

CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCIÓN PRIMERA

Bogotá, D.C., diez (10) de septiembre de dos mil nueve (2009)

Consejera Ponente: MARTHA SOFÍA SANZ TOBÓN

Ref: Exp. No. 630012331000 2009 00071 - 01

PÉRDIDA DE INVESTIDURA DE CONCEJAL

Actor: NÉSTOR FABIÁN HERRERA FERNÁNDEZ

Demandado: JOHN FREDY TAMAYO RESTREPO

Procede la Sala a decidir el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada contra la sentencia de fecha 4 de mayo de 2009 proferida por el Tribunal Administrativo del Quindío, por medio de la cual se decreta la pérdida de investidura de Concejal del municipio Armenia al señor John Fredy Tamayo Restrepo.

I. ANTECEDENTES

El actor, el tipo de acción y las pretensiones de la demanda.

El señor Néstor Fabián Herrera Fernández, en ejercicio de la acción contemplada en la Ley 617 de 2000, solicitó al Tribunal Administrativo del Quindío, decretar la pérdida de la investidura de Concejal del municipio de Armenia al señor John Fredy Tamayo Restrepo.

Señaló que el demandado fue elegido concejal para el periodo constitucional 2008-2011 y que actualmente ejerce como tal.

Relató que en el año 2008 el concejo debatió y aprobó el Acuerdo Municipal N° 082, actual Estatuto Tributario de Armenia; que en este debate se declararon impedidos por considerar que tenían algún conflicto de intereses con los temas debatidos, los concejales Aydee Lizarazo Cubillos, Oscar Tabares, Juan Carlos Patiño y Sandra Milena Manrique Solarte.

Que para el momento de discutirse el Acuerdo Municipal N° 082 el demandado era propietario del establecimiento de comercio MOTEL PARADISE y sus padres de los establecimientos de comercio MOTEL LA FINQUITA y MOTEL REFUGIO DE AMOR, entre otros establecimientos comerciales y propiedades.

Manifestó que con motivo del estudio del mencionado acuerdo se debatieron temas que tributariamente afectaban o beneficiaban a todos los establecimientos de comercio que funcionan en la localidad de Armenia; que por lo tanto el concejal debió asumir el mismo ejemplo de sus colegas y no haber discutido ni votado algunos de sus apartes, porque se beneficiaba directa o indirectamente en asuntos tributarios que se relacionaban con los actuales establecimientos de comercio y demás propiedades que tanto él como su familia poseen.

Consideró que por lo anterior el concejal demandado incurrió en causal de pérdida de investidura por violación al régimen de conflicto de intereses consagrado en el artículo 55 de la Ley 136 de 1994, en concordancia con el artículo 70 ídem y en el artículo 48 de la Ley 617 de 2000.

Transcribió apartes de sentencias proferidas por el Consejo de Estado que se relacionan con el conflicto de intereses.

Contestación de la demanda

Mediante apoderado el concejal cuestionado contestó la demanda y se opuso a las pretensiones. Argumentó que el Acuerdo N° 082 de 2008 contempló reformas al Estatuto Tributario de Armenia de carácter general y que no modificó la tarifa de los moteles; que el demandante no aporta prueba alguna que indique ni siquiera un asomo de interés individual o familiar.

Que las normas tributarias están dirigidas a la comunidad en general y no a unas personas o establecimientos de comercio en particular y que por lo tanto no le asistía el deber de declararse impedido para discutir y votar la normatividad relacionada con el impuesto de industria y comercio contenida en el Proyecto de Acuerdo N° 037 de 2008, que culminó con la expedición del Acuerdo N° 082 de 2008 por medio del cual se modificó el Estatuto Tributario de la ciudad de Armenia presentado a iniciativa del ejecutivo en cabeza de la señora alcaldesa del municipio; que el supuesto interés general, le asiste no solo a los demás propietarios de moteles, sino también a los propietarios de hoteles, pensiones, alojamientos, residencias, hospedajes, hostales, hosterías y amoblados que funcionan en ese municipio.

Reiteró que la rebaja de tarifa del impuesto de industria y comercio fijada en el proyecto presentado por la alcaldesa para los moteles, no fue aprobada y que en todo caso si lo hubiera sido habría favorecido a las personas dedicada a la misma actividad comercial.

