

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCION PRIMERA

Consejero Ponente: GUILLERMO VARGAS AYALA

Bogotá, D.C., dieciséis (16) de octubre de dos mil catorce (2014)

Radicación número: **05001-2333-000-2013-01781-01(PI)**

Actor: **HÉCTOR ALONSO RENDÓN MONTOYA**

Demandado: **SANTIAGO MONTOYA GIRALDO**

Referencia: **APELACION SENTENCIA**

Procede la Sala a decidir el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la Sentencia del 18 de marzo de 2014 proferida por el Tribunal Administrativo de Antioquia, por medio de la cual se negó la pérdida de investidura del señor SANTIAGO MONTOYA GIRALDO como Concejal del Municipio de El Retiro (Antioquia).

I.- COMPETENCIA

De conformidad con el párrafo 2° del artículo 48 de la Ley 617 de 2000 y el artículo 1, Sección Primera, numeral 5° del Acuerdo 55 del 5 de agosto de 2003, por medio del cual se modifica el Reglamento del Consejo de Estado, expedido por la Sala Plena de la Corporación, corresponde a esta Sala decidir la apelación interpuesta contra el fallo que denegó la pérdida de investidura del Concejal del Municipio de El Retiro (Antioquia) SANTIAGO MONTOYA GIRALDO.

II.- LA DEMANDA

2.1. Pretensiones

Con fundamento en lo dispuesto en el párrafo 2° del artículo 48 de la Ley 617 de 2000 el Señor HÉCTOR ALONSO RENDÓN MONTOYA, en su calidad de ciudadano, solicita al Tribunal Administrativo de Antioquia que decrete la pérdida de investidura como Concejal del Municipio de El Retiro (Antioquia) de SANTIAGO MONTOYA GIRALDO “por haber presuntamente incurrido *“en la violación al régimen de incompatibilidades por la contratación directa que efectuare la señora MARÍA DE LAS MERCEDES GIRALDO VELÁSQUEZ, madre de éste, e igualmente por tráfico de influencias”*”.

2.2. Fundamentos fácticos y jurídicos

Como sustento de su petición el demandante señaló:

2.2.1. El señor Santiago Montoya Giraldo fue elegido como Concejal del Municipio de El Retiro para el período 2012-2015.

2.2.2. La señora María de las Mercedes Giraldo Velásquez, madre del concejal Montoya Giraldo *“quien es incompatible para contratar con el municipio de el Retiro”*, creó la asociación de vivienda de interés social denominada Guayacanes II, la cual fue inscrita el 9 de agosto de 2012 en la Cámara de Comercio del Oriente Antioqueño.

2.2.3. La señora Giraldo Velásquez, en calidad de representante legal de la mencionada asociación, suscribió contrato con el Alcalde del municipio de El Retiro mediante escritura pública núm. 672 del 19 de octubre de 2.012, de la Notaría Única del El Retiro, instrumento público éste con el que también se suscribió contrato de hipoteca con el Fondo de Desarrollo Social de El Retiro - Fondeser por la suma de cuatrocientos ochenta millones de pesos (\$480.000.000). Para el actor, llama la atención que el inmueble enajenado para dar un subsidio de doscientos cuatro millones de pesos (\$204.000.000) sea luego hipotecado por la suma ya mencionada de cuatrocientos ochenta millones de pesos (\$480.000.000), sin que se hayan realizado por parte de Fondeser los avalúos correspondientes. Además, este Fondo presta dinero solo a las familiar particularmente consideradas y no a asociaciones de vivienda.

2.2.4. La contratación efectuada por la madre del Concejal Montoya Giraldo con el municipio de El Retiro y con el ente descentralizado antes referido vulnera los artículos 209, 291, 292 y 293 de la Constitución Política, las Leyes 1148 de 2007 y 1296 de 2009, así como la Ley 80 de 1993 (art. 8º literal a)) y raya con la conducta tipificada en el artículo 408 del Código Penal.

2.2.5. La señora madre del Concejal Montoya Giraldo así como éste tienen interés directo dentro de la asociación de vivienda, primero, porque manejan directamente la contratación con el municipio de El Retiro, segundo, porque la primera tiene un apartamento dentro de la mencionada asociación, y tercero, porque son las personas que definen quien ingresa y quien no como beneficiario de la vivienda.

2.2.6. De conformidad con lo dispuesto en el párrafo 4º del artículo 18 de la Ley 1551 de 2012 para poder enajenar el bien inmueble a la asociación Guayacanes II el Alcalde Municipal de El Retiro requería autorización expresa del Concejo Municipal.

2.2.7. La señora Giraldo Velásquez violó el régimen de incompatibilidades y abusó de las influencias que tiene por el vínculo familiar que la une con el Concejal Giraldo Montoya, quien también tiene interés en la asociación de vivienda por ser beneficiario de vivienda de interés social en esta asociación.

2.2.8. En el municipio de El Retiro existen otras 14 asociaciones de vivienda y resulta extraño que a la creada por la madre del concejal demandado, a tan pocos meses de constitución, se le haya premiado de esa manera.

2.2.9. La conducta del demandado podría estar incurso en lo tipificado en el artículo 408 del Código Penal.

III.- CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

El demandado acudió al proceso a través de apoderado judicial y se opuso a las pretensiones de la demanda. En su defensa argumentó:

3.1. Que fue elegido concejal del Municipio El Retiro para el período 2012-2015 y que es hijo de la señora María de las Mercedes Giraldo Velásquez pero que no es cierto que ella haya creado la asociación de vivienda, pues tan solo hace parte de ella.

3.2. Que es temeraria la afirmación genérica que hay incompatibilidad de la madre del concejal demandado para contratar con el municipio de El Retiro, porque la Ley 136 de 1994 en sus artículos 46 y 96 consagra excepciones al régimen de inhabilidades e incompatibilidades de los Concejales y Alcaldes, respectivamente, y porque en todo caso, de existir alguna irregularidad en la conducta de la señora Giraldo Velásquez ésta no se enmarcaría dentro de las inhabilidades o

incompatibilidades sino dentro de las prohibiciones de los familiares a los concejales consagradas en el artículo 48 de la referida ley, norma que no hace parte de las causales de pérdida de investidura de los concejales municipales.

3.3. Que el demandado es ajeno a los hechos referidos a las escrituras de aporte de subsidio en especie e hipoteca así como a la asignación de subsidios, pues es la administración municipal la que efectúa todos esos trámites; y que los subsidios tienen una reglamentación especial, en cuanto al monto y las condiciones de elegibilidad de los beneficiarios.

3.4. Que si se cometió alguna irregularidad en la asignación de subsidios o en la constitución de la hipoteca fue por parte del Alcalde Municipal de El Retiro o del representante legal de Fondeser, pero no del concejal municipal demandado.

3.5. Que el demandado no violó ninguna de las normas que se invocan en la demanda y que en ninguna parte del ordenamiento jurídico se dispone que acceder a un subsidio de vivienda por parte de un familiar de un concejal municipal sea delito, pues, por el contrario, la Ley Colombiana promueve que los familiares de éstos accedan a subsidios de vivienda (Ley 1148 de 2007, artículos 4, 5 y 6; Decreto 740 de 2008; Ley 1551 de 2012, artículos 19 y 20; Ley 1537 de 2012, Decreto 2088 de 2012; y Resolución 0937 de 2012 del Ministerio de Vivienda).

