

PERDIDA DE INVESTIDURA - Violación al régimen de inhabilidades. Celebración de contratos con entidades públicas. Excepción al régimen de inhabilidades

De lo anterior, resulta evidente que la conducta asumida por el demandante al suscribir las órdenes de suministro de combustible, las actas parciales de combustible, con el fin de realizar entregas parciales del mismo, de acuerdo con el objeto del contrato SAMC 07-2011, la adición 1 al citado contrato, el acta de su liquidación y los comprobantes de egreso correspondientes al pago del contrato de suministro, arriba relacionados, dentro del período inhabilitante, incurrió en la causal de inhabilidad consagrada en el numeral 3 del artículo 43 de la Ley 136 de 1994, sin que pueda predicarse excepción alguna por el hecho de que el expendio de combustible sea un servicio público por disposición del artículo 1º de la Ley 39 de 1987. En efecto, la obligación legal a que se refiere el artículo 10º de la Ley 80 de 1993, se predica de las personas “que contraten por obligación legal o lo hagan” para usar los bienes o servicios que el Municipio, en este caso, ofrezca al público en condiciones comunes a quienes los soliciten, servicio dentro de los cuales no se encuentra el suministro de combustible, por cuanto el mismo siempre es prestado por particulares. Como ya se indicó, la Sala frente a asuntos similares, en los que como argumento central de defensa se aduce ser el proveedor único en el Municipio de dicho servicio, ha sostenido que tal aspecto no es causal eximente por no resultar constitutivo de fuerza mayor o caso fortuito, no guardar relación alguna con la libre determinación de postularse como candidato a un cargo de elección popular y por cuanto “no encaja en las excepciones que al respecto de este punto prevé el artículo 46 de la Ley 136 de 1994, que en lo pertinente la excepción a considerar es la del literal c) de aquél artículo, adicionado por el artículo 42 de la Ley 617 de 2000, consistente en “Usar los bienes y servicios que las entidades oficiales de cualquier clase, las prestadoras de servicios públicos domiciliarios y de seguridad que ofrezcan al público, bajo condiciones comunes a todos los que lo soliciten”...”.

FUENTE FORMAL: LEY 80 DE 1993 - ARTICULO 10 / LEY 136 DE 1994 - ARTICULO 43 / LEY 617 DE 2001 - ARTICULO 40 / LEY 617 DE 2001 - ARTICULO 48 / LEY 1437 DE 2011

NOTA DE RELATORIA: Régimen de inhabilidades e incompatibilidades, Consejo de Estado, Sección Primera, sentencia de 23 de junio de 2002, Rad. 7177, MP. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo; excepciones a las inhabilidades e incompatibilidades, Consejo de Estado, Sección Primera, sentencia de 30 de agosto de 2002, Rad. 8046(PI), MP. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo.

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCION PRIMERA

Consejera ponente: MARIA ELIZABETH GARCIA GONZALEZ

Bogotá, D.C., veinte (20) de junio de dos mil trece (2013)

Radicación número: 25000-23-42-000-2012-02038-01(PI)

Actor: YEISON ENRIQUE GONZALEZ VARGAS

Demandado: HENRY MORA OTALORA

Referencia: APELACION SENTENCIA - PERDIDA DE INVESTIDURA

Se decide el recurso de apelación oportunamente interpuesto por el demandante contra la sentencia de 18 de febrero de 2013, proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, por medio de la cual denegó la pérdida de investidura del Concejal del Municipio de Pasca, señor **HENRY MORA OTÁLORA**.

I-. ANTECEDENTES.

I.1-. El ciudadano **YEISON ENRIQUE GONZÁLEZ VARGAS**, obrando en nombre propio, presentó demanda ante el Tribunal Administrativo de Cundinamarca tendiente a que, mediante sentencia, se dispusiera la pérdida de investidura del Concejal del Municipio de Pasca señor **HENRY MORA OTÁLORA**, elegido para el período constitucional 2012-2015.

I.2-. En apoyo de sus pretensiones el actor adujo, en síntesis, los siguientes hechos:

Que el 30 de octubre de 2011 el señor **HENRY MORA OTÁLORA**, fue elegido Concejal del Municipio de Pasca (Cundinamarca), por el Partido Liberal Colombiano, para el período constitucional 2012-2015, cargo en el que se posesionó el 2 de enero de 2012.

Agrega que el demandado, en su condición de representante legal de la sociedad **ISABELL INVERSIONES S.A.S.**, dentro del período inhabilitante, firmó, el 3 de

agosto de 2011, la adición 01 del contrato de suministro núm. SAMC 07-2011 (suscrito entre el Municipio de Pasca (Cundinamarca) con dicha sociedad) por la suma de \$59'999.750.00; y el 9 de septiembre de ese año, el acta de liquidación del citado contrato de suministro, por haberse cumplido el objeto del mismo, mediante resolución administrativa, conforme consta en el proceso.

Que así mismo, suscribió, en tal condición, entre otras, las actas parciales de entrega de combustible núms. 02 de 20 de mayo de 2011, contrato de suministro núm. 07-2011, comprobante de egreso núm. 2011000920 de 1o. de julio de 2011, cheque núm. 4366; 03, contrato de suministro núm. 07-2011, comprobante de egreso núm. 20111029 de 15 de julio de 2011, cheque núm. 4386; y 06, contrato de suministro núm. 07-2011.

