

CONCEJAL – Pérdida de investidura por incompatibilidad. Artículo 127 de la Constitución Política / PERDIDA DE INVESTIDURA DE CONCEJAL – Incompatibilidad: celebración de contrato de suministro, como representante legal de una sociedad, con una entidad pública / INHABILIDAD E INCOMPATIBILIDAD – Diferencias

Existe, entonces, una relación armónica y complementaria entre el artículo 127 de la Carta Política y el artículo 45 de la Ley 136 de 1994, por lo que las disposiciones de la norma de carácter legal no pueden ser tenidas, de ninguna forma, como excepciones al artículo 127 de la Carta Política, tratándose, por ello, de una norma especial que no impide la aplicación, en sus demás ámbitos, de la disposición citada de la Carta Política. En esa medida, conforme se acreditó en el proceso, el demandante celebró, en representación de otro (la sociedad INVERSIONES BISVAR I.P.S. S.A.S.), un contrato con una entidad pública (el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar), mientras ostentaba la condición de concejal del municipio de San Jacinto (Bolívar), esto es, de servidor público, por lo que incurrió en la incompatibilidad prevista en el artículo 127 de la Carta Política y, en consecuencia, en la causal de pérdida de investidura prevista en el numeral 1º del artículo 48 de la Ley 617 de 2000, por violación del régimen de incompatibilidades.

NOTA DE RELATORIA: Ver sentencias C-558 de 1994, M.P. Carlos Gaviría Díaz, y C-194 de 1995 de la Corte Constitucional y del Consejo de Estado, Sección Primera, sentencia de 10 de marzo de 2005, Radicación 44001-23-31-000-2004-00056-01 (PI), C.P. Rafael Enrique Ostau de Lafont Pianeta

SINTESIS DEL CASO: El señor Julio Rafael Viana demandó la pérdida de investidura del concejal del municipio de San Jacinto (Bolívar), Ricardo Luis Jaspe Lentino, para el período constitucional 2012-2015, porque mientras ejercía el cargo de concejal celebró, como representante legal de la sociedad Inversiones BISVAR IPS S.A.S., un contrato de suministro con el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar. El Tribunal Administrativo de Bolívar negó las pretensiones de la demanda, decisión revocada por la Sala decretando, en su lugar, la pérdida de investidura del mencionado concejal.

FUENTE FORMAL: CONSTITUCION POLITICA – ARTICULO 127 NUMERAL 1 / CONSTITUCION POLITICA – ARTICULO 183 NUMERAL 1 / LEY 136 DE 1994 – ARTICULO 45 NUMERAL 1 / LEY 80 DE 1993 – ARTICULO 8 NUMERAL 1 LITERAL F

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCION PRIMERA

Consejero ponente: ROBERTO AUGUSTO SERRATO VALDÉS

Bogotá, D.C., veintiuno (21) de enero de dos mil dieciséis (2016)

Radicación número: 13001-23-33-000-2014-00333-01(PI)

Actor: JULIO RAFAEL VIANA ANILLO

Demandado: RICARDO LUIS JASPE LENTINO – CONCEJAL DEL MUNICIPIO DE SAN JACINTO - BOLIVAR

Referencia: MEDIO DE CONTROL DE PERDIDA DE INVESTIDURA

Procede la Sala a decidir el recurso de apelación interpuesto oportunamente por la parte demandante, en contra de la sentencia proferida por la Sala Plena del Tribunal Administrativo de Bolívar, el quince (15) de septiembre de dos mil catorce (2014), mediante la cual se negaron las pretensiones de la demanda de pérdida de investidura presentada en contra del señor **RICARDO LUÍS JASPE LENTINO**, concejal del municipio de San Jacinto (Bolívar) para el período 2012-2015.

1.- Antecedentes

1.1.- El señor **JULIO RAFAEL VIANA**, mediante escrito radicado el 14 de julio de 2014¹, solicitó la pérdida de la investidura que ostenta el señor **RICARDO LUÍS JASPE LENTINO**, como concejal del municipio de San Jacinto (Bolívar), para el período 2012-2015, por considerar que incurrió en las causales de pérdida de investidura previstas en los numerales 1° y 2° del artículo 48 de la Ley 617 de 2000, esto es, por violar el régimen de incompatibilidades previstos para dichos servidores públicos y la inasistencia, en un mismo período de sesiones, a 5 reuniones plenarios o de comisión en las que se voten proyectos de acuerdo.

1.2.- El demandante afirma que el concejal JASPE LENTINO celebró, como representante legal de la sociedad BISVAR IPS S.A.S., el Contrato No. 0481-2012 con el Instituto Colombiano del Bienestar Familiar y cuya ejecución "(...) fue el 27 de Agosto de 2012 (...)".

