

*Tribunal Administrativo de Boyacá*  
*Sala IV*  
*Magistrados: Ponente: Clara Estela Ciguentas Celis*

Tunja, noviembre ocho (8) de dos mil diecisiete (2017)

Demandante : Omar James Puerto Medina  
Demandado : **José Mauricio Buitrago Rivera**  
Expediente : 15001 2333 000 2017 00602 00  
Medio de Control: **Pérdida de Investidura**

Procede la Sala a proferir sentencia de primera instancia en el asunto de la referencia al no advertir causales de nulidad que invaliden lo actuado conforme a lo siguiente:

## I. ANTECEDENTES.

**1.1. La Demanda.** El señor Omar James Puerto Medina en ejercicio de la acción instituida en el artículo 55 de la Ley 136 de 1994, presentó solicitud (fl. 1-33 y 93-100)<sup>1</sup> para que se decretara la pérdida de investidura del concejal del Municipio de Duitama (Boyacá), señor José Mauricio Buitrago Rivera, para lo cual señaló como fundamento fáctico, lo siguiente:

El concejal José Mauricio Buitrago Rivera está incurso en inhabilidad y conflicto de intereses de conformidad con el artículo 15 del Decreto 410 de 1971, en razón a que es comerciante y votó los acuerdos municipales 012 y 013 de 2016, sin comunicar a la Cámara de Comercio la toma de posesión del cargo de concejal que lo inhabilitaba para ejercer las actividades de comercio.

Indicó el demandante, que el concejal Buitrago Rivera debatió y votó a favor del Acuerdo 012 de 2016 que trataba, entre otros, sobre servicios de transporte terrestre de carga y pasajeros, sin declararse impedido hecho que, considera el demandante, constituye conflicto de intereses por conveniencia y beneficio personal, debido a que el establecimiento de comercio INVERSIONES BUITRAGO, representado legalmente por dicho concejal, tiene como objeto social el servicio de transporte.

En el mismo sentido sostuvo que existe conflicto de intereses en los citados Acuerdos -012 y 013 de 2016-, porque el demandado es representante legal de la empresa FRUTY LACTEOS ANDINA SAS, cuyo objeto social es la producción y

---

<sup>1</sup> La demanda fue inadmitida por auto de 22 de agosto de 2017 (fl. 89-91), por cuanto también se invocó la causal de tráfico de influencias, la cual fue descartada en escrito de subsanación de la demanda.

Demandante: Omar James Puerto Medina  
Demandado: José Mauricio Buitrago  
Expediente: 15001 2333 000 2017 00602 00  
Medio de Control: Pérdida de Investidura

comercialización de leche, productos agropecuarios, actividades agrícolas y ganaderas y, no obstante el Acuerdo se ocupó de aprobar recursos del plan de inversión en el sector agrícola del Municipio de Duitama.

Concluyó que: “(...) Cuando el interés general propio de la función pública entre en conflicto con el interés particular y directo del servidor público, éste deberá declararse impedido. Todo servidor público que deba adelantar o sustanciar actuaciones administrativas, realizar investigaciones, practicar pruebas o pronunciar decisiones definitivas podrá ser recusado si no manifiesta su impedimento (...)” (fl. 5)

En el concepto de violación precisó que el hecho de que un concejal electo no cancele su registro mercantil, no informe a la mesa directiva del Concejo Municipal los objetos de sus empresas, ni se declare impedido, implica un conflicto de intereses directo.

Citó Jurisprudencia del Consejo de Estado sobre conflicto de intereses y pérdida de investidura, para concluir: “(...) Pues bien, el devenir de la jurisprudencia ha confluído en señalar que el conflicto de intereses es una situación de carácter particular del servidor en la cual ve comprometida su independencia en vista de que la decisión que debe adoptar puede beneficiarlo directamente a él o a su cónyuge o compañero/a permanente, o a alguno de sus parientes dentro del grado de consanguinidad o de afinidad o civil que establezca la ley en cada caso, o a su socio o socios de derecho o de hecho. Como corolario de lo dicho hasta aquí, puede decirse que el conflicto de intereses se presenta cuando el concejal tiene interés directo en la decisión que debe adoptar ya sea porque lo afecte a él, a alguno de sus parientes o a su socio o socios, dicha situación que lo obliga a manifestar su impedimento. Este último punto es al que se ha denominado “aspecto deontológico” para referirse al deber que le asiste al funcionario público de manifestar ante la respectiva corporación las circunstancias de índole moral o económica que pueden afectar su independencia, imparcialidad y transparencia. (...)” (fl. 25)

Respecto de la incompatibilidad del concejal José Mauricio Buitrago Rivera, sostiene el demandante que este régimen se aplica desde que fue elegido como concejal, de conformidad con el artículo 46 de la Ley 136 de 1994.