Citó apartes de la jurisprudencia de esta Corporación relacionada con el conflicto de intereses y resalta que ésta ha negado la solicitud de pérdida de investidura en casos similares considerando que proyectos como el de la reforma tributaria pueden afectar de alguna manera a todos los congresistas, pero que si esa incidencia natural de las leyes elaboradas y dictadas por ellos mismos pudiera calificarse como causal de impedimento y, lo que es más grave, como causal de pérdida de investidura, la labor parlamentaria resultaría imposible.

Propone las excepciones de falta de prueba de la causal y de inexistencia del conflicto de intereses esgrimido por el actor.

Audiencia Pública

El 21 de abril de 2009 se llevó a cabo la audiencia pública consagrada en el artículo 10 de la Ley 144 de 1994; en ella intervinieron el demandante, el demandado y su apoderado y el Procurador 13 Judicial (II) Administrativo.

La parte demandante manifestó que reitera los argumentos de la demanda.

El señor Agente del Ministerio Público una vez transcribió algunos fallos de esta Corporación, solicitó denegar las pretensiones de la demanda por no estar demostrada la causal de pérdida de investidura endilgada por el actor, esto es, que haya actuado en interés propio o el de su familia y que por el contrario actuó en procura del interés general, lo cual se deduce del artículo 11 del Acuerdo 082 de 2008, que se refiere a los tributos vigentes en el municipio de Armenia, como son: 10 clases de impuestos, 3 de sobretasas, participación en la plusvalía, contribución de valorización y otros ingresos.

Concluyó que esta gama de impuestos de que trata el acuerdo exigiría que la gran mayoría o todos los concejales se hubiesen declarado impedidos porque cualquiera de ellos, su familia, su cónyuge, podrían tener un inmueble gravado con impuesto predial unificado, un vehículo que resultase afectado por la sobretasa a la gasolina o fueran propietarios de un establecimiento de comercio; que por lo tanto sí se trata de una situación en la que el concejal actuó en interés general y que no está demostrado que éste hubiera actuado en interés propio o de su familia, mas aún teniendo en cuenta que el Acuerdo 082 de 2008 conservó para los moteles y amoblados la misma tarifa tributaria que tenía.

La parte demandada insistió en que el acuerdo relacionado con los impuestos es impersonal, general y abstracto, nunca se surtieron efectos individuales, directos, patrimoniales en su favor o en el de alguno de sus parientes y que su intervención estuvo enmarcada dentro del principio de la buena fe, toda vez que los recaudos que se obtuvieron con la aprobación del acuerdo contribuyen al mejoramiento de la vida de los habitantes del municipio.

Mencionó que su principal actividad económica y la de su familia se enmarca en la actividad comercial desde hace aproximadamente 30 años, siempre acatando las normas pertinentes, entre ellas las obligaciones tributarias nacionales y locales y que además su actividad genera empleo directo en el municipio.

Que se debatieron temas que tributariamente afectaban o beneficiaban a todos los establecimientos de comercio, ya sea con exenciones, disminuciones o aumento en la respectiva tarifa; anotó que la iniciativa presentada por el Ejecutivo pretendía rebajar la tarifa del impuesto de industria y comercio, entre otros a los moteles, pero que la iniciativa no fue acogida y se mantuvo la señalada en el estatuto tributario anterior.

II. FALLO RECURRIDO

El Tribunal Administrativo del Quindío decretó la pérdida de investidura del concejal acusado.

Se refirió a apartes jurisprudenciales que dejan sentado como requisito para que se configure la violación al régimen de conflicto de interés, el aprovechamiento de la investidura para procurar la aprobación de un determinado proyecto, para concluir que el argumento del demandado y del agente del Ministerio Público no son válidos, puesto que no es equiparable participar en debate y votación de impuestos tales como el predial y el de la sobretasa a la gasolina, comoquiera que éstos afectan al común de la población, lo que, en ninguna forma, puede afirmarse de quienes poseen moteles, hoteles o amoblados a quienes en forma particular afecta cualquier modificación tributaria que al respecto se realice.

Consideró que es cierto que el nuevo estatuto tributario en nada varió el monto de exención que traía en anterior, que dicha reducción tributaria no fue propuesta por el concejal hoy demandado, pero que sin embargo, ninguna de estas situaciones exoneran al demandado de la trasgresión de la norma, porque participó en los debates que terminaron con la aprobación del proyecto que en todo caso afectaba, entre otros establecimientos comerciales, a los propietarios de moteles, como es el caso del concejal y de sus padres, lo cual se encuentra probado.