1.3.- Así mismo, la parte demandante denuncia que "(...) el concejal no asistió a más de 5 sesiones donde se votaron proyectos de acuerdo en el período constitucional para el cual fue elegido, como consta en las actas del concejo Municipal que anexo a la presente demanda (...)".

2.- Actuaciones de las personas vinculadas al proceso

¹ Fol. 1-3, Expediente.

El Tribunal Administrativo de Bolívar, mediante providencia del 17 de julio de 2014², admitió la solicitud de pérdida de investidura y ordenó la notificación de **RICARDO LUÍS JASPE LENTINO**, concejal del municipio de San Jacinto (Bolívar)³ y del agente del Ministerio Público⁴.

2.1.- Contestación de la demanda por parte de RICARDO LUÍS JASPE LENTINO, concejal del municipio de San Jacinto (Bolívar).

Notificado de la presente demanda de pérdida de investidura, el señor **RICARDO LUÍS JASPE LENTINO**, dentro de la oportunidad procesal correspondiente, procedió a contestarla solicitando que se negaran las pretensiones de la demanda, afirmando que “(...) *[N]unca he celebrado a título personal contratación alguna con el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, como lo menciona el accionante (...)*” y, así mismo, que “(...) *[E]s parcialmente cierto que el señor Jaspe Lentino dejó de asistir a varias sesiones del concejo municipal de San Jacinto Bolívar, no es cierto que en las cinco sesiones mencionadas se votaran proyectos de acuerdo (...)*”.

Frente a la acusación por la violación del régimen de incompatibilidades, el demandado resaltó que “(...) *Como quiera que dicha disposición⁵ prohíbe la contratación con el municipio en el que fue elegido como concejal, no se está incurrido en esta incompatibilidad toda vez que el contrato no es suscrito por el concejal ni fue suscrito en el Municipio (...)*” y, además, afirma que “(...) *No se encuentra probado en ningún aparte del expediente que el desarrollo del contrato de Inversiones Bisvar IPS SAS, su celebración, selección o ejecución haya afectado sus funciones como concejal en el municipio de San Jacinto (Bolívar) (...)*”.

Por otro lado, respecto del cargo por inasistencia a sesiones, el demandante afirma, en síntesis, que la misma es improcedente:

“(...) Primero: Porque no se cumple la disposición normativa de que sean necesarias cinco sesiones,

Segundo: Porque el mencionado acuerdo, no cumple las formalidades plenas para considerarse un acuerdo y no puede aplicarse por estar viciado,

² Fol. 150, Expediente.

³ Fol. 151 – 152, Expediente.

⁴ Fol. 189, Expediente.

⁵ Cita el numeral 1º del artículo 45 de la Ley 136 de 1994.

Tercero: Porque aún si el mencionado acuerdo cumpliera las reglas de procedimiento o de trámite, las citaciones al concejal no fueron hechas en debida forma como ordena la norma y el mismo acuerdo. (...)

3.- Los alegatos de conclusión en primera instancia

Realizada la audiencia pública de que trata el artículo 10 de la Ley 144 de 1994, el día 27 de agosto de 2014, las partes y el agente del Ministerio Público presentaron sus alegatos de conclusión en la siguiente forma:

3.1.- La parte demandante

Mediante apoderado judicial, la parte demandante solicita la pérdida de la investidura de RICARDO LUÍS JASPE LENTINO, como concejal del municipio de San Jacinto (Bolívar).

Resalta el actor que en el expediente reposa el contrato firmado entre el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar y el señor RICARDO LUÍS JASPE LENTINO, como representante legal de la sociedad INVERSIONES BISVAR IPS S.A.S, condición que se encuentra probada por el certificado expedido por la Cámara de Comercio de Barranquilla, “(...) cuando para la misma fecha y año, el señor RICARDO LUÍS JASPE LENTINO, ostenta la calidad de Concejal del Municipio de San Jacinto Bolívar (...)”, por lo que se encuentra acreditado que el demandante incurrió en la violación del régimen de incompatibilidades.

Por otro lado, afirma que “(...) en el expediente reposan varias actas y constancias expedidas por el presidente del (sic) dicho concejo municipal, donde consta que el Dr. RICARDO LUÍS JASPE LENTINO no asistía y que el mismo tampoco justificaba sus inasistencias, a dicha secciones (sic), convocadas por el concejo municipal de San Jacinto – Bolívar (...)”.

3.2.- La parte demandada

El demandado estima que del material probatorio que reposa en el expediente, no se encuentra probado que el concejal JASPE LENTINO “(...) hubiera gestionado ante el ICBF tal contrato (...) NO se colige que el demandado cuya elección como concejal se realizó (único hecho probado ciertamente) violó el régimen de incompatibilidad que

se le atribuye, respecto de quien no puede predicarse que sea él en sí mismo la sociedad, sino que tiene un vínculo ya superado con la misma (...)”.

