

CONCEJAL - Pérdida de investidura / PERDIDA DE LA INVESTIDURA DE CONCEJAL - Por violación al régimen de incompatibilidades. Artículo 45.4 Ley 136 de 1994. Supuestos

La causal en que se fundamenta la demanda es la de violación al régimen de incompatibilidades, por cuanto el demandado durante el tiempo que ha ejercido como Concejal del Municipio de El Colegio, se ha desempeñado simultáneamente como revisor fiscal de la Cooperativa Integral de Transporte de El Colegio (Cundinamarca) "COINTRANSCOL LTDA.", empresa que es contratista del citado Municipio, por lo cual se configura la causal de pérdida de investidura prevista en el numeral 4 del artículo 45 de la Ley 136 de 2 de junio de 1994, que es del siguiente tenor: "Artículo 45.- Incompatibilidades. Los concejales no podrán: ... 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." De acuerdo con la disposición anterior para que se configure dicha causal, deben concurrir los siguientes supuestos: (i) celebrar contratos o realizar gestiones con personas naturales o personas jurídicas de derecho privado, (ii) que dichas personas administren, manejen o inviertan fondos públicos procedentes del respectivo Municipio o sean contratistas del mismo Municipio o reciban donaciones de éste.

FUENTE FORMAL: LEY 136 DE 1994 – ARTICULO 45.4

CONCEJAL - Pérdida de investidura / PERDIDA DE LA INVESTIDURA DE CONCEJAL - Por violación al régimen de incompatibilidades. Artículo 45.4 Ley 136 de 1994 / PERDIDA DE LA INVESTIDURA DE CONCEJAL - Al comprobarse que de manera simultánea sirve como revisor fiscal de una cooperativa de transporte que es contratista del municipio

Resulta evidente que en el caso sub examine se configuró la violación al régimen de incompatibilidades. En efecto, el señor Bernardo Gamboa Prieto, fue elegido Concejal del Municipio de El Colegio (Cundinamarca) para el período 2008-2011 y funge como tal; de manera simultánea se desempeña como revisor fiscal de la Cooperativa de Transporte "COINTRANSCOL LTDA.", siendo designado por el Consejo de Administración de aquélla, por delegación que le hiciera la Asamblea General Ordinaria de 28 de marzo de 2008, y como honorarios, recibe la suma de \$210.000.00, conforme consta en el Oficio de 21 de septiembre de 2010 y en los comprobantes de caja allegados al proceso y la mencionada Cooperativa es contratista del citado ente territorial, de acuerdo con los contratos obrantes a folios 116 a 162. En este orden de ideas, concurren los supuestos que exige la causal de pérdida de investidura invocada, esto es, la prevista en el numeral 4 de la Ley 136 de 2 de junio de 1994, pues, como quedó visto, el demandado es Concejal del Municipio de El Colegio (período 2007-2011), quien de manera simultánea sirve como revisor fiscal de COINTRANSCOL LTDA., persona jurídica de derecho privado, Cooperativa de Transporte ésta que es contratista del citado Municipio. Cabe señalar que de acuerdo con el artículo 204 del Código de Comercio el revisor fiscal es elegido por la Asamblea o Junta de Socios de la empresa, que para el caso sub examine, como ya se indicó, el Concejal demandado fue designado por el Consejo de Administración de COINTRANSCOL LTDA., por delegación que le hiciera la Asamblea General Ordinaria de 28 de marzo de 2008, y como honorarios recibe la suma de \$210.000.00, previo estudio de la oferta de servicios profesionales presentada por aquél, lo cual está acreditado en el proceso, lo que pone de manifiesto la existencia de un contrato de prestación de servicios profesionales, independientemente de que no obre por escrito (...) Al

estar demostrado el vínculo contractual del Concejal demandado con la Cooperativa de Transporte COINTRANSCOL LTDA., persona jurídica de derecho privado, que a su vez es contratista del Municipio de El Colegio, forzoso es concluir que incurrió en la causal de inhabilidad consagrada en artículo 45, numeral 4, de la Ley 136 de 1994, independientemente de que su intención no hubiera sido la de colocarse en tal situación.

FUENTE FORMAL: LEY 136 DE 1994 – ARTICULO 45.4

CONCEJAL - Pérdida de investidura por violación al régimen de incompatibilidades / PERDIDA DE LA INVESTIDURA DE CONCEJAL - Al ejercer como revisor fiscal de una persona jurídica de derecho privado contratista del municipio / ARTICULO 41 LEY 617 DE 2000 - Alcance / CONCEJALES - Límites al ejercicio de su profesión u oficio