Concluyó que el concejal demandado al haber participado en los debates y votación del Estatuto Tributario, específicamente del articulado que hizo exención de impuestos a los establecimientos de comercio tales como hoteles, moteles y amoblados, quedó inmerso en la casual de pérdida de investidura por conflicto de intereses, como quiera que su actuar, lejos de beneficiar a la colectividad en general demuestra un interés particular y concreto del gremio hotelero del cual hacen parte tanto él como sus señores padres, en sus calidades de propietarios de 3 establecimientos de comercio, por lo cual debió haber manifestado su impedimento.

III. RECURSO DE APELACIÓN.

El actor inconforme con la decisión del Tribunal, la impugnó con los siguientes argumentos:

Considera que el Tribunal Administrativo del Quindío tomó la decisión de despojarlo de la investidura, con base en una prueba inexistente, pues el Acuerdo 082 de 2008 no consagró exención tributaria para moteles y amoblados, como lo sugiere la sentencia, cuando dice *“Precisa la Sala que tanto el accionado, como el Ministerio Público, manifiestan que si bien, el estatuto tributario trae una exención para el pago de impuestos de moteles y amoblados, dicha actividad comercial no beneficia en forma particular al señor JOHN FREDY TAMAYO RESTREPO ..”* y *“Es*

cierto que el nuevo Estatuto tributario, en nada varió el monto de exención que traía el Estado (sic) inmediatamente anterior ...” (folios 9 y 10 de la sentencia). Aseguró que ni él ni el Ministerio Público afirmaron lo dicho en la sentencia, puesto que no existe tal exención.

Que lo que se decidió en el Acuerdo fue mantener para los moteles y amoblados la tarifa de industria y comercio en el 10.0 por mil, tal como estaba dispuesto en el Acuerdo anterior N° 027 de 2005.

Que lo anterior impone precisar lo consagrado en el Acuerdo, que si bien consagró algunas exenciones que se encuentran en los artículos 26, 127, 139, 184, 185 y 187, no lo hizo en relación con los amoblados y moteles, como tampoco se estableció una tarifa especial como lee en el párrafo segundo del folio 9 de la sentencia que señala “... y finalmente, se encuentra acreditado que el demandado servidor público participó, sin manifestar impedimento alguno, en los debates y votaciones dentro del proyecto 037 de 2008, que terminó con la expedición del acto administrativo Acuerdo N° 082 de 10 de diciembre del mismo año – Estatuto Tributario del Municipio de Armenia - , el cual en su artículo 47, establece una tarifa especial para el pago del impuesto de industria y comercio a cargo de los moteles, hoteles y amoblados de la ciudad”.

Que lo indicado en el aparte transcrito del fallo no obedece a la realidad, porque no se ha establecido una tarifa especial para moteles y amoblados pues se mantuvo la tarifa que venía rigiendo; aclara que la sentencia apelada además relaciona los hoteles, moteles y amoblados como si tuvieran el mismo tratamiento tributario, lo que no es cierto, porque los hoteles, pensiones, alojamientos, residencias, hospedajes, hostales y hosterías tienen tarifa del 7.5 por mil, mientras que los moteles y amoblados la tienen en el 10.0 por mil.

Concluyó que de las mencionadas inconsistencias que se advierten en la providencia, de las reiteradas menciones que hace de una exención, se colige que la decisión adoptada se funda en imprecisiones aducidas como pruebas que no respaldan el fallo emitido.

Que no aparece demostrado que hiciera intervención alguna, ni siquiera para que el impuesto para los moteles y amoblados quedaran con la misma tarifa señalada en el Acuerdo 025 de 2007 y que no figura acreditado el interés particular y concreto, que lo llevara a declararse impedido y se pregunta cuál es el beneficio a que alude la sentencia si la tarifa de impuesto de industria y comercio no varió para ese tipo de negocios.

Aduce que si bien es cierto que una minoría de la comunidad es propietaria de moteles y amoblados, también lo es, que en proporción al número de habitantes también una minoría es propietaria de inmuebles, de vehículos etc y en este sentido sostiene que todos los concejales en los que se den las condiciones de ser propietarios de inmuebles, establecimientos de comercio y vehículos, tendrían que haberse declarado impedidos para participar en las discusiones y votación del estatuto tributario.