Con fundamento en lo anterior solicitó declarar la pérdida de investidura de José Mauricio Buitrago Rivera como Concejal del Municipio de Duitama (Boyacá) por estar incurso en la causal de violación del régimen de incompatibilidades.

**1.2. Trámite de la Demanda.** Analizada la demanda en sus aspectos formales, se en auto de 22 de agosto de 2017 (fl. 89-91) se resolvió devolver la solicitud de pérdida de investidura para que el demandante aclarará la causal de pérdida de investidura (artículo 55 numeral 4º Ley 136 de 1994) y aportará la dirección para notificación personal de la demanda.

En escrito radicado en este Tribunal el 31 de agosto de 2017, el demandante en causa propia corrigió la solicitud de pérdida de investidura (fl. 93-100), en ese orden de ideas y verificado el cumplimiento de lo ordenado por auto anterior, el Despacho dispuso la admisión de ese medio de control y ordenó la notificación personal del demandado por medio de auto de 13 de septiembre de 2017 (fl. 105 y vto.).

En esa ocasión, el demandante dijo que las causales que proceden son la incompatibilidad y el conflicto de intereses prevista en el numeral 2º del artículo 55 de la Ley 136 de 1994 y como causal de inhabilidad citó el artículo 40 de la Ley 734 de 2002 (fl.93-95).

Realizada la notificación personal (fl. 106-108) en los términos del Código General del Proceso, se concedió el término de tres días al demandado para que contestara la demanda –art. 9º Ley 144 de 1994-.

**1.3. Contestación de la demanda.** El Concejal José Mauricio Buitrago Rivera por intermedio de apoderado, contestó la demanda formulada en su contra (fl. 137-155), oportunidad en la que se opuso a todos los hechos y pretensiones de la demanda, manifestando que el artículo 15 del Decreto 401 de 1971, es causal directa para ser retirado de un cargo público, sin embargo, no es aplicable en el caso de concejales y menos aun cuando se trata de cargo de elección popular, por ende los concejales no son empleados públicos y no se configura la existencia del elemento de culpabilidad.

Precisó que no existe ninguna ilegalidad, en razón a que los acuerdos municipales debatidos y aprobados están conforme a la ley y al cumplimiento de las funciones previstas en el artículo 313 superior.

Resaltó que de conformidad con el artículo 48 de la ley 617 de 2000, cuando se aprueban proyectos de interés general que benefician a la comunidad, no existe violación al régimen de incompatibilidades ni conflicto de intereses. Concluyó que no procede la pérdida de investidura solicitada.

Propuso como excepciones:

- *Inexistencia y carencia de los motivos invocados y legalidad de la actuación, teniendo en cuenta que los concejales no son empleados públicos y por ende no están sujetos al artículo 15 del Decreto 471 de 1971.*
- *Incoherencia entre lo afirmado por el accionante y lo consagrado en la ley y falta de fundamentación e inexistencia de la causal invocada, en razón a que el hecho de ser concejal y comerciante no es óbice para declararse impedido en la aprobación del plan de desarrollo, plan de inversión, Acuerdos 012 y 013 de 2016, debido a que el objeto social de sus empresas tendrían un interés directo con la aprobación de dichos acuerdos.*

## **II. Audiencia.**

*El 10 de octubre de 2017, fue celebrada la audiencia que trata el artículo 11 de la Ley 144 de 1994 con la presencia de la Sala Plena del Tribunal Administrativo de Boyacá, la cual quedó registrada en el CD obrante a folio 288. La parte demandada y el Ministerio Público, partes que asistieron a la audiencia, alegaron de conclusión, en síntesis así:*

**El Ministerio Público.** *El Agente del Ministerio Público en su intervención, solicitó negar las suplicas de la demanda, habida cuenta que analizada la demanda no se precisan las causales de la pérdida de inversión que dan lugar a la solicitud de pérdida de inversión; que fueron invocadas las causales contenidas en los artículos 55 y 70 de la Ley 136 de 1994, sin que logren ser demostradas.*

*Agregó que en ninguna norma prohíbe al concejal ejercer el comercio, es decir no existe incompatibilidad ni conflicto de intereses, bajo una interpretación restrictiva de la norma.*

*Que en los Acuerdos 012 y 013 de 2016, no se observa que exista un interés directo del concejal demandado; que ellos desarrollan normas generales, que orientan la gestión administrativa de las autoridades municipales.*

**La parte demandada.** *En la intervención el apoderado del demandado ratificó los argumentos de defensa esgrimidos en la contestación de la demanda sobre las causales de incompatibilidad y conflicto de intereses.*

*Reseñó que las empresas "Buitrago Rivera" y "Frutilacteos Andina S.A.S" no se encuentran habilitadas para realizar su objeto social, sin que ello se logre con el*

certificado de Cámara de Comercio; que los concejales no son servidores públicos y por ello no son sujetos del régimen de incompatibilidades; que de conformidad con el artículo 313 de la Constitución Política, no existió interés directo en la aprobación de los Acuerdos Municipales 012 y 013 de 2016.

