miembros de las Corporaciones de elección popular, en los casos señalados en la Constitución y la ley [...]».

¹ «[...] Por la cual se establece el Código Disciplinario del Abogado [...]»

Tal conducta se erige como casual de pérdida de investidura por virtud de lo normado en el núm. 1² del artículo 48 de la Ley 617 del 6 de octubre de 2000³.

Ahora bien, el demandante explicó que la señora Dora Liliana Osorio Zapata, luego de posesionarse como Concejal del Municipio de San Pedro de los Milagros (Antioquia):

«[...] no renunció a su condición de apoderada en contra del mismo municipio según poder otorgado para litigar ante el Juzgado 22 del Circuito Administrativo de Medellín, asistió a una audiencia de conciliación programada donde asistió el señor alcalde municipal en su condición de representante de la entidad demandada [...] Por esa actitud contraria a la ley es por lo que la servidora demandada debe [perder] su investidura por violación a esa norma [...] Respecto al artículo 1 de la Ley 144 de 1994, tenemos: que esta norma también trae la prohibición de que los concejales presenten alguna incompatibilidad, en el caso concreto de ser servidora (sic) pública de la misma entidad donde ejerce el cargo de concejal [...]».

1.2.- Los hechos que dan sustento a las causales alegadas

El hecho central que sustenta la causal de pérdida de investidura alegada es el consistente en que la señora Dora Liliana Osorio Zapata, ostentando la calidad de Concejal del Municipio de San Pedro de los Milagros, presentó en nombre propio **y en su condición de abogada y apoderada judicial del señor José Alberto Bustamante Medina**, una acción popular en contra de aquel

² «[...] 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. [...]».

³ Por la cual se dictan normas tendientes a modernizar la organización y el funcionamiento de los municipios

municipio, proceso judicial identificado con el núm. 05001-33-33-022-2015-01197-00 y que cursa en el Juzgado 22 Administrativo del Circuito de Medellín.

2.- Contestación de la demanda por parte de la Concejal Dora Liliana Osorio Zapata

En la oportunidad procesal correspondiente, la Concejal Dora Liliana Osorio Zapata, mediante apoderado judicial, contestó la demanda y se opuso a sus pretensiones.

La demandada indicó que es parcialmente cierto el hecho cuarto, aclarando que el derecho de postulación lo viene ejerciendo **desde el mes de noviembre de 2015, esto es, después de ser elegida Concejal del Municipio de San Pedro de los Milagros (Antioquia), al presentar una acción popular en contra del alcalde y del jefe de la oficina de planeación de aquel municipio**, en atención a las irregularidades consistentes en que se estaban realizando construcciones sin tener la respectiva licencia de construcción, y en tanto que se prestaron volquetas para llevar materiales de construcción a una obra ilegal de un particular y una retroexcavadora, las cuales eran de propiedad del municipio.

En el mismo sentido se pronunció en relación con el hecho quinto, esto es, que era parcialmente cierto, señalando que el demandante no analiza el forma integral el artículo 29 de la Ley 1123, pues aquel artículo, en su parte final, resalta que los miembros de corporaciones de elección popular pueden ejercer la abogacía en los términos previstos en la Constitución Política y en la Ley.

Afirma, entonces, que su actuación siguió los postulados del artículo 28 de la Ley 1123 que prevé los deberes del abogado, en particular, los numerales 1, 2 y 6 del artículo 12 de la Ley 472 del 5 de agosto de 1998⁴, que resalta que las entidades públicas que cumplan funciones de control, intervención o vigilancia, son titulares de la acción popular, siempre que la amenaza o vulneración a los derechos e intereses colectivos no se haya originado en su acción u omisión; del artículo 144 de la Ley 1437 del 18 de enero de 2011⁵ (medio de control de protección de derechos e intereses colectivos), solicitando, mediante derechos de petición, en nombre propio y como apoderada del señor José Alberto Bustamante Medina, que cesara la violación de la normatividad urbanística; así como de la Sentencia C-819 de 2010, proferida por la Corte Constitucional, que indicó que la incompatibilidad prevista en el artículo 29 de la Ley 1123 no puede ser interpretada como una prohibición a servidores públicos para presentar acciones judiciales que no requieran la asistencia de un abogado o que en general corresponda al ejercicio de los derechos de las personas.

Destacó que el artículo 46 de la Ley 136 del 2 de junio de 1994⁶ trae una serie de excepciones a las incompatibilidades haciendo referencia, específicamente, a la contenida en el literal a) consistente en que los concejales pueden actuar directamente o por medio de apoderados en diligencia o actuaciones administrativas o jurisdiccionales en las cuales conforme a la ley, ellos mismos tengan interés, manifestando que le asiste un interés particular **«[...] así aparezca como apoderada del señor JOSÉ**

⁴ «[...] Por la cual se desarrolla el artículo 88 de la Constitución Política de Colombia en relación con el ejercicio de las acciones populares y de grupo y se dictan otras disposiciones [...]».

⁵ «[...] Por la cual se expide el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo [...]».

⁶ «[...] Por la cual se dictan normas tendientes a modernizar la organización y el funcionamiento de los municipios [...]».

ALBERTO BUSTAMANTE, pues es un mecanismo legal y público que busca la protección del interés colectivo y ese es nuestro interés, como ciudadanos domiciliados y radicados en San Pedro [...]».

Subrayó que el hecho sexto de la demanda no era cierto puesto que, como ciudadana, concejal y abogada, le asistía un interés personal para presentar la acción popular, en la medida en que:

«[...] pues como lo dije en el hecho anterior desde el mes de febrero de 2015 se interpusieron sendos derechos de petición, los cuales se presentaron en la acción popular de la misma que pide copia el demandante, **solicitando al alcalde de San Pedro y al jefe de planeación, ordenar la demolición de unos locales comerciales que construyó un particular sin la correspondiente licencia de construcción y por el contrario, el mismo alcalde ayudo para que continuaran construyendo más locales y bodegas, prestándoles la maquinaria del municipio (anexo fotografías), y esta es la hora que continúan en todo el municipio pese a esta acción, violando la normatividad urbanística** [...] Desde este momento y con mi interés personal de defender los derechos colectivos de los habitantes del municipio de San Pedro y de alguna manera impedir a futuro un posible detrimento patrimonial, **serví como apoderada del señor BUSTAMANTE de quien siempre he tenido un apoyo incondicional y buscando ambos el mismo objetivo de defender ese derecho colectivo de los sampedreños, (sic) para que podamos gozar de un espacio público al cual tenemos derecho** [...] Opté por representarlo como apoderada y no hacerlo de manera personal, también por temor a amenazas del señor Alcalde de turno, quien hizo una administración leseferista (sic) y siempre con el argumento de “Yo soy el alcalde” y todo el pueblo callado, pagando las consecuencias de sus actos irresponsables [...] **Es cierto que asistí a audiencia de conciliación**, y allí una vez más, el municipio a través de su representante, continúa violando la normatividad urbanística y no quiso proponer pacto de cumplimiento, cuando es dicha entidad la encargada de hacer cumplir la normatividad urbanística y su pacto pudo haberse orientado a iniciar la actuación administrativa tendiente a ordenar la demolición de los locales construidos sin

licencia y estar vigilantes de su aplicación y cumplimiento, y aprovechando el poder sancionador que les da la norma, proteger los bienes que hacen parte del espacio público, y así evitar sanciones y detrimento patrimonial al municipio, con su dejar hacer irresponsable, permitiendo a los particulares la vulneración de las normas [...]».

En relación con el hecho séptimo de la demanda, precisa que la única acción que tiene en contra del municipio **«[...] como concejal en ejercicio y ejerciendo la profesión de abogada, es la acción popular de la cual habla el demandante [...]»**.

Posteriormente la demandada, en el acápite que denominó «CONCEPTO DE LA VIOLACIÓN», aseveró lo siguiente:

«[...] No es tan clara la violación a la norma como asevera el demandante, pues él hace una lectura parcial y amañada. No se lee la norma integralmente o en correspondencia con otras, por lo tanto tampoco es cierto que la norma no de ninguna posibilidad tal y como queda demostrado con los argumentos, normas y jurisprudencia anteriormente expuesta [...] Y claro que como abogada, como concejal y gracias a la experiencia y conocimiento en la aplicación de la normatividad urbanística, es que tengo un compromiso social aún más grande con el municipio, debido a la incultura ciudadana generada por los mismos funcionarios públicos encargados de aplicar esta normatividad quienes en su mayoría han sido irresponsables en el otorgamiento de licencias de construcción o dejando sin sancionar a los infractores de esta normatividad, y por ello, mi interés social, personal y profesional a fin de defender, mediante esta acción legal y pública, derechos e intereses colectivos, cuales son la defensa del espacio público, sin ningún interés económico, sino meramente social y colectivo, por el contrario esta demanda de pérdida de investidura en mi contra, solo deja entrever un interés particular y una actuación temeraria, desconociendo mi labor en el municipio orientada al servicio social a la comunidad que me eligió [...]»

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

La Sala Plena del Tribunal Administrativo de Antioquia, mediante sentencia del 1 de noviembre de 2016, decretó la pérdida de la investidura de la ciudadana Dora Liliana Osorio Zapata como Concejal del Municipio de San Pedro de los Milagros (Antioquia), elegida para el período constitucional 2016-2019.

Inicialmente, planteó el problema jurídico que se debía resolver en este proceso, en la siguiente forma:

«[...] 3.2 Problema jurídico [...] El problema jurídico fundamental que convoca la atención de la Sala se circunscribe a determinar si la concejala del Municipio de San Pedro de los Milagros, incurre en causal de pérdida de investidura, por violación al régimen de incompatibilidades de los servidores públicos, al actuar como apoderada de un particular en acción popular frente al municipio del cual es concejala [...]».