Cita jurisprudencia del Consejo de Estado y el Concepto 1796 de diciembre 14 de 2006 de la Sala de Consulta y Servicio Civil que puso de presente las precisas circunstancias que determinan la presencia de un conflicto de intereses, como son la participación efectiva, la existencia clara y demostrada de que se derivan beneficios morales o económicos para el implicado, su familia o sus socios de carácter particular inmediato y directo y la intención de beneficiarse.

Que la misma sentencia objeto de alzada (folio 6 idem) señala “por tanto, la jurisdicción contencioso administrativa debe establecer, directamente, la causal de pérdida de investidura, y para ello, debe estar asistida por los principios rectores que guían el derecho sancionatorio administrativo, esto es, el de legalidad, la ilicitud sustancial, la presunción de inocencia, la culpabilidad, la favorabilidad, proporcionalidad, entre otros, como lo ordena la Ley 734 de 2002; que no puede pensarse que en aras de castigar posibles infracciones a la normatividad ética del funcionario, se violen principios claramente protegidos por la Constitución Política.

IV. ALEGATO DEL PROCURADOR DELEGADO ANTE ESTA INSTANCIA

El Procurador Primero Delegado ante el Consejo de Estado solicita que se revoque la sentencia apelada y en su lugar se nieguen las pretensiones de la demanda.

Argumenta que la causal de pérdida de investidura por violación al régimen de conflicto de intereses, como lo anota la jurisprudencia del Consejo de Estado, requiere que esté demostrado el interés directo, con efecto inmediato, particular y concreto, que implique un aprovechamiento personal de la investidura y el concejal no pone de presente su impedimento en el debate o en la votación del proyecto con el que puede surgir el conflicto de intereses.

Que no es predicable el interés directo en este caso, porque el tributo establecido para los moteles se mantuvo desde el anterior Acuerdo 025 de 2007 y no se contempla ninguna exención para los propietarios de estos establecimientos comerciales, evento que de haberse acreditado, si hubiera podido comprometer la responsabilidad político disciplinaria del concejal demandado, para quien el acuerdo no le generó ningún beneficio tributario.

Aduce que al tener el estatuto tributario carácter general, el concejal demandado al participar en el debate y votar el artículo relacionado con la exención tributaria no incurre en conflicto de intereses, pues por el hecho de ser propietario con su familia de 3 establecimientos comerciales, no puede predicarse la existencia de un interés directo, pues de esta decisión no sigue una exención en su favor ni de su familia, ni tampoco de su proceder puede inferirse que se haya aprovechado de su investidura ni está demostrado que en las discusiones y debates del proyecto de acuerdo de reforma al Estatuto Tributario de Armenia, hubiese demostrado un interés particular en pretender bajar la tarifa fijada para el impuesto o promovido debate alguno en su favor o de sus familiares.

V. CONSIDERACIONES DE LA SALA

A. Competencia.

De conformidad con el párrafo 2° del artículo 48 de la Ley 617 de 2000 y el artículo 1 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 de los fallos sobre pérdida de investidura de los Diputados, Concejales y Ediles; por ello conocemos del recurso de apelación interpuesto por el concejal de Armenia, señor John Fredy Tamayo Restrepo.

B. Causal endilgada y marco normativo que rige el caso.

El demandante solicita la pérdida de la investidura del concejal del municipio de Armenia porque considera que violó el régimen de conflicto de intereses, como quiera que participó en las discusiones y debate dado al artículo 47 del proyecto de acuerdo N° 037 de 2008, que culminó con la aprobación del Acuerdo Municipal N° 082 del mismo año, que mantuvo la tarifa del impuesto de industria y comercio para los propietarios de moteles y amoblados de la ciudad de Armenia.

La Ley 136 de 1994, dispuso sobre la pérdida de investidura de los concejales, lo siguiente:

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

1. La aceptación o desempeño de un cargo público, de conformidad con el artículo 291 de la Constitución Política, salvo que medie renuncia previa, caso en el cual deberá informar al Presidente del Concejo o en su receso al alcalde sobre este hecho.
2. Por violación del régimen de inhabilidades, incompatibilidades o de **conflicto de intereses**.
3. Por indebida destinación de dineros públicos.
4. Por tráfico de influencias debidamente comprobado.