3.6. Que no es cierto que el demandado ni su señora madre sean quienes manejen la contratación con el municipio ni quienes definen las personas que ingresan o no como beneficiarios del subsidio de vivienda, y que además en la misma escritura pública 672 de 19 de octubre de 2012 consta que el subsidio en especie a que esta se refiere fue reconocido y otorgado mediante la Resolución núm. 917 de 17 de octubre de 2012, acto éste en el que se expresa, de un lado, quienes son los beneficiarios del subsidio de vivienda, y de otro, que el Alcalde Municipal decidirá mediante acto administrativo que otras personas serán reconocidas como beneficiarias del subsidio de vivienda para el proyecto Guayacanes II.

3.7. Que de ser cierto que para enajenar el inmueble el Alcalde Municipal de El Retiro requería autorización del concejo municipal y ésta no se obtuvo dicha irregularidad sería responsabilidad personal de tal funcionario y no del demandado, y que no conoce si otras asociaciones de vivienda recibieron o no dineros de Fondeser.

3.8. Que el demandante confunde inhabilidades, incompatibilidades, tráfico de influencias y conflicto de intereses, y que a la señora María de las Mercedes Giraldo Velásquez no se le pueden imputar incompatibilidades, dado que no tiene la calidad de servidora pública.

3.9. Que el demandado no ha incurrido en ninguna conducta tipificada en la ley como causal de pérdida de investidura.

Propuso finalmente las excepciones que denominó *“inexistencia de los fundamentos de derecho”* e *“Inexistencia de los fundamentos de hecho”*.

IV.- SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Tribunal Administrativo de Antioquia en Sentencia del 18 de marzo de 2014 denegó las pretensiones de la demanda. Como fundamento de su decisión afirmó:

4.1. Que el Tribunal interpreta la demanda y entiende que cuando en ésta se dice que el concejal demandado debe perder la investidura por *“violación al régimen de incompatibilidades por la contratación directa que efectuare la señora María de las Mercedes Giraldo Velásquez, madre del demandado”* se está invocando como causal de pérdida de investidura la prevista en el numeral 4 del artículo 45 de la Ley 136 de 1994.

4.2. Que el demandante considera que el concejal demandado incurrió en la causal citada por *“la contratación directa que efectuare la señora María de las Mercedes Giraldo Velásquez, madre del demandado”*, es decir, que no se imputa al demandado la celebración de ningún contrato de manera directa, ni por interpuesta persona, sino que se

invoca como causal el contrato que celebró la madre de aquél en nombre y representación de la Asociación de Vivienda Guayacanes II, contratación que se llevó a cabo mediante escritura pública núm. 672 del 19 de diciembre de 2012 de la Notaría Única de El Retiro y cuyo objeto fue la transferencia de dominio de un inmueble para ser destinado a vivienda de interés social y la posterior adjudicación de esos subsidios por parte de un ente descentralizado municipal a sus beneficiarios por parte de la mencionada asociación.

4.3. Que al analizar la prueba recaudada no se encuentra actuación alguna del Concejal Montoya Giraldo que permita concluir que suscribió el contrato mencionado o que haya tenido participación alguna en dicha contratación, y que si bien el demandante aduce un cúmulo de posibles irregularidades en las que se pudo haber incurrido éstas habrían sido cometidas por personas diferentes al demandado y serían tales personas las llamadas a responder por ellas, pero no en sede del proceso de pérdida de investidura.

4.4. Que por lo anterior no se encuentra probada la causal invocada y en consecuencia se deben desestimar las súplicas de la demanda en lo que tiene que ver con ella.

4.5. Que la causal de tráfico de influencias la hace consistir el actor en que la madre del concejal demandado se valió de la investidura de éste para que la Asociación Guayacanes II obtuviese la titulación del

inmueble y la adjudicación de los subsidios; que la prosperidad de esta causal supone que se demuestre en el proceso la intervención del concejal para influir en el Alcalde Municipal de El Retiro o en el Gerente de Fondeser con el fin de obtener la adjudicación del inmueble y los subsidios a la Asociación Guayacanes II; y que en el proceso hay ausencia total de pruebas al respecto.

SALVAMENTO DE VOTO. El Magistrado Gonzalo Zambrano Velandia salvó el voto y fundamentó su disenso con la decisión mayoritaria en dos aspectos: uno procedimental y uno sustancial.

Sobre el primero, señaló que la sentencia fue proferida por la Sala Plena que estuvo conformada también con los magistrados que por la entrada en vigencia de la ley 1437 de 2011 permanecieron en el sistema escrito, quienes tienen vedada su intervención en el trámite y decisión de las acciones constitucionales que les corresponde conocer a las Salas de Oralidad del Tribunal. En relación con el segundo, afirmó que en el proceso se acreditó que el demandado incurrió en la causal de pérdida de investidura de violación del régimen de incompatibilidades consagrado en el numeral 2º del artículo 45 de la Ley 136 de 1994, que dispone que los concejales no podrán celebrar con las entidades públicas del respectivo municipio, por sí o por interpuesta persona, contrato alguno. En este caso-dice- está probado que el demandado celebró, a través de su progenitora, contratos que eran de su interés y que lo beneficiaban directa e inmediatamente.

Destacó que de la intervención del demandado en la audiencia pública celebrada en el proceso se tiene que como éste no podía directa y personalmente suscribir los contratos los asociados deciden que sea su señora madre quien asuma la presidencia de la Asociación, *“de ahí que sea posible hablar de la suscripción de contrato por interpuesta persona, y de ahí que resulte del todo pertinente preguntarse quién tenía el control de los hechos, quién era quien dominaba la forma como iban ocurriendo los hechos, quién se encontraba detrás de la persona que suscribía los contratos, quién era el verdadero autor”*.

V.- EL RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme con la decisión adoptada en primera instancia el demandante la apeló en orden a que sea revocada. En sustento de su impugnación manifestó:

“1. Advierto que se equivoca el Tribunal Administrativo de Antioquia cuando en la sentencia dice que “la posterior adjudicación de esos subsidios por parte de un ente descentralizado municipal a sus beneficiarios por parte de la mencionada asociación”, toda vez que cuando se contrató por parte de la señora MARIA DE LAS MERCEDES GIRALDO VELÁSQUEZ con el ente descentralizado del municipio mediante la escritura No 672 del 19 de octubre de 2012 de la Notaría Única de el Retiro contrató fue un préstamo mediante hipoteca con el ente descentralizado y no la adjudicación de subsidios (sic) como erradamente lo menciona el Tribunal.