Luego procedió al análisis de la causal de pérdida de investidura por violación del régimen de incompatibilidades, revisando el contenido de los artículos 291, 292 y 312 de la Constitución Política; 46 de la Ley 136; 29 de la Ley 1123; y 8 de la Ley 1368 de 29 de diciembre de 2009⁷, para resaltar que:

«[...] De las normas anteriormente citadas (art. 29 de la Ley 1123 de 2007 y la Ley 1368 de 2009) se deduce que en su contenido son normas similares por no decir idénticas, para el caso que nos ocupa, en el sentido de prohibir al servidor público (concejal) litigar

⁷ «Por medio de la cual se reforman los artículos 66 y 67 de la Ley 136 de 1994 y se dictan otras disposiciones».

contra el municipio del cual se es concejal (art. 29 de la Ley 1123 de 2007), y de no ejercer la profesión (de abogado) ..., en asuntos en los cuales el municipio o sus entidades descentralizadas sean asuntos en los cuales el municipio o sus entidades descentralizadas sean parte (art. 8 de la Ley 1368 de 2009), de tal forma que haber citado una norma u otra no incide en la configuración de la causal de incompatibilidad y de entenderse que, en su contenido, se hace referencia a la otra, reiteramos la causal de incompatibilidad es la de ejercer la profesión de abogado o litigar frente al municipio del cual se es concejal, de todas formas, más adelante se desarrollará, con citas jurisprudenciales, por que el régimen de incompatibilidad de los concejales no está limitado o restringido a la ley 136 de 1994, ni a la Ley 617 de 2000, sino que está consagrado en diferentes texto legales, como la Ley 1123 de 2007, la Ley 1368 de 2009, la ley 80 de 1993, la ley 1474 de 2011, estatuto anticorrupción, y ley 1475 de 2011, y que eventualmente, si se hubiera cometido un error de carácter formal, no sustancial, en la cita del número exacto de la norma, pero no en cuanto a su contenido, ello no puede constituirse en un obstáculo para el análisis de las imputaciones y la pérdida de investidura, toda vez que no se ve implicada la vulneración al debido proceso de la parte demandada, ya que sabe desde un principio la conducta que se le imputa como infracción al régimen de incompatibilidades [...]».

Con sustento en las decisiones proferidas por el Consejo de Estado, afirmó que la Ley 617 no contiene una regulación íntegra sobre el régimen de inhabilidades e incompatibilidades de los concejales, por lo que:

«[...] se admite la aplicación de disposiciones normativas que establecen inhabilidades para concejales, contenidas en leyes distintas a la Ley 617 y que hacen parte del régimen de inhabilidad, acarreado como consecuencia la pérdida de investidura del concejal. Ello encuentra sustento en los siguientes artículos de la Constitución: (se cita el artículo 312 de la Carta Política) [...] Estos artículos dan cuenta de que el Constituyente delegó al legislador la competencia para regular el tema de la inhabilidades e incompatibilidades de los concejales, que la mimas (sic) no están contenidas de manera exclusiva en la Ley 617 de 2000, y que, su regulación puede dar lugar a la pérdida de

investidura de los mismos. [...] Es por lo anterior que hacen parte del régimen de inhabilidades e incompatibilidades de los concejales las disposiciones contenidas en la Ley 80 de 1993, en la Ley 1474 de 2011 y 1475, Artículo 29 del mismo año, sólo para citar algunos ejemplos [...]».

Posteriormente estudió el artículo 29 de la Ley 1123, resaltando que del mismo se desprenden ciertas premisas:

«[...] Incompatibilidad N° 1: Los servidores públicos no pueden ejercer la abogacía. [...] Excepción N° 1. Que lo hagan en función de su cargo. [...] Excepción N° 2. Que el respectivo contrato autorice el ejercicio de la profesión. [...] Excepción N° 3: Que se trate de un docente oficial y el ejercicio no interfiera con su profesión de docente. [...] Excepción N° 4. Que se trate de un miembro de Corporación Pública con expresa autorización legal o constitucional. [...] Incompatibilidad N° 2: Los abogados contratados o vinculados no pueden litigar en contra de la entidad frente a la cual prestan sus servicios [...] Es claro también el legislador establece una regla, que no contempla excepciones y está dirigida a los abogados contratados o vinculados, cual es litigar en contra de la Nación, el Departamento, el Municipio, el distrito o el establecimiento, al que presten sus servicios. Así pues, por ejemplo, tratándose de un docente oficial, si bien puede ejercer la profesión de abogacía, siempre y cuando el ejercicio de la misma no interfiera con sus funciones, nunca lo puede hacer en contra de la Universidad (establecimiento), para el cual labora, ya que resulta incompatible su vínculo como servidor público, con la actividad de litigio en contra de la entidad para la cual labora [...] Asimismo, si se trata de un miembro de Corporación Pública, al que la Constitución y la Ley autoricen para ejercer la abogacía en determinados casos, nunca puede hacerlo en contra de la entidad a la cual pertenecen [...]».

El Tribunal se refirió a la sentencia C-1004 de 2007, proferida por la Corte Constitucional, para indicar que de su análisis podía extractarse que si bien los servidores públicos podían ejercer la abogacía bajo ciertas circunstancias, en ningún caso pueden hacerlo en contra de la entidad o

establecimiento al cual pertenecen, salvo que aquello se haga en causa propia o, como abogados de pobres. Esta prohibición, continua, «[...] no se dirige a algún tipo de servidores públicos exclusivamente, sino a todos ellos [...]».

Después hizo referencia a la Sentencia C-819 de 2010 en la que la Corte Constitucional reiteró: «[...] la regla general de que la función pública es incompatible con el ejercicio de la abogacía [...]», y a las sentencias C-658 de 1996, C-307 de 1996 y C-879 de 2014, para concluir que:

«[...] Es entonces constitucionalmente admisible la prohibición general que recae sobre los concejales, en su calidad de servidores públicos, de actuar como apoderados y así como también es legalmente admisible que excepcionalmente puedan hacerlo cuando la Constitución y la Ley expresamente se lo permitan. Esta prohibición no puede interpretarse como una limitación injustificada al ejercicio de la abogacía, sino como razonablemente fundada en los principios de moralidad, eficacia e imparcialidad que rigen la actividad administrativa [...] Adicionalmente, se considera que, si bien se mantiene la posibilidad para los mismos de actuar en los asuntos en los que tengan personalmente interés, no tienen permitido agenciar derechos ajenos en el ejercicio de la profesión [...]».

Se refirió luego al caso concreto, encontrando acreditado que la Concejal por el Municipio de San Pedro de Los Milagros, Dora Liliana Osorio Zapata, es abogada y actuó como apoderada judicial de José Alberto Bustamante Medina en la acción popular identificada con el número 05001333302220150119700, que cursa en el Juzgado 22 Administrativo del Circuito de Medellín, concomitantemente con el ejercicio de su cargo como Concejal de aquel municipio. Frente a los argumentos defensivos, la primera instancia consideró que:

«[...] La demandada, en los alegatos que aportó al proceso en la audiencia pública señala que ejerció la abogacía amparada en los Artículos 88, 133 y 282 de la C.N y considera que la Ley sí se lo permite.

Examinado el texto de estas disposiciones normativas puede establecerse con claridad que ninguna de ellas la habilitan como concejal para ejercer la profesión de abogado y, contrario a lo que considera, es justamente en ejercicio de su profesión de abogada que puede representar judicialmente a otra persona en el trámite de la acción popular.

[...]

En el mismo sentido, considera la demandada que cuenta con habilitación legal para, en su calidad de servidora pública, pueda ejercer la profesión de abogado por mandato del Artículo 12 numeral 3° de la Ley 472 de 1998. No obstante, dicha disposición nada dice sobre el ejercicio de la profesión de abogado, sino que habla de que las entidades públicas que ejerzan funciones de control y vigilancia son titulares de la acción popular. Lo cual es completamente distinto a lo que se discute [en] la presente pérdida de investidura. A renglón seguido la demandada se refiere a los artículos 16, 22, 28 de la Ley 1123 de 2007. Enuncia además que la parte final del párrafo del Artículo 29 de la Ley 1123 la habilita para ejercer la abogacía. No obstante de la lectura de estas disposiciones es claro que ninguna da cuenta de tal posibilidad jurídica.

[...]

A continuación la demandada cita el Artículo 46 de la Ley 136 de 1994, disposición que establece:

[...]

En este caso, tenemos que el Artículo 46 consagró una excepción al régimen de incompatibilidades de los concejales, permitiendo expresamente en su literal d, como excepción, que éstos pudieran ejercer como abogados en procesos adelantados ante la Rama Judicial, no obstante, señaló una restricción y es que los mismos no podrían hacerlo ante el respectivo municipio, cuando se tratara

de gestionar intereses económicos y fiscales. Así lo estableció el legislador:

[...]

No obstante, esta disposición que consagraba la excepción, fue derogada tácitamente en el Artículo 8° de la Ley 1368 de diciembre 29 de 2009 “Por medio de la cual se reforman los artículos 66 y 67 de la Ley 136 de 1994 y se dictan otras disposiciones” que dispuso: “Artículo 8°. Ejercicio de la profesión u oficio. Los Concejales podrán ejercer su profesión u oficio, siempre y cuando con ello no se interfieran las funciones que ejercen como tales, ni se trate de asuntos en los cuales el municipio o sus entidades descentralizadas sean parte.

Es decir que la excepción a la incompatibilidad, tal como se encuentra en el ordenamiento jurídico vigente es que los concejales sí pueden ejercer la abogacía pero nunca cuando es parte el municipio al que representan, ya que esta excepción del Artículo 46, literal d, fue modificada por el Artículo 8° de la Ley 1368 de 2009, norma especial y posterior frente al ejercicio de la profesión de los concejales.

[...]

El cargo que se imputa a la concejal es que actuó como apoderada o ejerció la abogacía en un proceso en el que era parte el municipio, y se cita como apoderada o ejerció la abogacía en un proceso en el que era parte el municipio, y se cita como sustento el estatuto de la abogacía, norma que en nuestro criterio es suficiente para configurar la infracción o causal de pérdida de investidura, sin que pueda esgrimirse que la Ley 136 de 1994 permite el actuar a los concejales como apoderado en procesos judiciales salvo en los que se adelanten contra el municipio y que tengan efectos fiscales o económicos, por cuanto la Ley 136 de 1994 fue modificada por la Ley 1368 de 2009, en su artículo 8, al establecer que se permite a los concejales ejercer su profesión salvo en los procesos en los que el municipio sea parte, es así que como en la acción popular el municipio es parte demandada y la concejala actúa como apoderada de la parte demandante, se configura la causal de pérdida de investidura, lo anterior a pesar que la demanda solo cita el estatuto de la abogacía pues es claro que el cargo es haber sido apoderada en un proceso en el que es

parte el municipio, causal que es consagrada en dicha normatividad cuando dispone que el servidor público en ningún caso podrá ejercer la abogacía contra la entidad a la cual está vinculado , la Ley 1368 de 2009, lo que hace es reafirmar y corroborar dicha prohibición.

Este último artículo, de todas formas, aunque no se cite textualmente en la demanda es claro que con los actos o actuaciones a que se hace referencia en la demanda como causales de incompatibilidad se están refiriendo a ella.

En este punto es necesario manifestar que los errores o imprecisiones en la cita en el número de leyes o artículos, no puede echar al traste con una imputación de cargos o acusación, cuando el contenido de la norma que se dice infringida es claro y no da lugar a dudas; en este caso el haber actuado como apoderada, ejercer la profesión en un proceso en el que una de las partes es el municipio del cual se es concejal; por ello consideramos, que la causal de pérdida de investidura está configurada, máxime teniendo en cuenta que la titularidad para ejercer la de pérdida de investidura la tiene cualquier ciudadana, los que pueden carecer de los conocimientos precisos y exactos de las normas.