En relación con el artículo 41 de la Ley 617 de 6 de octubre de 2000, que adicionó el artículo 45 de la Ley 136 de 2 de junio de 1994, que consagró también como incompatibilidad de los Concejales la de “Ser representantes legales, miembros de juntas o consejos directivos, auditores o revisores fiscales, empleados o contratistas de empresas que presten servicios públicos domiciliarios o de seguridad social en el respectivo municipio”, cabe señalar lo siguiente: Como bien lo dice la parte demandada, en esta causal la incompatibilidad se predica sólo de los Concejales que sean contratistas y empleados de las empresas de servicios públicos domiciliarios y de seguridad social que prestan servicios en el Municipio, mas no respecto de otras empresas públicas o privadas. Así también lo consideró la Corte Constitucional al estudiar la exequibilidad de dicha disposición cuando señala que “los concejales conservan la posibilidad de trabajar en cualquier otra empresa privada que no sea de la categoría de las cobijadas por la incompatibilidad, o de contratar con ellas, o de ejercer cualquier profesión u oficio independiente”. Siendo ello así, podría pensarse entonces que el Concejal demandado no estaría incurso en la causal endilgada, dado que la empresa en la que se desempeña como revisor fiscal -COINTRANSCOL LTDA.-, es una persona jurídica de derecho privado. Empero, estima la Sala, que tal situación no concurre en este caso dado que la persona jurídica de derecho privado en la que el Concejal ejerce como revisor fiscal, es contratista del Municipio de El Colegio, conforme consta en los contratos allegados al expediente. Precisamente, lo que prohíbe la causal invocada es contratar con empresas, cualquiera sea su objeto social, que a su vez sean contratistas del Municipio donde el Concejal funge como tal, por lo que resulta irrelevante, como lo manifestó el Ministerio Público, si como revisor fiscal defiende un interés público o el interés de la empresa privada. Interpretación que de ninguna manera se puede considerar extensiva, dado que la Ley 617 de 6 de octubre de 2000, en vez de restringir, amplió el ámbito de incompatibilidad de los Diputados y Concejales, al adicionar el artículo 45 de la Ley 136 de 2 de junio de 1994, fortaleciendo dicho régimen, en aras de lograr la moralidad, transparencia e imparcialidad en el ejercicio de tales cargos, criterio sostenido por esta Corporación y la Corte Constitucional. Cabe precisar que si bien es cierto que el artículo 8° de la Ley 1368 de 2009, “Por medio de la cual se reforman los artículos 66 y 67 de la Ley 136 de 1994 y se dictan otras disposiciones”, dispone que los Concejales podrán ejercer su profesión u oficio, también lo es que la misma disposición limita su ejercicio cuando señala, “siempre y cuando con ello no se interfieran las funciones que ejercen como tales, ni se trate de asuntos en los cuales el municipio o sus entidades descentralizadas sean parte”.

FUENTE FORMAL: LEY 617 DE 2000 – ARTICULO 41 / LEY 1368 DE 2009 – ARTICULO 8 / LEY 136 DE 1994 – ARTICULO 45.4

NOTA DE RELATORIA: Se citan las sentencias de la Corte Constitucional C-179 de 2005, M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra y del Consejo de Estado, Sala Plena, del 23 de julio de 2002, Radicado 2001-0183-01(IJ-024), M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo.

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCION PRIMERA

Consejera ponente: MARIA ELIZABETH GARCIA GONZALEZ

Bogotá, D.C., cuatro (4) de agosto de dos mil once (2011)

Radicación número: 25000-23-31-000-2010-02331-01(PI)

Actor: GILBERTO MORENO VARGAS

Demandado: BERNARDO GAMBOA PRIETO

Referencia: APELACION SENTENCIA. PERDIDA DE INVESTIDURA

Se decide el recurso de apelación oportunamente interpuesto por el apoderado del demandado contra la sentencia de 8 de noviembre de 2010, proferida por la Sala Plena del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, por medio de la cual decretó la pérdida de la investidura del Concejal del Municipio de El Colegio (Cundinamarca), señor **BERNARDO GAMBOA PRIETO**.

I-. ANTECEDENTES.

I.1-. El ciudadano **GILBERTO MORENO VARGAS**, a través de apoderado, presentó demanda ante el Tribunal Administrativo de Cundinamarca tendiente a que, mediante sentencia, se dispusiera la Pérdida de la Investidura de Concejal del Municipio de El Colegio (Cundinamarca) señor **BERNARDO GAMBOA**

PRIETO, elegido para el período constitucional comprendido entre el 1º de enero de 2008 y el 31 de diciembre de 2011.

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

1º: Que el demandado durante el tiempo que ha ejercido como Concejal, se ha desempeñado simultáneamente como revisor fiscal de la Cooperativa Integral de Transporte de El Colegio (Cundinamarca) "**COINTRANSCOL LTDA.**", empresa que es contratista del citado Municipio.

2º: Agrega que el Concejal demandado al tener contrato de honorarios como revisor fiscal de **COINTRANSCOL LTDA.**, está incurso en la causal de incompatibilidad señalada en el numeral 4 del artículo 45 de la Ley 136 de 1994, que establece que los Concejales no podrán: "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".

3º: A juicio del actor, tales presupuestos se configuran en el caso bajo examen, dado que en el informe de gestión correspondiente al año 2008, presentado en marzo de 2009, ante la Asamblea General de **COINTRANSCOL LTDA.** aparece un acápite rotulado como "INFORME DEL REVISOR FISCAL", el cual está suscrito por el señor **BERNARDO GAMBOA PRIETO**, lo que pone de manifiesto que el citado Concejal desde el año 2008, **tiene un contrato** de honorarios con dicha Cooperativa, por el cual recibe en cada período una remuneración, lo que le da la calidad de contratista, afirmación que encuentra respaldo en el inciso segundo del artículo 164 de los Estatutos de aquella, que establece que "El

Revisor Fiscal debe ser Contador Público titulado, con matrícula vigente elegido por la Asamblea General, para un período de un año, quien firmará contrato por honorarios cada período” y en el Balance General Comparativo, en el que textualmente se lee: “GASTOS ADMINISTRATIVOS: ... HONORARIOS REVISOR FISCAL. Ejecutado año 2007 \$1.440.000.00 pesos Año 2008. Ejecutado \$2.004.954 pesos, y año 2009 Presupuestados \$2.871.197 pesos...”.