2. Cuando el Tribunal Administrativo de Antioquia inicia el estudio del caso en concreto, no lo hace de manera concienzuda ni mucho menos responsable frente al planteamiento jurídico que se le ha propuesto pues solamente se limita a observar la narración del demandante y el demandado, pero la exégesis del caso en concreto la deja de lado y por qué se afirma lo anterior?, porque en este problema jurídico que se les ha planteado no se discute la prueba ni mucho menos los fundamentos de derecho sino que la sentencia parte de la apreciación conceptual que no

observa claramente el problema, incluso llamo la atención porque el Tribunal en el falla No 2 remite para investigación disciplinaria, penal y fiscal a los implicados de la escritura No 672 de 19 de octubre de 2012 de la Notaría Única de el Retiro a los entes de control dejando la tarea a otros organismos y olvidándose de la propia y parto de este falla para ilustrar al Consejo de Estado acerca de la implicación de la contratación que se realizó mediante la escritura ya mencionada puesto que ningún alcalde municipal por retrasado y lejano que esté el municipio exponería (sic) su libertad y carrera política al contratar con la madre un concejal pues observemos que el Tribunal Administrativo de Antioquia ha determinado oficiar a entes de control porque observaron un eventual delito, el cual lógicamente existe y para ningún burgomaestre municipal es ajeno conocer de primera mano quienes son los consanguíneos en primer grado de los ediles municipales pues los saben ellos y toda una comunidad...Ahora bien, el alcalde municipal de el Retiro y el gerente de Fondeser, Ente descentralizado, no se han expuesto a una sanción penal, fiscal o disciplinaria por querer ayudar a una comunidad sino porque efectivamente existe un pacto político para desestabilizar el orden legalmente constituido que nos afirma que la madre del concejal no podía contratar con el Estado y si observamos los hechos de la demanda que presentó el suscrito nos podemos encontrar que hubo un seguidilla de omisiones como el no pedir permiso al concejo municipal para enajenar el inmueble tantas mencionadas en la escritura No 672 e 19 de octubre de 2012 de la Notaría Unica (sic) de el Retiro e igualmente el prestar por parte de Fondeser cuatrocientos ochenta millones de pesos (\$480.000.000) sobre un inmueble que se enajenó por doscientos cuatro millones de pesos (\$204.000.000). Igualmente entregarse un subsidio de vivienda a un concejal y a la madre de éste, como ocurrió a la señora MARIA DE LAS MERCEDES CIRLADO VELÁSQUEZ y SANTIAGO MONTOYA GIRALDO cuando efectivamente éstos no podía acceder a dicho subsidio ni mucho menos a la vivienda que poseen en GUAYACANES II, pues como se observa en el folio 200 de este proceso los mencionados anteriormente aportan una declaración de ingresos superior a cuatro (4) salarios mínimos legales mensuales vigentes, de donde la ley no les permite acceder a este tipo de viviendas y si como si esto fuera poco olvida el Tribunal la declaración del señor SANTIAGO MONTOYA que en los alegatos de conclusión hiciera cuando éste afirma que quien contrató con el municipio fue su madre, la señora MARIA DE LAS MERCEDES GIRALDO VELÁSQUEZ, (ver folio 236 del expediente) pero si al Tribunal le parece que no es claro sostener que el concejal por interpuesta persona ha contratado cuando él mismo sostuvo que la junta de la asociación nombró a su madre porque el concejal SANTIAGO MONTOYA no quería hacerlo por una inhabilidad moral efectivamente echa de menos la apreciación del suscrito que tuvo eco en el Magistrado GONZALO ZAMBRANO VELANDIA quien salva su voto en el fallo proferido por el Tribunal Administrativo de Antioquia, salvamento que

goza de una riqueza no solo dialéctica sino intelectual y que puede conducir al Honorable Consejo de Estado a tomar el fallo más acertado dentro de esta acción pública.

Por esta razón y apoyados en la realidad de los hechos podemos sostener que el concejal SANTIAGO MONTOYA es la persona que efectivamente se ha beneficiado directa e inmediatamente de los actos que se han llevado a cabo en esta contratación, puesto que es dicho concejal quien ha realizado estos contratos por interpuesta persona usando a su madre y desde allí me apoyo en la consideración del Honorable Magistrado Gonzalo Zambrano Velandia enmarcándose lo anterior en el numeral 2 del artículo 45 de la ley 136 de 1994, toda vez que esto es un peldaño no solo para éste sino para aquellos concejales que hoy quieran acudir a esta figura asociativa para contratar con el Estado, pues cuando se hace este tipo de asociaciones a ciencia y paciencia de los entes de control y demás organismos del Estado y cuando se ostenta una posición preferencial dentro del gobierno local y si aparte de esto quien dirige los designios, contratación, subsidios y aparece en público es la madre de un concejal no podemos dejar de desconocer que quien se beneficia directamente es el concejal porque éste tiene las cuerdas para manipular el títere, es quien ha sido determinante o cerebro principal de la contratación. Efectivamente es quien contrata por interpuesta persona, pero esta interpuesta persona debe ser alguien cercano para que no vaya a olvidar el pacto político y efectivamente se hace con quien está inhabilitada para contratar con el Estado y no es nadie más que la consanguínea en primer grado, madre del concejal, pues si somos claros los pactos políticos casi nunca se cumplen y por eso se debe acudir como se hizo en este caso a quien garantizará la eficacia del resultado y así no se expone el pacto político pero aquí se violan todos los principios propios del Estado social de derecho que están consagrados en la Constitución Política en su artículo 209 como son los de igualdad, moralidad, imparcialidad, entre otros; y no estos principios no están plasmados en la Constitución para adornar la parte expositiva de la misma sino como piedra angular del Estado social de derecho que es el punto arquidémico de la relación Estado*Ciudadano y es la garantía que nos han dado a los que hemos suscrito el contrato social, pues haber entregado parte de nuestras libertades para que otros la administren significa que reclamamos del Estado un mayor comportamiento en materia de moralidad, igualdad y equidad, puesto que si aquellos que ostenta el poder mediante un voto popular se levantan y se vuelven insurrectos en su actuación que camino le espera a los hombres de a pie, pues si acudimos a un ejemplo claro podríamos decir que si este tipo de contrataciones están permitidas se vuelve más atractiva la administración pública pues para nadie es un secreto que los concejales de categorías 3ra a 6ta tienen un factor de honorarios muy reducido (Ver ley 1368 de 2009 art 1), los cuales pueden acudir a esta figura y cuál es la figura?, la de crear una asociación

sin ánimo de lucro por interpuesta persona para recibir subsidios, obtener préstamos del Estado y contratar con él mismo, además beneficiar a otras personas como electores, amigos y conciudadanos que militan con sus ideales políticos y demagógicos, así estaría garantizada la posterior campaña política sino también al acceso y éxito de una empresa que entregará buenos dividendos a quienes nos representan ante las corporaciones públicas, hago alusión a las categorías 3 a 6 es por los pocos recursos que obtienen los concejales de las sesiones, pero nada obsta que los concejales de municipios de categorías especial a segunda puedan acceder a estos mismos beneficios a los cuales accedió el concejal del municipio de el Retiro por principio de igualdad, y si esto que está aconteciendo y que reprochamos puede generalizarse, si es que de hecho ya no se está haciendo, nos preguntamos sino no es un tráfico de influencias realmente que lo es? Pues nadie recibe en un solo año los dones y privilegios que el señor SANTIAGO MONTOYA obtuvo en el año 2012 pues su madre contrató con el municipio, con un ente descentralizado, creó una asociación de vivienda, se le entregó la presidencia honorable de tal asociación y el honorable concejal SANTIAGO MONTOYA recibió la designatura de presidente del H. Concejo del Municipio de el Retiro, Ant. Efectivamente pocos hombres y líderes tienen tal unción que en pocas veces es descifrable y una persona del común no obtiene tales privilegios y beneficios en tan poco tiempo y con tantas garantías pues se contrata con la administración por interpuesta persona y quien más que la madre de éste, consanguínea en primer grado para ostentar tal designación. No obstante, la pregunta que hoy nos ha surgido es que aconteció con los cuatrocientos ochenta millones de pesos (\$480.000.000) que Fondeser, ente descentralizado del municipio, prestó en hipoteca a la Asociación de Vivienda Guayacanes II, en qué manos fueron a parar, o a quiénes se contrataron para desarrollar estas obras, si aquí se pagaron o no favores políticos y si esto hizo parte de un dinero que pagó la comunidad y por qué lo pagaron. Estas preguntas probablemente las responderán los entes de control, pero efectivamente la necesidad más grande consiste en determinar si efectivamente el concejal SANTIAGO MONTOYA intervino por interpuesta persona en este contrato celebrado mediante la escritura pública No 672 del 19 de octubre de 2012 de la Notaría Única de el Retiro, si hubo tráfico de influencias y si se violó el régimen de incompatibilidades de donde es claro afirmar que demostrado está según las pruebas allegadas y la misma declaración del demandado que la madre del concejal contrató y no unos simples subsidios como se quiere demostrar sino bajo unas irregularidades, bajo unas prebendas, bajo unos beneficios e igualmente una hipoteca con un ente descentralizado por cuatrocientos ochenta millones de pesos (\$480.000.000) y la persona que se ve beneficiado directamente e indirectamente es el concejal SANTIAGO MONTOYA. Directamente porque se ha beneficiado de un inmueble el cual hoy tiene en la Asociación de Vivienda Guayacanes II,