[...]

En síntesis, la Sala concluye que ninguna de las disposiciones que enunció la habilitaban para ejercer la abogacía que es lo que se discute al interior de la presente acción. En contraste con la prohibición establecida, durante todo el proceso la demandada actúa en representación del señor José Alberto Bustamante.

Ahora bien, la demandada, en sus alegatos se refiere a la importancia que para ella tiene como concejal y ciudadana ejercer control sobre la administración municipal, y destaca la gravedad de los hechos que se debaten en el interior de la acción popular.

Sobre el particular es pertinente recordarle que no es ese el asunto, y que tampoco con ello se quiere señalar que no pueda presentar acciones populares, actuando en nombre propio. Lo que configura la causal de incompatibilidad es que lo haya hecho en su calidad de abogada, en representación de otra persona, pudiendo,

incluso, haberlo hecho en nombre propio, presentarla directamente o presentarla ambos, sin que tuviera que existir mandato.

[...]

Así las cosas, está probado que la Señora DORA LILIANA OSORIO ZAPATA, incurrió en una causal de incompatibilidad establecida en el Artículo 29 de la Ley 1123 de 2007, en concordancia con la ley 1368 de 2009, cual es ejercer la abogacía mientras fungía como servidora pública en calidad de concejala del Municipio de San Pedro de los Milagros (Antioquia), para el período 2016-2019 (...).

4.- El recurso de apelación presentado por la Concejal Dora Liliana Osorio Zapata

Inconforme con la sentencia de primera instancia y dentro de la oportunidad procesal correspondiente, la parte demandada presentó recurso de apelación con el fin de que se revoque dicha providencia y, en su lugar, se desestimen las pretensiones de la demanda, esgrimiendo para el efecto los siguientes argumentos:

«[...] Mi actuación como concejal, la hice a través de una acción popular, la cual es tramitada y decidida por La Rama Jurisdiccional del Poder Público, lo que hace que mi actuación esté inmersa en la excepción consagrada en el artículo 46 de la Ley 136 de 1994 literal d, hecho que no es analizado por la mayoría de Magistrados del Honorable Tribunal de primera instancia. La Ley 1123 de 2007, en la parte final del artículo 29, del cual me acusan dice “Podrán ejercer la profesión de abogacía, los miembros de corporaciones de elección popular en los casos señalados en la Constitución y la Ley.

Por su parte el artículo 8 de la Ley 1368 de 2009 reza: Los concejales podrán ejercer su profesión u oficio, siempre y cuando con ello no se interfieran las funciones que ejercen como tales, ni se trate de asuntos en los cuales el municipio o sus entidades descentralizadas sean parte.

[...]

No veo la configuración de la incompatibilidad, en mi ejercicio de abogada concejal en el caso particular de la acción popular, dado que ella se puede presentar a nombre propio o como abogada con un interés propio y general, nunca particular ni buscando beneficios económicos, por el contrario buscando impedir que la misma entidad incurra en detrimento patrimonial. Esta actuación particular, está inmersa en la excepción que trae la norma, artículo 46 de la Ley 136 de 1994, literal d. El Honorable Tribunal de primera instancia, para proferir fallo en mi contra, se basa en la sentencia proferida contra el concejal de Bogotá, quien era apoderado de un grupo social que estaba siendo afectado por el relleno sanitario doña Juana, pero las particularidades que encierra cada caso, son muy diferentes, pues en esa acción popular estaban pidiendo una indemnización para los afectados la cual debía ser pagada por el Distrito Capital, lo que no ocurre en mi caso, mi interés es defender derechos colectivos como es el espacio público y en ningún momento estamos pidiendo beneficios económicos ni contraprestación alguna.

[...]

Específicamente en nuestro municipio que es de sexta categoría el concejal utiliza muy poco tiempo en sus funciones como servidor público. Pues solo se sesiona dos veces por semana en los períodos ordinarios constitucionales en los meses de febrero, mayo, agosto y noviembre, hasta 15 sesiones por mes. Como vemos, mi ejercicio de abogada, en ningún caso interfiere el ejercicio de servidora pública, artículo 8 de la Ley 1368 de 2009. En el caso de la acción popular, estoy litigando en causa propia y con un interés propio ante la rama jurisdiccional del poder público, en ningún momento devengando ni exigiendo dineros del Municipio, distintos a los honorarios recibidos por cada sesión asistida.

[...]

La sanción impuesta, como lo dicen los Honorables Magistrados Beatriz Jaramillo, Martha Madrid, Jorge León Arango y John Jairo Alzate quienes salvaron el voto, debe ser producto de la última ratio como en el derecho penal, ya que no hicieron un análisis de

las particularidades y de los hechos que condujeron a la presentación de la acción popular, simplemente aplican la norma en su tenor literal sin tener en cuenta ni valorar el hecho de que presenté la acción a nombre propio y con un interés propio. También vale la pena, el estudio de los conceptos emitidos por los honorables magistrados que pese a proferir su voto sancionatorio, lo aclaran, dejando entrever que la norma aplicada para proferir la sanción, no es la correcta, ellos son Gloria Gómez, Martha Velásquez, Jorge Iván Duque y Adriana Bernal. [...]».

5.- Alegatos de conclusión en segunda instancia y concepto del agente del Ministerio Público

Mediante auto de 19 de diciembre de 2016, el Magistrado Sustanciador del proceso admitió el recurso de apelación presentado en contra de la sentencia de primera instancia y ordenó correr traslado a las partes para que presentaran sus alegatos y al Agente del Ministerio Público para que, si lo consideraba pertinente, rindiera concepto.

Solo la parte demandada presentó sus alegatos de conclusión en los que reiteró los argumentos esgrimidos a lo largo del proceso y agregó:

«[...] Como puede observarse, tanto en el fallo, como en los salvamentos de voto y en las aclaraciones, aplicaron de manera objetiva una norma que no me es aplicable. No tuvieron en cuenta las pruebas allegadas al expediente (acción popular) ni a los argumentos y pruebas obrantes en la demanda de pérdida de investidura. [...] Tampoco tuvieron en cuenta el principio de culpabilidad, el cual es fundamental en el derecho sancionatorio, en el cual no se puede aplicar una responsabilidad objetiva, como lo hicieron conmigo al aplicar la sanción de pérdida de investidura. Mi actuación al interponer la acción popular, fue con el convencimiento y confianza legítima de no estar inmersa en una causal de incompatibilidad ni de inhabilidad, al ser elegida como concejal y el Municipio de San Pedro de los Milagros ser PARTE en peculiares, por lo tanto no se demuestra el elemento

culpabilidad necesario para aplicar la sanción y no es analizado el caso particular, ni su especificidad y subjetividad presentes [...] para imponer la sanción, El Honorable Tribunal Administrativo de Antioquia, no tuvo en cuenta los principios del derecho sancionatorio, cuales son: [...] Prevalencia del interés general: al no analizar las pruebas aportadas a la acción popular, en cumplimiento de un deber constitucional y legal, cual es la defensa del espacio público como derecho colectivo [...] Proporcionalidad entre la falta y la sanción: La sanción impuesta es demasiado drástica, pues no sólo es la pérdida de investidura, es también sanción disciplinaria, pues mi demandante ha radicado la queja ante la Procuraduría y ante el Consejo Superior de la Judicatura. Además dicha sanción restringe derechos políticos, lo que hace obligatorio dotar de amplias garantías el procedimiento jurisdiccional. [...] Debido proceso: Tal y como lo sostienen los Honorables magistrados que SALVARON EL VOTO Y LOS QUE LO ACLARARON, al decir que: “LA SALA NO DEBIÓ DECRETAR LA PÉRDIDA DE INVESTIDURA, teniendo en cuenta las particularidades del caso”; “NO PUEDE LA SALA MAYORITARIA, FUNDAMENTAR LA PÉRDIDA DE INVESTIDURA EN EL ARTÍCULO 29 DE LA LEY 1123 DE 2007, PORQUE ES UN RÉGIMEN GENERAL, QUE ACARREA LA POSIBILIDAD DE SANCIÓN POR FALTA DISCIPLINARIA, PERO NO ES NORMA APLICABLE A LOS CONCEJALES COMO CAUSAL DE PÉRDIDA DE INVESTIDURA”, CONSIDERA QUE SÍ LO ES LA LEY 1358 DE 2009 EN SU ARTÍCULO 8 [...]».

Por su parte, el Agente del Ministerio Público intervino en esta instancia mediante escrito del 23 de febrero de 2017, en el que solicitó, luego de un estudio integral del proceso judicial, la confirmación de la sentencia de primera instancia.

Al abordar el caso concreto encontró acreditado que la señora Dora Liliana Osorio Zapata fue electa concejal del municipio de San Pedro de los Milagros (Antioquia) para el período 2016 – 2019, su condición de abogada y que, ostentando la calidad de concejal de aquel municipio, actuó como apoderada judicial del señor José Alberto Bustamante Medina, en la acción popular núm.

050001-33-33-022-20150-1197-00, que presentó en contra del municipio de San Pedro de los Milagros (Antioquia), para luego señalar que:

«[...] En ese contexto fáctico y de conformidad con la normativa señalada en el acápite precedente, el 46 artículos (sic) de la Ley 136 de 1994 consagró una excepción al régimen de incompatibilidad de los Concejales, permitiendo expresamente en su literal d), como excepción, que éstos pudieran ejercer como Abogados en procesos adelantados ante la Rama Judicial; no obstante, señaló una restricción y es que los mismos no podrían hacerlo ante el respectivo Municipio, cuando se tratara de gestionar intereses económicos y fiscales.

Norma que posteriormente, fue derogada tácitamente por el artículo 8° de la Ley 1368 de diciembre 29 de 2009, la cual limitó aún más la mencionada restricción para el ejercicio de la profesión u oficio de los Concejales, y es, que no se trate de asuntos en los cuales el municipio o sus entidades descentralizadas sean parte.

Es decir, la excepción a la incompatibilidad, tal como se encuentra en el ordenamiento jurídico vigente, es que, los Concejales sí pueden ejercer la abogacía, pero no cuando es parte el Municipio al que representan, según lo preceptuado en la disposición arriba señalada, norma especial y posterior frente al ejercicio de la profesión de los Concejales.

[...]

Tal como lo advirtió el Tribunal de instancia, la Ley 136 de 1994 permite el actuar a los Concejales como apoderado en procesos judiciales, salvo, en los que se adelanten contra el Municipio y que tengan efectos fiscales o económicos; normativa que fue derogada por la Ley 1368 de 2009, que en su artículo 8 establece que se permite a los Concejales ejercer su profesión excepto en los procesos en los que el Municipio sea parte. Es así que como en la Acción Popular No. 05001333302220150119700 el Municipio de San Pedro de los Milagros – Antioquia es parte demandada y la Concejala Dora Liliana Osorio Zapata actúa como apoderada de la parte demandante, se configura la causal de pérdida de investidura, toda vez que, el cargo es haber sido apoderada en un proceso en el que es parte el Municipio, causal que es consagrada

en dicha normatividad cuando dispone que el servidor público en ningún caso podrá ejercer la Abogacía contra la entidad a la cual está vinculado [...]».