4º: Aduce que **COINTRANSCOL LTDA.** es una persona jurídica de derecho privado, conforme consta en el certificado de existencia y representación legal expedido por la Cámara de Comercio de Girardot el 26 de julio de 2010 y que es contratista del Municipio de El Colegio (Cundinamarca), de acuerdo con los contratos que se aportaron al proceso núm. 2009-01495-01, que se adelantó en la Sección Primera del Consejo de Estado, los que solicitó incorporar al expediente de la referencia como prueba trasladada.

5º: Por lo anterior, estima que el señor **BERNARDO GAMBOA PRIETO** violó el régimen de incompatibilidades previsto para los Concejales por la Ley 136 de 1994, en su artículo 45, numeral 4, adicionado por el artículo 41 de la Ley 617 de 2000, al contratar sus servicios profesionales de Contador para fungir como revisor fiscal con una persona jurídica de derecho privado, que a su vez es contratista del Municipio de El Colegio, entidad territorial de la cual es Concejal desde el 1o. de enero de 2008.

1.3- El demandado, a través de apoderado, se opuso a la prosperidad de las pretensiones de la demanda, aduciendo al efecto, principalmente, que es cierto que se desempeña como Concejal Municipal de El Colegio (Cundinamarca) desde el 1o. de enero de 2008 y que en su calidad de Contador Público, fue designado revisor fiscal por parte del Consejo de Administración de **COINTRANSCOL**

LTDA., el 2 de julio de 2008, sin que en momento alguno haya celebrado contrato de honorarios con aquélla.

Agrega que los Concejales no son empleados públicos, por lo que nada impide que puedan simultáneamente ejercer su profesión u oficio y por ello recibir la remuneración o pago proveniente de particulares, así como percibir honorarios por su actuación en las sesiones del Concejo.

Indica que tanto la Jurisprudencia del Consejo de Estado como la Doctrina, han sido unánimes en señalar que las causales de pérdida de investidura son sólo aquellas que de manera taxativa se encuentran consagradas en la Constitución Política; y que por ello su interpretación es restrictiva, por lo que no cabe la interpretación extensiva o analógica, de manera que no es posible asimilar con un mismo significado la celebración de contratos, de que trata el artículo 45, numeral 4, de la Ley 136 de 1994, con el ejercicio profesional, que hace cualquier persona dentro del ámbito de lo privado.

Sostiene que con las pruebas allegadas con la demanda no se demostró que hubiese celebrado contrato con la referida Cooperativa de Transporte, celebración esta que debe ser probada para que se configure la incompatibilidad deprecada, lo cual no ocurrió en el caso bajo examen.

Reitera que por el hecho de que atienda a la referida Cooperativa en tareas independientes, autónomas y libres de revisoría fiscal, sin celebrarse contrato alguno entre las partes y por cuyo desarrollo percibe una suma de \$200.000.00, aproximadamente, no permite configurar la incompatibilidad alegada, máxime si por mandato legal está prohibida la interpretación extensiva de dicho régimen.

Señala que, además, en parte alguna está demostrado que por cuenta de ese servicio profesional prestado a la mencionada empresa, ésta haya tenido algún privilegio o trato excepcional en sus relaciones comerciales con el ente municipal, y tampoco está acreditada su intervención a favor de ella ante el mismo Municipio.

Finaliza diciendo que estando desvirtuado el concepto de incompatibilidad, cuyo alcance corresponde a la celebración de contratos y no con el ejercicio de ocupaciones simultáneas, forzoso es concluir que esta última realidad eventualmente puede llegar a ser entendida como una prohibición, pero no una incompatibilidad propiamente dicha.

II.- LA SENTENCIA RECURRIDA.

El a quo decretó la pérdida de investidura, argumentando para ello, en síntesis, lo siguiente:

Señaló que para el caso del revisor fiscal el Código de Comercio y la Ley 43 de 1990, prevén una serie de disposiciones de orden público, que le confieren un estatuto sui generis o especial sujeto a las siguientes reglas especiales: “1.- Su elección la hace la Asamblea o la Junta de Socios (artículo 204 del Código de Comercio); 2.- Sólo puede ser removido por la Asamblea de la Junta de Socios (artículos 206 del C. Co.); 3.- Su designación es obligatoria en ciertas sociedades comerciales (artículo 203 del C. Co. y 13 de la Ley 43 de 1990); 4.- Sus funciones son establecidas por la ley y los estatutos de la sociedad (artículo 207 del C. Co.); 5.- Con sus informes y dictámenes ejerce la fe pública (artículo 208 del C. Co. y artículo 10 de la Ley 43 de 1990); 6.- Es un órgano de control externo de la sociedad, pero no está obligado al secreto profesional del contador o auditor

interno (numeral 2 del artículo 214 del C. de P.C.); 7.- Está sometido a una serie de inhabilidades, incompatibilidades y prohibiciones especiales (artículos 48 al 51 de la Ley 43 de 1990); y 8.- Su remuneración debe ser acordada con el usuario y proporcional a la complejidad de su trabajo (artículo 46 de la Ley 43 de 1990)".

Por lo anterior, no compartió la opinión de la parte demandada consistente en que el revisor fiscal está en una situación legal y reglamentaria similar a las de los empleados públicos, por cuanto en el caso de éstos su nombramiento, funciones y remuneración está en un todo determinados por la Ley y el reglamento, mientras que en el caso del revisor fiscal, la ley determina su nombramiento, funciones, prohibiciones, mas no su remuneración, la cual necesariamente debe hacerse por convenio entre el Contador y el usuario, de conformidad con el artículo 46 de la Ley 43 de 1990.