### III. CONSIDERACIONES

#### - De la Competencia

Esta Corporación, es competente para conocer en primera instancia de las acciones de pérdida de investidura contra los concejales, de conformidad con el parágrafo 2º artículo 48 de la Ley 617 de 2000, que derogó el artículo 55 de la Ley 136 de 1994.

Igualmente, de conformidad con la sentencia C-247 del 1 de junio de 1995, el conocimiento del proceso corresponde a la Sala Plena del Tribunal Contencioso Administrativo de Boyacá en ejercicio de su función jurisdiccional.

Corresponde al Tribunal decidir la solicitud de pérdida de investidura del Concejal José Mauricio Buitrago Rivera quien, según la demanda, incurrió en causal de pérdida de investidura –inhabilidad y conflicto de intereses- por dos motivos fundamentales: (i) no haber adelantado el trámite que prevé el artículo 15 del Decreto 410 de 1971 (Código de Comercio), en tanto el demandante considera que el cargo de concejal no puede ejercerse por un comerciante y (ii) haber participado en la deliberación y votación de los Acuerdos 012 y 013 de 2016 en los que, por la actividad de comerciante que ejerce, tenía interés directo.

#### - De la Naturaleza de la Acción de Pérdida de Investidura.

La Corte Constitucional al referirse a la naturaleza de esta acción especial, señaló:

*“...la pérdida de investidura tiene carácter sancionatorio. En cuanto comporta el ejercicio del **ius puniendi estatal**, esta institución está sujeta, de forma general, a los principios que gobiernan el debido proceso en materia penal, con las especiales modulaciones necesarias para el cumplimiento de los fines constitucionales. Esas modulaciones encuentran fundamento en las características propias de la institución, particularmente, en la gravedad de la sanción que se origina en la incursión en un conjunto muy variado de infracciones y la brevedad del término con el que cuenta el Consejo de Estado para emitir la decisión. Entonces, no se trata de un castigo cualquiera sino de uno excepcional, por esa razón, requiere de la plena observancia de las garantías y requisitos constitucionales del debido proceso dispuesto en el artículo 29 de la Constitución<sup>2</sup> ...”<sup>3</sup>.*

<sup>2</sup> Sentencia C-247 de 1995.

<sup>3</sup> Corte Constitucional. Sentencia SU-399 de 2012. MP. Humberto Antonio Sierra Porto.

En cuanto a la naturaleza de esta acción, cuando se trata de diputados o concejales, al respecto sostuvo:

***“5. Algunas reflexiones sobre el proceso y la sanción de pérdida de investidura.***

(...)

*También ha señalado que debido a su carácter sancionador el proceso de pérdida de la investidura “debe surtirse con el pleno respeto y acatamiento de las instituciones que conforman la garantía del debido proceso y del derecho de defensa de las personas sujetas a investigación, pues según lo prescribe el artículo 29 superior, nadie podrá ser juzgado sino conforme a leyes preexistentes al acto que se le imputa, ante juez o tribunal competente y con observancia de la plenitud de las formas propias de cada juicio”<sup>4</sup>.*

*Se ha reconocido igualmente que esta institución cumple diversas funciones dentro del orden constitucional vigente. Por un lado, es la herramienta mediante la cual el Constituyente buscó asegurar el cumplimiento del código ético de conducta de los miembros de las corporaciones de elección popular<sup>5</sup>, pero también debido a que se hace efectiva mediante una acción cuya titularidad es pública, se ha entendido que se trata del ejercicio de un derecho político y por lo tanto constituye uno de los mecanismos de la democracia participativa, en virtud del cual los ciudadanos pueden efectuar un control sobre los miembros de las corporaciones públicas representativas de acuerdo con precisas causales de raigambre constitucional y legal, encaminadas todas, a preservar la integridad de la función de representación política que les ha sido encomendada.<sup>6</sup>*

*Ahora bien, debido a su índole sancionadora, la cual lleva aparejada una severa restricción de los derechos políticos, la pérdida de investidura está, como antes se dijo, sujeta a las garantías previstas para este tipo de procesos, entre las cuales se encuentra la tipicidad de las faltas y la prohibición de la analogía y de las interpretaciones extensivas. (...)”*  
(Subraya y negrilla fuera del texto) .