II.- CONSIDERACIONES DE LA SALA

1.- Procedibilidad de la acción de pérdida de investidura

Reposa en el expediente (fol. 8, cuaderno principal) una certificación del 21 de enero de 2016, expedida por la presidenta del Concejo Municipal de San Pedro de los Milagros (Antioquia), María Edilma Tobón Velásquez, en la que se hace constar que:

«[...] la señora DORA LILIANA OSORIO ZAPATA, identificada con cédula de ciudadanía N° 42.730.542 de Jardín (Ant), fue elegida como Concejal de la localidad para el período Constitucional 2016-2019, tal como lo certifica la Registraduría Nacional en el formulario E-26; con base en el cual tomó posesión la mencionada el pasado 4 enero de 2016, tal como consta en el Acta N° 001 de 2016, la cual se anexa, aclarándose que ésta es fiel copia tomada de la original que reposa en Archivo de la Corporación [...]»

Asimismo, se encuentran las páginas 28 y 29 del Acta General de Escrutinio de las elecciones de autoridades locales realizadas el día 25 de octubre (fol. 9-10, cuaderno principal), correspondiente al municipio de San Pedro de los Milagros (Antioquia), en la que se declara electa concejal, entre otros, a la señora Dora Liliana Osorio Zapata, siendo, entonces, sujeto pasivo de la presente acción de pérdida de investidura.

2.- La causal de pérdida de investidura que se le endilga a la señora Dora Liliana Osorio Zapata, Concejal del Municipio de San Pedro de los Milagros (Antioquia)

Conforme a la demanda formulada por el señor Rafael Gildardo Correa Arroyave, a la demandada se le endilga como causal de pérdida de investidura, la violación del régimen de incompatibilidades previsto para los concejales prevista en el núm. 1 del artículo 48 de la Ley 617⁸, por incurrir en la incompatibilidad prevista en el artículo 29 de la Ley 1123, que al tenor señala:

«[...] **ARTÍCULO 29. INCOMPATIBILIDADES.** No pueden ejercer la abogacía, aunque se hallen inscritos: [...] 1. Los servidores públicos, aun en uso de licencia, salvo cuando deban hacerlo en función de su cargo o cuando el respectivo contrato se los permita. Pero en ningún caso los abogados contratados o vinculados podrán litigar contra la Nación, el departamento, el distrito o el municipio, según la esfera administrativa a que pertenezca la entidad o establecimiento al cual presten sus servicios, excepto en causa propia y los abogados de pobres en las actuaciones que deban adelantar en ejercicio de sus funciones. [...] **PARÁGRAFO.** <Aparte subrayado **CONDICIONAMENTE** exequible> Los abogados titulados e inscritos que se desempeñen como profesores de universidades oficiales podrán ejercer la profesión de la abogacía, siempre que su ejercicio no interfiera las funciones del docente. Así mismo, los miembros de las Corporaciones de elección popular, en los casos señalados en la Constitución y la ley. [...]».

La apelante considera que la presente acción de pérdida de investidura no puede fundarse en la mencionada disposición legal, haciendo referencia a los salvamentos de voto proferidos por los Magistrados Jorge León Arango Franco, John Jairo Alzate López, Beatriz Elena Jaramillo Muñoz y Martha

⁸ «[...] **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. [...]»

Cecilia Madrid, Gloria María Gómez Montoya y Martha Nury Velásquez Bedoya y a las aclaraciones de voto de los Magistrados Jorge Iván Duque Gutiérrez, Gloria María Gómez Montoya y Martha Nury Velásquez Bedoya.

Los Magistrados John Jairo Alzate López, Beatriz Elena Jaramillo Muñoz y Martha Cecilia Madrid Roldán consideraron inadmisibles, lógicas y jurídicamente, que se hubiere decretado la pérdida de la investidura de la demandada, en primer lugar porque existían particularidades en el presente asunto que debían ser tenidas en cuenta, consistentes en que:

«[...] (i) La acción popular que instauró la Concejala Osorio Zapata en contra del Municipio de San Pedro de los Milagros, lo hizo en nombre propio y representación del señor José Alberto Bustamante, cosa diferente es que el juez de conocimiento nunca hubiera advertido dicha circunstancia cuando admitió la acción popular, en tanto siempre manifestó que la parte demandante era el señor José Alberto Bustamante. (ii) La presentación de la acción popular y el poder que le fuere otorgado por el señor Bustamante a la Concejala Osorio Zapata, fue antes que fuera elegida concejala del Municipio de San Pedro de los Milagros. (iii) La acción popular es una acción pública de la cual no se puede desistir y además se puede presentar sin necesidad de apoderado (iv) Al intervenir dentro del proceso, y haber actuado en nombre propio así no hubiera sido reconocida por el juez de conocimiento su calidad de demandante, se confunde su actuación como apoderada del señor José Alberto Bustamante y como demandante, más aún cuando dicha acción no necesita ser presentada a través de apoderado (iv) El interés perseguido en una acción popular es de carácter general mas no particular [...]»

Para estos magistrados, la decisión adoptada desconoció los postulados del literal d) del artículo 46 de la Ley 136, disposición legal que, en su concepto, no fue derogada tácitamente por el artículo 8 de la Ley 1368, puesto que:

«[...] De los anteriores textos, se puede observar que la primera disposición establece una excepción para que los concejales puedan ser apoderados o defensores en los procesos que se ventilen la Rama Jurisdiccional (sic) del Poder Público, es decir, excepción que está dirigida a los abogados que fungen como concejales.

Ahora bien, la disposición consagrada en el artículo 8 de la Ley 1368 de 2009, está dirigida en términos generales al ejercicio de la profesión u oficio, que podrán ejercer los Concejales siempre y cuando con ello no se interfieran las funciones que ejercen como tales, ni se trate de asuntos en los cuales el municipio o sus entidades descentralizadas sean parte.

Conforme a lo anterior, para los suscritos en ningún momento se podía afirmar que se presenta una derogación tácita del artículo 46 literal d) de la Ley 136 de 1994 por la disposición consagrada en el artículo 8 de la Ley 1368 de 2009, en tanto la primera disposición es una norma especial que trae una excepción para los concejales que tienen la profesión de abogado y van a ejercer su profesión ante la Rama Jurisdiccional del poder público, en cambio la disposición consagrada en el artículo 8 de la Ley 1368 de 2009, es una norma general en tanto permite el ejercicio de la profesión y oficio de los concejales, siempre y cuando no se interfiera las funciones que ejercen como tales, ni se trate de asuntos en los cuales el municipio o sus entidades descentralizadas sean parte. Disposición que no determina profesión u oficio concreto y mucho menos establece en relación con cuáles asuntos, es decir- administrativos o jurisdiccionales- existe la prohibición cuando el municipio o sus entidades descentralizadas sean parte, como para afirmar que se presentó una derogación tácita del artículo 46 literal d) de la Ley 136 de 1994 con fundamento en el artículo 8 de la Ley 1368 de 2009, en tanto como se puede observar son dos disposiciones diferentes, las cuales se podría establecer una de carácter particular y otra de carácter general, no pudiéndose afirmar que existiera una incompatibilidad, contradicción o ambigüedad entre la ley antigua y la nueva, como para advertir una derogación tácita, y conforme a ello afirmar como lo hace el resto de la Sala que conforme a ésta disposición es procedente declarar la pérdida de investidura de la Concejala DORA LILIANA OSORIO ZAPATA, más aún

cuando ha sido criterio unánime de la Corte Constitucional que los motivos que originan el proceso de pérdida de investidura, son taxativos.

[...]

Por todo lo anterior consideramos que la Sala Plena ha debido no decretar la pérdida de investidura de la Concejal DORA LILIANA OSORIO ZAPATA, teniendo presente como se anotó anteriormente la particularidad del caso, y conforme a ello poderse señalar que su actuación estaba inmersa dentro de la excepción consagrada en el artículo 46 de la Ley 136 de 1994 literal d), la cual por ningún motivo consideramos los suscritos se podría afirmar que fue derogada tácitamente por la Ley 1368 de 2009 artículo 8 y conforme a ello proceder a declarar la pérdida de investidura como lo hizo los restantes miembros de la Sala Plena.
[...]

El Magistrado Jorge León Arango Franco consideró que a la demandante no se le está enjuiciando en su condición de abogada y, por ello, el artículo 29 de la Ley 1123, no puede servir de sustento legal para adelantar un juicio de reproche político como lo es el de la pérdida de investidura, en la medida en que uno y otro tutelan intereses jurídicos diferentes, poseen diferente trámite y su juzgamiento corresponde a órganos distintos.

El mismo Magistrado indicó que, si en gracia de discusión, se aceptara que esa disposición legal, junto con el artículo 8 de la Ley 1368, fundamentan válidamente la causal de pérdida de investidura alegada, **«[...] la decisión habrá de tener en cuenta el principio de ilicitud sustancial [...]»**, lo que quiere decir que:

«[...] Para el caso que nos ocupa es claro que la Doctora Osorio Zapata, actuó dentro de un proceso judicial, como lo es el de la Acción Popular, de la cual es preciso enfatizar en su naturaleza pública. Además, como quedó establecido en la foliatura, su concurrencia se dio en doble sentido, a saber, como apoderada,

pero a la vez, en su propio nombre, condiciones frente a las cuales es claro que al analizar la ilicitud sustancial de la conducta para establecer si efectivamente se lesiona el interés jurídico tutelado, no se evidencia tal quebrantamiento, toda vez que por la naturaleza del medio de control de que se trata (Acción Popular), así como la posibilidad de actuar de manera directa dentro del mismo, como en efecto sucedió, llevan a una conclusión negativa [...]».

Las Magistradas Gloria María Gómez Montoya y Martha Nury Velásquez Bedoya salvaron su voto señalando que:

«[...] El demandante propone la pérdida de investidura con fundamento en la incompatibilidad prevista en la Ley 1123 de 2007, numeral 29 que consagra el régimen disciplinario del Abogado; **sin embargo, considero que dicha norma no resulta aplicable, toda vez que los concejales cuentan con un régimen autónomo conforme al cual se debe analizar su conducta, para determinar una eventual pérdida de investidura.**

Los concejales tienen entonces un régimen especial y es exclusivamente respecto de la violación de éste que deben analizarse las conductas que puedan dar lugar a la sanción de pérdida de investidura, pues por tratarse de un proceso sancionatorio, la interpretación debe tener un carácter restringido.