Agregó que si bien está de acuerdo con la tesis de la defensa en el sentido de que las causales de pérdida de investidura deben ser taxativas e interpretadas en forma restrictiva, la expresión "**celebrar contratos**", contenida en el numeral 4 del artículo 45 de la Ley 136 de 1994, no puede interpretarse como lo considera el apoderado del demandado en el sentido de que la celebración del contrato debe constar en documento escrito, dado que el artículo 1495 del C.C. lo define como un acto por el cual una parte se obliga para con la otra a dar, hacer o no hacer alguna cosa; y la forma de su celebración puede ser real (se perfecciona con la tradición de la cosa – contrato de prenda), solemne (con la observancia de ciertas formalidades especiales – contrato de hipoteca) o consensual (se perfecciona por el sólo consentimiento), conforme lo prescribe el artículo 1500, ibídem.

Resaltó que por regla general, en derecho privado, los contratos son consensuales y sólo por excepción, son solemnes o reales cuando expresamente lo ha previsto así la ley.

Que la prestación de servicios técnicos o científicos, como el prestado por el revisor fiscal, constituye lo que el Código Civil denomina como “contrato de arrendamiento de servicios inmateriales” en el artículo 2064 del C.C., y es conocido por la Doctrina como “contrato de prestación de servicios civiles”, que se configura cuando la persona natural que los presta, no actúa bajo subordinación o dependencia del contratante, pero si la hay, se convierte en un contrato de trabajo o relación laboral (artículo 22 del C.S.T.); que es consensual, de suerte que existe contrato cuando las partes se ponen de acuerdo en cuanto a los elementos esenciales del mismo (artículo 1515 del C.C.), y se dan los cuatro elementos necesarios para el nacimiento de una obligación convencional, señalados en el artículo 1502 del C.C., a saber: capacidad, consentimiento libre de vicios, objeto y causa lícita.

Afirmó que de acuerdo con el material probatorio obrante en el expediente está demostrado que la Cooperativa de Transporte **COINTRANSCOL LTDA.**, es contratista del Municipio de El Colegio y que existe un acuerdo de voluntades para que el demandado ejerza las funciones de revisor fiscal de la mencionada Cooperativa, y los honorarios que percibe por valor de \$210.000.00 mensuales, conforme consta en las copias de los comprobantes de pago efectuados, visibles a folios 98 a 110 del cuaderno núm. 1, constituyen remuneración, producto de una oferta hecha por aquél, la cual fue aceptada por el Consejo de Administración de la Cooperativa, por lo que se configuran los elementos esenciales para que exista un contrato de prestación de servicios civiles o arrendamiento de servicios

inmateriales, de que trata el artículo 2064 del C.C., lo que pone de manifiesto el mencionado contrato verbal o consensual.

Indicó que el hecho de que la suma que percibe el demandado por la prestación de sus servicios como revisor fiscal sea exigua, no enerva la causal ni desvirtúa la existencia del contrato de prestación de servicios, pues de todas maneras recibe honorarios por el ejercicio de su profesión, que aunque sea liberal, está mediada por un contrato; y que en el hipotético caso en que se aceptare que no hubo una relación contractual, el señor **BERNARDO GAMBOA PRIETO**, en su calidad de revisor fiscal de **COINTRANSCOL LTDA.**, sí tiene la función de avalar los documentos contables de la empresa, lo que implica gestionar los asuntos de la misma, pues frente a terceros la empresa acredita su solvencia económica con los estados financieros certificados por el revisor fiscal.

Sostuvo que la conducta del Concejal **BERNARDO GAMBOA PRIETO**, de ofrecer y aceptar prestar sus servicios como revisor fiscal a la Cooperativa **COINTRANSCOL LTDA.**, contratista del Municipio de El Colegio, además de configurar la causal de pérdida de investidura aludida, es una conducta culpable, en la medida en que antes de ofrecer sus servicios como Contador, ha debido verificar que dicha Cooperativa no fuera sociedad contratista del Municipio, omisión que constituye una negligencia o falta de cuidado en la que no hubiera incurrido un servidor público diligente, de conformidad con el artículo 63 del C.C., y en razón a que nadie puede alegar a su favor la ignorancia de la ley, y en especial, en su condición de Concejal, está en la obligación de conocer el régimen de incompatibilidades de su cargo, de conformidad con el artículo 9°, ibídem.

Por último, adujo que aún cuando las circunstancias particulares del caso y en especial el hecho de que el Concejal demandado es el único Contador domiciliado

en el citado Municipio y que la Cooperativa es la única empresa de transporte habilitada en el mismo, podrían hacer pensar que en equidad, se justificaba la conducta del Concejal **GAMBOA PRIETO**, la Ley no previó dichas circunstancias como eximentes de responsabilidad, razón por la cual, se debe aplicar la sanción prevista por la ley, pues los jueces están sometidos al imperio de la Ley, de conformidad con el artículo 230 Constitucional, y sólo puede aplicar criterios de equidad natural, en casos dudosos y cuando no exista ley exactamente aplicable al caso, de acuerdo con los artículos 5° y 8° de la Ley 153 de 1887.

III-. FUNDAMENTOS DEL RECURSO.

El demandado sustentó la impugnación en los argumentos expuestos en los salvamentos de voto de que fue objeto la decisión de primera instancia, en los que, según aquél, se consideró que en el fallo apelado se hizo una interpretación extensiva del artículo 45 de la Ley 136 de 1994, adicionado por el artículo 41 de la Ley 617 de 2000.