También suscribió órdenes de suministro y comprobantes de egreso, así: el 5 de agosto de 2011, comprobante de egreso núm. 2011001187, cheque núm. 4403, detalle de pago contrato de suministro SAMC 07-2011 de combustible de maquinaria; el 14 de septiembre de 2011, comprobante de egreso núm. 2011001521, cheque núm. 4439, detalle de pago contrato de suministro SAMC 07-2011, combustible maquinaria, y el comprobante de egreso núm. 2011001382, cheque de gerencia, Resolución Administrativa núm. 32; el 24 de octubre de 2011, comprobante de egreso núm. 2011001519, cheque núm. 4465, detalle de pago contrato de suministro ASMC 07-2011, combustible maquinaria y el comprobante de egreso núm. 2011001521, cheque núm. 4466, detalle de pago contrato de suministro SAMC 07-2011, combustible maquinaria.

Indica que en el certificado de la Cámara de Comercio, consta que la sociedad **ISABELL INVERSIONES S.A.S.**, tiene como representante legal a la señora **LUZ MARINA MORA OTÁLORA** y como su suplente al señor **HENRY MORA OTÁLORA**, quien asume las funciones de representante legal a falta de aquélla.

Señala que en el libro de entrega de cheques de la Tesorería Municipal, correspondiente a los días 14 y 16 de septiembre de 25 de octubre de 2011, figura el nombre completo y número de cédula del demandado.

Por lo anterior, considera que el demandado incurrió en la causal de inhabilidad prevista en el numeral 3 del artículo 43 de la Ley 136 de 1994, modificado por el artículo 40 de la Ley 617 de 2000, por lo que se debe decretar la pérdida de investidura solicitada.

I.3- El demandado, a través de apoderado, se opuso a la prosperidad de las pretensiones de la demanda, aduciendo al efecto, principalmente, que la representante legal de la sociedad **ISABELL INVERSIONES S.A.S.** es la señora **LUZ MARINA MORA OTÁLORA**, conforme consta en el certificado de existencia y representación legal allegado por el actor; y que no es cierto que haya firmado la adición al contrato de suministro núm. SAMC 07-2011 de 3 de agosto de 2011¹, dado que las obligaciones emanadas y pactadas en el mismo, son claras en señalar que es entre el Municipio de Pasca, representado por el Alcalde, y la sociedad **ISABELL INVERSIONES S.A.S.**, representada por la señora **LUZ MARINA MORA OTÁLORA**, ello por cuanto es quien tiene la atribución legal para tal efecto, quien no tuvo falta temporal o absoluta en dicho cargo.

Agrega que no está demostrado en el proceso que haya influenciado para que el contrato en mención fuera asignado a la sociedad **ISABELL INVERSIONES S.A.S.**, o que los dineros recibidos se hubieran utilizado en prácticas desleales para obtener ventajas del electorado. Que, por el contrario, dicha sociedad ha contratado con el Municipio de Pasca desde hace varios años, dado que solo

¹ El objeto del citado contrato fue el suministro de combustible para la atención y prevención de emergencias viales en el Municipio de Pasca (Cundinamarca).

existen dos estaciones de gasolina que prestan el servicio, y que en el año anterior a su elección fue la única empresa que se postuló por invitación para contratar el servicio con particulares.

Estima que por tal razón no puede existir reproche alguno en su contra; y que si la sociedad decidió contratar lo hizo en interés general, pues, de lo contrario, se paralizaría el suministro de combustible para prestar el servicio municipal.

Resalta que el objeto del contrato SAMC 07-2011 fue el suministro de combustible para la maquinaria con destino al mantenimiento de la malla vial rural del Municipio de Pasca, intervención vial dispuesta en el Convenio Interadministrativo ICCU 164-2010, lo que refleja la importancia en la contratación del suministro de combustible y demás elementos necesarios para la operación de la maquinaria a utilizar en la reparación de las vías maltratadas por la ola invernal.

Indica que además en el proceso está demostrado: a) la etapa precontractual del suministro de combustible; b) la manifestación de 3 de mayo de 2011 de la señora **LUZ MARINA MORA OTÁLORA**, representante legal de la sociedad **ISABELL INVERSIONES S.A.S.**, ante el Alcalde de Pasca, de querer participar en el proceso de selección abreviada de menor cuantía núm. SAMC 07 de 2011; y c) el Acta de Apertura de Urna Proceso de Contratación SAMC 07-2011, situación esta que, a su juicio, evidencia el interés general que el Municipio de Pasca tuvo para la contratación del servicio público de gasolina y demás insumos para dar cumplimiento a un contrato interadministrativo que se suscribió para el mantenimiento de la malla vial del citado ente territorial.

Destaca que la venta de gasolina es un servicio público, que no puede ser negado a ninguna persona natural o jurídica y en el presente caso el Municipio requirió tal

insumo y la sociedad lo vendió; y que si ésta no hubiera aceptado la invitación a contratar era imposible el suministro del combustible necesario para garantizar el mejoramiento vial en la época invernal que pasó.

Manifiesta que en sentencia de 23 de junio de 2005 (Expediente núm. 2004-00933 (PI), Consejero ponente doctor Rafael E. Ostau de Lafont Pianeta), en un asunto similar, se precisó que el expendio de combustible es un servicio público por disposición del artículo 1° de la Ley 39 de 1987, y en razón de ello debe ofrecerse y prestarse a todos quienes lo requieran en las condiciones y precio y demás circunstancias fijadas por el Estado, según lo prevé el artículo 1° de la Ley 26 de 1989, por lo que “si el Concejal demandado fuera el propietario del mencionado expendio de comercio, la venta que haga al Municipio es una obligación legal que tiene, pues no puede negarse a ello en caso de que éste se lo solicite, de modo que estaría en la excepción señalada en el artículo 10° de la Ley 80 de 1993”, tesis que, en su opinión, resulta aplicable a su caso, habida cuenta de que la venta de gasolina es un servicio público que debe ser prestado a quien lo necesite y solicite.