Tampoco se encuentra acreditado que la celebración del contrato “(...) *hubiera sido objeto de decisión del Concejo Municipal de San Jacinto o del Municipio mismo, como para que pueda afirmarse que el Concejal demandado, en razón de su investidura hubiera obtenido un beneficio en razón de ello; amén de que la persona jurídica es diferente de las personas naturales que la integran o la representan (...)*”.

Frente a la causal de pérdida de investidura relacionada con la inasistencia a sesiones en las que se votaran proyectos de acuerdo, el concejal JASPE LENTINO reitera que “(...) *Primero: Porque no se cumple la disposición normativa de que sean necesarias cinco sesiones, (...) Segundo: Porque el mencionado acuerdo, no cumple las formalidades plenas para considerarse un acuerdo y no puede aplicarse por estar viciado, (...) Tercero: Porque aún si el mencionado cumpliera las reglas de procedimiento o de trámite, las citaciones al concejal no fueron hechas en debida forma como ordena la norma y el mismo acuerdo (...)*”.

3.3.- El agente del Ministerio Público

El Procurador 21 Judicial II Administrativo de Bolívar solicitó la pérdida de investidura con sustento en la violación del artículo 127 de la Carta Política.

4.- La sentencia de primera instancia

La Sala Plena del Tribunal Administrativo de Bolívar, mediante providencia del 15 de septiembre de 2014, denegó las pretensiones de la demanda.

Frente a la violación del régimen de inhabilidades e incompatibilidades, la Corporación de primera instancia consideró que no se encontraba configurada esta causal de pérdida de investidura, por las siguientes razones:

“(...) La celebración de contratos con entidades estatales, como hecho constitutivo de violación del régimen de inhabilidades e incompatibilidades y por ende, causal de pérdida de investidura de concejales, tal como se expuso en el marco jurídico y jurisprudencial, está regulado [en] la Ley 136 de 1994.

Como causal de configuración de inhabilidad, el artículo 44 de la mencionada ley, establece que no podrá ser inscrito como candidato ni elegido concejal, quien dentro del año anterior a la elección haya intervenido 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.

De lo que resultó probado en el proceso, se encuentra que el contrato celebrado con el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar en que intervino el Concejal demandado, en calidad de representante legal de Inversiones Bisvar Ltda., no se ejecutó ni cumplió en el Municipio de San Jacinto, pues en el mismo claramente se dispuso que los medicamentos se suministrarían en el Centro Zonal Carmen de Bolívar, lugar de ubicación de los hogares sustitutos.

En este sentido, no se configuran los presupuestos de la inhabilidad estudiada.

Respecto de la celebración de contratos, como hecho constitutivo de incompatibilidad, el artículo 45 de la Ley 136 de 1994 dispone que: 1) los concejales no podrán celebrar con las entidades públicas del respectivo municipio por sí o por interpuesta persona, contrato alguno, con las excepciones que esa misma ley establece; 2) 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; y 3) ser contratistas de empresas que presten servicios públicos domiciliarios o de seguridad social en el respectivo municipio.

Analizadas las pruebas aportadas, se observa que, el contrato No. 0481-2012 de fecha 3 de julio de 2012, fue celebrado con el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, establecimiento público descentralizado del orden nacional, desvirtuándose que se trata de una entidad pública del Municipio de San Jacinto o de una empresa que preste servicios públicos domiciliarios o de seguridad social en el mencionado ente territorial.

Así las cosas, no se reúnen las condiciones que acrediten una incompatibilidad del demandado en su calidad de Concejal del Municipio de San Jacinto.

Ahora bien, el artículo 127 de la Constitución establece la prohibición para los servidores públicos de celebrar, por sí o por interpuesta persona o en representación de otro, contrato alguno con entidades públicas o con personas privadas que manejen o administren recursos públicos, salvo las excepciones legales, y esta disposición fue reiterada en el artículo 8 numeral 1º literal f de la Ley 80 de 1993, que establece que son inhábiles para celebrar contratos con las entidades estatales los servidores públicos. No obstante, contrario a lo manifestado por el Ministerio Público, las mencionadas normas no acarrear como consecuencia de su incumplimiento la pérdida de investidura.

Como se ha sostenido reiteradamente, está demostrado que el señor Ricardo Jaspe Lentino, ostentando la calidad de Concejal del Municipio de San Jacinto y por ende de servidor público, celebró en condición de representante legal de una sociedad un contrato de suministro con una entidad estatal, como lo es el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar. Si bien lo anterior comporta una violación a una prohibición constitucional y legal, que acarrea consecuencias disciplinarias, no constituye una causal de pérdida de investidura, porque las mismas, dado su carácter sancionatorio, están sujetas de modo absoluto al principio de taxatividad o tipicidad y no es posible su aplicación extensiva o analógica. En consecuencia, no acogiendo el concepto del Ministerio Público, este cargo no prospera. (...)