Al efecto sostuvo que el Tribunal omitió tener presente que el catálogo de incompatibilidades previsto en el artículo 45 de la Ley 136 de 1994, fue adicionado por el artículo 41 de la Ley 617 de 2000, cuyo numeral 5 quedó así: “Ser representantes legales, miembros de juntas o consejos directivos, auditores o revisores fiscales, empleados o contratistas de empresas que presten servicios públicos domiciliarios o de seguridad social en el respectivo municipio”.

De lo anterior, coligió que frente al ejercicio como revisores fiscales, a los Concejales les está prohibido expresamente, serlo de empresas que presten servicios públicos domiciliarios o de seguridad social en el respectivo Municipio,

pero no por ello, puede interpretarse que tampoco lo puedan ser de cualquier otra empresa, por lo que, a su juicio, no es dable aplicar al asunto bajo examen la causal prevista en el numeral 4 del citado artículo 45 de la Ley 136 de 1994, situación acorde con lo expresado por la Corte Constitucional en sentencia C-179 de 2005, cuando señaló que “Por tal razón, no es la misma la situación de los concejales frente a este tipo de empresas de seguridad social o de servicios públicos domiciliarios, que frente a las de otro tipo...”.

Adicionalmente, anotó que por Ley posterior, esto es, la 1368 de 2009, modificatoria de la Ley 136 de 1994, se habilitó a los Concejales para que ejerzan su profesión u oficio, pues en su artículo 8°, dispuso que “los Concejales podrán ejercer su profesión u oficio, siempre y cuando con ello no se interfieran las funciones que ejercen como tales, ni se trate de asuntos en los cuales el municipio o sus entidades descentralizadas sean parte”.

Añadió que dentro del proceso no existe prueba alguna tendiente a demostrar que su ejercicio profesional en relación con la mencionada revisoría fiscal, objeto de examen, generó algún tipo de interferencia con sus funciones públicas como Concejal Municipal, ni tampoco que esa labor tuviera relación con asuntos en que el Municipio era parte, máxime cuando es claro que las tareas cumplidas por el revisor fiscal, conforme a la ley, son absolutamente independientes y autónomas frente a la empresa materia de la revisoría y a quien le está vedado intervenir en cualquiera de las decisiones tomadas por la empresa.

Señaló que el a quo hizo descansar su decisión en el hecho de que su ejercicio como revisor fiscal de la Cooperativa **COINTRANSCOL LTDA.**, estaba mediado por la celebración de un contrato, y que así se configuraba la incompatibilidad prevista en el numeral 4 del artículo 45 de la Ley 136 de 2 de junio de 1994, al

estar demostrado que la citada Cooperativa a su vez era contratista del Municipio de El Colegio.

Que como quiera que no obra dentro del expediente prueba de la celebración del contrato entre él y la referida Cooperativa, el a quo concluyó que se trataba de un contrato verbal o consensual (el que no requiere que conste por escrito), creado por “el acuerdo de voluntades para que el señor Gamboa Prieto ejerciera las funciones de revisor fiscal por unos honorarios de \$210.000.00, por lo que se configuran los elementos esenciales para que exista contrato de prestación servicios civiles...”, no obstante que a folio 18 de la sentencia, indicó que no se allegó contrato escrito referido, puesto que el Gerente de la Cooperativa certificó que entre “... el señor Bernardo Gamboa y esta empresa no existe dependencia laboral, contrato de trabajo ni relación legal o reglamentaria de carácter laboral o contractual. Como profesional externo, autónomo e independiente ejerce dicha revisoría fiscal...”.

Reiteró que por su naturaleza, la revisoría fiscal se enmarca dentro de los procesos de control y supervisión interna de las empresas, de manera que quien la ejerce no representa ni a los socios ni a la sociedad como tal, sino que sus funciones se proyectan en una dimensión mucho más amplia, conforme lo precisó la Corte Constitucional en sentencias C-780 de 2001 y C-621 de 2003, en las que se ha reconocido la importancia de asegurar al revisor fiscal la suficiente autonomía e independencia a efecto de permitirle cumplir con transparencia y objetividad de sus tareas, considerando prudente que aquél no haga parte de la planta de personal, precisamente para garantizarle su independencia mental en todo lo relacionado con su trabajo, para asegurar la imparcialidad y objetividad de sus juicios, como lo consagra el artículo 7° de la Ley 43 de 1990.

Agregó que la revisoría fiscal se asimila a un órgano de fiscalización que, en interés de la comunidad, analiza los estados financieros y evalúa sistemáticamente los componentes y elementos que integran el control contable de una empresa y por ello, una de las características del revisor fiscal es la independencia de acción, entendida como el criterio personal basado en normas legales, en la conciencia social y en la capacidad personal, lo que permite que su ejercicio puede estar o no mediado por un contrato, o entendido como el ejercicio autónomo e independiente del Contador como profesional liberal, y por lo cual percibe unos honorarios, sin que por esto último pueda colegirse que sólo puede ser posible a través de un contrato consensual de carácter civil, como lo consideró el a quo.

Adujo que el Tribunal de manera oficiosa amplió la causal de pérdida de investidura alegada por el demandante, al sostener que en el hipotético caso en que se aceptare que no hubo una relación contractual, el “señor Bernardo Gamboa Prieto, en su calidad de revisor fiscal de COINTRANSCOL LTDA., sí tiene la función de avalar los documentos contables de la empresa, lo que implica gestionar los asuntos de la misma, pues frente a terceros la empresa acredita su solvencia económica con los estados financieros certificados por el revisor fiscal”, para dar a entender que por esa presunta “gestión” también se materializa la pérdida de investidura, con lo cual se violó el principio de justicia rogada, porque se fundó en un aparte de la norma que no había invocado el actor en el proceso de pérdida de investidura, y sobre la cual la parte demandada no tuvo oportunidad alguna para desvirtuarla.