<sup>4</sup> Sentencias C-319 de 1994, C-247 de 1995, C-280 de 1996. En la última sentencia reseñada, la Corte declaró inexecutable el inciso segundo del numeral 2 del artículo 66 del anterior Código Disciplinario Único –Ley 200/95, por medio del cual el legislador otorgaba competencia al Procurador General de la Nación para adelantar investigaciones que culminaran con la sanción de pérdida de la investidura, de competencia del Consejo de Estado. Para la Corte, ese inciso violaba la Carta, pues, “en relación con los congresistas, la pérdida de investidura es un proceso jurisdiccional disciplinario autónomo de competencia exclusiva del Consejo de Estado, por lo cual no es supeditable a ningún tipo de pronunciamiento, tal y como la Corte lo ha señalado –Sent. C-037/96. La investigación no puede entonces ser atribuida al Procurador, pues se estaría afectando la competencia investigativa y decisoria autónoma del supremo tribunal de lo contencioso administrativo. En estos casos, la labor del Procurador es la de emitir los correspondientes conceptos (CP art. 278 ord. 2º), pues en relación con la pérdida de investidura, los congresistas gozan de fuero especial”.

<sup>5</sup> Así fue considerado en el seno de la Asamblea Nacional Constituyente desde las primeras versiones que se propusieron de esta figura. En la exposición de motivos de la ponencia para primer debate se dijo, “Fue unánime la Comisión en considerar que el régimen de inhabilidades, incompatibilidades y conflicto de interés quedaría incompleto y sería inane si no se estableciera la condigna sanción. (...)Ponencia sobre la rama legislativa del poder público, presentada por lo delegatarios Álvaro Echeverri Uruburu, Hernando Yepes Arcila, Alfonso Palacio Rudas, Luis Guillermo Nieto Roa, Arturo Mejía Borda. Gaceta Constitucional N°79, página 17.

<sup>6</sup> Corte Constitucional Sentencia SU-- 1159 de 2003.

<sup>7</sup> Corte Constitucional. Sentencia T-935 de 2009. MP. Humberto Antonio Sierra Porto.

**- De los requisitos de la Solicitud de Pérdida de Investidura.**

Uno de los requisitos de la pérdida de investidura es la invocación de la causal por la cual se solicita la pérdida de investidura y su debida explicación. Exigencia que adquiere sentido especial en tanto, como se ha reseñado, hacen parte de su aplicación, los principios del debido proceso en materia penal lo cual exige que la conducta endilgada **se encuentre tipificada** en el ordenamiento legal previamente y que tal imputación se haga al demandado de forma precisa. Precisó el Consejo de Estado:

*“...La revisión de la demanda presentada dentro de este asunto permite a la Sala concluir que ella cumple con los mencionados requisitos que, valga aclarar, no requieren de mayores formalidades ni rigorismos procesales, dada la estirpe constitucional y la naturaleza pública de la acción de pérdida de investidura, cuyo fin es juzgar la conducta del congresista, en orden a establecer si con ella ha dado lugar a la configuración de cualquiera de las causales constitucionalmente previstas para despojarlo de su investidura de parlamentario. Es por ello, precisamente, que **la única exigencia que reviste cierta complejidad, en razón de la gran trascendencia que tiene dentro de la solicitud, es la de indicar la causal por la cual se solicita la pérdida de la investidura y explicarla debidamente, con el fin de garantizar, de un lado, el derecho de defensa del demandado...**”<sup>8</sup> Resaltado fuera de texto.*

Y, en cuanto a los alcances de interpretativos de la demanda de investidura, también ha señalado el Consejo de Estado en sentencia reciente:

*“4.3. ¿La hipótesis fáctica que sustenta el cargo formulado por el demandante se adecuaba a la situación del demandado? (caso concreto)  
(...)”*

*Se reitera entonces que el demandante solicitó la pérdida de investidura del demandado con fundamento en una causal de incompatibilidad creada por el legislador para regular el desempeño de funciones públicas en las entidades territoriales...*

*Conforme a todo lo expuesto anteriormente, la Sala advierte que en atención a la reserva constitucional de las causales de pérdida de investidura de los congresistas, no es válido hacer extensiva al demandado la causal de incompatibilidad establecida en los artículos 31 numeral 7 y 32 de la Ley 617 de 2000, pues de hacerlo, en clara violación del principio de supremacía constitucional y desconociendo el precedente jurisprudencial de la Corte Constitucional sobre el tema, se presentaría una grave y protuberante violación del derecho fundamental a participar en la conformación, ejercicio y control del poder político establecido en el artículo 40 de la Constitución, del cual es titular el señor ...*

*Así las cosas, la causal de incompatibilidad que sirvió de fundamento a las pretensiones de la demanda, y que al mismo tiempo es un motivo de inhabilidad para acceder al cargo de Congresista, **no resulta aplicable al aquí demandado** en virtud de las siguientes razones: i) las causales de*

<sup>8</sup> SALA PLENA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, Consejera ponente: CARMEN TERESA ORTIZ DE RODRIGUEZ, sentencia de 24 de octubre de 2011, Radicación número: 11001-03-15-000-2010-01228-00(PI)