Tampoco encontró que el demandado hubiera incurrido en la causal de pérdida de investidura prevista en el numeral 2º del artículo 48 de la Ley 617 de 2000, esto es, por la inasistencia en un mismo período de sesiones a 5 reuniones plenarios o de comisión en las que se hubieren votado proyectos de acuerdo, esgrimiendo para el efecto, los siguientes razonamientos:

“(...) Al analizar puntualmente el material probatorio aportado al caso bajo estudio, se pudo constatar que de las sesiones realizadas en el año 2012 cuyas actas se aportaron, a las cuales no asistió el demandado concejal Ricardo Luís Jaspe Lentino, solo en una se votó proyecto de acuerdo y fue la del 23 de noviembre de 2012 (15-16-AnexoV), por consiguiente se puede concluir que con relación a las sesiones realizadas en el año 2012 no se configura el supuesto para decretar la pérdida de investidura.

Con relación a las sesiones realizadas en el año 2013, se encontró conforme a las actas de ese año aportadas, que solo se votaron proyectos de acuerdo en las sesiones del 27 y 28 de febrero de ese año, concluyéndose entonces que con relación a las sesiones realizadas en el año 2013 tampoco hay lugar a decretar la pérdida de la investidura del demandado.

Finalmente de las sesiones realizadas en el año 2014, se encontró que solo se pueden verificar 4 sesiones en las cuales se han votado proyectos de acuerdo, estas son las sesiones de 19 de febrero (fl. 34-36 Anexo III), 20 de febrero (fl. 37-39 Anexo III), 21 de febrero (fl. 40-43 Anexo III), y 8 de marzo (fl. 51-55 Anexo III), sesiones a las cuales tampoco asistió el Concejal demandado, que si bien corresponden a 4 en un mismo período, no completan las 5 sesiones que contempla la ley para poder decretar la pérdida de investidura.

Así las cosas encuentra la Sala luego de analizar los períodos de sesiones realizados en las vigencias 2012, 2013 y 2014, a pesar que el concejal Ricardo Luís Jaspe Lentino faltó a la gran mayoría de las sesiones, no se configuraron los requisitos exigidos por el artículo 48 numeral 2 de la Ley 617 de 2000, para poder decretar

la pérdida de investidura por insistencia (sic) a 5 sesiones en un mismo período en las cuales se hubiesen votados proyectos de acuerdos, por consiguiente esta causal de pérdida de investidura no está llamada a prosperar (...)

6.- El recurso de apelación

Inconforme con la sentencia de primera instancia, la parte demandante, dentro de la oportunidad procesal correspondiente, presentó recurso de apelación con el fin de que se revoque dicha providencia judicial y, en su lugar, se despoje al demandado de su investidura, de acuerdo con los siguientes argumentos:

La parte demandante insiste en que se encuentra plenamente probada la violación del “(...) régimen de inhabilidades e incompatibilidades o del régimen del conflicto de interés (...)”, puesto que en el expediente, señala, reposa la prueba allegada por el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar consistente en el contrato firmado en el año 2012, entre dicho ente público y el señor RICARDO LUÍS JASPE LENTINO, en su condición de representante legal de la sociedad INVERSIONES BISVAR I.P.S. S.A.S., conforme lo acredita el certificado expedido por la Cámara de Comercio de Barranquilla, cuando “(...) para la misma fecha y año, el señor RICARDO LUÍS JASPE LENTINO, ostenta la calidad de Concejal del Municipio de San Jacinto Bolívar. (...)”.

Con sustento en los artículos 127 y 128 de la Carta Política, el artículo 19 de la Ley 4ª de 1992, los artículos 2º y 8º de la Ley 80 de 1993, el demandante afirma que “(...) De conformidad con lo anterior, puede inferirse que en su calidad de servidor público, se encuentra inhabilitado para suscribir un contrato de prestación de servicios con otra entidad pública y percibir una asignación más del erario público, salvo que se encuentre en alguna de las excepciones contempladas en el artículo 19 de la Ley 4 de 1992, anteriormente señaladas. (...)”.

7.- Los alegatos de conclusiones en segunda instancia

Mediante auto del 15 de octubre de 2015, el consejero instructor del proceso judicial dio traslado para que las partes presentaran sus alegatos de conclusiones y el Ministerio Público rindiera concepto de fondo. Las partes guardaron silencio.