Es que la Ley 1123 de 2007, artículo 29 consagra la prohibición de litigar para todos los servidores públicos, aún en uso de licencia, salvo que deban hacerlo en función de su cargo o cuando el respectivo contrato se los permita, mientras que la Ley 136 de 1994 amplía el campo de acción de los concejales respecto del ejercicio de la profesión de abogado, pues en su artículo 46 consagra una excepciones a las incompatibilidades, así:

[...]

En principio esta norma permitía a los concejales ser apoderados o defensores en proceso judiciales, excepto cuando se

gestionaran intereses fiscales o económicos del respectivo municipio.

Posteriormente se expidió la Ley 1368 de 2009, que en su artículo 8 también permitió a los concejales “ejercer su profesión u oficio” en los siguientes términos:

[...]

Acorde con lo expuesto, es claro que la prohibición general prevista en la Ley 1123 de 2007 no resulta aplicable a los concejales porque aún con las nuevas restricciones legales, éstos pueden ejercer su profesión u oficio y, en el caso de los abogados litigar, siempre y cuando no interfiera en sus funciones ni se trate de asuntos en los que el municipio o sus entidades descentralizadas sean parte [...].».

A su turno, en su aclaración de voto, el Magistrado Jorge Iván Duque Gutiérrez plantea que el artículo 29 de la Ley 1123 no es una norma aplicable a los concejales como causal de pérdida de investidura, toda vez que hace parte de un régimen general cuya violación acarrea una sanción disciplinaria. Pese a lo anterior, estima que la investidura se pierde por incurrir en la conducta prevista en el numeral 8 de la Ley 1368, norma especial para los concejales.

Para desatar los argumentos esbozados anteriormente, la Sala comienza por precisar que las incompatibilidades constituyen, conforme lo ha indicado la Corte Constitucional, en la Sentencia C-181 de 1997⁹:

«[...] una prohibición dirigida al titular de una función pública a quien, por ese hecho, se le impide ocuparse de ciertas actividades o ejercer, simultáneamente, las competencias propias de la función que desempeña y las correspondientes

⁹ Magistrado Ponente: Fabio Morón Díaz. Concepto retomado en las Sentencias C-179 de 2005 y C-903 de 2008.

a otros cargos o empleos, en guarda del interés superior que puede verse afectado por una indebida acumulación de funciones o por la confluencia de intereses poco conciliables y capaces, en todo caso, de afectar la imparcialidad y la independencia que deben guiar las actuaciones de quien ejerce la autoridad en nombre del Estado [...]»

Posteriormente y en el mismo sentido indicado, en la Sentencia C-893 de 2003¹⁰, la Corte Constitucional estableció que las incompatibilidades deben entenderse como:

«[...] **la situación de choque o exclusión creada por el ejercicio simultáneo de funciones públicas o privadas**, con lo cual se lesionan los principios de moralidad, la convivencia pacífica, la igualdad y la transparencia. [...]».

Ahora bien, el artículo 29 de la Ley 1123 establece una incompatibilidad, esto es, una prohibición dirigida a los servidores públicos que ostentan, igualmente, la condición de abogados, quienes por ese hecho, se les impide ejercer, simultáneamente, las funciones propias de sus cargos y su profesión, consagrando una serie de excepciones.

En principio podría pensarse, entonces, que los concejales, teniendo la condición de servidores públicos conforme lo establece el artículo 123 de la Carta Política¹¹, también serían destinatarios de esta incompatibilidad.

¹⁰ Magistrado Ponente: Alfredo Beltrán Sierra.

¹¹ «[...] ARTICULO 123. Son servidores públicos los miembros de las corporaciones públicas, los empleados y trabajadores del Estado y de sus entidades descentralizadas territorialmente y por servicios.

Los servidores públicos están al servicio del Estado y de la comunidad; ejercerán sus funciones en la forma prevista por la Constitución, la ley y el reglamento.

La ley determinará el régimen aplicable a los particulares que temporalmente desempeñen funciones públicas y regulará su ejercicio. [...]».

Reafirmando dicha condición: CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCION PRIMERA. Consejero ponente: GUILLERMO VARGAS AYALA. Bogotá, D.C., veintiuno (21) de enero de dos mil dieciséis (2016), Radicación

Sin embargo, no debe perderse de vista el párrafo del citado artículo 29 de la Ley 1123, al establecer que los abogados que se desempeñen como miembros de las Corporaciones de elección popular les es permitido el ejercicio de su profesión en los términos de la Constitución y la ley, está indicando que para estos funcionarios existen disposiciones de carácter especial, **las cuales deben integrarse al estudio de la incompatibilidad alegada, en atención a la remisión expresa que realiza la misma Ley 1123.**

Para el caso de los concejales, el artículo 45 de la Ley 136 estableció como incompatibilidad, la consistente en:

«[...] Artículo 45º.- Incompatibilidades. Los concejales no podrán:
[...] 2. **Ser apoderado ante las entidades públicas del respectivo municipio o ante las personas que administren tributos procedentes del mismo**, o celebrar con ellas, por sí o por interpuesta persona, contrato alguno, con las excepciones que más adelante se establecen [...]».

Por su parte, el artículo 46 de la Ley 136 estableció una excepción a la incompatibilidad anteriormente indicada, en los siguientes términos:

«[...] **ARTÍCULO 46. EXCEPCIONES.** Lo dispuesto en los artículos anteriores no obsta para que los concejales puedan ya directamente o por medio de apoderado, actuar en los siguientes

número: 11001-03-24-000-2011-00218-00, Actor: DAVID LUNA SÁNCHEZ, Demandado: PRESIDENCIA DE LA REPÚBLICA – MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO Y MINISTERIO DE LA PROTECCIÓN SOCIAL. Procede la Sala a decidir en única instancia la demanda de nulidad interpuesta por el ciudadano David Luna Sánchez, contra el párrafo primero del artículo 10 del Decreto 2677 del 26 de julio de 2010 “por el cual se reglamentan los artículos 34 y 72 del decreto Ley 1421 de 1993, en relación con el acceso a los servicios de salud por parte de los concejales y ediles del Distrito de Bogotá”. En el mismo sentido, la Corte Constitucional, en la Sentencia C-222 de 2009.

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

Posteriormente, se expidió la Ley 1368 en la cual se indicó lo siguiente:

«[...] **Artículo 8°. Ejercicio de la profesión u oficio. Los Concejales podrán ejercer su profesión u oficio, siempre y cuando con ello no se interfieran las funciones que ejercen como tales, ni se trate de asuntos en los cuales el municipio o sus entidades descentralizadas sean parte [...]**».

Esta Sala ha determinado el alcance de los artículos 45 y 46 de la Ley 136, en distintas providencias judiciales. Así, en la sentencia de 24 de julio de 2008, Consejero Ponente: Rafael E. Ostau de Lafont Pianeta¹², esta Sección manifestó:

«[...] 3.2. Las cuestiones a despejar en esta instancia

[...]

3.2.2.- La segunda cuestión comporta la aplicabilidad de la Ley 734 de 2002 a los concejales, en particular el artículo su 39, literal b), pudiéndose decir sin necesidad de mayores consideraciones que el texto de la misma disposición ofrece la solución de la misma, en tanto de manera expresa incluye a los concejales dentro de los sujetos o servidores públicos a los cuales está

12 CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCION PRIMERA. Consejero ponente: RAFAEL E. OSTAU DE LAFONT PIANETA. Bogotá, D. C., veinticuatro (24) de julio de dos mil ocho (2008). Radicación número: 63001-23-31-000-2007-00149-01(PI). Actor: SAMUEL JAIRO OROZCO NIUSTH. Demandado: MARIO GERMAN HOYOS MOLINA.

dirigido, tal como se evidencia en su lectura al señalar en el numeral “1” que son incompatibilidades “*Para los gobernadores, diputados, alcaldes, CONCEJALES y miembros de las juntas administradoras locales...*” (destaca la Sala); norma similar al literal b) del artículo 44 de la Ley 200 de 1995, que a su turno fue declarada exequible por la Corte Constitucional respecto de gobernadores, alcaldes y diputados, en sentencias C-559 de 1996 y C-426 de 1996, sin que exista pronunciamiento de esa Corporación sobre concejales.

Además, se ha de entender que el régimen de incompatibilidades a que se refiere el artículo 48, numeral 1, de la Ley 617 de 2000, no solamente es el comprendido en el artículo 45 de la Ley 136 de 1994, adicionado por el 41 de dicha ley 617, sino en cualquier otra norma, sea de rango constitucional o legal; de allí, que como lo señaló la Sala respecto de otra disposición de la Ley 734 de 2002 - artículo 48¹³ -, el numeral 1 del artículo 48 de la Ley 617 en mención debe armonizarse con el 39, numeral 1, literal b), en comento.

En ese orden, se tiene que la incompatibilidad se configura por actuar como apoderado o gestor ante cualquiera de las entidades o autoridades que se relacionan en la norma, esto es, disciplinarias, fiscales, administrativas o jurisdiccionales.

Ello significa que ella se estructura sobre el criterio orgánico, en el sentido de que lo que cuenta respecto de ese actuar es que se dé ante una de esas autoridades, de modo que si bien es de esperarse que dicha actuación tenga relación con la función que de ordinario le corresponde, atendiendo su denominación, nada obsta para que también pueda realizarse respecto de funciones que no sean de aquellas, puesto que como es sabido las autoridades de una clase pueden conocer de asuntos propios de otras, dentro de la clasificación prevista en la norma, especialmente en lo que corresponde a las administrativas y jurisdiccionales.

Ahora bien, ese criterio orgánico a su vez está circunscrito al nivel territorial donde los referidos funcionarios o servidores

13 Sentencia de 3 de diciembre de 2004, radicación núm. 2004 0483 01, consejero ponente doctor Camilo Arciniegas Andrade.

públicos hayan ejercido jurisdicción, es decir, dentro del cual ejercen sus funciones o atribuciones.

Por consiguiente, en la estructura de la incompatibilidad no cuenta la función estatal que active la persona al actuar como apoderado o gestor, sino que su intervención como tal se dé en el nivel territorial de su cargo, en este caso, del municipio donde se es concejal, ante una de esas entidades.

Tampoco cuenta que el ente territorial respectivo tenga o no interés en el asunto de que se trate, puesto que el literal b) no lo indica y ese elemento está previsto en la causal establecida en el literal a) del numeral 1 del citado artículo 39, excepto la salvedad que hizo la Corte Constitucional en su sentencia 426 de 1996, al modular la exequibilidad del literal b) del artículo 44 de la Ley 200 de 1995 respecto de los diputados, que la Sala considera razonablemente aplicable a los concejales y con relación al literal b) del numeral 1 del artículo 39 aquí aplicado, en el sentido de que era exequible “siempre que se entienda que la incompatibilidad allí establecida para los Diputados, se refiere a las controversias y asuntos en los que se discutan intereses del Departamento, o aquellas que deban ser decididas por una entidad administrativa del orden departamental.”