*pérdida de inversión de los Congresistas gozan de reserva constitucional, por tanto, está vedado establecer limitaciones más graves a los derechos civiles y políticos de los ciudadanos; ii) el legislador en el ejercicio de sus funciones está supeditado a la observancia del principio de supremacía de la Constitución, por ende, no puede contrariar ni modificar sus postulados; iii) las disposiciones que consagran limitaciones a derechos fundamentales solo son susceptibles de interpretaciones restrictivas; por lo tanto, no admiten interpretaciones analógicas; y iv) cuando la propia Constitución establece un límite a un derecho fundamental y se reserva tal prerrogativa, cierra la posibilidad para que la ley, en su ámbito de competencia, pueda ser más restrictiva en esa materia...”<sup>9</sup> (Subraya y negrilla fuera del texto).*

#### **- Del Caso Concreto.**

##### **- Primer cargo – inhabilidad para el ejercicio del comercio**

Según los cargos de la solicitud de pérdida de inversión y su subsanación, el demandado, incurrió en desconocimiento del artículo 15 del Código de Comercio, pues ostentaba la calidad de comerciante y no lo informó a la respectiva Cámara de Comercio. Prevé la norma citada:

*ARTÍCULO 15. INHABILIDADES SOBREVINIENTES POR POSESIÓN EN UN CARGO - COMUNICACIÓN A LA CÁMARA DE COMERCIO. El comerciante que tome posesión de un cargo que inhabilite para el ejercicio del comercio, lo comunicará a la respectiva cámara mediante copia de acta o diligencia de posesión, o certificado del funcionario ante quien se cumplió la diligencia, dentro de los diez días siguientes a la fecha de la misma.*

*El posesionado acreditará el cumplimiento de esta obligación, dentro de los veinte días siguientes a la posesión, ante el funcionario que le hizo el nombramiento, mediante certificado de la cámara de comercio, so pena de perder el cargo o empleo respectivo.*

La Corte Constitucional ha indicado que las inhabilidades son “aquellas circunstancias creadas por la Constitución o la ley que impiden o imposibilitan que una persona sea elegida, o designada para un cargo público (...) y tienen como objetivo primordial lograr la moralización, idoneidad, probidad, imparcialidad y eficacia de quienes van a ingresar o ya están desempeñando empleos públicos”<sup>10</sup> (Subrayado fuera de texto), y que las mismas pueden tener naturaleza sancionatoria, en materia penal, contravencional, disciplinaria, correccional y de punición por indignidad política; en los demás casos no tienen dicha naturaleza<sup>11</sup>.

<sup>9</sup> Consejo de Estado. Sala Plena de lo Contencioso Administrativo. CP: Jaime Orlando Santosimio Gamboa. 22 de enero de 2013. Radicación: 11-001-03-15-000-2011-01312-00 (P1) Actor: Iván Rafael Acosta Guillen. Demandado: Eduardo José Castañeda Murillo. Asunto: Acción de Pérdida de Inversión

<sup>10</sup> Sentencia C-558 de 1994, M.P. Carlos Gaviria Díaz.

<sup>11</sup> C-348 de 2004, M. P. Jaime Córdoba Triviño.

Demandante: Omar James Puerto Medina  
Demandado: José Mauricio Buitrago  
Expediente: 15001 2333 000 2017 00602 00  
Medio de Control: Pérdida de Investidura

De igual modo, ha manifestado que **las incompatibilidades** consisten en “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 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”<sup>12</sup>.

Según el libelo la actividad de comerciante no podía ejercerse simultáneamente con las labores de concejal de la ciudad de Duitama. Se está entonces ante un cargo de incompatibilidad, aunque la norma del código de comercio titule esta como una causal de inhabilidad.

Conforme a la jurisprudencia, la causal de incompatibilidad debe ser taxativa. El artículo 45 de la Ley 136 de 1994 establece como tales para los concejales:

**Artículo 45º.- Incompatibilidades.** Los concejales no podrán:

1. Aceptar o desempeñar cargo alguno en la administración pública, ni vincularse como trabajador oficial o contratista, so pena de perder la investidura.<sup>13</sup>
2. Ser apoderado antes 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.
3. Ser miembros de juntas o consejos directivos de los sectores central o descentralizado del respectivo municipio, o de instituciones que administren tributos procedentes del mismo.
4. 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.
- 5.<sup>14</sup> Ser representantes legales, miembros de juntas o consejos directivos, auditores o revisores fiscales, empleados o contratistas de empresas que presten servicios públicos domiciliarios o de seguridad social en el respectivo municipio.<sup>15</sup>

<sup>12</sup> Sentencia C-181 de 1997, M.P. Fabio Morón Díaz.

<sup>13</sup> Modificado Artículo 3 Ley 177 de 1994, Declarada EXEQUIBLE Sentencia C 194 de 1995, Sentencia C 231 de 1995, Sentencia C 232 de 1995 Corte Constitucional.

<sup>14</sup> Adicionado por el art. 41, Ley 617 de 2000.