Concluyó diciendo que no es cierto que el revisor fiscal tiene la función de avalar los documentos contables de la empresa, como se afirma en la sentencia, por cuanto el artículo 37 de la Ley 222 de 1995, derogó tácitamente el artículo 290 del

C. de Co. que exigía la firma del revisor fiscal, si lo hubiere, como formalidad para los estados financieros certificados.

IV-. ALEGATO DEL MINISTERIO PÚBLICO.

El señor Procurador Primero Delegado en lo Contencioso Administrativo ante esta Corporación, en su vista de fondo, se muestra partidario de que se confirme la sentencia apelada, en síntesis, por cuanto se configura la causal de pérdida de investidura alegada, dado que está demostrado:

.- La elección del señor **BERNARDO GAMBOA PRIETO** como Concejal del Municipio de El Colegio (Cundinamarca) para el período constitucional 2008-2011.

.- Que el citado Concejal fue elegido revisor fiscal por el Consejo de Administración de **COINTRANSCOL LTDA.**, por delegación que le hiciera la Asamblea General Ordinaria del 28 de marzo de 2008; que funge como tal de acuerdo con el certificado de existencia y representación legal de aquella, en la cual se cita como revisor fiscal al demandado, así como con las copias de revisoría fiscal por él presentados, correspondientes a los años 2008-2009, de donde colige que suscribió contrato de prestación de servicios profesionales como revisor fiscal con la Cooperativa de Transportes **COINTRANSCOL LTDA.**, empresa privada, la que a su vez es contratista del Municipio de El Colegio.

Agrega que no ofrece duda alguna que la causal por la que procede la pérdida de investidura es la prevista en el numeral 4 del artículo 45 de la Ley 136 de 1994, cuyos supuestos normativos son los de “celebrar contratos” con “personas naturales o jurídicas de derecho privado” y que a su vez sean “contratistas del

mismo municipio”, que no corresponden a los señalados en los numerales 1 y 5 de la misma disposición.

Considera que no es válida la afirmación hecha por el a quo, en cuanto a que de no aceptarse que existió una relación contractual, entre el señor **BERNARDO GAMBOA PRIETO**, y la empresa **COINTRANSCOL LTDA.**, resultaba predicable afirmar que tenía la función de avalar documentos contables, con lo cual realizó “gestión de negocios”, argumento que, a su juicio, resulta contradictoria y carente de fundamento frente a la causal alegada, como se afirmó en la aclaración de voto de que fue objeto la sentencia apelada.

Sostuvo que si bien el demandado no tiene la condición de contratista del Municipio de El Colegio, éste no es el supuesto de la norma que consagra la incompatibilidad endilgada, según la cual ésta procede por el hecho de ser contratista de una empresa que a su vez lo sea del Municipio, como en efecto ocurrió en el sub lite.

Indica que no es de recibo el argumento del demandado, según el cual la causal de incompatibilidad prevista en el numeral 5 del citado artículo 45, habilita a los Concejales para desempeñarse como revisores fiscales de empresas distintas a las allí señaladas, porque la causal por la que se procede es la prevista en el numeral 4 de la misma disposición, como tampoco resulta aplicable al caso bajo examen la Ley 1368 de 2009, dado que el artículo 8° dispone que los Concejales podrán ejercer su profesión u oficio, siempre y cuando con ello no se interfieran las funciones que ejercen como tales, ni se trate de asuntos en los cuales el Municipio o sus entidades descentralizadas sean parte.

Destaca que en el sub lite se censura la prohibición de contratar con empresas que sean contratistas del Municipio, pues, precisamente, allí se encuentran involucrados asuntos en los que el Municipio es parte, que es lo que se quiere evitar con la incompatibilidad endilgada al Concejal demandado, que en este asunto se relaciona con el transporte público en el Municipio, razón por la cual el Concejal no podía ejercer como revisor fiscal de **COINTRANSCOL LTDA.**

En relación con la modalidad del contrato, que según el actor, debe constar por escrito, adujo que el Consejo de Estado ha dicho que para los efectos de la causal alegada es irrelevante que el contrato conste o no por escrito, pues lo que debe estar acreditado es el vínculo contractual, que en este caso aparece demostrado con los documentos allegados al proceso en el Acta de Sesión Ordinaria de **COINTRANSCOL LTDA.**, así como de los recibos de pago por concepto de la prestación del servicio como revisor fiscal de la citada Cooperativa.

Resalta que no es discutible si el revisor fiscal defiende un interés público o el de la empresa privada, puesto que el supuesto normativo está en la celebración del contrato con una empresa que a su vez sea contratista del Municipio.

V-. CONSIDERACIONES DE LA SALA:

La inconformidad del Concejal demandado con el fallo de primer grado radica básicamente en que a través de éste el Tribunal hizo una interpretación extensiva del artículo 45 de la Ley 136 de 2 de junio 1994, adicionado por el artículo 41 de la Ley 617 de 6 de octubre de 2000, y omitió tener presente que el numeral 5 de la citada disposición, frente al ejercicio como revisores fiscales, a los Concejales les está prohibido expresamente, serlo de empresas que presten servicios públicos

domiciliarios o de seguridad social en el respectivo Municipio, pero no por ello, puede interpretarse que tampoco lo puedan ser de cualquier otra empresa, por lo que, a su juicio, no es dable aplicar al asunto bajo examen la causal prevista en el numeral 4 del citado artículo 45 de la Ley 136 de 1994.