Modulación que obedeció a la consideración de que “Desde luego que la incompatibilidad establecida en la norma sub-examine que prohíbe a los diputados ser apoderados o gestores ante entidades o autoridades administrativas o jurisdiccionales, se encuentra ajustada a la Carta Política, en el entendido de que dicha restricción no impide el ejercicio de la profesión de abogado ni el derecho al trabajo, en aquellos asuntos relacionados con intereses o gestiones distintas a los del departamento. En tal virtud, no prospera el cargo.”

Por consiguiente, si dentro de las entidades ante las cuales actuó como apoderado el demandado se encuentran autoridades administrativas de orden municipal, hay lugar a la violación de la incompatibilidad bajo examen.

Al efecto observa la Sala que en el plenario militan como pruebas legalmente aportadas al proceso, además de la

certificación del Juzgado Segundo Promiscuo Municipal de Circasia que relaciona 9 procesos donde intervino el concejal como apoderado de una de las partes, una certificación del Inspector Municipal de Policía de Circasia (folio 19) y del Inspector Primero Municipal de Policía y Tránsito del mismo municipio (folio 20).

En la primera se da cuenta de dos diligenciamientos en los que intervino como apoderado de una de las partes el aquí inculcado, así:

- Querella: Perturbación a la servidumbre, presentada el 10 de noviembre de 2005, apoderado MARIO GERMAN HOYOS MOLINA. Fecha del fallo, que declaró el statu quo, 31 de enero de 2006.

- Querella: Lanzamiento por ocupación de hecho. Fecha, 10 de octubre de 2006. Apoderado MARIO GERMAN HOYOS MOLINA. Fecha del fallo, que ordena la entrega del bien, 15 de octubre de 2006.

En la segunda certificación se informa de querella por perturbación a la posesión, presentada el 7 de octubre de 2005 por el abogado Mario Germán Hoyos Molina como apoderado de la parte actora. La decisión del asunto se produjo el 29 de diciembre de 2005.

En esas circunstancias, es claro que se está por lo menos ante dos entidades administrativas del Municipio, ante las cuales el demandado actuó como apoderado, y como quiera que esa intervención suya se surtió en el tiempo que tuvo la condición de concejal de Circasia (2004-2007), resulta evidente que incurrió en la referida incompatibilidad.

3.2.3. Finalmente, en cuanto a la pretendida autorización o legitimación que reclama el apelante para dicha intervención ante las aludidas inspecciones de policía, se tiene que como lo advierte el Ministerio Público, los casos en los que la llevó a cabo no aparecen encuadrados en ninguna de las situaciones que prevé el artículo 46 de la Ley 136 de 1994 como excepciones a esa incompatibilidad o prohibición, pues ni siquiera hay mención de que él, su cónyuge, padres o hijos hubieren tenido interés en los mismos (literal a), o que se hubiere tratado de reclamos por el

cobro de impuestos o similares que gravaran a las mencionadas personas (literal c), ni se trató de procesos ventilados ante la Rama Jurisdiccional del Poder Público (literal d), pues no obstante el carácter que se predica de las decisiones que profieren las inspecciones de policía en juicios civiles de policía que tienen regulación especial, estos organismos municipales son de carácter enteramente administrativos. [...]»

Igualmente, en la sentencia del 25 de julio de 2013, Consejero Ponente: Guillermo Vargas Ayala¹⁴, la Sección explicó:

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

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

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

14 CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCION PRIMERA. Consejero ponente: GUILLERMO VARGAS AYALA. Bogotá, D.C., veinticinco (25) de julio de dos mil trece (2013). Radicación número: 25000-23-41-000-2012-00468-01(PI). Actor: SALOMON MURCIA VASQUEZ. Demandado: JUAN EFRAIN CUBIDES RAMIREZ.

naturaleza y se desempeñen como apoderados o defensores en procesos que se diriman en la rama jurisdiccional.

Es precisamente en relación con esta última excepción que se suscita el debate que congrega la atención de la Sala, ya que, en una evidente falta de técnica legislativa, se incluyó en ella una prohibición, en otras palabras, en la misma norma se permitió el ejercicio de la profesión de abogado y el desempeño como peritos de los concejales, bajo la condición de que en los procesos en que estos ejerzan no se gestionen intereses fiscales o económicos del municipio y las demás entidades señaladas en la norma.

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

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

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

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

Según se puede apreciar, la prohibición se configura de la siguiente manera: (i)- Cuando el concejal se desempeñe como apoderado o perito en un proceso judicial de cualquier naturaleza en el que (ii) se busque gestionar intereses fiscales

o económicos (iii) del municipio, establecimientos públicos, empresas industriales y comerciales municipales y sociedades de economía mixta en las que estas entidades tengan más del cincuenta por ciento del capital.

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

3.2 El caso concreto.

En el proceso se encuentra acreditado que el señor JUAN EFRAÍN CUBIDES RAMÍREZ fue elegido concejal del municipio de Fusagasugá para el periodo constitucional 2008 a 2011¹⁵, que en ese espacio de tiempo ejerció la profesión de abogado como representante de los terceros interesados en las resultas del proceso de acción popular 2009-00465 que se adelantaba en el Juzgado Administrativo del Circuito de Girardot, promovido por FLORA ELENA GÓMEZ DE CHAPETÓN contra el municipio de Fusagasugá.

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

15 Folio 6 cuaderno número uno.

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

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

Conviene precisar si el literal d) del artículo 46 de la Ley 136 fue derogado tácitamente por el artículo 8 de la Ley 1368 de 2009, como lo indica, mayoritariamente, el Tribunal Administrativo de Antioquia o, por el contrario y como lo expresan los salvamentos de voto de los Magistrados John Jairo Alzate López, Beatriz Elena Jaramillo Muñoz y Martha Cecilia Madrid Roldán, de los cuales hace eco el apelante, el citado numeral no fue sustituido por el nuevo texto legal.

Para el efecto, inicialmente debe indicarse que conforme los artículos 71 y 72 del Código Civil, la derogación de las leyes puede ser expresa o tácita. Es expresa «[...] cuando la nueva ley dice expresamente que deroga la antigua [...]» (Art. 71, C.C.) y tácita «[...] cuando la nueva ley contiene disposiciones que no pueden conciliarse con las de la ley anterior [...]» (Art. 71, C.C.). Así mismo, «[...] La derogación de una ley puede ser total o parcial [...]» (Art. 71, C.C.). El artículo 72 del Código Civil, a su turno, indica que «[...] La derogación tácita deja vigente en las leyes anteriores, aunque versen sobre la misma materia, todo aquello que no pugna con las disposiciones de la

nueva ley. [...]». Así mismo debe recordarse los lineamientos fijados por la Ley 153 de 15 de agosto de 1887, que al tenor indican:

«[...] ARTÍCULO 2. La ley posterior prevalece sobre la ley anterior. En caso de que una ley posterior sea contraria á otra anterior, y ambas preexistentes al hecho que se juzga, se aplicará la ley posterior.

ARTÍCULO 3. Estímase insubsistente una disposición legal por declaración expresa del legislador, ó por incompatibilidad con disposiciones especiales posteriores, ó por existir una ley nueva que regula íntegramente la materia á que la anterior disposición se refería. [...]»

Descendiendo a las normas de orden legal citadas, resulta de utilidad la comparación de estas así:

Ley 136 de 1994

«[...] **ARTÍCULO 46. EXCEPCIONES.** Lo dispuesto en los artículos anteriores no obsta para que los concejales puedan ya directamente o por medio de apoderado, actuar en los siguientes asuntos. [...] d) Ser apoderados o defensores en los procesos que se ventilen ante la Rama Jurisdiccional del Poder Público. Sin embargo, los concejales durante su período Constitucional no podrán ser apoderados ni peritos en los procesos de toda clase que tengan por objeto gestionar intereses fiscales o económicos del respectivo municipio, los establecimientos públicos, las empresas industriales y comerciales del orden municipal y las sociedades de economía mixta en las cuales las mismas entidades

Ley 1368 de 2009

«[...] **Artículo 8°.** Ejercicio de la profesión u oficio. Los Concejales podrán ejercer su profesión u oficio, siempre y cuando con ello no se interfieran las funciones que ejercen como tales, ni se trate de asuntos en los cuales el municipio o sus entidades descentralizadas sean parte. [...]».

tengan más del cincuenta por ciento (50%) del capital. [...]».

Lo primero que debe evidenciarse es que el artículo 45 de la Ley 136 estableció una incompatibilidad para que los concejales, **abogados o no**, fueran apoderados ante entidades públicas del respectivo municipio o ante las personas que administren tributos procedentes del mismo.

La condición de abogado, entonces, no resulta ser un elemento previsto en la norma para su configuración, como puede colegirse de la situación de hecho estudiada en la sentencia del 13 de julio de 2006, Consejera Ponente: Martha Sofía Sanz Tobón¹⁶, que fue la siguiente:

«[...] Armonizando las normas aplicables y la jurisprudencia precitada, encuentra la Sala que la conducta del demandado está enmarcada dentro de las causales de pérdida de la investidura, **por violación del régimen de incompatibilidades por incurrir en la causal consagrada en el numeral 2° del artículo 45 de la Ley 136 de 1994**, que dice:

“Artículo 45. Los concejales no podrán:

1..

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

....”

[...]

¹⁶ CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCION PRIMERA. Consejera ponente: MARTHA SOFIA SANZ TOBON. Bogotá, D.C., trece (13) de julio de dos mil seis (2006). Radicación número: 25000-23-15-000-2005-01132-01(PI). Actor: JOSE ANDRES ROJAS VILLA. Demandado: ALVARO GUZMAN ORJUELA. Referencia: PERDIDA DE INVESTIDURA DE CONCEJAL

La Sala aclara que la ley no tiene como causal de incompatibilidad de los concejales, el ser representante legal de una persona jurídica de derecho privado; sin embargo, **lo que no permite la ley es que el concejal – representante legal de una persona jurídica privada, actúe como apoderada de esta última ni de terceras personas en general, ante el municipio del cual es concejal.**

Ahora bien, de conformidad con las pruebas obrantes en el expediente está demostrado que el concejal demandado acudió a la Secretaría de Hacienda del municipio de Girardot para representar intereses particulares con el fin de obtener la prescripción de impuestos y el decreto del silencio positivo a favor de sus poderdantes y el consentimiento de la Secretaría de Hacienda para inscribir una escritura pública, actuación de interés de la persona jurídica que representa.