porque se ha beneficiado de un subsidio de vivienda el cual no se la puede entregar por no tener las calidades como es el salario para optar pues el que allegó en su momento es superior al exigido por la ley para obtener este beneficio estatal, e indirectamente porque ante una comunidad es esta persona quien ha sido reconocida como el gestor, patrocinador de la Asociación de Vivienda Guayacanes II y además porque quien ha manejado los dineros públicos de la asociación, como es el préstamo de un ente descentralizado, es la madre del concejal SANTIAGO MONTOYA GIRALDO quien de la noche a la mañana se convirtió en una reconocida líder pues años atrás jamás lo fue.” (Fls. 260 a 265 del cuaderno del Tribunal – mayúsculas sostenidas originales)

VI.- LOS ALEGATOS DE CONCLUSION EN SEGUNDA INSTANCIA Y EL CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO

En esta instancia no intervinieron las partes.

El Procurador Delegado para la Conciliación Administrativa¹, luego de referirse al fundamento de la demanda y a la interpretación que a ésta le dio el Tribunal, se mostró partidario de confirmar el fallo apelado, pues, a su juicio, de las pruebas que obran en el expediente no resulta evidente, como lo afirma el apelante, que el demandado hubiere incurrido en violación del régimen de incompatibilidades como causal de pérdida de investidura. En sustento de su solicitud afirmó:

(i) Que en el plenario reposa copia del certificado de existencia y representación legal de la Asociación de Vivienda Guayacanes II, en el que consta que a 27 de febrero de 2013 esta última era ejercida por

¹ Delegado por el Procurador General de la Nación, mediante Resolución núm. 194 de 8 de junio de 2011, para intervenir ante la Sección Primera y la Sala Plena del Consejo de Estado.

María de las Mercedes Giraldo Velásquez y que dicha organización tiene como objetivos principales los siguientes: *“a. Asociar a personas de el Municipio de El Retiro Antioquia de la zona Rural y Urbana, con el fin de realizar actividades que generen recursos con miras a obtener solución del problema de vivienda de los asociados (...) b. Mejorar la calidad de vida de los asociados con la obtención de su casa propia (...) c. Involucrar las familias de los asociados en actividades que permitan una sana convivencia entre todos (...). Y su fin específico es la gestión como asociación de vivienda para la iniciación y posterior culminación de la torre GUAYACANES II”*; que examinado dicho certificado no se encuentra que el demandado aparezca como miembro de la junta directiva de la Asociación ni que ejerza su representación legal; que el demandado, en la contestación de la demanda, acepta que la señora María de las Mercedes Giraldo Velásquez es su madre, lo cual es reafirmado por la copia del registro civil de nacimiento de aquel; y que en la respuesta a la petición elevada por Héctor Alonso Rendón Montoya se informa que la Asociación Guayacanes II es una asociación popular de vivienda que *“se crea por la expresa voluntad de un grupo de personas naturales, que teniendo la necesidad de una vivienda propia, acuden a este mecanismo para en un futuro suplir su necesidad. Es de señalar, que la iniciativa de crear una Organización Popular de Vivienda OPV, debe surgir de la comunidad”*.

(ii) Que en el expediente obra copia de la Escritura Pública No. 672 de

19 de agosto de 2012, mediante la cual se procedió a aportar, a título de subsidio en especie, el lote número 13 situado en la zona urbana del Municipio de El Retiro, a favor de la Asociación de Vivienda Guayacanes II, con el fin de que se desarrollaran soluciones habitacionales para los beneficiarios de los subsidios que otorgaría la administración municipal; que la asociación fue representada legalmente para la suscripción de dicho instrumento público por María de las Mercedes Giraldo Velásquez; y que en el mismo instrumento se procedió a constituir hipoteca abierta y sin límite de cuantía correspondiente al inmueble mencionado, en atención al crédito otorgado por el Fondo de Desarrollo Social de El Retiro (Fondeser) por la suma de \$480.000.000.

(iii) Que estas pruebas documentales no permiten inferir que el demandado haya suscrito, por interpuesta persona, el contrato al que se refiere la Escritura Pública No.672 de 19 de agosto de 2012.

(iv) Que sin embargo el salvamento de voto formulado por el magistrado Gonzalo Zambrano Velandia pone de presente lo manifestado por el propio concejal en la audiencia pública del 3 de marzo de 2014, en los siguientes términos: *“(...) igualmente renuncio en el momento en que se hace la reunión para hacer la Junta Directiva de la Asociación Guayacanes II al cargo de Presidente donde son los mismos asociados quienes me habían nombrado, pero yo precisamente para no tener ningún tipo de incompatibilidad o inhabilidad digamos moral como Concejal renuncio a dicho cargo y es en esa misma reunión la cual es convocada por*

la Administración Municipal donde los mismos asociados deciden que sea mi madre por el liderazgo que ejerce y como bien lo establece el señor demandado al ser una persona distinguida por su honra en el municipio por ser docente del municipio hace más de 20 años y por tener una excelente reputación que deciden que ella sea la Presidenta de la Asociación de Vivienda (...)”; e igualmente ese salvamento llama la atención que de acuerdo con la Resolución No. 1563 de 20 de junio de 2011 el demandado se encuentra como beneficiario del proyecto de vivienda de interés prioritario Guayacanes II, y que en el formulario de inscripción de postulantes para el subsidio se presentaron Santiago Montoya Giraldo y su madre para obtener un solo subsidio sumando sus ingresos, a lo cual se agrega que en la Alcaldía de El Retiro certificó que la madre del concejal demandado era beneficiaria del proyecto de vivienda Guayacanes II y aparecía en tal certificación después de su nombre el número de cédula del demandado.

(v) Que como lo analizado en este proceso es la violación del régimen de incompatibilidades, esto es, que el ordenamiento jurídico proscribela realización de ciertas conductas coetáneas al ejercicio del cargo de concejal, es necesario precisar que cuando el municipio de El Retiro incluyó al demandado como uno de los beneficiarios del proyecto de vivienda Guayacanes II éste no era concejal de dicha localidad.