La pérdida de la investidura será decretada por el Tribunal de lo Contencioso Administrativo de la respectiva jurisdicción, siguiendo el procedimiento establecido para los congresistas, en lo que corresponda”. (resalta la Sala)

“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. (resalta la Sala)

.....”

La ley 617 de 2000 señaló:

“ARTICULO 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.**

..... .

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

..... .” (subraya la Sala)

C. Jurisprudencia sobre el conflicto de intereses

Esta Sala ha resumido^{1[1]} diferentes pronunciamientos relacionados en general con las inhabilidades, las incompatibilidades y el conflicto de interés, así:

“Particularmente, en el caso de los concejales y alcaldes, la Corte Constitucional ha señalado en su jurisprudencia al examinar la constitucionalidad de las normas que gobiernan el régimen de inhabilidades, incompatibilidades y conflictos de interés, que en el nivel municipal, es necesario que quienes representan los intereses de la comunidad local se dediquen con seriedad e integridad a la gestión de su cargo, por lo cual se justifica el señalamiento de causales que aseguren que, en el ejercicio de sus funciones, los concejales y alcaldes no se valgan de su posición para obtener beneficios particulares o se alejen de la defensa de los intereses de la comunidad. Estos motivos, han llevado a que la Corte Constitucional en múltiples ocasiones declare la exequibilidad de diversas disposiciones que establecen restricciones para el acceso o el ejercicio a dichos cargos.

Se ha dicho también que de conformidad con el artículo 209 de la Constitución Política el ejercicio de la función pública debe realizarse siguiendo unos parámetros mínimos de conducta en los que predominen los criterios de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad; que la necesidad de poner en práctica la aplicación de estos principios superiores conlleva a que, no obstante el derecho ciudadano a la participación en la conformación, ejercicio y control del poder político, quienes pretendan acceder y accedan al desempeño de funciones públicas deben someterse al cumplimiento de ciertas reglas y exigencias.

^{1[1]} Ver sentencia del 28 de febrero de 2008; rad. 25002315000- 2006- 02262

Es importante citar lo expresado por esta Corporación^{2[2]} en relación con las inhabilidades en cuanto le es aplicable también a las incompatibilidades y a los conflictos de interés, pues todos ellos constituyen prohibiciones cuya trasgresión genera la sanción de pérdida de investidura.

Ha expresado el Consejo de Estado que las inhabilidades, y por ende las incompatibilidades, **tienen como objetivo principal lograr la moralización, idoneidad, probidad e imparcialidad de quienes van a ingresar o ya están desempeñando empleos públicos.** Que los hechos que el constituyente o el legislador tipifican como causales son de distinta índole, algunas son de carácter general ya que operan para toda clase de servidores públicos, mientras que otras sólo se establecen para determinada entidad o rama del poder público.

Que “dado su carácter prohibitivo, su consagración debe ser expresa, al tiempo que su interpretación estricta, esto es que su deducción y aplicación siempre debe estar ajustada a los presupuestos que para cada causal haya señalado el constituyente o el legislador, dado que no es posible su aplicación extensiva o analógica.” (subrayado propio).^{3[3]}

En relación con el conflicto de intereses como causal de pérdida de investidura de concejal, ha dicho:

“La jurisprudencia de esta Corporación ha precisado en múltiples oportunidades el alcance de lo que se entiende por ‘conflicto de intereses’, señalando que el sentido que expresa el ‘conflicto de intereses’ se refiere a situación de carácter particular, estrictamente personal en la que tenga interés el Congresista –en este caso el Concejal- que signifique aprovechamiento personal de su investidura.

Debe existir entonces, como lo dice la norma, un interés **directo** en la aprobación de determinado proyecto buscando un favorecimiento personal o de alguna de las personas indicadas en la disposición legal. Este aprovechamiento de la investidura para procurar la aprobación de un determinado proyecto en beneficio personal, constituye una causal de pérdida de la misma si se tiene en cuenta que la institución de la pérdida de investidura tiene precisamente por objeto la “moralización y legitimación de la institución política de representación popular”.^{4[4]}

En relación con el interés directo ha expresado:

“ De tales disposiciones (artículo 48 ley 617 de 2000; Artículo 70 de la ley 136 de 1994) se desprende que el interés que puede generar conflicto con el asunto de que se trate debe ser directo, tal como lo advierte el Ministerio Público, **es decir que el efecto que la decisión pueda tener en las personas nombradas sea inmediato, sin consideración a circunstancias o elementos externos a la decisión; que se produzca de forma especial respecto de ellas, es decir, particular y concreta, sea en su beneficio o en su perjuicio;** y que no se manifieste el impedimento en cualquiera de las dos etapas del trámite del proyecto, es decir, en la de debate o en la de votación.^{5[5]}