A folio 69 y 78 obran documentos suscritos por el demandado, dirigidos a la Secretaría de Hacienda, que a la letra dicen respectivamente:

“ Alvaro Guzmán Orjuela, obrando en representación de los señores, propietarios del predio en referencia; mediante poder debidamente conferido, acudo a esta administración” y

““ Alvaro Guzmán Orjuela, obrando en representación de los señores, propietarios del predio en referencia, solicito se decrete el silencio positivo” .

A folio 74 se encuentra el poder conferido por los ciudadanos dueños del lote y si bien el Concejal Álvaro Guzmán Orjuela manifiesta que no es abogado, ello no obsta para que su conducta se adecue a la prohibición en mención, independientemente de que el poder así conferido se ajuste o no a los preceptos legales, pues lo que lleva a que se tipifique la causal es que haya actuado en interés de terceras personas.

Igual ocurre en relación con su actuación ante la Secretaría de Hacienda, a la cual acude como representante del Condominio Campestre El Peñón de Girardot, es decir en interés de la persona jurídica.

Por lo anterior no es dable aplicar la excepción del artículo 46 que permite que los concejales puedan ya directamente o por medio de apoderado, actuar en las diligencias o actuaciones administrativas y jurisdiccionales en las cuales conforme a la ley, ellos mismos, su cónyuge, sus padres o sus hijos tengan interés y formular reclamos por el cobro de impuestos, contribuciones, tasas y de multas que graven a las mismas personas, comoquiera que ninguno de esos supuestos se dan en el caso objeto de examen [...]».

Ahora bien, el artículo 46 de la Ley 136 dispuso una serie de asuntos, a manera de excepciones, en los que se les permite a los concejales actuar directamente o por medio de apoderado.

Dentro de los asuntos en los que dichos servidores públicos pueden actuar se encuentra el previsto en el literal d), **aplicable únicamente para aquellos que ejercen la profesión de abogados**, consistente en que los concejales, que tengan la condición de abogados, pueden ser apoderados o defensores en procesos judiciales.

Luego la norma prevé una restricción para los concejales, **que no está dirigida exclusivamente a los abogados**, en la que, pese a que pueden ser apoderados o defensores en procesos judiciales, **se les prohíbe ser apoderados y peritos (que lo pueden ser profesionales distintos de los que ejercen el derecho)**, en los procesos que tengan por objeto gestionar intereses fiscales o económicos del respectivo municipio, los establecimientos públicos, las empresas industriales y comerciales del orden municipal y las sociedades de economía mixta en las cuales las mismas entidades tengan más del 50% del capital.

En síntesis y siguiendo las normas anteriores, a los concejales que tengan la condición de abogados se les impide ser apoderados ante entidades públicas

del respectivo municipio o ante las personas que administren tributos procedentes del mismo.

Sin embargo, pueden ser apoderados e incluso peritos en procesos judiciales, con la condición de que, en dichos procesos, no se gestionen intereses fiscales o económicos del respectivo municipio o de los establecimientos públicos, las empresas industriales y comerciales del orden municipal y las sociedades de economía mixta en las cuales las mismas entidades tengan más del 50% del capital.

En la sentencia del 25 de julio de 2013, Consejero Ponente: Guillermo Vargas Ayala¹⁷, citada líneas atrás, la Sección se pronunció en relación con la configuración de la prohibición prevista en el literal d) del artículo 46 de la Ley 136, así:

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

Corolario de lo anterior, para que se incurra en la incompatibilidad se debe verificar: a.- La calidad de concejal del demandado, b.- que este se haya ejercido como perito o apoderado en procesos judiciales de cualquier tipo al mismo tiempo que se desempeñaba como concejal, c.- que en el respectivo proceso se gestionen intereses fiscales o

17 CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCION PRIMERA. Consejero ponente: GUILLERMO VARGAS AYALA. Bogotá, D.C., veinticinco (25) de julio de dos mil trece (2013). Radicación número: 25000-23-41-000-2012-00468-01(PI). Actor: SALOMON MURCIA VASQUEZ. Demandado: JUAN EFRAIN CUBIDES RAMIREZ.

económicos y d.- que dichos intereses sean del respectivo municipio o de establecimientos públicos, empresas industriales y comerciales del orden municipal o de empresas de economía mixta donde estas entidades tengan más del cincuenta por ciento del capital. [...]»

Ahora bien, en el año 2009 se expidió la Ley 1368, por medio de la cual se reformaron los artículos 66 y 67 de la Ley 136 y se dictaron otras disposiciones, la cual estableció, en su artículo 8 que:

«[...] ARTÍCULO 8o. EJERCICIO DE LA PROFESIÓN U OFICIO. Los Concejales podrán ejercer su profesión u oficio, siempre y cuando con ello no se interfieran las funciones que ejercen como tales, ni se trate de asuntos en los cuales el municipio o sus entidades descentralizadas sean parte. [...]».

Este artículo resulta ser la regla general aplicable a todas las profesiones u oficios que ejercen los concejales, lo cual incluye a los concejales que a su vez son abogados en ejercicio.

Para efectos de armonizar el contenido de esta ley, con las disposiciones de los artículos 45 y 46 de la Ley 136, debe entenderse, entonces, que la citada regla general, para el caso de los abogados admite las excepciones previstas en los citados artículos de la Ley 136, esto es, si bien los concejales que son abogados pueden ejercer su profesión u oficio, lo cierto es que no pueden ser apoderados ante entidades públicas del respectivo municipio o ante las personas que administren tributos procedentes del mismo (Art. 45).

Además, los concejales que tienen la condición de abogados pueden ejercer su profesión, lo cual incluye ser apoderados en procesos judiciales, de acuerdo con la regla general prevista en el artículo 8 de la Ley 1368.

Sin embargo, las disposiciones especiales previstas en la Ley 136 establecen que no pueden fungir como apoderados o peritos en procesos de toda clase que tengan por objeto gestionar intereses fiscales o económicos del respectivo municipio o de los establecimientos públicos, las empresas industriales y comerciales del orden municipal y las sociedades de economía mixta en las cuales las mismas entidades tengan más del cincuenta por ciento (50%) del capital.

Pero además, el artículo 8 de la Ley 1368, agregó para todas las profesiones u oficios, incluyendo el ejercicio de la abogacía, dos incompatibilidades que no estaban previstas en el ordenamiento jurídico, esto es, que en el ejercicio de la profesión u oficio «[...] **no se interfieran las funciones que ejercen tales [...]**» y, adicionalmente, que «[...] **no se trate de asuntos en los cuales el municipio o sus entidades descentralizadas sean parte [...]**».

Nótese como el literal d) del artículo 46 de la Ley 136 y el artículo 8 de la Ley 1368 no están en contradicción en la medida en que se está refiriendo a asuntos de diversa índole. Como lo indicó esta Sala, la disposición de la Ley 136 se está refiriendo al «[...] **objeto del proceso jurisdiccional en que el concejal es apoderado o perito, y no de la actividad o papel que este desempeña en él. [...]**», mientras que la Ley 1368 se relaciona, de manera general, con el rol en el que se encuentra la entidad pública, esto es, su condición de parte, por lo que no puede existir la pretendida contradicción a la que alude el Tribunal Administrativo de Antioquia y, por ello, no se configura la derogatoria tácita a la que aludió la Corporación, por cuanto la nueva ley contiene disposiciones que pueden conciliarse con las de la ley anterior.

Debe resaltarse que la aplicación de la Ley 1368 al ejercicio de la profesión de abogado ya ha sido avalada por esta Sala, que en sentencia del 3 de noviembre de 2016¹⁸, manifestó:

«[...] 2.3.- Las disposiciones legales que regulan la causal de pérdida de investidura invocada por la parte demandante

El demandante afirma que el concejal enjuiciado ha incurrido en la violación del régimen de incompatibilidades, causal de pérdida de investidura por virtud del numeral 2 del artículo 55 de la Ley 136 de 1994 y de los numerales 1 y 6 del artículo 48 de la Ley 617 de 2000, que al tenor señalan:

Ley 136 de 1994

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.

Ley 617 de 2000

«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:

¹⁸ CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCION PRIMERA. Consejero ponente: ROBERTO AUGUSTO SERRATO VALDÉS. Bogotá, D.C., tres (03) de noviembre de dos mil dieciséis (2016). Radicación número: 25000-23-41-000-2015-04138-01(PI). Actor: FABER MAURICIO CAMACHO ZAMBRANO. Demandado: ROBINSON RAMOS CASTILLO. Referencia: Medio de control de Pérdida de investidura. Referencia: Violación al régimen de incompatibilidades. Incompatibilidad prevista en los artículos 8 de la Ley 1368 de 2009 y 29 de la Ley 1123 de 2007. Ejercicio de la abogacía por parte de los concejales municipales.

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.

(...)

6. Por las demás causales expresamente previstas en la ley»

La incompatibilidad que se le endilga al demandado se encuentra prevista, de acuerdo con el demandante, en los artículos 8 de la Ley 1368 de 2009 y 29 de la Ley 1123 de 2007, normas cuyo contenido es el siguiente:

Ley 1368 de 2009

«Artículo 8°. Ejercicio de la profesión u oficio. Los Concejales podrán ejercer su profesión u oficio, siempre y cuando con ello no se interfieran las funciones que ejercen como tales, ni se trate de asuntos en los cuales el municipio o sus entidades descentralizadas sean parte.»

Ley 1123 de 2007

«ARTÍCULO 29. INCOMPATIBILIDADES. No pueden ejercer la abogacía, aunque se hallen inscritos:

1. Los servidores públicos, aun en uso de licencia, salvo cuando deban hacerlo en función de su cargo o cuando el respectivo contrato se los permita. Pero en ningún caso los abogados contratados o vinculados podrán litigar contra la Nación, el departamento, el distrito o el municipio, según la esfera administrativa a que pertenezca la entidad o establecimiento al cual presten sus servicios, excepto en causa propia y los abogados de pobres en las actuaciones que deban adelantar en ejercicio de sus funciones.

PARÁGRAFO. <Aparte subrayado **CONDICIONAMENTE** exequible> Los abogados titulados e inscritos que se desempeñen como profesores de universidades oficiales podrán ejercer la

profesión de la abogacía, siempre que su ejercicio no interfiera las funciones del docente. Así mismo, los miembros de las Corporaciones de elección popular, en los casos señalados en la Constitución y la ley.»

La disposición contenida en el artículo 29 de la Ley 1123 de 2007 contempla una prohibición general para que los servidores públicos ejerzan la profesión de abogado, excepto cuando lo deban hacer en función de su cargo o el respectivo contrato se los permita.

Señala el párrafo de dicho artículo que los miembros de las corporaciones de elección popular pueden ejercer la profesión de abogado, en los casos señalados en la Constitución y la Ley.