Adicionalmente, anotó que por Ley posterior, esto es, la 1368 de 29 de diciembre de 2009, modificatoria de la Ley 136 de 1994, se habilitó a los Concejales para que ejerzan su profesión u oficio, pues en su artículo 8°, dispuso que “los Concejales podrán ejercer su profesión u oficio, siempre y cuando con ello no se interfieran las funciones que ejercen como tales, ni se trate de asuntos en los cuales el municipio o sus entidades descentralizadas sean parte”.

En relación con la controversia sometida al estudio de la Sala, cabe observar lo siguiente:

La causal en que se fundamenta la demanda es la de violación al régimen de incompatibilidades, por cuanto el demandado durante el tiempo que ha ejercido como Concejal del Municipio de El Colegio, se ha desempeñado simultáneamente como revisor fiscal de la Cooperativa Integral de Transporte de El Colegio (Cundinamarca) “**COINTRANSCOL LTDA.**”, empresa que es contratista del citado Municipio, por lo cual se configura la causal de pérdida de investidura prevista en el numeral 4 del artículo 45 de la Ley 136 de 2 de junio de 1994, que es del siguiente tenor:

“Artículo 45.- Incompatibilidades. Los concejales no podrán:

... 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.”

De acuerdo con la disposición anterior para que se configure dicha causal, deben concurrir los siguientes supuestos: (i) **celebrar contratos** o realizar gestiones **con personas naturales o personas jurídicas de derecho privado**, (ii) que dichas personas administren, manejen o inviertan fondos públicos procedentes del respectivo Municipio o **sean contratistas del mismo Municipio** o reciban donaciones de éste.

De los documentos allegados al proceso, merecen destacarse los siguientes:

.- A folios 2 a 5 obra el certificado de existencia y representación legal de la Cooperativa Integral de Transporte de El Colegio Cundinamarca - **COINTRANSCOL LTDA.**-, expedido por la Cámara de Comercio de Girardot el 26 de julio de 2010, según el cual su objeto fundamental es “organizar e incrementar a favor de los asociados, servicios relacionados con la industria del transporte, con destino a la comunidad en general, mediante la ayuda mutua a través de la práctica de los principios cooperativos y una eficiente y eficaz administración”; como objetivos, entre otros, la prestación del servicio público de transporte terrestre automotor de pasajeros y carga; y se cita como revisor fiscal al Concejal demandado.

.- Visible a folios 6 a 24 obran copias de varios informes, entre otros, de Gestión del año 2009, presentado por la Asamblea General Ordinaria de la Cooperativa Integral de Transporte de El Colegio Ltda.; de la Junta de Vigilancia de la citada Cooperativa 2008-2009; y de la Gerencia, en los que consta que el revisor fiscal de esa empresa es el señor **BERNARDO GAMBOA PRIETO**.

.- A folios 40 a 41 del expediente obra la reforma de los estatutos de **COINTRANSCOL LTDA.**, en cuyo artículo 1º, se indica que es una Cooperativa Integral de Transporte de El Colegio, persona jurídica de derecho privado. “Empresa asociativa sin ánimo de lucro, de responsabilidad limitada, de número de asociados y de patrimonio social variable e ilimitado...”; y en el artículo 164 señala, que el revisor fiscal será nombrado para un período de un año por la asamblea general y a quien ésta delegue con su respectivo suplente, quien deberá ser Contador Público titulado con matrícula vigente y firmará contrato de honorarios en cada período.

.- A folio 58 obra el Acta de Escrutinio de las elecciones de 27 de octubre de 2007 del Municipio de El Colegio, en la que se declaran elegidos para Corporación del Concejo, entre otros, al señor **BERNARDO GAMBOA PRIETO**.

.- Obra a folios 96 y 97 el Oficio de 21 de septiembre de 2010, suscrito por el Gerente de **COINTRANSCOL LTDA.**, a través del cual informa que el señor **GAMBOA PRIETO** fue elegido revisor fiscal de la Cooperativa por su Consejo de Administración según delegación que hiciera la Asamblea General Ordinaria de 28 de marzo de 2008, y que como honorarios, recibe la suma de \$210.000.00, contra comprobante, de los cuales adjunta copia.

.- A folios 114 obra el Oficio OAJ núm. 0470 de 21 de septiembre de 2010, suscrito por el Jefe de la Oficina Asesora Jurídica de la Alcaldía Municipal de El Colegio (Cundinamarca), mediante el cual allega copia de los contratos suscritos con la Cooperativa **COINTRANSCOL LTDA.** y el citado ente territorial durante los años 2008, 2009 y 2010, por prestación de servicios de transporte.

De las pruebas atrás relacionadas, resulta evidente que en el caso sub examine se configuró la violación al régimen de incompatibilidades.

En efecto, el señor **BERNARDO GAMBOA PRIETO**, fue elegido **Concejal del Municipio de El Colegio** (Cundinamarca) para el período 2008-2011¹ y funge como tal; de manera simultánea se desempeña como **revisor fiscal de la Cooperativa de Transporte “COINTRANSCOL LTDA.”**, siendo designado por el Consejo de Administración de aquélla, por delegación que le hiciera la Asamblea General Ordinaria de 28 de marzo de 2008, y **como honorarios, recibe la suma de \$210.000.00**, conforme consta en el Oficio de 21 de septiembre de 2010 y en los comprobantes de caja allegados al proceso, visibles a folios 96 a 111; y **la mencionada Cooperativa es contratista del citado ente territorial**, de acuerdo con los contratos obrantes a folios 116 a 162.