<sup>15</sup> Texto subrayado declarado EXEQUIBLE por la Corte Constitucional mediante Sentencia C-179 de 2005

Demandante: Omar James Puerto Medina  
Demandado: José Mauricio Buitrago  
Expediente: 15001 2333 000 2017 00602 00  
Medio de Control: Pérdida de Inversión

***Parágrafo 1º.-** Se exceptúa del régimen de incompatibilidades el ejercicio de la cátedra "universitaria". Subrayado "universitaria" declarado INEXEQUIBLE. Sentencia C 231 de 1995 Corte Constitucional.*

***Parágrafo 2º.-** El funcionario público municipal que nombre a un concejal para un empleo o cargo público o celebre con él un contrato o acepte que actúe como gestor en nombre propio o de terceros, en contravención a lo dispuesto en el presente artículo, incurrirá en causal de mala conducta.*

De acuerdo a lo anterior, la Sala encuentra que para desempeñarse como Concejal, no se encuentra prevista de manera taxativa la incompatibilidad que refiere el demandante y, tal como lo sostiene la jurisprudencia arriba mencionada y lo reclama el Ministerio Público al interior de este proceso, estas circunstancias son de interpretación restrictiva, dadas las consecuencias que ello acarrea, es decir, está prohibida la aplicación por interpretación extensiva del código de comercio. Pero, aún más, y para dar contundencia a esta conclusión, si la norma que regula la incompatibilidad no contiene ninguna dirigida a prohibir el ejercicio simultáneo del comercio y de la actividad como comerciante, mal podría siquiera considerarse que el demandado estaba en el deber de enviar comunicación alguna a la Cámara de Comercio en tanto la norma parte de un supuesto como es que la toma de posesión del cargo implique tal inhabilitación y, como en el caso de los miembros de los Concejos Municipales, ello no está previsto, consecuentemente, tal trámite no es exigible.

**- Del segundo cargo – conflicto de intereses.**

El cargo se fundamenta en que el concejal de Duitama José Mauricio Buitrago Rivera ostentando la calidad de comerciante, intervino en los debates y votaciones que dieron lugar a la expedición de los Acuerdos Nos. 012 y 013 de 2016, proferidos por el Concejo Municipal de Duitama para lo cual, en criterio del demandante, debió declararse impedido pues tenía interés directo en las materias que allí se trataban, dada su calidad de comerciante, en especial con las actividades de transporte y agrícolas de las empresas de las cuales es parte.

La jurisprudencia del Consejo de Estado, que en relación con el conflicto de intereses, ha dicho:

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

Demandante: Omar James Puerto Medina  
Demandado: José Mauricio Buitrago  
Expediente: 15001 2333 000 2017 00602 00  
Medio de Control: Pérdida de Inversión

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

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

*Cabe resaltar que este argumento fue recogido en el artículo 48 de la Ley 617 de 2000, a cuyo tenor: "I.... **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**"<sup>16</sup>. –Negrilla fuera del texto–.*

Entonces, para que se estructure esta causal debe mediar un interés directo, particular y concreto del concejal, y cuando las determinaciones afectan o benefician al concejal **en igualdad de condiciones** que el resto de la comunidad, no puede considerarse conflicto de intereses.

Acuerdo No. 012 de 24 de mayo de 2016 (fls. 46-48) "Por medio del cual se modifica el Acuerdo No. 041 del 29 de diciembre de 2008 "Por medio del cual se establece el Estatuto Tributario del Municipio de Duitama"<sup>17</sup>, tanto en sus motivaciones como en su articulado, establece las **tarifas** de especies venales o trámites ante la Oficina de Tránsito.

Acuerdo No. 013 de 10 de junio de 2016 "Por El Cual Se Adopta El Plan De Desarrollo Del Municipio De Duitama Para El Período 2016 – 2019 "La Duitama Que Soñamos" "Para Que La Perla De Boyacá Vuelva A Brillar" no fue aportado al plenario, no obstante consultado en la web<sup>18</sup> establece en sus 21 artículos el Plan de Desarrollo para el Municipio de Duitama, con la inclusión de estudios técnicos por sector.

Así entonces, es claro que los acuerdos contienen reglas generales que se aplican en igualdad de condiciones para todo el conglomerado, son normas generales e

<sup>16</sup> **CONSEJO DE ESTADO**. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Primera. Consejero ponente: Marco Antonio Velilla Moreno. Sentencia de 5 de febrero de 2009. Radicación número: 05001-23-31-000-2008-00937-01(P1). Actor: Carlos Mario Lopera Pérez. Demandado: Sergio de Jesús Londoño Martínez. Referencia: Apelación Sentencia.