Aduce que si bien en el sub lite media un contrato estatal, tal servicio lo solicitó la Administración Municipal cuando abrió un proceso de contratación pública para recibir los servicios de venta de combustible, para dar cumplimiento al Convenio Interadministrativo con el Instituto de Infraestructura y Desarrollo de Cundinamarca, a lo que la sociedad **ISABELL INVERSIONES S.A.S.** no podía negarse, pues su negocio es el servicio público de venta de combustible, configurándose una obligación legal para contratar debido a que fue la única empresa que se postuló durante el proceso de selección abreviada.

Por lo anterior, considera que no está incurso en la causal de inhabilidad que se le endilga.

II-. FUNDAMENTOS DE LA SENTENCIA RECURRIDA.

El a quo denegó las pretensiones de la demanda, al encontrar probado que no se configuró la causal de inhabilidad prevista en el numeral 3 del artículo 43 de la Ley 136 de 1994, por lo siguiente:

Luego de transcribir apartes de Jurisprudencia del Consejo de Estado, relacionada con la causal de inhabilidad endilgada, esto es, la celebración de contratos con entidades públicas de cualquier nivel, dentro del año anterior a su elección como Concejal, en interés propio o de terceros, entre ellas, la sentencia de 23 de junio de 2005 (Expediente núm. 2004-00933, Consejero ponente doctor Rafael E. Ostau de Lafont Pianeta), señaló que la misma no se aplica a aquellos contratos en los que la Administración ofrece un bien o servicio a todas las personas, en igualdad de condiciones, y cuando se contrate por una obligación legal.

Agregó que la distribución de combustibles líquidos derivados del petróleo es un servicio público, en virtud del artículo 1° de la Ley 39 de 1987, por lo que toda persona natural o jurídica que expendiera directamente a la Administración combustibles líquidos derivados del petróleo, por intermedio de estaciones de servicio propias o arrendadas, comporta una obligación legal, a la cual no podrá sustraerse ante la solicitud de la entidad estatal.

Señaló que de las pruebas obrantes en el proceso, se desprende que: (i) el demandado fue elegido Concejal del Municipio de Pasca (Cundinamarca) el 30 de octubre de 2011, para el período constitucional 2012-2015, cargo en el que se posesionó el 2 de enero de 2012, por lo que el período inhabilitante comprende del

30 de octubre de 2010 al 30 de octubre de 2011; ii) de acuerdo con el certificado de existencia y representación legal de la sociedad **ISABELL INVERSIONES S.A.S.**, de 2 de diciembre de 2011, el demandado era el representante suplente de esa sociedad, mientras que la señora **LUZ MARINA MORA OTÁLORA** su representante legal; iii) mediante Resolución núm. 68 de 30 de abril de 2012, el Municipio de Pasca dio apertura a un procedimiento de selección abreviada de menor cuantía SAMC 07-2011, para contratar el suministro de combustible para la maquinaria del mencionado ente territorial; y iv) el único proponente que se presentó fue la citada sociedad, representada legalmente por **LUZ MARINA MORA OTÁLORA**, por lo que evaluada su oferta se le adjudicó el contrato, que fue suscrito el 20 de mayo de 2011 entre el Alcalde de Pasca y la citada señora, en calidad de representante legal de la sociedad en comento.

De lo anterior, sostuvo que el Concejal demandado, en relación con el contrato de suministro de combustible núm. SAMC 07-2011, no gestionó negocio con la entidad territorial con el fin de obtener la celebración del contrato, ni mucho menos intervino, por cuanto para la época en la que se seleccionó el contratista y se suscribió aquél, si bien es cierto era el representante suplente de la sociedad contratista, también lo es que su representante legal siempre fue la señora **LUZ MARINA MORA OTÁLORA**, quien en efecto presentó la oferta y firmó el contrato en nombre de **ISABELL INVERSIONES S.A.S.**, pues era la facultada para suscribir contratos y obligar a la sociedad, quien además durante el año 2011 no presentó falta temporal o absoluta dentro del ejercicio de su mandato.

Consideró que si bien de las pruebas obrantes en el expediente se observa que con posterioridad a la celebración del contrato de suministro de combustible núm. SAMC 07-2011, el demandado firmó actas parciales de combustible de 25 de junio, 11 de julio, 4 de agosto, 19 de agosto y 21 de octubre de 2011, con el fin de

realizar entregas parciales de combustible de acuerdo con el objeto contractual, además de los comprobantes de egreso de 26 de mayo, 1o. de julio, 15 de julio, 5 de agosto, 14 de septiembre y 24 de octubre de 2011, a favor de la sociedad **ISABELL INVERSIONES S.A.S.**, por concepto de pago del aludido contrato de suministro, tales actuaciones al ser realizadas durante la ejecución de aquél, como lo reiteró el Consejo de Estado en sentencia de 19 de enero de 2010 (Expediente núm. 2009-00708 (PI), Consejero ponente doctor Gerardo Arenas Monsalve), no comportan la causal de inhabilidad endilgada, pues ésta se refiere a la intervención o participación en gestión de negocios o celebración de contratos en interés propio o de terceros y no en sus etapas posteriores.