Por el contrario, el Procurador Delegado para la Conciliación Administrativa presentó el Concepto No. 132 / 15 de 2 de diciembre de 2015, mediante el cual solicitó

confirmar la sentencia de primera instancia mediante la cual se negó la solicitud de pérdida de investidura del demandado, Ricardo Luís Jaspe Lentino. Para el efecto, el Ministerio Público estimó que:

“(...) En síntesis, esta agencia del Ministerio Público, estima que en primer lugar, la configuración en materia de la celebración del contrato en calidad de representante legal de la firma BISVAL IPS SAS, aunque estuvo debida[mente] comprobada, y contó con los elementos probatorios esenciales, conllevan a determinar que además de ejercer la acreditación como concejal, éste celebró un contrato con una entidad del Estado, en calidad de representación legal de una firma privada y en consecuencia, esta celebración no se realizó como concejal del municipio de San Jacinto y, además no se llevó a cabo en el mismo municipio ni se ejecutó con una entidad que perteneciera al mismo orden territorial, que condujera a establecer algún tipo de favorecimiento, que para el caso en concreto no se evidenció, por tal razón no encuentra mérito el Despacho para declarar una incompatibilidad del concejal que configure la pérdida de investidura por esta causal. (...)”

8.- Consideraciones de la Sala

8.1.- Procedibilidad de la acción de la acción de pérdida de investidura

En el expediente⁶ reposa copia del Acta No. 001 que da cuenta de la sesión del 1 de enero de 2012, en la cual se les tomó juramento a los concejales electos del municipio de San Jacinto (Bolívar), para el período 2012- 2015, dentro de los que se encuentra el ciudadano RICARDO LUÍS JASPE LENTINO.

Acreditado que el demandado ostenta la condición de concejal de aquel municipio, es sujeto pasivo de la presente acción de pérdida de investidura.

8.2.- Problema jurídico

Corresponde establecer a la Sala si el señor Ricardo Luís Jaspe incurrió en la causal de pérdida de investidura consistente en la violación del régimen de incompatibilidades previsto para los concejales, consagrada en el artículo 48 (numeral 1º) de la Ley 617 de 2000, toda vez que, en concepto del demandante, incurrió en las conductas previstas en los artículos 127 (numeral 1º) y 183 (numeral 1º) de la Constitución Política, en el artículo 45 (numeral 1º) de la Ley 136 de 1994 y el artículo 8 (numeral 1º, literal f) de la Ley 80 de 1993, al celebrar, como

⁶ Fol. 6-10

representante de la sociedad BISVAR IPS S.A.S., un contrato de suministro con el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, fungiendo para la misma época como concejal del municipio de San Jacinto (Bolívar).

8.3.- La causal de pérdida de investidura en que habría incurrido el demandado.

Conforme al recurso de apelación presentado por la parte demandante, se alega que el demandado incurrió en la causal de pérdida de investidura prevista en el numeral 1º del artículo 48 de la Ley 617 de 2000, esto es, la violación del régimen de incompatibilidades, que al tenor señala:

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

***1. Por violación del régimen de incompatibilidades** o del de conflicto de intereses. No existirá conflicto de intereses cuando se trate de considerar asuntos que afecten al concejal o diputado en igualdad de condiciones a las de la ciudadanía en general. (...)”*

Las incompatibilidades en las que presuntamente incurrió el demandado, conforme lo expresado por el demandante, son las señaladas en los artículos 127 (numeral 1º) y 183 (numeral 1º) de la Constitución Política, en el artículo 45 (numeral 1º) de la Ley 136 de 1994 y el artículo 8 (numeral 1º, literal f) de la Ley 80 de 1993, que al tenor señalan:

Artículos 127 (numeral 1º) y 183 (numeral 1º) de la Constitución Política

*“(...) **ARTICULO 127.** Los servidores públicos no podrán celebrar, por sí o por interpuesta persona, o en representación de otro, contrato alguno con entidades públicas o con personas privadas que manejen o administren recursos públicos, salvo las excepciones legales. (...)”*

*“(...) **ARTICULO 183.** Los congresistas perderán su investidura:*

1. Por violación del régimen de inhabilidades e incompatibilidades, o del régimen de conflicto de intereses. (...)”

Artículo 45 (numeral 1º) de la Ley 136 de 1994

*“(...) **ARTÍCULO 45. INCOMPATIBILIDADES.** Los concejales no podrán:*

1. <Artículo 3 de la Ley 177 de 1994 derogado por el artículo 96 de la Ley 617 de 2000>

Texto modificado por la Ley 177 de 1994:

1. Aceptar o desempeñar cargo alguno en la administración pública ni vincularse como trabajador oficial, so pena perder la investidura.

Tampoco podrán contratar con el respectivo municipio o distrito y sus entidades descentralizadas.