<sup>17</sup> <http://www.concejomunicipaldeduitama.gov.co/content/acuerdo-no-012-de-2016>

<sup>18</sup> <http://www.concejomunicipaldeduitama.gov.co/content/acuerdo-no-013-de-2016> y en <http://www.semduitama.gov.co/proyectos/PLAN%20DE%20DESARROLLO%20ACUERDO%20013.pdf>

Demandante: Omar James Puerto Medina  
Demandado: José Mauricio Buitrago  
Expediente: 15001 2333 000 2017 00602 00  
Medio de Control: Pérdida de Inversión

impersonales. Aceptar entonces el planteamiento del demandante, sería tan desacertado como afirmar que los concejales que tuviesen un vehículo o que vivieran en el municipio, estarían en conflicto de intereses para decidir en estas materias, ello pues, vaciaría el ejercicio de la función a su cargo.

Además, revisada la demanda y su corrección no encuentra **en concreto una acusación** que formule el demandante en relación con el interés en particular que tendría el concejal frente a la adopción de los Acuerdos, se limita a señalar que éste no debió participar del debate y votación en tanto estaban relacionados con la actividad comercial de transporte, hacienda y agrícola.

Ahora la Ley 136 de 1994, prevé:

*“Artículo 70.- Conflicto de interés. Cuando para los concejales exista interés directo en la decisión porque le afecte de alguna manera, o a su cónyuge o compañero o compañera permanente, o a alguno de sus parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad o primero civil, o a su socio o socios de derecho o de hecho, deberá declararse impedido de participar en los debates o votaciones respectivas. Los concejales llevarán un registro de intereses privados en el cual los concejales consignarán la información relacionada con su actividad económica privada. Dicho registro será de público conocimiento. Cualquier ciudadano que tenga conocimiento de una causal de impedimento de algún concejal, que no se haya comunicado a la respectiva corporación, podrá recusarlo ante ella.” -Negrilla fuera del original-*

En el caso bajo estudio, con la demanda se aportaron los siguientes documentos:

- Certificados de Matricula Mercantil No. 00029916 del 20 de octubre de 1999, a nombre de José Mauricio Buitrago Rivera, renovada el 30 de marzo de 2016, con actividad 7490 otras actividades profesionales, científicas y técnicas (fl. 50 y vto.)
- Certificado de Existencia y Representación Legal de Fruty Lacteos Andina SAS Matricula Mercantil No. 00073201 de 18 de octubre de 2013, renovada en marzo de **2014 por ese año** (fls. 51-52 vto.) en la cual figura como representante legal el señor José Mauricio Buitrago Rivera.
- Certificado de Existencia y Representación Legal de la compañía Inversiones Buitrago Rivera & Cia. S. en C. (fls. 68-69 vto.), con matricula mercantil No. 00039046 de 10 de octubre de 2003, renovada en marzo de 2016, y en la cual figura como socio comunitario el señor José Mauricio Buitrago Rivera,

con el objeto comercial “b) servicio de transporte terrestre, de carga y pasajeros” (fl. 68 vto.).

Conforme a lo anterior y en aplicación del artículo 13 del Código de Comercio<sup>19</sup>, se presume la calidad de comerciante del señor José Mauricio Buitrago Rivera en cuanto a su registro como persona natural y las actividades de la empresa Inversiones Buitrago Rivera & Cia. S. en C., no así en relación con **Fruty Lacteos Andina SAS** en razón a que **la matrícula no se encontraba vigente para el momento de discusión y aprobación de los Acuerdos.**

La presunción anotada admite prueba en contrario, es decir, puede aparecer la inscripción en Cámara de Comercio y sin embargo, no ejercer las actividades comerciales.

En estas condiciones, conforme a la documental aportada por el demandado se tiene lo siguiente:

- Certificación expedida por la Contadora Gladys Maritza Álvarez Salamanca, en la cual se indicó que el señor José Mauricio Buitrago Rivera **no ha obtenido ingresos por las actividades relacionadas con el servicio público de pasajeros ni transporte de carga** (fl. 157).
- Certificación por el Contador de la Sociedad Inversiones Buitrago Rivera y Cia. C. en C. en la cual se señaló que Esa sociedad **no ha percibido ingresos por transporte de pasajeros o carga**, y que su actividad principal es la de arrendamientos de inmuebles (fl. 165).

Así mismo, fueron allegadas al proceso las siguientes pruebas:

- Oficio Radicado MT No. 20174150018481 de 13 de octubre de 2017 (fl. 184), en el cual el Director Territorial de Boyacá del Ministerio de Transporte, señaló que la empresa Inversiones Buitrago Rivera & Cia. S. en C. con Nit 826003564-2 “...no figura como empresa habilitada para la prestación del servicio

<sup>19</sup> El Código de Comercio, establece una presunción, sobre quienes poseen la calidad de comerciante, así:

“ARTÍCULO 13. <PRESUNCIÓN DE ESTAR EJERCIENDO EL COMERCIO>. Para todos los efectos legales se presume que una persona ejerce el comercio en los siguientes casos:

- 1) Cuando se halle inscrita en el registro mercantil;
- 2) Cuando tenga establecimiento de comercio abierto, y
- 3) Cuando se anuncie al público como comerciante por cualquier medio.”