De otra parte, adujo que, sin embargo, se vislumbra que el demandado suscribió órdenes de suministro de combustible 007/2010 de 8 de noviembre de 2010 y 008/2010 de 20 de diciembre de 2010 con el Municipio de Pasca, y la adición 1 al contrato de suministro SAMC 07-2011 de 3 de agosto de 2011 acerca del valor de éste, todas en nombre de la representante legal de la sociedad **ISABELL INVERSIONES S.A.S. -LUZ MARINA MORA OTÁLORA-**, pero que según certificación del Alcalde del citado ente territorial “ a)... el Municipio de Pasca ha tenido obligatoriamente que contratar todos los años los servicios de suministro de combustible tal como lo ordena la Ley 80 de 1993. Tal situación no difiere del contrato que efectúa un particular cuando lleva su vehículo para que le suministren combustible, no obstante, como se trata de un servicio público que requiere el Estado lo debe efectuar a través de una invitación a contratar y con posterioridad la suscripción del contrato”; b) “En el Municipio de Pasca existen únicamente dos estaciones de servicio de gasolina, es decir, que el ente territorial está obligado a comprar el combustible con aquella que acepte la invitación para comprar y cumpla con los requisitos legales”; y c) “Respecto a las condiciones de precio y

calidad que brinda la sociedad ISABELL S.A.S., ... son las mismas que ofrece el mercado en igualdad de condiciones”.

Por lo anterior, estimó que pese a que el demandado, en efecto intervino en la suscripción de las citadas órdenes de suministro de combustible con el Municipio, en nombre y favor de la sociedad **ISABELL INVERSIONES S.A.S.**, dentro del año anterior a su elección como Concejal, -30 de octubre de 2010 a 30 de octubre de 2011-, lo cobija la excepción establecida en el artículo 10° de la Ley 80 de 1993, dada la connotación de servicio público que comporta la distribución de combustibles líquidos derivados del petróleo y la obligación legal que constituye el suministro que se haga al Municipio, frente a lo cual aquél no podía negarse, pues como lo certificó el Alcalde de Pasca, únicamente existen dos estaciones de gasolina en dicho ente territorial, y la que acepte la invitación pública para la celebración de un contrato de suministro es con la que se obliga a contratar si colma los demás requisitos legales.

III-. FUNDAMENTOS DEL RECURSO.

El actor, a través de apoderado, manifiesta que el a quo interpretó de manera errada el artículo 10° de la Ley 80 de 1993, por cuanto la Corte Constitucional y el Consejo de Estado han afirmado que el proceso de pérdida de investidura, es un proceso de carácter disciplinario, por lo que el Concejal demandado no está dentro de la causal excluyente de responsabilidad disciplinaria prevista en la citada disposición.

Señala que no hay duda de que el señor **HENRY MORA OTÁLORA** fungió como representante legal principal de la firma **ISABELL INVERSIONES S.A.S.**, en ausencia de la señora **LUZ MARINA MORA OTÁLORA**, representante principal de la citada sociedad.

Agrega que para que el representante legal suplente pueda desempeñar el cargo, se requiere, no la ausencia material absoluta del representante legal principal, sino la imposibilidad de éste de desempeñar las funciones que le han sido asignadas; que, precisamente, en el sub lite el Concejal demandado firmó los documentos en mención ante la falta temporal de la señora **LUZ MARINA MORA OLARTE**, representante legal principal de la sociedad **ISABELL INVERSIONES S.A.S.**, presunción legal que no requiere ser probada.

En cuanto a que el Concejal demandado no podía resistirse a la venta de combustible al Municipio, como quiera que es su obligación legal venderlo, por ser un servicio público, so pena de sanciones, como el cierre del establecimiento, manifiesta que bien distinto es el hecho de que si llega un vehículo perteneciente al Municipio de Pasca a “tanquear” en la estación de combustible en donde el Concejal funge como representante legal suplente, para evitar quedarse varado por falta de combustible, estaría en la obligación el demandado de suministrarlo ante la ausencia de la representante legal principal, pero no obligado legalmente a contratar con el Municipio por más de \$110'000.000.00 para suministrar combustible a todos y cada uno de los vehículos pertenecientes al ente territorial, máxime si no es la única estación de gasolina que existe en dicho Municipio, como consta en el expediente.

Por lo anterior, considera que se debe revocar el fallo apelado y decretar la pérdida de investidura solicitada.

IV-. ALEGATO DEL MINISTERIO PÚBLICO.

El señor Procurador Delegado para la Conciliación Administrativa, en su vista de fondo, se muestra partidario de que se revoque la sentencia apelada, en resumen, por cuanto de las órdenes de servicio resulta claro que, conforme a los artículos 1495 del C.C., 864 del C. de Co. y 32 de la Ley 80 de 1993, constituyen actos jurídicos generadores de obligaciones para ambas partes, pues, de un lado, el contratista se obliga a realizar el suministro de combustible con destino a la maquinaria pesada de propiedad del Municipio de Pasca y, del otro, la entidad pública contratante se obliga a pagar el valor en dinero señalado en los contratos.

Agregó que está demostrado que dichos contratos se suscribieron durante el período inhabilitante, que comprende el año anterior a la elección, esto es, del 31 de octubre de 2010 al 31 de octubre de 2011, atendiendo que el Concejal fue elegido para el período constitucional 2012-2015.

Consideró que los contratos se celebraron buscando un interés propio, que consistió en obtener el reconocimiento y pago del combustible suministrado a la Alcaldía de Pasca (Cundinamarca) y que los mismos se ejecutaron en el mismo Municipio, por lo que concurren los presupuestos para que se configure la causal endilgada.

En cuanto a la excepción prevista en el artículo 10° de la Ley 80 de 1993, en la cual se apoyó el a quo para denegar la pérdida de investidura solicitada, con fundamento en la comunicación enviada por el Alcalde Municipal de Pasca (Cundinamarca) a dicha Corporación, estimó que en el sub lite no se está en presencia de la excepción relativa a la contratación por una obligación legal, por cuanto libremente la sociedad **ISABELL INVERSIONES S.A.S.**, a través de sus órganos de dirección ha sido la que ha decidido presentar las respectivas propuestas para la adjudicación de los contratos estatales de que dan cuenta las

órdenes de suministro núms. 00772010 y 00872010 de 2010, así como suscribir la adición del Contrato núm. SAMC 07-2011, de lo que se evidencia que ni la sociedad, ni el demandado, fueron obligados a ello, como parece sugerirlo la primera instancia.