(vi) Que a pesar de los análisis realizados en el salvamento de voto lo cierto es que no está acreditado que el demandado, usando a su madre, haya sido quien celebró el contrato de que trata la Escritura

Pública No. 672 de 19 de agosto de 2012, “pues ella actúa como representante legal de una asociación en la cual una pluralidad de personas la eligieron para que liderara el desarrollo del objeto social de la asociación, que no es otro que la gestión como asociación de vivienda para la iniciación y posterior culminación de la torre Guayacanes II; la demandante (sic) celebró el contrato en desarrollo de ese expreso mandato que impone el objeto de la asociación de la cual era su representante legal, por lo que no puede señalarse que haya actuado como intermediaria del demandado”.

VII.- CONSIDERACIONES

7.1. Legitimación por activa

De conformidad con los artículos 1º y 4º de la Ley 144 de 1994² la solicitud de *pérdida de investidura* puede ser formulada por un ciudadano. El actor, señor Héctor Alonso Rendón Montoya, acreditó tal calidad al exhibir su cédula de ciudadanía No.15.386.802 al momento radicar la demanda, tal como consta en el expediente. De su calidad de ciudadano se derivan los derechos políticos que, en concordancia con los artículos 40, 98 y 99 de la Carta y con la Ley 144 de 1994³ lo

² Aplicable en estos procesos por virtud de la remisión normativa efectuada en el artículo 55 de la Ley 136 de 1994.

³ La Ley 144 de 1994, artículo 1º ordena: “Artículo 1º.- El Consejo de Estado conocerá y sentenciará en única instancia los procesos relativos a la pérdida de la investidura de los Congresistas a solicitud de (...) cualquier ciudadano y por las causas establecidas en la Constitución.”

legitiman para solicitar la pérdida de investidura de los concejales municipales demandados.

7.2. Legitimación por pasiva

Se encuentra acreditado que el demandado, Santiago Montoya Giraldo, adquirió la calidad de Concejal Municipal de El Retiro (Antioquia), según consta en el formulario E26-CO del 1º de noviembre de 2011 de la Registraduría Nacional de Estado Civil⁴. Ello significa que es sujeto pasivo de la presente acción de pérdida de la investidura que ha sido incoada en su contra, conforme a lo dispuesto en el artículo 48 de la Ley 617 de 2000.

7.3. Problema jurídico

El problema jurídico que se plantea en esta instancia consiste en establecer si la sentencia apelada debe ser revocada o no, porque al decir del actor el concejal demandado incurrió en las causales de pérdida de investidura de violación del régimen de incompatibilidades y de tráfico de influencias.

7.4. Examen de fondo

7.4.1. Las causales de pérdida de investidura invocadas. Fuente normativa y desarrollo jurisprudencial

⁴ Folio 108 del cdno. núm. 1.

(i) El actor estima que el concejal demandado incurrió en la causal de pérdida de investidura de violación del régimen de incompatibilidades establecida en el numeral 1 del artículo 48 de la Ley 617 de 2000, norma cuyo tenor es el siguiente:

“Artículo 48.- Pérdida de investidura de diputados, concejales municipales y distritales y de miembros de juntas administradoras locales. Los diputados y concejales municipales y distritales y miembros de juntas administradoras locales perderán su investidura:

1. Por violación 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.

(...)

(Negrillas agregadas)

Las incompatibilidades tienen como función primordial preservar la probidad del servidor público en el desempeño de su cargo, al impedirle ejercer simultáneamente actividades o empleos que eventualmente puedan llegar a entorpecer el desarrollo y buena marcha de la gestión pública. Igualmente, cumplen la misión de evitar que se utilice su cargo de elección popular para favorecer intereses propios o de terceros en desmedro del interés general y de los principios que rigen la función pública.

Esa Corporación, refiriéndose a este tema, ha precisado que *“[e]n el ámbito municipal, se hace necesario que quienes tienen a su cargo la administración pública y la representación de los intereses generales de la localidad se dediquen íntegramente a la gestión que han asumido*

*y, además, no puedan valerse de las posiciones que ocupan para derivar ventajas o beneficios particulares, razones que justifican el señalamiento de **incompatibilidades, es decir, de aquellas gestiones o actividades que no pueden ejercerse de manera simultánea con el desempeño del cargo***⁵ (Negrillas no originales)

De la interpretación del contenido y alcance de la demanda se observa por la Sala que, contrario a lo que precisó el Tribunal⁶, el régimen de incompatibilidades supuestamente vulnerado por el demandado no es el contenido en el numeral 4 del artículo 45 de La Ley 136 de 1994, sino el señalado en el numeral 2 de esta misma disposición, norma ésta cuyo tenor es el que sigue:

“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.
(...)”. (se resalta por la Sala)

⁵ Sentencia C-194 de 1995.

⁶ El Tribunal estimó que la causal de incompatibilidad que se aducía por el demandante era la señalada en el numeral 4 de la norma antes citada, conforme a la cual los concejales municipales no podrán “*Celebrar contratos o realizar gestiones con personas naturales o jurídicas de derecho privado que administren, manejen o inviertan fondos públicos procedentes del respectivo municipio o sean contratistas del mismo o reciban donaciones de éste*”. De la lectura de la demanda surge con claridad que nunca se adujo que el concejal Santiago Montoya Giraldo celebró contratos o realizó gestiones con dichas personas naturales o jurídicas de derecho privado. El actor lo que sostiene en su solicitud de pérdida de investidura es que la señora María de las Mercedes Giraldo Velásquez celebró unos contratos con la administración municipal en nombre de su hijo, el concejal municipal demandado, y que éste se benefició directamente de aquellos.

La configuración de la incompatibilidad contenida en esta disposición exige unos supuestos a saber: (i) tener la calidad de concejal; (ii) celebrar contrato alguno con entidades públicas del respectivo municipio o con personas que administren tributos procedentes del mismo, de manera directa o por interpuesta persona; y (iii) que los contratos se ejecuten o se cumplan en el respectivo municipio⁷.

(ii) Igualmente, considera el demandante que el concejal Montoya Giraldo incurrió en la causal de pérdida de investidura consagrada en el numeral 5 del artículo 48 de la Ley 617 de 2000, norma que prevé lo siguiente:

“Artículo 48.- Pérdida de investidura de diputados, concejales municipales y distritales y de miembros de juntas administradoras locales. Los diputados y concejales municipales y distritales y miembros de juntas administradoras locales perderán su investidura:

(...)

5. Por tráfico de influencias debidamente comprobado.

(...)

(Negrillas agregadas)

La Sala Plena del Consejo de Estado⁸ se ha referido al contenido y alcance de esta causal en los siguientes términos:

“En cuanto a esta causal, que no está legalmente definida, la jurisprudencia de la Corporación ha señalado, de forma reiterada, que la misma **“presupone anteponer la investidura de congresista ante un servidor público, quien, bajo tal influjo psicológico, realiza una actividad que no adelantaría de no ser por la calidad de quien se lo solicita. Consiste en una relación de doble envío en donde el congresista, gracias a la investidura que posee, crea en el destinatario de su influencia la**

⁷ Sección Primera, Sentencia del 31 de marzo de 2011, proferida en el proceso con radicado núm. 50001-23-31-000-2010-00132-01(PI), C.P. María Claudia Rojas Lasso.