Texto original de la Ley 136 de 1994:

1. Aceptar o desempeñar cargo alguno en la administración pública, ni vincularse como trabajador oficial o contratista, so pena de perder la investidura. (...)”

Literal f), numeral 1º, artículo 8º de la Ley 80 de 1993

*“(...) **ARTÍCULO 8º. DE LAS INHABILIDADES E INCOMPATIBILIDADES PARA CONTRATAR.***

1º. <Aparte tachado derogado por el artículo 32 de la Ley 1150 de 2007> Son inhábiles para participar en licitaciones o concursos y para celebrar contratos con las entidades estatales:

(...)

f) Los servidores públicos. (...)”

La Sala debe señalar que en el recurso de apelación solo se cuestionó la decisión del Tribunal Administrativo de Bolívar relacionada con la violación del régimen de incompatibilidades y no hubo manifestación alguna en relación con la causal de pérdida de investidura “(...) 2. *Por la inasistencia en un mismo período de sesiones a cinco (5) reuniones plenarios o de comisión en las que se voten proyectos de ordenanza o acuerdo, según el caso (...)*”.

8.4. El caso concreto

Con ocasión del requerimiento formulado por el Tribunal Administrativo de Bolívar, el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar allegó “(...) *copia auténtica de los*

*documentos relacionados con las etapas precontractual, contractual y poscontractual del contrato 0481 de 2012. (...)*⁷.

A folios 243 – 247 del expediente, se encuentra el Contrato No. 0481-2012 de fecha de 3 de julio de 2012, correspondiente a la aceptación de la oferta presentada por el representante legal de INVERSIONES BISVAR IPS S.A.S., señor RICARDO LUÍS JASPE LENTINO, conforme al certificado de existencia y representación legal de la sociedad INVERSIONES BISVAR IPS S.A.S. de fecha “(...) 20120504 (...)” que reposa a folio 227 del expediente, cuyo objeto era “(...) *suministrar medicamentos y complementos nutricionales y fórmulas médicas para el Centro Zonal Carmen de Bolívar, para garantizar la buena salud de la NNA de hogares sustitutos (...)*”, contrato celebrado con el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, establecimiento público descentralizado conforme lo establece el artículo 19 de la Ley 7 de 1979⁸.

Probado está, entonces, que mientras ejercía el cargo de concejal del municipio de San Jacinto (Bolívar), celebró, como representante legal de la sociedad INVERSIONES BISVAR IPS S.A.S., un contrato de suministro con una entidad pública.

Conviene precisar que en el presente caso, se juzga si el demandante ha violado el régimen de incompatibilidades como causal de pérdida de investidura, por lo que no se entienden las referencias realizadas por el Tribunal Administrativo de Bolívar respecto del régimen de inhabilidades. Al respecto debe quedar clara la diferencia entre los conceptos de inhabilidad e incompatibilidad, conforme han sido expuestos por la jurisprudencia de la Corte Constitucional:

“(...) Así mismo, 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”⁹, y que las mismas pueden tener naturaleza sancionatoria, en materia penal, contravencional,

⁷ Fol. 197, Expediente.

⁸ Artículo 19. El Instituto Colombiano de Bienestar Familiar es un establecimiento público descentralizado, con personería jurídica, autonomía administrativa y patrimonio propio adscrito al Ministerio de Salud. Su domicilio legal será la ciudad de Bogotá y tendrá facultad para organizar dependencias en todo el territorio nacional.

⁹ Sentencia C-558 de 1994, M.P. Carlos Gaviria Díaz.

*disciplinaria, correccional y de punición por indignidad política; en los demás casos no tienen dicha naturaleza*¹⁰.

*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”*¹¹. (...)”¹².

Ahora bien, encuentra el demandante que el concejal demandado ha incurrido en la violación de distintas disposiciones legales que consagran, unas, prohibiciones a los concejales específicamente y, otras, prohibiciones en general para los servidores públicos.

Inicialmente debe señalarse que el numeral 1º del artículo 45 de la Ley 136 de 1994, que consagró las incompatibilidades de los concejales, fue modificada por la Ley 177 de 1994 y, posteriormente, fue derogada por el artículo 96 de la Ley 617 de 2000¹³, razón por la que no puede edificarse, con sustento en ella, la causal de pérdida de investidura por violación del régimen de incompatibilidades.

Sin embargo, a juicio de la Sala, y contrario a lo manifestado por el Tribunal Administrativo de Bolívar, el artículo 127 de la Carta Política consagra una incompatibilidad para los concejales, en la medida en que son servidores públicos¹⁴, consistente en la prohibición de **celebrar, por sí o por interpuesta**

¹⁰ C-348 de 2004, M. P. Jaime Córdoba Triviño.

¹¹ Sentencia C-181 de 1997, M.P. Fabio Morón Díaz.