Que es claro que no han sido los vehículos del citado ente territorial los que han acudido a la estación de servicio para proveerse de combustible, caso en el cual se estaría en la obligación de prestar el servicio, conforme al artículo 1° de la Ley 39 de 1987, contexto sobre el cual se edificó el fallo de 23 de junio de 2005.

Resaltó que conforme lo señaló la Alcaldía Municipal de Pasca (Cundinamarca), la sociedad **ISABELL INVERSIONES S.A.S.** no es el único proveedor de combustible en el citado ente territorial, luego la misma tesis que se aplica a dicha sociedad en relación con la obligación legal de suministrar el combustible, debe aplicarse a ese otro proveedor.

Adujo que si en el caso del proveedor único no se ha aceptado que se encuentre cobijado por la excepción prevista en el artículo 10° de la Ley 80 de 1993, con mayor razón no lo puede estar el proveedor que comparte el mercado con otro.

V-. CONSIDERACIONES DE LA SALA:

La inconformidad del actor con el fallo de primera instancia radica, básicamente, en que el a quo erró al aplicar la excepción prevista en el artículo 10° de la Ley 80 de 1993 al caso sub examine, toda vez que la estación de gasolina de la cual el Concejal demandado es representante legal suplente, no es la única que existe en el Municipio de Pasca (Cundinamarca), como consta en el expediente, razón por la que se configura la causal de inhabilidad endilgada, dado que el señor **HENRY**

MORA OTÁLORA fungió como representante legal principal de la sociedad **ISABELL INVERSIONES S.A.S.**, al suscribir los documentos relacionados en la demanda, ello dentro del período inhabilitante, ante la ausencia temporal de la señora **LUZ MARINA MORA OTÁLORA**, representante principal de la citada sociedad.

Para resolver la controversia, se tiene en cuenta lo siguiente:

Está acreditado en el proceso, que el demandado funge como Concejal del Municipio de Pasca (Cundinamarca) para el período 2012-2015, cuya posesión se efectuó el 2 de enero de 2012 (folios 17 a 24 del cuaderno principal).

La Ley 617 de 2000, en su artículo 48, se refirió a las causales de pérdida de investidura, así:

“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.

“2.- *Por la inasistencia en un mismo período de sesiones a cinco (5) reuniones plenarias o de comisión en las que se voten proyectos de ordenanza o acuerdo, según el caso.*

“3.- Por no tomar posesión del cargo dentro de los tres (3) días siguientes a la fecha de instalación de las asambleas o concejos según el caso, o a la fecha en que fueren llamados a posesionarse.

“4.- *Por la indebida destinación de dineros públicos.*

“5.- *Por tráfico de influencias debidamente comprobado.*

“6.- Por las demás causales expresamente previstas en la ley.” (Se resalta fuera de texto).

En relación con la violación al régimen de inhabilidades, la Sala Plena en sentencia de 23 de julio de 2002 (Expediente núm. 7177, Actor: Julio Vicente Niño Mateus, Consejero ponente doctor Gabriel Eduardo Mendoza Martelo), precisó que la misma no desapareció como causal de pérdida de investidura con la Ley 617 de 2000; que dicha ley de origen gubernamental tuvo por finalidad –según lo expresado en sus motivaciones, fuera del saneamiento fiscal de las entidades territoriales-, establecer reglas de transparencia de la gestión departamental y municipal mediante el fortalecimiento del régimen de inhabilidades e incompatibilidades, a través de “la ampliación de las causales de pérdida de investidura para Concejales y Diputados”.

Es así como el artículo 40 de la Ley 617 de 2000, establece:

“ El artículo 43 de la Ley 136 de 1994 quedará así:

"Artículo 43. Inhabilidades: No podrá ser inscrito como candidato ni elegido concejal municipal o distrital:

... 3. Quien dentro del año anterior a la elección haya intervenido en la gestión de negocios ante entidades públicas del nivel municipal o distrital o en la celebración de contratos con entidades públicas de cualquier nivel en interés propio o de terceros, siempre que los contratos deban ejecutarse o cumplirse en el respectivo municipio o distrito. Así mismo, quien dentro del año anterior haya sido representante legal de entidades que administren tributos, tasas o contribuciones, o de las entidades que presten servicios públicos domiciliarios o de seguridad social en el régimen subsidiado en el respectivo municipio o distrito”.

En el caso sub examine se le endilga al demandado esta inhabilidad por el hecho de haber suscrito, como representante legal suplente de la sociedad **ISABELL INVERSIONES S.A.S.**, dentro del año anterior a su elección como Concejal del Municipio de Pasca (Cundinamarca), las órdenes de suministro de combustible núms. 007 de 8 de noviembre y 008 de 20 de diciembre de 2010; las actas parciales de combustible 25 de junio, 11 de julio, 4 de agosto, 19 de agosto y 21

de octubre, con el fin de realizar entregas parciales de combustible de acuerdo con el objeto del contrato SAMC 07-2011²; la adición 1 al contrato en mención de 3 de agosto de ese año; acta de liquidación del mismo el 9 de septiembre de 2011; y los comprobantes de egreso de 26 de mayo, 1o. de julio, 15 de julio, 5 de agosto, 14 de septiembre y 24 de octubre de 2011, correspondientes al pago del contrato de suministro SAMC 07/2011.