⁸ Sentencia de 27 de abril de 2010, Consejero ponente: William Giraldo G., Radicación número: 11001-03-15-000-2009-00935-00(PI).

decisión de realizar el hacer solicitado". Como elementos estructurantes de la causal de pérdida de investidura, "Por tráfico de influencias debidamente comprobado", se han establecido los siguientes: **a) Que se trate de persona que ostente la calidad de Congresista; b) Que se invoque esa calidad o condición; c) Que se reciba, haga dar o prometer para sí o para un tercero dinero o dádiva, con las salvedades o excepciones contempladas en la Ley 5ª de 1992, en cuanto a las gestiones de los congresistas en favor de sus regiones; y d) Que sea con el fin de obtener beneficio de un servidor público en asunto que éste se encuentre conociendo o haya de conocer**. Ahora bien, la relación de estos sujetos (congresista - funcionario público), para la configuración de esta causal de pérdida de investidura, no requiere que sea de carácter jerárquico, ya que lo realmente importante es la posibilidad de influenciar a cualquier funcionario público sin importar la condición que el mismo ostente dentro de la estructura organizacional del Estado, con la finalidad de conseguir provecho de su actuar.⁹ (El resaltado es de la Sala)

7.4.2. Pruebas obrantes en el proceso

Al proceso se allegaron legal y oportunamente por las partes los siguientes documentos relevantes para la controversia que fueron decretados como pruebas por el *a quo*:

(i) Registro civil de nacimiento¹⁰ del señor Santiago Montoya Giraldo, de la Notaría Trece de Medellín, en el que consta que es hijo de la señora María de las Mercedes Giraldo Velásquez.

⁹ Sobre el sentido y alcances de la causal de tráfico de influencias debidamente comprobado, se pueden consultar las siguientes Sentencias de Sala Plena: de 28 de noviembre de 2000. Rad. AC-11349. M.P. Olga Inés Navarrete Barrero; 30 de agosto de 2005. Rad. 11001-03-15-000-2005-00446-00(PI). M.P. Alejandro Ordóñez Maldonado; 15 de mayo de 2007. Rad. 11001-03-15-000-2006-01268-00(PI). M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo; En cuanto se refiere a los elementos de la causal, se pueden consultar las de Sala Plena de 8 de marzo de 2008. Rad. 11001-03-15-000-2007-01054-00(PI). M.P. Susana Buitrago Valencia y 17 de abril de 2007. Rad. 11001- 03-15-000-2006-00192-00 (PI). M.P. Reinaldo Chavarro Buriticá.

¹⁰ Folio 75 cdno. núm. 1.

(ii) Certificado de existencia y representación legal de la entidad sin ánimo de lucro denominada Asociación de Vivienda Guayacanes II, expedido por la Cámara de Comercio del Oriente Antioqueño¹¹, en el que se expresa que la Asociación fue constituida por Acta del 28 de junio de 2012 otorgada en Asamblea Constitutiva, e inscrita en esa entidad el 9 de agosto de 2012. Igualmente consta en este documento que los objetivos principales de esa asociación son: “a. *Asociar a personas de el (sic) Municipio de El Retiro Antioquia de la zona Rural y Urbana, con el fin de realizar actividades que generen recursos con miras a obtener solución del problema de vivienda de los asociados. b. Mejorar la calidad de vida de los asociados con la obtención de su casa propia. c. Involucrar las familias de los asociados en actividades que permitan una sana convivencia entre todos.*”; y que su fin específico consiste es “*la gestión como asociación de vivienda para la iniciación y posterior culminación de la torre GUAYACANES II*”.

El certificado da cuenta así mismo de la Junta Directiva de la Asociación de Vivienda y de su representante legal. Como integrante de esa Junta Directiva se encuentra la señora María de las Mercedes Giraldo Velásquez, quien aparece como Presidenta y Representante Legal. La fuente de esas anotaciones es “*Acta de fecha 28 de junio de 2012, inscrita el 12 de agosto de 2012*”. El nombre del señor Santiago Montoya Giraldo no obra en este documento.

¹¹ Folios 14 a 16 cdno. núm. 1.

(iii) Acta de Reuniones Fovis de la Administración Municipal de El Retiro de fecha 19 de mayo de 2011¹² relativa a la *“Conformación de la Torre Guayacanes II y Junta Directiva”*. En reunión adelantada en el Auditorio Casa de Gobierno participan el Alcalde Municipal de El Retiro, la Representante del FOVIS y las personas beneficiadas para habitar las viviendas de la torre II, urbanización Guayacanes. De estos beneficiarios se eligen 5 representantes para la conformación de la Junta Directiva *“quienes a su vez serán veedores de (sic) proceso de construcción”*. Se elige a la señora María de las Mercedes Giraldo Velásquez como Presidenta. El nombre del señor Santiago Montoya Giraldo no aparece en este documento.

(iv) Estatutos de la Asociación de Vivienda Guayacanes II El Retiro Antioquia¹³, documento en el que consta que éstos fueron aprobados por unanimidad de los presentes en reunión de fecha *28 de junio de 2012*. El documento aparece suscrito por la señora María de las Mercedes Giraldo Velásquez como Presidenta de la Asociación. En la copia allegada al proceso se observa un sello de radicación de ese documento ante la Cámara de Comercio del Oriente Antioqueño con fecha 3 de agosto de 2012.

¹² Folios 153 y 154 cdno. núm. 1.

¹³ Resoluciones administrativas expedidas con fundamento en las facultades constitucionales y legales de los Alcaldes Municipales, en especial las consagradas en la Ley 546 de 1999, el Decreto Ley 216 de 2003, el Decreto 2190 de 2009, la Resolución 0895 de 2011 del Ministerio de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial, y los Acuerdos Municipales 035 de 1998, 016 de 2005 y 08 de 2010 (Folios 157 a 161 cdno. núm. 1).

(v) Resoluciones números 1370 de 24 de mayo de 2011 y 1563 de 20 de junio de 2011, expedidas por el Alcalde Municipal de El Retiro¹⁴, por medio de las cuales, respectivamente, *“se reconoce y ordena el pago de unos subsidios de vivienda para los proyectos Guayacanes 2”* y *“se aclara la Resolución 1370 de 2011, precisando los beneficiarios del subsidio de vivienda y rectificando su identificación”*. En estos actos administrativos aparece como beneficiario del subsidio de vivienda (dinero en efectivo y lote donde se realizará la construcción) el señor Santiago Montoya Giraldo, con C.C. 1.128.405.850.

(vi) Escritura Pública núm. 672 de 19 de octubre de 2012 de la Notaría Única de El Retiro¹⁵. El documento no obra en su integridad, pero se observa que la naturaleza jurídica de los actos que constan en ese instrumento público es la siguiente: *“Resciliación sobre la escritura número cuatrocientos catorce (414) del veintiséis (26) de agosto de 2011 (2011), aporte de subsidio en especie e hipoteca”*.

Por este instrumento público, de un lado, el municipio de El Retiro, en cumplimiento de lo dispuesto en la Resolución 917 de 17 de octubre de 2012 del Alcalde Municipal de El Retiro, por la cual se modifican las Resoluciones 1370 de 2011 y 1563 de 2011 expedidas por esa misma autoridad, transfiere a título de *“aporte de subsidio en especie”* a la Asociación de Vivienda Guayacanes II el dominio pleno y la posesión sobre un inmueble situado en la zona urbana del citado municipio. Se expresa en este documento que: *“En cumplimiento de lo establecido en*

¹⁴ Folios 168 a 171 y 172 a 174 cdno. núm. 1.