En este orden de ideas, concurren los supuestos que exige la causal de pérdida de investidura invocada, esto es, la prevista en el numeral 4 de la Ley 136 de 2 de junio de 1994, pues, como quedó visto, el demandado es Concejal del Municipio de El Colegio (período 2007-2011), quien de manera simultánea sirve como revisor fiscal de **COINTRANSCOL LTDA., persona jurídica de derecho privado**, Cooperativa de Transporte ésta que es **contratista** del citado Municipio.

Cabe señalar que de acuerdo con el artículo 204 del Código de Comercio el revisor fiscal es elegido por la Asamblea o Junta de Socios de la empresa, que para el caso sub examine, como ya se indicó, el Concejal demandado fue designado por el Consejo de Administración de **COINTRANSCOL LTDA.**, por

¹ Folio 58 de cuaderno principal

delegación que le hiciera la Asamblea General Ordinaria de 28 de marzo de 2008, y **como honorarios recibe la suma de \$210.000.00**, previo estudio de la oferta de servicios profesionales presentada por aquél, lo cual está acreditado en el proceso, lo que pone de manifiesto la existencia de un contrato de prestación de servicios profesionales, independientemente de que no obre por escrito.

Ahora, en relación con el artículo 41 de la Ley 617 de 6 de octubre de 2000, que adicionó el artículo 45 de la Ley 136 de 2 de junio de 1994, que consagró también como incompatibilidad de los Concejales la de “Ser representantes legales, miembros de juntas o consejos directivos, auditores o revisores fiscales, empleados o contratistas de empresas que presten servicios públicos domiciliarios o de seguridad social en el respectivo municipio”, cabe señalar lo siguiente:

Como bien lo dice la parte demandada, en esta causal la incompatibilidad se predica sólo de los Concejales que sean contratistas y empleados de las empresas de servicios públicos domiciliarios y de seguridad social que presten servicios en el Municipio, mas no respecto de otras empresas públicas o privadas. Así también lo consideró la Corte Constitucional al estudiar la exequibilidad de dicha disposición cuando señala que “los concejales conservan la posibilidad de trabajar en cualquier otra empresa privada que no sea de la categoría de las cobijadas por la incompatibilidad, o de contratar con ellas, o de ejercer cualquier profesión u oficio independiente”. (Sentencia C-170 de 1o. de marzo de 2005, Magistrado ponente doctor Marco Gerardo Monroy Cabra).

Siendo ello así, podría pensarse entonces que el Concejal demandado no estaría incurso en la causal endilgada, dado que la empresa en la que se desempeña

como revisor fiscal **-COINTRANSCOL LTDA.-**, es una persona jurídica de derecho privado.

Empero, estima la Sala, que tal situación no concurre en este caso dado que la persona jurídica de derecho privado en la que el Concejal ejerce como revisor fiscal, es contratista del Municipio de El Colegio, conforme consta en los contratos allegados al expediente.

Precisamente, lo que prohíbe la causal invocada **es contratar con empresas**, cualquiera sea su objeto social, **que a su vez sean contratistas del Municipio** donde el Concejal funge como tal, por lo que resulta irrelevante, como lo manifestó el Ministerio Público, si como revisor fiscal defiende un interés público o el interés de la empresa privada.

Interpretación que de ninguna manera se puede considerar extensiva, dado que la Ley 617 de 6 de octubre de 2000, en vez de restringir, amplió el ámbito de incompatibilidad de los Diputados y Concejales, al adicionar el artículo 45 de la Ley 136 de 2 de junio de 1994, fortaleciendo dicho régimen, en aras de lograr la moralidad, transparencia e imparcialidad en el ejercicio de tales cargos, criterio sostenido por esta Corporación² y la Corte Constitucional³.

Cabe precisar que si bien es cierto que el artículo 8° de la Ley 1368 de 2009, **“Por medio de la cual se reforman los artículos 66 y 67 de la Ley 136 de 1994 y se dictan otras disposiciones”**, dispone que los Concejales podrán ejercer su profesión u oficio, también lo es que la misma disposición limita su ejercicio

² Sentencia 23 de julio de 2002 (Expediente núm. 2001-00183-01, Actor: Julio Vicente Niño Mateus, Consejero ponente doctor Gabriel Eduardo Mendoza Martelo).

³ Sentencia C-179 de 1o. de marzo de 2005 (Magistrado ponente doctor Marco Gerardo Monroy Cabra).

cuando señala, “**siempre y cuando con ello no se interfieran las funciones que ejercen como tales, ni se trate de asuntos en los cuales el municipio o sus entidades descentralizadas sean parte**”.

Al estar demostrado el vínculo contractual del Concejal demandado con la Cooperativa de Transporte **COINTRANSCOL LTDA.**, persona jurídica de derecho privado, que a su vez es contratista del Municipio de El Colegio, forzoso es concluir que incurrió en la causal de inhabilidad consagrada en artículo 45, numeral 4, de la Ley 136 de 1994, independientemente de que su intención no hubiera sido la de colocarse en tal situación.

En consecuencia, al configurarse la causal de pérdida de investidura alegada, es procedente confirmar la sentencia apelada, 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, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

F A L L A:

CONFÍRMASE la sentencia apelada.

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

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

Se deja constancia de que la anterior sentencia fue leída, discutida y aprobada por la Sala en la sesión del día 4 de agosto de 2011.

MARCO ANTONIO VELILLA MORENO
Presidente

MARÍA ELIZABETH GARCÍA GONZÁLEZ

RAFAEL E. OSTAU DE LAFONT PIANETA
Ausente con permiso

MARÍA CLAUDIA ROJAS LASSO