Como quedó visto, el a quo denegó la pérdida de investidura solicitada por considerar que no concurrían los presupuestos que exige la causal de inhabilidad prevista en el numeral 3 del artículo 43 de la Ley 136 de 1994, toda vez que si bien dentro del período inhabilitante -30 de octubre de 2010 a 30 de octubre de 2011- la sociedad **ISABELL INVERSIONES S.A.S.**³ celebró el contrato de suministro de combustible SAMC 07/2011 (20 de mayo de 2011) con el Municipio de Pasca (Cundinamarca), el mismo fue suscrito por la señora **LUZ MARINA MORA OTÁLORA**, en su condición de representante legal principal, quien estaba facultada tanto para ello como para obligar a la sociedad, además de que no presentó faltas temporales o absolutas; que las órdenes de servicios relativas al contrato se realizaron en la etapa de la ejecución por lo que no constituían inhabilidad; y que se configuró la excepción establecida en el artículo 10° de la Ley 80 de 1993, dada la connotación del servicio público que reviste la distribución de combustible y la obligación del Concejal demandado de suministrar al Municipio dicho servicio, teniendo en cuenta que allí solo existen dos estaciones de gasolina.

² Celebrado el 20 de mayo de 2011 entre el Municipio de Pasca (Cundinamarca) y la sociedad **ISABELL INVERSIIONES S.A.S.**, cuyo objeto fue el suministro de combustible para la maquinaria con destino al mantenimiento de la malla vial rural del citado ente territorial (folios 175 a 179 del cuaderno principal).

³ El señor **HENRY MORA OTÁLORA**, según el certificado de existencia y representación legal de la Cámara de Comercio de Bogotá, visible a folios 28 y 29, ibidem, es el representante legal suplente de la citada sociedad, quien asumirá la representación legal ante la ausencia temporal o definitiva del Gerente, en este caso la señora **LUZ MARINA MORA OTÁLORA**.

El actor apela la sentencia de primer grado, porque, como y se indicó, a su juicio, el a quo erró al interpretar el artículo 10° de la Ley 80 de 1993, por cuanto dicha excepción no resulta aplicable al caso bajo examen, toda vez que la estación de gasolina, de la cual el Concejal demandado es representante legal suplente, no es la única que existe en el Municipio de Pasca (Cundinamarca), como consta en el expediente, razón por la que se configura la causal de inhabilidad endilgada, dado que el señor **HENRY MORA OTÁLORA** fungió como representante legal principal de la sociedad **ISABELL INVERSIONES S.A.S.**, al suscribir los documentos relacionados en la demanda, dentro del período inhabilitante, ante la ausencia temporal de la señora **LUZ MARINA MORA OTÁLORA**, representante principal de la citada sociedad.

Cabe señalar que frente a la excepción al régimen de inhabilidades e incompatibilidades que consagra el artículo 10° de la Ley 80 de 1993, la Sala ya ha tenido oportunidad de pronunciarse, entre otras en sentencia de 30 de agosto de 2002 (Expediente núm. 8046 (PI), Consejero ponente doctor Gabriel Eduardo Mendoza Martelo), que ahora se prohija, en la que se precisó:

“... Resta por analizar si el hecho de ser proveedor único constituye circunstancia de fuerza mayor o caso fortuito que exima de responsabilidad al demandado frente a la causal de pérdida de investidura alegada, y si se probó o no tal eximente.

Cabe advertir que el a quo en la sentencia afirmó que la condición de proveedor único no se probó y que, por lo demás, esa contingencia no subsume una hipótesis de fuerza mayor o caso fortuito.

... Estima la Sala que la calidad de proveedor único **no es constitutiva de fuerza mayor o caso fortuito.**

En efecto, en relación con esta eximente de responsabilidad, la Sala, en providencia de 15 de junio de 2000 (Expediente núm. 6048, Consejera ponente doctora Olga Inés Navarrete Barrero) reiteró como elementos indispensables para su configuración la **imprevisibilidad** e **irresistibilidad**, los cuales no se dan en este caso, pues el hecho de que en un Municipio no haya sino una sola Estación de Servicio - lo que, por lo demás constituye una situación muy generalizada en los municipios pequeños del país-, no guarda relación alguna con la libre

determinación de postularse como candidato a un cargo de elección popular. En otras palabras, qué de imprevisible tiene que una persona, que se dedica a una actividad única en determinado Municipio, decida también, por su propia voluntad, participar en una elección para concejal?. Y qué de irresistible tiene no renunciar o mantenerse en un cargo de elección popular?. Siempre que en una decisión intervenga la libertad para adoptarla, per se, se descarta la imprevisibilidad e irresistibilidad, pues estas suponen la ocurrencia de un imprevisto al que es imposible resistir.

Decidir “correr el riesgo” de suministrar el combustible, bajo la consideración de estar exonerado por ser proveedor único, conlleva la decisión de asumir las consecuencias que de ello se derivan, como por ejemplo, colocarse en una causal de incompatibilidad. Luego, **decidir, voluntariamente**, seguir suministrando el combustible y, al mismo tiempo, desempeñarse como Concejal, no fue un imprevisto al que es imposible resistir, sino todo lo contrario, **una situación, a todas luces previsible**.

Ahora, con ocasión del recurso el demandado alude a circunstancias relativas a la no existencia de Municipios cercanos al de Turmequé, a la imposibilidad de este, por el riesgo que ofrecía, de almacenar el combustible, a las que también les atribuye el carácter de fuerza mayor o caso fortuito, y respecto de las cuales allegó documentación para que fuera tenida como prueba en la segunda instancia.

Sobre este punto la Sala advierte que se trata de argumentos que no expuso en la oportunidad procesal respectiva, cual es la contestación de la demanda y, por lo mismo, no se tuvieron en cuenta en la sentencia impugnada; empero tales argumentos no pueden tomarse como constitutivos de fuerza mayor o caso fortuito, pues son consecuencia de la existencia de una sola Estación de Servicio en el Municipio, circunstancia esta que, se repite, no guarda relación alguna con la libre determinación de postularse como Concejal.