Sobre el conflicto de intereses la Sala Plena, refiriéndose a la pérdida de investidura de Congresista, en sentencia aplicable al caso sub judice, ha expresado:

“ En la actividad política, dentro de un estado democrático, está siempre de por medio un interés, así, los electores acuden a las urnas y depositan un determinado voto con el interés de que su elegido se preocupe por su comunidad, la mejore y se comprometa activamente en el logro del bien común; por su parte, el elegido por voluntad pública, una vez ejerce su función, tiene por

^{2[2]} Sentencia de enero 22 de 2002. Rad. 1101-03-15-000-2001-0148-01 (PI). M.P. Dr Germán Ayala Mantilla. Sentencia de marzo 3 de 2005, Exp. 2004-00823-01. M.P. Dr Camilo Arciniegas Andrade.

^{3[3]} Sentencia del 13 de julio de 2006. Rad. 2005-01132-01 (PI)

^{4[4]} Sentencia del 13 de diciembre de 2001. Rad. 2001-0608(7521). M.P. Olga Inés Navarrete.

^{5[5]} Sentencia del 18 de abril de 2002. RAD. 2001-1534-01(7746). C.P. MANUEL SANTIAGO URUETA AYOLA.

interés llevar a cabo el mandato dentro de los conceptos de justicia y bien común y realizar así el cumplimiento de los fines para los cuales fue elegido, despojándose de intereses particulares y familiares, dejando de lado el interés egoísta que en la toma de decisiones propias de su encargo, pudiera tener. Este es el ejercicio sano de la política. **En este contexto, el conflicto de intereses comporta un conflicto psicológico interno que se presenta en la persona que tiene que tomar una decisión y está frente a dos alternativas incompatibles que chocan entre sí, las que atañen a sus necesidades propias y las que pertenecen a la organización o comunidad que representa, solo que la persona debe elegir siempre sobreponiéndose al interés particular. Como conclusión de lo anteriormente expuesto, se puede puntualizar que la causal de pérdida de investidura por violación del régimen del conflicto de intereses tiene ocurrencia cuando en la persona de un congresista (en este caso de un concejal) exista un interés directo, particular y actual, de carácter moral o económico, en la decisión de uno de los asuntos sometidos a su consideración, de la que le genere a él o a sus familiares o socios, un beneficio de carácter real, y no obstante estar en esa situación, no se declare impedido de participar en los debates o votaciones respectivas.^{66[6]} (resalta la Sala)**

C. Caso concreto

El problema jurídico consiste en establecer si el concejal John Fredy Tamayo Restrepo debió declararse impedido para participar en las discusiones y debate dado al artículo 47 del proyecto de acuerdo N° 037 de 2008, que culminó con la aprobación del Acuerdo Municipal N° 082 del mismo año, que mantuvo la tarifa del impuesto de industria y comercio que venía rigiendo para los propietarios de moteles y amoblados de la ciudad de Armenia.

Material Probatorio.

1. A folios 8 y 9 se encuentra constancia de que el demandado fue elegido como concejal del municipio de Armenia para el periodo 2008-2011.

2. Tres certificados de matrícula mercantil de fecha 27 de marzo de 2009 expedidos por la Cámara de Comercio de Armenia, en los que consta, que los señores John Fredy Tamayo Restrepo y Julio César Tamayo Gallón y la señora Teresita Restrepo Molina, respectivamente, son propietarios de los establecimientos de comercio Paradise Motel, Motel La Finquita y Refugio de Amor, ubicados en el municipio de Armenia (folios 11 a 15); a folio 16 reposa copia del registro de nacimiento del concejal en el cual consta que es hijo de Julio César Tamayo Gallón y la señora Teresa Restrepo Molina.

3. Oficio de fecha 4 de febrero de 2009 suscrito por el Secretario General del Concejo Municipal en respuesta a un derecho de petición presentado por el actor, en el cual le informa los nombres de los concejales que votaron el Estatuto Tributario del municipio, entre los cuales se encuentra el demandado, los nombres de los concejales que se declararon impedidos para votar parcialmente algunos artículos y se pone de presente que durante la discusión del proyecto se dejó claro que de existir algún impedimento sería del fuero interno de cada concejal manifestarlo. (folios 18 y 19).