¹⁵ Folios 23 48 cdno. núm. 1.

la Resolución 917 del 17 de octubre de 2012 de la Alcaldía Municipal de El Retiro, La Asociación de Vivienda Guayacanes II solo podrá hacer tradición mediante escritura pública otorgada en Notaría, del subsidio que en especie se reconoce y otorga en la resolución 917 de 2012 y por ende del correspondiente bien inmueble que se derive de la construcción del proyecto Guayacanes II, única y exclusivamente a los beneficiarios que se identifican en dicha resolución, y a aquellos que de manera expresa y por medio de acto administrativo debidamente expedido por al (sic) el Alcalde Municipal de El Retiro, se lleguen a reconocer como beneficiarios del subsidio de vivienda para el proyecto Guayacanes II”.

De otro lado, en esta escritura la Asociación de Vivienda Guayacanes II constituye hipoteca abierta de primer grado en favor del Fondo de Desarrollo Social del municipio de El Retiro, Antioquia – Fondeser¹⁶ respecto del inmueble que le fue entregado por el municipio, con el fin de garantizar obligaciones a su cargo y en favor del Fondo.

En este instrumento público interviene la señora María de las Mercedes Giraldo Velásquez como representante legal de la Asociación de Vivienda Guayacanes II. El nombre del señor Santiago Montoya Giraldo no aparece en este documento.

¹⁶ A folios 95 a 102 del cdno. núm. 1 obra copia del Acuerdo 004 del 24 de mayo de 2007, expedido por el Concejo Municipal de El Retiro, en el cual consta que el Fondo de Desarrollo Social del municipio de El Retiro, Antioquia – Fondeser es creado como un establecimiento público del orden municipal.

(vii) Escritura pública núm. 285 del 4 de mayo de 2013 de la Notaría Única de El Retiro¹⁷. La naturaleza jurídica de los actos a los que se refiere este instrumento público de expresa en la siguiente forma: *“Liberación parcial de hipoteca, compraventa de vivienda de interés social con subsidio, hipoteca y patrimonio de familia”*. Por este documento se libera y desafecta del gravamen hipotecario un apartamento, el cual es transferido a título de venta por parte de la Asociación de Vivienda Guayacanes II a la señora María de las Mercedes Giraldo Velásquez, quien también actúa como representante legal de la Asociación. El nombre del señor Santiago Montoya Giraldo no aparece en este documento.

El certificado de tradición del inmueble citado también fue allegado al expediente¹⁸.

(viii) Oficio 2686 de 17 de septiembre de 2013¹⁹ suscrito por un Asesor de Vivienda de la Alcaldía Municipal de El Retiro, en el que, entre otras cosas, remite el listado de los asociados a cada una de las Organizaciones Populares de Vivienda que *“actualmente”* son apoyados por la Administración Municipal. En ese listado, en el proyecto de vivienda Guayacanes II, aparece el nombre de Mercedes Giraldo Velásquez y como identificación la C.C. 1.128.405.850.

¹⁷ Folios 85 a 94 cdno. núm.1.

¹⁸ Folio 84 cdno. núm. 1.

¹⁹ Folios 54 a 74 cdno. núm. 1.

(ix) Oficio 0408 de 6 de febrero de 2014²⁰ suscrito por un Asesor de Vivienda de la Alcaldía Municipal de El Retiro, en el que informa que *el proyecto de vivienda Guayacanes II fue viabilizado por la Administración Municipal de El Retiro en el año 2011* y que para esa época, luego de conformada la Organización Popular de Vivienda Guayacanes II, procedió el Director de Vivienda a la selección de los beneficiarios de ese programa. Agregó que luego de cumplidos los requisitos exigidos y de allegada la documentación pertinente el municipio, por intermedio de la Oficina de Vivienda, procedió al otorgamiento de los subsidios a través de las Resolución 1370 de 24 de mayo de 2011, aclarada por la Resolución 1563 de 20 de junio de 2011.

(x) Acuerdo 035 de 20 de septiembre de 1998²¹, expedido por el Concejo Municipal de El Retiro *“Por medio del cual la Junta Directiva del Fondo Municipal de Vivienda de Interés Social y Reforma Urbana del Municipio de El Retiro reglamenta el otorgamiento de Subsidios Municipales de Vivienda”*.

No aparece en este acto municipal que los concejales municipales o el Concejo Municipal de El Retiro tengan alguna participación en la actuación en la selección de los beneficiarios de los subsidios ni en el procedimiento administrativo para su adjudicación.

²⁰ Folios 165 y 166 cdno. núm. 1.

²¹ Folios 142 a 151 cdno. núm. 1.

7.4.3. No configuración de las causales de pérdida de investidura alegadas.

7.4.3.1. Inexistencia de violación del régimen de incompatibilidades

(i) Fundamentación de la causal endilgada al demandado.

En el recurso de apelación el demandante hace propias las consideraciones expuestas en el salvamento de voto de uno de los Magistrados del Tribunal Administrativo de Antioquia y aduce que el concejal demandado (i) ha celebrado los contratos con el municipio de El Retiro por interpuesta persona, usando para ello a su señora madre, y (ii) se ha beneficiado directa e inmediatamente con aquellos, siendo beneficiario de un subsidio que no podía recibir por tener ingresos superiores a los exigidos legalmente para ese fin. Afirma, que el demandado es el determinador de los contratos y que el concejal Montoya Giraldo en los alegatos señaló que la Junta Directiva de la Asociación de Vivienda nombró como Presidente a su progenitora porque éste no podía ostentar ese cargo por una inhabilidad moral. Insiste, así mismo, en las supuestas irregularidades que se presentaron en los contratos referidos en la demanda, derivadas de la inhabilidad de la madre del demandado para contratar con el municipio, de la omisión del permiso del concejo municipal de El Retiro para enajenar el inmueble y de la constitución de una hipoteca por

\$480.000.000.oo sobre un inmueble vendido por \$204.000.000.oo.

(ii) Análisis de la Sala en relación con la causal de violación del régimen de incompatibilidades.

De acuerdo con lo antes expresado, el régimen de incompatibilidades tiene como función primordial preservar la probidad del servidor público en el desempeño de su cargo, al impedirle ejercer simultáneamente actividades o empleos que eventualmente puedan llegar a entorpecer el desarrollo y buena marcha de la gestión pública. Así mismo, las incompatibilidades cumplen la misión de evitar que se utilice el cargo de elección popular que se ostente para favorecer intereses propios o de terceros en desmedro del interés general y de los principios que rigen la función pública.

En el presente asunto, del análisis de las pruebas documentales que militan en el proceso se concluye por la Sala que el concejal municipal demandado no ha incurrido en la incompatibilidad que se le atribuye, consistente en haber celebrado, por sí o por interpuesta persona, contrato alguno con las entidades públicas del respectivo municipio o con personas que administren tributos procedentes del mismo (Ley 136 de 1994, art. 45 núm. 2).

En efecto, no se acredita en el expediente que el señor Santiago Montoya Giraldo siendo Concejal Municipal de El Retiro Antioquia (fue

elegido en octubre de 2011) haya celebrado algún contrato, por sí o por interpuesta persona, con el Municipio de El Retiro. Lo que consta en el proceso, tal como lo anotó el Ministerio Público en su vista de fondo, es la entrega por parte de esta entidad territorial de un aporte de un subsidio en especie (un lote de terreno) a la Asociación de Vivienda Guayacanes II con destino a la construcción de soluciones de vivienda y la celebración de un contrato de hipoteca entre el Fondo de Desarrollo Social del municipio de El Retiro, Antioquia – Fondeser, establecimiento público del orden municipal, y la mencionada Asociación de Vivienda, con el objeto de garantizar obligaciones a cargo de ésta y en favor del Fondo, actos jurídicos éstos que figuran en la escritura pública núm. núm. 672 de 19 de octubre de 2012 de la Notaría Única de El Retiro y en los que la Asociación de Vivienda, persona jurídica de derecho privado sin ánimo de lucro, fue representada por su Presidenta la señora María de las Mercedes Giraldo Velásquez.