De otra parte, es preciso resaltar que dentro de las excepciones al régimen de inhabilidades e incompatibilidades que el artículo 10^o4 de la Ley 80 de 1993 consagra, no encaja la del proveedor único...”.

Criterio reiterado por la Sala en sentencia de 3 de abril de 2003 (Expediente núm. 2002-02265 (8714) (PI), Consejera ponente doctora Olga Inés Navarrete Barrero), al sostener que:

⁴ “**De las excepciones a las inhabilidades e incompatibilidades.** No quedan cobijadas por las inhabilidades e incompatibilidades de que tratan los artículos anteriores las personas que contraten por obligación legal o lo hagan para usar los bienes o servicios que las entidades a que se refiere el presente estatuto ofrezcan al público en condiciones comunes a quienes lo soliciten., ni las personas jurídicas sin ánimo de lucro cuyos representantes legales hagan parte de las juntas o consejos directivos en virtud de su cargo o por mandato legal o estatutario, ni quienes celebren contratos en desarrollo de lo previsto en el artículo 60 de la Constitución Política.”

“... Lo anterior por cuanto la excepción para configurar dicha inhabilidad se da respecto de las personas que contraten por obligación legal o lo hagan para usar los bienes o servicios que las entidades a que se refiere el artículo 10 de la Ley 80 de 1993 ofrezcan al público en condiciones comunes a quienes lo soliciten, ni las personas jurídicas sin ánimo de lucro cuyos representantes legales hagan parte de las mismas juntas o consejos directivos en virtud de su cargo o por mandato legal o estatutario ni quienes celebren contratos en desarrollo de lo previsto en el artículo 60 de la Constitución Política; es decir, la circunstancia de ser proveedor único no se encuentra dentro de dichas excepciones, como se precisó en la sentencia parcialmente transcrita ...”.

También en sentencia de 8 de mayo de 2006 (Expediente núm. 2005-00783,

Consejero ponente doctor Rafael E. Ostau de Lafont Pianeta), dijo al respecto

la Sala:

“... Como lo advierte el a quo y el Ministerio Público, el argumento que esgrime el apelante para procurar sustraerse de las consecuencias jurídicas de ese hecho respecto de su investidura de concejal, esto es, que era único proveedor en el municipio de dichos productos, es una circunstancia que no está probada, debiéndose advertir que en caso de estarlo no tendría el efecto eximente que pretende el demandado, pues se trata, por una parte, de un hecho que encuadra enteramente en la inhabilidad descrita en la norma atrás reproducida, en lo concerniente a la celebración de contratos y, de otra parte, no encaja en las excepciones que al respecto de este punto prevé el artículo 46 de la Ley 136 de 1994, que en lo pertinente la excepción a considerar es la del literal c) de aquél artículo, adicionado por el artículo 42 de la Ley 617 de 2000, consistente en “*Usar los bienes y servicios que las entidades oficiales de cualquier clase, las prestadoras de servicios públicos domiciliarios y de seguridad que ofrezcan al público, bajo condiciones comunes a todos los que lo soliciten*”...”.

Atendiendo dichos pronunciamientos jurisprudenciales, estima la Sala que la sentencia apelada debe ser revocada, por cuanto las excepciones al régimen de inhabilidades e incompatibilidades que el artículo 10⁵ de la Ley 80 de 1993

⁵ “**De las excepciones a las inhabilidades e incompatibilidades.** No quedan cobijadas por las inhabilidades e incompatibilidades de que tratan los artículos anteriores las personas que contraten por obligación legal o lo hagan para usar los bienes o servicios que las entidades a que se refiere el presente estatuto ofrezcan al público en condiciones comunes a quienes lo soliciten., ni las personas jurídicas sin ánimo de lucro cuyos representantes legales hagan parte de las juntas o consejos directivos en virtud de su cargo o por mandato legal o estatutario, ni quienes celebren contratos en desarrollo de lo previsto en el artículo 60 de la Constitución Política.”

consagra, contrario a lo sostenido por el a quo, no concurren en el caso bajo examen, por lo siguiente:

Conforme lo precisó el Agente del Ministerio Público, no se está en presencia de la excepción relativa a la contratación por una obligación legal, pues como consta en el expediente, a folios 342 a 358 del cuaderno principal, **fue un acto voluntario** de la sociedad **ISABELL INVERSIONES S.A.S.**, a través de su representante legal, señora **LUZ MARINA MORA OTÁLORA**, atender la convocatoria pública que hizo el Municipio de Pasca (Cundinamarca) para el suministro de combustible para la maquinaria a utilizar en la atención y prevención de emergencias viales en el citado ente territorial.

Si bien es cierto que el contrato de suministro de combustible SAMC 07-2011, celebrado el 20 de mayo de 2011 (folios 175 a 190, ibídem) entre la sociedad **ISABELL INVERSIONES S.A.S.** y el Municipio de Pasca, fue suscrito por la representante legal de la citada sociedad, señora **LUZ MARINA MORA OTÁLORA**, también lo es que dentro del año anterior a su elección como Concejal del Municipio de Pasca (Cundinamarca), **30 de octubre de 2010 a 30 de octubre de 2011**⁶, el señor **HENRY MORA OTÁLORA** firmó, lo cual no está en discusión, las órdenes de suministro de combustible núms. 007 de 8 de noviembre y 008 de 20 de diciembre de 2010⁷; las actas parciales de combustible 25 de junio, 11 de julio, 4 de agosto, 19 de agosto y 21 de octubre de 2011⁸, con el fin de realizar entregas parciales de combustible de acuerdo con el objeto del contrato SAMC 07-2011⁹; la adición 1 al contrato en mención de 3 de agosto de ese año¹⁰; acta de

⁶ Teniendo en cuenta que las elecciones se llevaron a cabo el 30 de octubre de 2011.