4. Certificación de fecha 7 de abril de 2009 por medio de la cual el Secretario General del Concejo hace constar:

“Que el Acuerdo 027 del 20 de diciembre de 2005 “POR MEDIO DEL CUAL SE ADOPTA EL ESTATUTO TRIBUTARIO PARA EL MUNICIPIO DE ARMENIA” contenía en su artículo 49 Códigos de Actividad y Tarifas de Industria y Comercio, Código 316 una tarifa para los moteles y

^{66[6]} Sentencia del 9 de noviembre de 2004, RAD 2003-0584 (PI)

Ver Sentencias AC - 11116 de 17 de octubre de 2000. Sala Plena. Ponente: Mario Alario Méndez. Actor: Luis Andres Penagos Villegas; PI - 044 de 02/09/03. Ponente: Roberto Medina López. Actor: Daniel Alfonso Reyes Fernández. Claudia Blum de B., y PI - 0130 de 20 de noviembre de 2001.. Ponente: Germán Rodríguez Villamizar. Actor: Rubiel Orlando Espinosa Triana. Demandado: Lorenzo Rivera Hernández.

Amoblados del 10.0 por mil, como impuesto.

Que en el Proyecto de Acuerdo 037 de 2008 presentado por la Administración Municipal, en su artículo 46 Códigos de Actividad y Tarifas de Industria y Comercio, con el Código 316 contenía una tarifa para los moteles del 7.5 por mil.

Que la Comisión Permanente de Presupuesto y hacienda Pública en su primer debate al Proyecto de Acuerdo citado, modificó la tarifa y el código señalado anteriormente.

Que el Acuerdo Municipal N° 082 del 10 de diciembre de 2008 "POR MEDIO DEL CUAL SE ADOPTA EL ESTATUTO TRIBUTARIO DEL MUNICIPIO DE ARMENIA Y SE DICTAN OTRAS DISPOSICIONES LEGALES", señala en su artículo 47 con el código 317, una tarifa del 10.0 por mil para los Moteles y Amoblados.

Que examinado el Acuerdo 027 de 2005, anterior Estatuto Tributario de Armenia y el Acuerdo 082 de 2008, se puede establecer que el impuesto de Industria y Comercio para los Moteles y Amoblados conservó la misma tarifa.

...." (folio 39 – subraya la Sala

5. A folios 20 a 69 reposa el Acuerdo N° 082 del 10 de diciembre de 2008, cuyo artículo 47 código 317 dispone una tarifa del 10.0 por mil, para los propietarios de moteles y amoblados, que es la más alta que cobra el municipio, por encima de la establecida para los hoteles y similares.

La Sala advierte que para efectos de tomar una decisión es irrelevante que otros concejales se hubieran declarado impedidos, puesto que bien pudieron hacerlo con la convicción de que lo estaban, sin estarlo, y porque además no es del caso analizar estas circunstancias.

Pero si relevante tener en cuenta que el proyecto de Acuerdo N° 037 de 2008 fue presentado por la Alcaldesa del municipio de Armenia, pues la iniciativa en materia impositiva es del ejecutivo, que en este caso presentó en el proyecto sobre impuestos, entre otros ítems, una reducción del impuesto de industria y comercio del 10.0 por mil que de conformidad con el Acuerdo 027 del 20 de diciembre de 2005 regía, al 7.5 por mil, lo cual como quedó demostrado, fue modificado por la Comisión de Presupuesto y Hacienda Pública en su primer debate para que se continuara con la tarifa que venía rigiendo y el Acuerdo Municipal N° 082 de 2008 en su artículo 47 en el código 317 así lo señaló.

En este caso se examina es el comportamiento del demandado frente a los deberes y responsabilidades que como concejal le fueron encomendadas por la Constitución Política y la ley para tomar decisiones en interés general, teniendo en cuenta que debido a ciertas circunstancias, ese interés general se puede ver afectado por circunstancias personales que no permiten actuar imparcial y objetivamente, por lo cual se debe alegar el impedimento.