La ley invocada por el demandante para fundamentar su acusación es la Ley 1368 de 2009, que establece que los concejales, miembros de corporaciones de elección popular, pueden ejercer, en forma general, su profesión u oficio, entre ellos la abogacía, siempre y cuando no se interfiera el ejercicio de las funciones a su cargo y no se trate de asunto en los cuales el municipio o sus entidades descentralizadas sean parte. [...]».

Recapitulando tenemos, entonces, que el artículo 29 de la Ley 1123, prevé, como regla general, que los servidores públicos no pueden ejercer la abogacía, estableciendo las excepciones en las cuales aquello es viable.

No obstante, en virtud del párrafo de dicho artículo, el ejercicio de la abogacía para el caso de los servidores públicos que tengan la categoría de miembros de corporaciones de elección popular está sujeto a las disposiciones especiales previstas en la Constitución Política y la ley.

La ley, entonces, y más precisamente, la Ley 1368, contempló una regla diferente de la prevista en la primera parte del artículo 29 de la Ley 1123, en la medida en que permite que los concejales, en particular, ejerzan su profesión u oficio, entre ellos, la abogacía.

Sin embargo, la regla general debe compaginarse con las excepciones que se encuentran contempladas en los artículos 45 y 46 de la Ley 136 como en la misma Ley 1368.

Así, el artículo 45 de la Ley 136 señala que los concejales que fungen como abogados no pueden ser apoderados ante las entidades públicas del respectivo municipio o ante las personas que administren tributos procedentes del mismo, norma que sea de paso indicar, **no solo es aplicable a los abogados, como lo estableció esta Sala en el fallo citado anteriormente** (sentencia del 13 de julio de 2006, Consejera Ponente: Martha Sofía Sanz Tobón).

De otra parte, el artículo 46 de la Ley 136 al establecer las excepciones a las incompatibilidades previstas en el artículo 45, indica, en el literal d), que los concejales pueden ser apoderados en procesos judiciales, lo cual se acompasa con la regla general prevista en el artículo 8 de la Ley 1368.

Sin embargo, este mismo literal prohíbe que los concejales que ejercen la abogacía puedan ser apoderados o peritos (**precepto que no solo resulta aplicable a los abogados**) en procesos judiciales que tengan por objeto gestionar intereses fiscales o económicos del respectivo municipio o de los establecimientos públicos, las empresas industriales y comerciales del orden municipal y las sociedades de economía mixta en las cuales las mismas entidades tengan más del cincuenta por ciento (50%) del capital.

Adicionalmente, la Ley 1368 contempló dos situaciones adicionales en las que se prohíbe a los concejales el ejercicio de la profesión u oficio, entre ellos la abogacía, prohibiciones consistentes, en primer lugar, en **que el**

ejercicio de la profesión interfiera con el desarrollo de las funciones que desarrolla como concejal y, en segundo lugar, respecto de todo asunto en donde el municipio pueda fungir como parte.

Para esta Sala, entonces, este resulta ser el régimen que regula el ejercicio de la profesión de abogado para los concejales.

Aplicados los planteamientos anteriores, conforme lo encontró el Tribunal Administrativo de Antioquia, la demandada incurrió en la causal de pérdida de investidura por la violación del régimen de incompatibilidades previsto para los concejales, al incurrir en la incompatibilidad prevista en el artículo 8° de la Ley 1368, por cuanto la señora Dora Liliana Osorio Zapata, ostentando la calidad de concejal del municipio de San Pedro de los Milagros, presentó en nombre propio y su condición de abogada y apoderada judicial del señor José Alberto Bustamante Medina, una acción popular en contra de aquel municipio, proceso judicial identificado con el núm. 05001333302220150119700 y que cursa en el Juzgado 22 del Circuito Administrativo de la ciudad de Medellín, como lo acredita la copia del acta que da cuenta de la audiencia de pruebas realizada el 12 de abril de 2016, en la que consta la señora Osorio Zapata suscribe el acta como «[...] *Apoderado de la parte demandante* [...]» (fol. 7, cuaderno principal).

Estudiada la tipicidad de la conducta desplegada por la señora Osorio Zapata, resulta necesario, conforme los planteamientos esbozados por la Corte Constitucional, en la Sentencia SU 424 de 2016, Magistrada Ponente: Gloria Stella Ortiz Delgado, realizar el análisis de culpabilidad en la conducta de la demandada. En la citada sentencia, la Corte Constitucional resaltó que:

«[...] La gravedad de la sanción que se impone, exige que el proceso de pérdida de investidura se lleve a cabo con observancia del debido proceso, particularmente, de los principios *pro homine*, *in dubio pro reo*, de legalidad (las causales son taxativas y no hay lugar a aplicar normas por analogía), objetividad, razonabilidad, favorabilidad, proporcionalidad, **y culpabilidad**.

1. Los presupuestos anteriores permiten a la Corte concluir que el análisis de responsabilidad que realiza el juez en el proceso sancionatorio de pérdida de investidura es subjetivo, pues en un Estado de Derecho los juicios que implican un reproche sancionador, por regla general, no pueden operar bajo un sistema de responsabilidad objetiva, **y las sanciones que se adopten en ejercicio del *ius puniendi* deberán verificar la ocurrencia de una conducta regulada en la ley (principio de legalidad o tipicidad), contraria al ordenamiento jurídico (principio de antijuridicidad) y culpable.**

Así pues, en lo aquí pertinente, tras verificar la configuración de la causal, **el juez de pérdida de investidura examina si en el caso particular se configura el elemento de culpabilidad (dolo o culpa) de quien ostenta la dignidad, esto es, atiende a las circunstancias particulares en las que se presentó la conducta y analiza si el demandado conocía o debía conocer de la actuación que desarrolló y si su voluntad se enderezó a esa acción u omisión.**

En ese sentido, el juez de este proceso sancionatorio debe determinar si se configura la causal y si a pesar de que ésta aparezca acreditada, **existe alguna circunstancia que excluya la responsabilidad del sujeto, bien sea porque haya actuado de buena fe o, en caso de que la causal lo admita, se esté ante una situación de caso fortuito o fuerza mayor, o en general exista alguna circunstancia que permita descartar la culpa.**
[...]]»

Debe indicarse inicialmente que la Corte Constitucional, en la sentencia SU 501 de 2015, Magistrada Ponente: Myriam Ávila Roldán, se pronunció en relación con la culpabilidad en los procesos de pérdida de investidura, explicando lo siguiente:

«[...] 52. Así por ejemplo, se ha controvertido la necesidad de establecer el grado de culpabilidad del procesado, teniendo en cuenta que se trata de un proceso que juzga el incumplimiento de obligaciones disciplinarias sobre la conducta del representante popular.¹⁹ **En efecto, en el proceso de pérdida de investidura no es posible calificar el grado de culpabilidad (dolo, culpa grave o leve), y por tanto tampoco es posible modular la sanción, pues como ha señalado la jurisprudencia constitucional, se trata de un sistema que establece una sanción de manera rígida y única, la pérdida de investidura.**

53. **Para la Corte, la justificación de esta particularidad del sistema de responsabilidad de la pérdida de investidura se deriva de su carácter excepcional dentro de “*ius puniendi estatal*”²⁰, carácter cuya excepcionalidad deriva en una sanción rígida en el que se requiere el mínimo de culpabilidad para que sea impuesta la sanción más severa a los derechos políticos.** En síntesis, tratándose del proceso de pérdida de investidura, se trata de un sistema excepcional de juzgamiento de carácter político-disciplinario el cual establece una sanción *rígida* y única, la pérdida de la investidura. [...]».

Desde aquella perspectiva, considera la Sala que si bien la demandada estimó que su actuación era legítima al estar amparada su conducta en el literal d) del artículo 46 de la Ley 136, lo cierto es que la concejal Osorio Zapata omitió consultar las disposiciones de la Ley 1368, normas aplicables a la labor que desempeña como Concejal del Municipio de San Pedro de los

¹⁹ Sobre esta discusión vale la pena resaltar la aclaración de voto del Consejero de Estado Hugo Fernando Bastidas Barcenás a la sentencia de pérdida de investidura PI-2009-00708-00, en la que señaló que la acción de pérdida de investidura tiene *un carácter punitivo* dentro del cual es necesario *la comprobación previa de los elementos subjetivos de la falta*. En el voto concurrente se señaló: “[...] *la acción de pérdida de investidura debe desencadenar un proceso gobernado por esos principios, en especial, el principio de presunción de inocencia. El dolo y la culpa son lo incorrecto de una conducta que, por ende, merece el reproche jurídico pertinente, vale decir, la condigna sanción. Imponer una sanción solo por el mero resultado es injusto.*” En igual sentido, Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, sentencia del 23 de marzo de 2010, radicado PI 11001-03-15-000-2009-00198-00, C.P. Hugo Fernando Bastidas Barcenás.

²⁰ Sentencias SU-400 de 2012 (M.P. Adriana M. Guillén Arango) y SU-399 de 2012 (M.P. Humberto Antonio Sierra Porto).

Milagros (Antioquia), las cuales ha debido conocer y tener en cuenta para efectos del ejercicio de la profesión de abogado en forma coetánea con el cargo de concejal de aquel municipio.

Para la Sala no cabe duda que quien acepta el reto de ejercer un cargo público, como lo es en este caso el de concejal, asume un deber de conocimiento de todos los tópicos que atañen al mismo, entre ellos, conocer las disposiciones legales que regulan el régimen de incompatibilidades aplicable al cargo que desempeña.

Asimismo, la demandada, en modo alguno, alega la existencia de situaciones de fuerza mayor o caso fortuito que justifiquen que hubiera incurrido en la incompatibilidad que se le endilga, ni que estuviera amparada en decisión judicial alguna que avalara su comportamiento, sustentando su posición en salvamentos de voto de algunos magistrados del Tribunal Administrativo de Antioquia que en modo alguno resultan vinculantes, por lo que su actuación es, cuando menos, culposa.

De acuerdo con lo anterior, se encuentra debidamente acreditado que la demandada incurrió en la incompatibilidad prevista en el artículo 8 de la Ley 1368, en concordancia con el artículo 29 de la Ley 1123, causal de pérdida de investidura por virtud del numeral 1° del artículo 48 de la Ley 617, como lo acreditó el Tribunal Administrativo de Antioquia, por lo que resulta procedente la confirmación de la sentencia de primera instancia.

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 1° de noviembre de 2016 proferida por el Tribunal Administrativo de Antioquia por las razones expuestas en la parte motiva de esta decisión judicial, mediante la cual se decretó la pérdida de la investidura de la señora Dora Liliana Osorio Zapata como Concejal del Municipio de San Pedro de los Milagros (Antioquia), para el período 2016-2019.

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.

ROBERTO AUGUSTO SERRATO VALDÉS
Presidente

MARÍA ELIZABETH GARCÍA GONZÁLEZ

HERNANDO SÁNCHEZ SÁNCHEZ