⁷ Folios 362 y 363 del cuaderno principal.

⁸ Folios 216, 465; 238, 467; 247, 285; 268, 286 y 469, ibídem.

⁹ Celebrado el 20 de mayo de 2011 entre el Municipio de Pasca (Cundinamarca) y la sociedad **ISABELL INVERSIOENS S.A.S.**, cuyo objeto fue el suministro de combustible para la maquinaria con destino al mantenimiento de la malla vial rural del citado ente territorial (folios 175 a 179 del cuaderno principal).

liquidación del mismo el 9 de septiembre de 2011¹¹; y los comprobantes de egreso de 26 de mayo, 1o. de julio, 15 de julio, 5 de agosto, 14 de septiembre y 24 de octubre de 2011¹², correspondientes al pago del contrato de suministro SAMC 07/2011, conforme consta en el expediente en los folios indicados a pié de página, circunstancia esta que pone de manifiesto que aquél actuó como representante legal de la mencionada sociedad, ante la imposibilidad, de la señora **LUZ MARINA MORA OTÁLORA**, para desempeñar, en tales fechas, las funciones asignadas como Gerente de la sociedad en comento, pues no de otra manera se explica dicho proceder, máxime si no hay prueba dentro del proceso que lo desvirtúe.

Corroborar lo anterior el hecho de que el Municipio de Pasca aceptó firmar los citados documentos con el Concejal demandado, que es una manera de reconocerlo como representante legal de la sociedad **ISABELL INVERSIONES S.A.S.**, contratista del suministro de combustible objeto del Contrato SAMC -07 de 2011.

De lo anterior, resulta evidente que la conducta asumida por el demandante al suscribir las órdenes de suministro de combustible, las actas parciales de combustible, con el fin de realizar entregas parciales del mismo, de acuerdo con el objeto del contrato SAMC 07-2011, la adición 1 al citado contrato, el acta de su liquidación y los comprobantes de egreso correspondientes al pago del contrato de suministro, arriba relacionados, dentro del período inhabilitante, incurrió en la causal de inhabilidad consagrada en el numeral 3 del artículo 43 de la Ley 136 de 1994, sin que pueda predicarse excepción alguna por el hecho de que el expendio de combustible sea un servicio público por disposición del artículo 1º de la Ley 39 de 1987.

¹⁰ Folios 359 y 360, ibídem.

¹¹ Folio 361, ibídem.

¹² Folios 218, 222, 242, 245, 248, 254, 260, 279 y 281, ibídem.

En efecto, la obligación legal a que se refiere el artículo 10° de la Ley 80 de 1993, se predica de las personas “que contraten por obligación legal o lo hagan” **para usar los bienes o servicios que el Municipio, en este caso, ofrezca al público en condiciones comunes a quienes los soliciten**, servicio dentro de los cuales no se encuentra el suministro de combustible, por cuanto el mismo siempre es prestado por particulares.

Es cierto que por ser el suministro de combustible un servicio público, los establecimientos comerciales cuyo objeto gire en torno al mismo, están en la obligación de venderlo a quien lo necesite y solicite, pero también lo es que de ello no se deriva obligación legal alguna de contratar con el Municipio por tal circunstancia y ser el proveedor único en el ente territorial correspondiente, situación esta última que por demás no concurre en el sub lite, si se tiene en cuenta que en el Municipio de Pasca (Cundinamarca) existe otro establecimiento de comercio que presta dicho servicio, conforme lo afirmó el Alcalde de esa Municipalidad en la certificación allegada al proceso¹³.

Como ya se indicó, la Sala frente a asuntos similares, en los que como argumento central de defensa se aduce ser el proveedor único en el Municipio de dicho servicio, ha sostenido que tal aspecto no es causal eximente por no resultar constitutivo de fuerza mayor o caso fortuito, no guardar relación alguna con la libre determinación de postularse como candidato a un cargo de elección popular y por cuanto “no encaja en las excepciones que al respecto de este punto prevé el artículo 46 de la Ley 136 de 1994, que en lo pertinente la excepción a considerar es la del literal c) de aquél artículo, adicionado por el artículo 42 de la Ley 617 de 2000, consistente en **“Usar los bienes y servicios que las entidades oficiales**

¹³ Folios 406 a 408, ibídem.

de cualquier clase, las prestadoras de servicios públicos domiciliarios y de seguridad que ofrezcan al público, bajo condiciones comunes a todos los que lo soliciten...". (Negrillas fuera de texto).

Siendo ello así, y al estar demostrada en el proceso la causal de inhabilidad atribuida al demandado, la Sala revocará el fallo impugnado, para, en su lugar, decretar la pérdida de investidura solicitada, como en efecto se dispondrá en la parte resolutive de esta providencia.

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,

F A L L A:

REVÓCASE la sentencia apelada y, en su lugar, se dispone: **DECRÉTASE** la pérdida de la investidura del Concejal de Pasca (Cundinamarca) señor **HENRY MORA OTÁLORA**.

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

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE, COMUNÍQUESE Y CÚMPLASE.

Se deja constancia de que la anterior sentencia fue leída, discutida y aprobada por la Sala en la sesión del día 20 de junio de 2013.

MARCO ANTONIO VELILLA MORENO
Presidente

MARÍA ELIZABETH GARCÍA GONZÁLEZ

MARÍA CLAUDIA ROJAS LASSO

GUILLERMO VARGAS AYALA