Si bien la citada persona es la señora madre del Concejal Montoya Giraldo, no existe elemento de juicio sólido y contundente en el proceso que permita inferir válidamente que ella actuaba en los citados actos en nombre de su hijo, o, en otros términos, que éste hubiera celebrado tales contratos a través de su progenitora.

A este respecto es preciso señalar que aunque en la audiencia pública celebrada en el proceso el demandado expresó que: *“(...) igualmente renuncio en el momento en que se hace la reunión para hacer la Junta Directiva de la Asociación Guayacanes II al cargo de Presidente donde son*

los mismos asociados quienes me habían nombrado, pero yo precisamente para no tener ningún tipo de incompatibilidad o inhabilidad digamos moral como Concejal renunció a dicho cargo y es en esa misma reunión la cual es convocada por la Administración Municipal donde los mismos asociados deciden que sea mi madre por el liderazgo que ejerce y como bien lo establece el señor demandado al ser una persona distinguida por su honra en el municipio por ser docente del municipio hace más de 20 años y por tener una excelente reputación que deciden que ella sea la Presidenta de la Asociación de Vivienda (...)", de esa manifestación no se deduce, contrario a lo afirmado en el salvamento de voto y en el recurso de apelación, que aquél sea quien celebró los contratos con la Administración Municipal de El Retiro usando para ello a su señora madre.

En efecto, no hay prueba en el expediente que apunte a señalar que fue el demandado quien designó o hizo designar a su señora madre como Presidenta de la Asociación de Vivienda Guayacanes II²² ni de que ésta haya celebrado por su hijo contrato alguno con el municipio de El Retiro. Lo que expresa aquel y se corrobora en el expediente es que los asociados pertenecientes a dicha agrupación fueron quienes designaron a la señora Giraldo Velásquez como representante de la Asociación de Vivienda, y que en esta calidad, y no como intermediaria del demandado, fue que ésta actuó ante la Administración Municipal de El Retiro. La señora Giraldo Velásquez actuó como vocera y

²² De acuerdo con las pruebas documentales relacionadas en el capítulo previo, la reunión a la que se refiere la manifestación del demandado fue celebrada en el mes de mayo de 2011, momento para el cual aquél no había sido elegido aún concejal municipal de El Retiro.

representante directa de la Asociación de Vivienda Guayacanes II en los actos jurídicos con los entes municipales.

En el expediente no hay dato alguno acerca de que el concejal municipal demandado, actuando en dicha calidad, haya realizado acto o gestión alguna ante la Administración con el propósito de obtener el aporte del subsidio en especie para la construcción del proyecto Guayacanes II. La única actuación que se acredita en el proceso en relación con este tema es la postulación que el señor Montoya Giraldo hizo ante el Municipio de El Retiro para un subsidio de vivienda y la asignación de éste por dicha entidad territorial, hechos éstos que, en todo caso, ocurrieron cuando el demandado no ostentaba la calidad de Concejal Municipal de EL Retiro, lo cual descarta la existencia de incompatibilidad alguna en tales condiciones, pues su configuración, como arriba se explicó, supone el ejercicio coetáneo de las funciones como edil municipal con otras actuaciones como por ejemplo la de contratista del respectivo municipio. Además, según lo expresado por el demandado y no controvertido en el proceso, éste renunció al subsidio de vivienda que le fue concedido.

De otro lado, en relación con las supuestas irregularidades derivadas del hecho que la señora madre del demandado estuviera inhabilitada legalmente para celebrar contrato alguno con el municipio, y de la constitución de una hipoteca por un valor superior a la del inmueble dado en garantía, o de que el demandado no podía recibir el subsidio

de vivienda por tener ingresos superiores a los exigidos por el municipio de El Retiro para tal fin, basta decir a la Sala que no le corresponde efectuar juicio alguno al respecto en sede de este proceso, ya que lo que en éste se examina es la conducta del demandado a la luz de las causales de pérdida de investidura y no los actos de terceras personas.

7.4.3.2. Inexistencia de tráfico de influencias debidamente comprobado

(i) *Fundamentación de la causal endilgada al demandado.*

El demandante considera que el demandado recibió beneficios de la Administración Municipal en un solo año, pues celebró un contrato con ésta a través de su madre y además fue designado Presidente del Concejo Municipal de El Retiro, beneficios que no obtiene cualquier persona. Agrega que la creación de una Asociación sin ánimo de lucro por interpuesta persona para recibir subsidios del municipio y contratar con éste es una práctica que constituye tráfico de influencias.

(ii) *Análisis de la Sala en relación con la causal de tráfico de influencias.*

En relación con esta causal tampoco encuentra la Sala prueba alguna en el proceso. En efecto, no se acredita en forma alguna por el actor

que el demandado haya antepuesto su investidura como Concejal Municipal de El Retiro ante un servidor público de ese municipio para obtener de éste beneficio alguno.

No hay evidencia alguna en el proceso que el Concejal Santiago Giraldo Montoya invocando su investidura haya realizado gestión alguna para la obtención del aporte en especie que el municipio de El Retiro efectuó en favor de la Asociación de Vivienda Guayacanes II ni para que esta agrupación recibiera del Fondo de Desarrollo Social de dicha localidad un préstamo de dinero.

Además, tampoco se ha probado en el proceso que la finalidad de la constitución de la Asociación de Vivienda Guayacanes II haya sido que el demandado obtuviere, por interpuesta persona, la asignación de subsidios y de contratos del Municipio de El Retiro. Esta Asociación de Vivienda, según consta en el proceso, se creó con los propósitos de “a. *Asociar a personas de el (sic) Municipio de El Retiro Antioquia de la zona Rural y Urbana, con el fin de realizar actividades que generen recursos con miras a obtener solución del problema de vivienda de los asociados. b. Mejorar la calidad de vida de los asociados con la obtención de su casa propia. c. Involucrar las familias de los asociados en actividades que permitan una sana convivencia entre todos.*”. Su finalidad específica es: “*la gestión como asociación de vivienda para la iniciación y posterior culminación de la torre GUAYACANES II*”.

De otro lado, la designación de un concejal municipal como Presidente de la Corporación Pública a la que pertenece no puede ser considerada como una gracia o un beneficio. Esta es una designación que está reglada en la ley y los reparos que se tengan frente a ella no son objeto de pronunciamiento alguno en esta acción de pérdida de investidura.

7.5. Conclusión

En el anterior contexto, por las razones aquí expuestas, la Sala confirmará la sentencia apelada que negó la solicitud de pérdida de investidura del demandado como Concejal Municipal de El Retiro.

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:

CONFIRMAR la sentencia apelada de fecha 18 de marzo de 2014 proferida por el Tribunal Administrativo de Antioquia, por las razones expuestas en esta providencia.

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

NOTIFÍQUESE, COMUNÍQUESE Y CÚMPLASE.

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

**GUILLERMO VARGAS AYALA
GONZALEZ**
Presidente

MARIA ELIZABETH GARCIA

**MARIA CLAUDIA ROJAS LASSO
MORENO**

MARCO ANTONIO VELILLA