¹² Sentencia C- 903 de 2008, M.P. Jaime Araujo Rentería.

¹³ **ARTICULO 96. VIGENCIA Y DEROGATORIAS.** La presente ley rige a partir de su promulgación y deroga los artículos: 17 de la Ley 3 de 1991; parágrafo 3o. del artículo 11 de la Ley 87 de 1993; el segundo inciso del parágrafo del artículo 97 de la Ley 99 de 1993; 57 de la Ley 101 de 1993; 96 y 106 del Decreto 1421 de 1993; la Ley 166 de 1994; **artículos 1o., 3o., 5o., 6o., 8o. y 11 de la Ley 177 de 1994**; el artículo 68 de la Ley 181 de 1995; 53 de la Ley 190 de 1995; los artículos 7o., 11, 12 y 13 de la Ley 330 de 1996; 23 de la Ley 397 de 1997 y las demás disposiciones que le sean contrarias. Se deroga lo establecido en el numeral 4o. del artículo 95 de la Ley 136 de 1994 y la expresión "quienes dentro de los seis meses anteriores a la fecha de la elección hayan sido empleados públicos o trabajadores oficiales, ni" del numeral 5o. del artículo 44 de la Ley 200 de 1995.

¹⁴ “(...) Los miembros de los Concejos Municipales, conforme al artículo 123 de la Carta Política, son servidores públicos al servicio del Estado y están sometidos a la Constitución, a la ley y a los reglamentos. (...)” Ver: CONSEJO DE ESTADO, SALA PLENA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, Consejero ponente: VICTOR HERNANDO ALVARADO ARDILA, Bogotá D. C., veintinueve (29) de septiembre de dos mil nueve (2009), Radicación número: 25000-23-15-000-2006-02002-01(IJ), Actor: ISABEL GARCIA BARON, Demandado: CONCEJAL DE BOGOTA.

persona, o en representación de otro, contrato alguno con entidades públicas, mientras ostenten tal condición, salvo las excepciones legales.

Así lo ha confirmado, inicialmente la Corte Constitucional, en la Sentencia C-194 de 1995, y posteriormente, esta Sala, en sentencia del 10 de marzo de 2005¹⁵.

La Corte Constitucional, en la citada sentencia, señaló:

(...) Las normas acusadas

a) **Concejales**

- Ha sido acusada la primera de las causas de incompatibilidad de los concejales, prevista en el artículo 45, numeral 1º, de la Ley 136 de 1994. En virtud de ella se impide a los miembros de los concejos municipales aceptar o desempeñar cualquier cargo en la administración pública y vincularse a ella como trabajadores oficiales o contratistas, so pena de perder la investidura.

En lo que respecta al desempeño de cargos, la constitucionalidad de la disposición resulta plenamente avalada por el artículo 312 de la Carta, que en su inciso final, refiriéndose precisamente a los concejales, expresa: "La aceptación de cualquier empleo público constituye falta absoluta".

Si bien es cierto la disposición constitucional mencionada no consagra la consecuencia de pérdida de la investidura para la señalada incompatibilidad, ello no implica discrepancia entre las dos normas, puesto que, al fin y al cabo, al perder la investidura se incurre en falta absoluta. Pero -lo más importante- es la propia Constitución, en su artículo 291, la que manifiesta sin que pueda darse lugar a dudas, que "los miembros de las corporaciones públicas de las entidades territoriales no podrán aceptar cargo alguno en la administración pública, y si lo hicieren perderán su investidura".

En cuanto a la celebración de contratos, la regla constitucional aplicable es la del artículo 127, inciso 1º, de la Carta, que cobija a los concejales como servidores públicos y que dice:

"ART. 127. Los servidores públicos no podrán celebrar, por sí o por interpuesta persona, o en representación de otro, contrato alguno, con entidades públicas o con personas privadas que manejen o administren recursos públicos, salvo las excepciones legales".

¹⁵ CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCIÓN PRIMERA, Consejero ponente: RAFAEL E. OSTAU DE LAFONT PIANETA, Bogotá D.C., Diez (10) de marzo del dos mil cinco (2005), Radicación número: 44001-23-31-000-2004-00056-01 (PI), Demandado: JULIA RAMONA DURÁN URBAEZ.

Por otra parte, es evidente que de ninguna manera se rompe el principio de igualdad respecto de los demás colombianos -como lo sostienen los impugnadores-, pues las incompatibilidades se tienen en razón del cargo que se desempeña, esto es, con motivo y por causa de una condición diferente a las de cualquier persona y a partir de las especiales responsabilidades que se asumen. La igualdad, en su genuino sentido -debe la Corte reiterarlo- no consiste en la ausencia de toda distinción respecto de situaciones disímiles, sino precisamente en el adecuado trato a los fenómenos que surgen en el seno de la sociedad, diferenciando las hipótesis que son iguales entre sí -las que exigen una misma respuesta de la ley y de la autoridad- de aquéllas que son diversas, pues respecto de éstas últimas la norma razonable no debe responder al igualitarismo ciego -lo que quebrantaría la igualdad- sino primordialmente al equilibrio que impone un trato divergente para circunstancias no coincidentes. (...)"