Demandante: Omar James Puerto Medina  
Demandado: José Mauricio Buitrago  
Expediente: 15001 2333 000 2017 00602 00  
Medio de Control: Pérdida de Inversión

*público de transporte terrestre automotor de pasajeros por carretera a nivel nacional, departamental o municipal”.*

- Oficio STT-1060.41-695-2017 de 18 de octubre de 2017 (fl. 290) expedido por la Secretaría de Tránsito y Transporte de Duitama, en la cual se señaló que Empresa Buitrago Rivera & Cia. S. en C. **no registra habilitación** en la plataforma de esa Secretaría para la prestación del servicio público de pasajeros o de carga municipal.

En relación con las actividades que ejerza el señor José Mauricio Buitrago Rivera por el **registro mercantil como comerciante**, nada dijo la demanda respecto a conflicto de intereses, en efecto, el interés directo se construyó a partir de actividades vinculadas al **transporte público de pasajeros y de carga y a las actividades agrícolas**. Huelga entonces estudiar alguno al aspecto.

En cuanto a las acusaciones relacionadas con la empresa Fruty Lácteos Andina SAS, como se dijo, la matrícula mercantil de esa Sociedad no se encontraba vigente para el momento en que fueron discutidos y aprobados los acuerdos No. 012 y 013 de 2016, no existe pues razón para pronunciarse sobre actividad comercial con interés directo en las materias tratadas por los acuerdos y no se encuentra necesaria la manifestación de impedimento.

Y, en cuanto a la actividad de la Empresa Buitrago Rivera & Cia. S. en C., relacionada con transporte público de pasajeros y de carga, se dirá que conforme a las pruebas obrantes en el expediente, la sociedad **no está habilitada para ejercer dicha actividad** en el territorio nacional, departamental o municipal, a pesar de estar inscrita para ello en el registro mercantil; y según dan cuenta las pruebas, para el momento del debate y suscripción de los Acuerdos 012 y 013 de 2016 la empresa no estaba habilitada para prestar ese servicio, a lo cual se agregará, como ya se indicó que, si posteriormente se realizara tal actividad, ello no constituiría conflicto de intereses dado que el acto administrativo expidió una reglamentación con alcance general.

Por lo expuesto, el Tribunal Contencioso Administrativo de Boyacá, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

Demandante: Omar James Puerto Medina  
Demandado: José Mauricio Buitrago  
Expediente: 15001 2333 000 2017 00602 00  
Medio de Control: Pérdida de Investidura

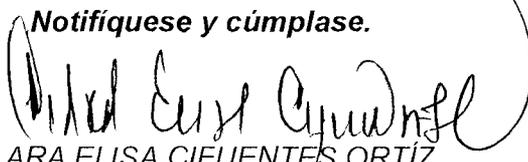
**FALLA:**

**Negar** la pérdida de investidura del Concejal Jose Mauricio Buitrago Rivera solicitada por Omar James Puerto Medina.

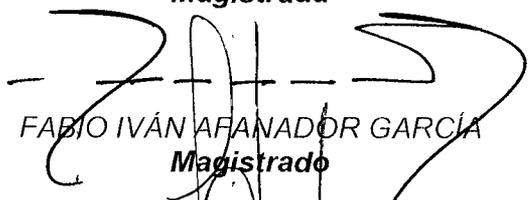
En firme esta providencia archívese el expediente.

Esta providencia fue estudiada y aprobada en Sala Plena según consta en acta de la misma fecha.

**Notifíquese y cúmplase.**

  
CLARA ELISA CIFUENTES ORTÍZ

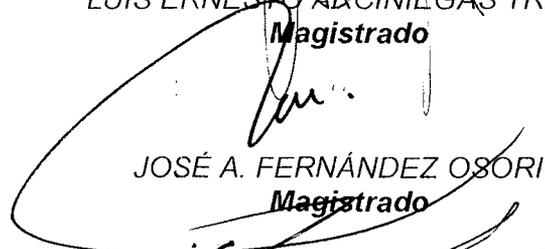
**Magistrada**

  
FABIO IVÁN AFANADOR GARCÍA

**Magistrado**

  
LUÍS ERNESTO ARCINIEGAS TRIANA

**Magistrado**

  
JOSÉ A. FERNÁNDEZ OSORIO

**Magistrado**

  
OSCAR ALFONSO GRANADOS NARANJO

**Magistrado**

  
FELIX ALBERTO RODRÍGUEZ RIVEROS

**Magistrado**

**HOJA DE FIRMAS**

*Demandante: Omar James Puerto Medina,  
Demandado: Jose Mauricio Buitrago Rivera  
Expediente: 15001 2333 000 2013 00650 00  
Acción: Pérdida de Investidura*