En ningún momento se advierte que se hubiera propuesto o discutido en el concejo municipal una posible exención del impuesto de industria y comercio para los propietarios de moteles o amoblados, como lo señala el fallo suplicado, ni mucho menos que el concejal hubiera pretendido u obtenido algún beneficio; si bien el Acuerdo 082 de 2008 considera actividades exentas de este impuesto y de otros, no incluye los mencionados, sino otras como las consagradas en sus artículos 26, 96, 127, 139, 184, 185 y 187 relacionadas con el impuesto predial unificado, el de espectáculos públicos, el de delineación urbana, participación en plusvalía etc. (folio 90).

Como puede desprenderse del texto del artículo 47 código 317 del acuerdo aprobado éste es un acto de carácter general, impersonal y abstracto que deja intacto el impuesto de Industria y Comercio que venía rigiendo para todos los moteles y amoblados del municipio de Armenia; no hay constancia en el plenario de que el concejal y sus progenitores sean los únicos dueños de este tipo de establecimientos, ni prueba de que el demandado hubiera pretendido alguna exención o rebaja del referido impuesto que, se repite, venía operando en el municipio, luego no se vislumbra un interés directo e inmediato por parte de éste, pues el hecho de ser propietario él y su familia de los establecimientos de que se viene hablando no genera por sí solo la causal de pérdida de investidura.

Lo cierto es que el interés del concejal se confunde con el que le asiste a todas las personas o a la comunidad en general en igualdad de condiciones, más aún, como ya se dijo, que el impuesto del 10.0 por mil es el más alto que se cobra en el municipio.

Luego, de conformidad con el numeral 1° del artículo 48 de la Ley 617 de 2000, el concejal no estaba obligado a declararse impedido para participar en los debates o votaciones respectivas, motivo por el cual se revocará la sentencia apelada.

Para ilustrar mas el asunto la Sala trae a cuento un caso en el cual sí se presentó el caso de una exención y se discutieron hechos respecto de un concejal que trabajaba en la empresa COLANTA que participó en el año 2008 en el proyecto de acuerdo que proponía que se eliminaran las exenciones del artículo 56 del acuerdo N° 049 de 2006 lo cual desfavorecía a la citada empresa; esta Sección mediante fallo del 5 de febrero de 2009⁷⁷¹ consideró que no hubo conflicto de intereses y confirmó el fallo apelado que negó la pérdida de investidura del allí demandado. Se dijo entonces:

“Cabe resaltar, además, que en el proceso no aparece demostrado que la Cooperativa COLANTA, de la cual es asociado trabajador el demandado, era la única beneficiaria del Acuerdo de exoneración de impuestos; amén de que valga la pena resaltar, según se desprende de los documentos obrantes en el expediente, la exención venía operando desde hacía más de 18 años.

De tal manera que puede afirmarse que el asunto al que se contrae el Acuerdo en cuyo trámite intervino el demandado afecta al concejal en igualdad de condiciones a las de la ciudadanía en general que son usuarios de la Cooperativa, o forman parte de sus asociados trabajadores.

Resulta oportuno destacar que la Sala en sentencias de 31 de agosto de 2006 (Expediente 2006-00033, Consejero ponente doctor Gabriel Eduardo Mendoza Martelo; de 23 de noviembre de 2006, Expediente 2006-00035, Consejero ponente doctor Rafael E. Ostau de Lafont Pianeta y de 30 de noviembre de 2006, Expediente 2006-00031, Consejera ponente doctora Martha Sofía Sanz Tobón), hizo precisiones similares a las reseñadas en este proceso, dada la identidad de la causal en estudio y del punto de derecho discutido”.

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

FALLA

REVÓCASE la sentencia apelada de fecha 4 de mayo de 2009, que decretó la pérdida de investidura de Concejal del municipio de Armenia al señor John Fredy Tamayo Restrepo y en su lugar,

DENIÉGANSE las pretensiones de la demanda.

REMÍTASE por Secretaría, copia de la sentencia apelada y de la presente, a la Procuraduría Regional del Quindío, para atender la solicitud que obra a folio 126 del cuaderno N° 2.

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

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

Se deja constancia de que la anterior sentencia fue leída, discutida y aprobada por la Sala en la sesión del día de hoy.

⁷⁷¹ Expediente núm. 2008-00937, C.P. Dr Marco Antonio Velilla Moreno

MARÍA CLAUDIA ROJAS LASSO
Presidenta

MARTHA SOFÍA SANZ TOBÓN

RAFAEL E. OSTAU DE LAFONT PIANETA

MARCO ANTONIO VELLILLA MORENO