A su turno, esta Sala afirmó lo siguiente:

"(...) El artículo 127 del Estatuto Supremo establece ciertamente una incompatibilidad genérica para los servidores públicos, en el sentido de que por regla general no pueden celebrar contratos, por sí o por interpuesta persona, o en representación de otro, con entidades públicas o con personas privadas que manejen o administren recursos públicos. Las excepciones a esa regla deben ser señaladas por ley, lo que quiere decir que deben ser expresas, taxativas y precisas, como toda excepción, y por lo mismo requiere ser demostrada.

Quiere decir que quien pretenda encontrarse en una situación de excepción, no sólo debe alegarla, sino también demostrarla.

No hay lugar a discusión que los concejales tienen la calidad de servidores públicos, en tanto son miembros de una corporación administrativa territorial, y el artículo 123 de la Constitución Política los cataloga o define como tales al decir que "Son servidores públicos los miembros de las corporaciones públicas, los empleados y trabajadores del Estado y de sus entidades descentralizadas territorialmente y por servicios".

Así las cosas, en principio, o por regla general, los concejales, en tanto servidores públicos se encuentran cobijados por la incompatibilidad o prohibición establecida en el artículo 127 de la Constitución Política, salvo que exista norma especial para ellos que regule el punto y en ese orden los exceptúe de dicha regla, respecto de lo cual la demandada se remite a la Ley 136 de 1994, y de ella invoca el artículo 45, del cual deduce que la incompatibilidad se circunscribe al mismo municipio o distrito, o a sus entidades descentralizadas.

Para claridad del punto conviene traer la disposición pertinente de dicho artículo, así:

“ARTÍCULO 45. INCOMPATIBILIDADES. Los concejales no podrán:

(...)

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

(...)

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.

Significa lo anterior que se está ante una regulación especial, pero de ella no se deduce el señalamiento de excepción alguna frente a la regla general, y menos en el sentido de que sustrae de ésta a los concejales, pues ello no se dice de forma expresa, como debe ser, ni tampoco puede considerarse implícito, toda vez que no existe razón para que pese a su condición de servidores públicos se les exceptúe de dicha incompatibilidad general. De suerte que la norma transcrita no hace más que reiterarla respecto de los concejales en relación con el municipio en el que se desempeñan como tales, sin que se deba interpretar que excluye los demás ámbitos u órdenes territoriales de la Administración Pública. Por ello resulta armónica y complementaria con el artículo 127 de la Constitución Política.
(...)" (Resaltado y subrayado fuera de texto).

Existe, entonces, una relación armónica y complementaria entre el artículo 127 de la Carta Política y el artículo 45 de la Ley 136 de 1994, por lo que las disposiciones de la norma de carácter legal no pueden ser tenidas, de ninguna forma, como excepciones al artículo 127 de la Carta Política, tratándose, por ello, de una norma especial que no impide la aplicación, en sus demás ámbitos, de la disposición citada de la Carta Política.

En esa medida, conforme se acreditó en el proceso, el demandante celebró, en representación de otro (la sociedad INVERSIONES BISVAR I.P.S. S.A.S.), un contrato con una entidad pública (el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar), mientras ostentaba la condición de concejal del municipio de San Jacinto (Bolívar), esto es, de servidor público, por lo que incurrió en la incompatibilidad prevista en el artículo 127 de la Carta Política y, en consecuencia, en la causal de pérdida de investidura prevista en el numeral 1º del artículo 48 de la Ley 617 de 2000, por violación del régimen de incompatibilidades.

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

FALLA

PRIMERO: REVÓCASE la providencia de 15 de septiembre de 2014, proferida por el Tribunal Administrativo de Bolívar y, en su lugar, **DECRÉTESE** la pérdida de investidura del concejal del municipio de San Jacinto (Bolívar), **RICARDO LUÍS JASPE LENTINO**, por las razones expuestas en la parte motiva de este fallo.

SEGUNDO: Ejecutoriado este proveído, **DEVUÉLVASE** el expediente al Tribunal de origen.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE, COMUNÍQUESE Y CÚMPLASE,

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

MARÍA CLAUDIA ROJAS LASSO
Presidenta

MARÍA ELIZABETH GARCÍA GONZÁLEZ

ROBERTO AUGUSTO SERRATO VALDÉS

GUILLERMO VARGAS AYALA