

CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCIÓN PRIMERA

Bogotá, diecinueve (19) de febrero de dos mil quince (2015)

CONSEJERO PONENTE: DOCTOR MARCO ANTONIO VELILLA MORENO

REF: Radicación No. 08001 23 31 000 2013 0340 01
Recurso de apelación contra la sentencia de 9 de
julio de 2013, proferida por el Tribunal
Administrativo del Atlántico
Actor: EDWING JABETH ARTEAGA PADILLA

Se decide el recurso de apelación oportunamente interpuesto por la parte actora - **EDWING JABETH ARTEAGA PADILLA** -, frente a la sentencia proferida el 9 de julio de 2013 por el Tribunal Administrativo del Atlántico, mediante la cual se negaron las pretensiones de la demanda en los siguientes términos:

"PRIMERO: Denegar las pretensiones de la demanda impetrada por el (sic) Edwing Arteaga Padilla, contra la investidura del señor Lao Herrera Iranzo, como Concejal del Distrito de Barranquilla, conforme a las consideraciones expuestas en precedencia.

SEGUNDO: Notifíquese personalmente de esta providencia al Ministerio Público por conducto del respectivo Procurador Delegado en lo Judicial ante este Tribunal.

TERCERO. Ejecutoriada esta providencia archívese el expediente. (fl. 49. cdno. 2).

I-. ANTECEDENTES

I.1. Mediante escrito presentado ante la Secretaría General del Tribunal Administrativo del Atlántico (fls. 1 a 14, cdno. 1), el señor **EDWING JABETH ARTEAGA PADILLA**, en ejercicio del medio de control de pérdida de investidura, presentó demanda contra el señor **LAO HERRERA IRANZO**, con miras a obtener la siguiente declaratoria:

PRIMERO.- Se declare que el Concejal del Distrito de Barranquilla, Doctor LAO HERRERA IRANZO, celebró contrato con el Distrito de Barranquilla, el día 03 de Diciembre de 2010, es decir, dentro del período inhabilitante establecido en la Ley.

SEGUNDO.- Como consecuencia de lo anterior, se declare la PÉRDIDA DE INVESTIDURA del Concejal del Distrito de Barranquilla, Doctor LAO HERRERA IRANZO, por haber participado en las elecciones del 30 de octubre de 2011, estando incurso en la causal de inhabilidad de que trata el artículo 43 numeral 3 de la Ley 136 de 1994 modificada por el artículo 40 de la Ley 617 de 2000. (fls. 86. Cdno. 3).

I.2. El actor se fundamentó en los siguientes hechos:

Manifestó que el 30 de octubre de 2011, se llevaron a cabo las elecciones para elegir Gobernadores, Diputados, Alcaldes, Concejales y miembros de Juntas Administradoras locales, a nivel nacional, en las cuales por la lista del partido liberal al Concejo del Distrito de Barranquilla, se obtuvieron 3 curules de 21, correspondiéndole en su orden a los siguientes candidatos: Mauricio Gómez Amín, Oscar David Galán y Eugenio Díaz Peris.

Adujo que la lista que presentó el partido liberal, para el Concejo de Barranquilla, estuvo integrada por los siguientes candidatos, los cuales se mencionan en orden descendente de votación:

1. MAURICIO GÓMEZ AMÌN
2. OSCAR DAVID GALÀN ESCALANTE
3. EUGENIO JOSÈ DIAZ PERIS
4. LAO HERRERA IRANZO
5. FREDDY DE JESÚS BARÓN OROZCO
6. JORGE GUSTAVO SAMUDIO
7. ALEXANDER VILLAR ROJAS
8. SERGIO CADENA OSORIO
9. ANTONIO BAYONA MENDOZA
10. PARTIDO LIBERAL COLOMBIANO
11. MARTÍN MARTÍNEZ PALMERA
12. BORIS ERNESTO RODRÍGUEZ MARTÍNEZ
13. CARLOS HERNANDO MARTIN LEYES
14. ELIANA PATRICIA BASTIDAS MADURO
15. MAURICIO CASTRO GÓMEZ
16. ANDREA CAROLINA GONZÁLEZ SOTO
17. ALFONSO AGUSTÍN BERNAL
18. CLAUDIA PATRICIA DELBARRE GUARDIOLA
19. ZOILA ESTHER PAZ SALAS
20. GRACE PATRICIA OJEDA PIÑERES
21. ALBA LUZ HERRERA PAVEAJAU
22. KAREN PATRICIA TOVAR MEJÍA

Aseguró que el señor Mauricio Gómez Amín, resultó electo como Concejal del Distrito de Barranquilla para el periodo constitucional 2012-2015, actividad pública que desempeñó en la Corporación hasta el día 1° de marzo de 2013, fecha en la cual presentó renuncia irrevocable ante la mesa directiva del honorable Concejo Distrital.

Expuso que según la Ley 136 de 1994, el Código Electoral Colombiano y el Reglamento Interno del Concejo Distrital de Barranquilla, corresponde ocupar la curul dejada por el Dr. Mauricio Gómez Amín, al candidato que siga en votos, en orden descendente dentro de la lista del Partido Liberal Colombiano al que pertenecía el concejal dimitente, es decir, a quien ocupó el cuarto puesto.

Afirmó que para los efectos de proveer la vacante absoluta presentada con la renuncia del señor Mauricio Gómez Amín, el Honorable Presidente de la Mesa Directiva del Concejo de Barranquilla, solicitó mediante oficio del día 4 de marzo del año que transcurre, le informara *"por parte del partido Liberal, el nombre en orden descendente de la persona que ocuparía esa vacante..."*, consulta que fue absuelta mediante oficio 0393 de 4 de marzo de 2013, en el cual el señor registrador adjunta la copia autenticada del formulario E-26 de los resultados electorales de la lista presentada por el partido liberal para el Concejo Distrital de Barranquilla, de octubre 30 de 2011 donde registra al señor **LAO HERRERA IRANZO** con 3511 votos, es decir, es el candidato de acuerdo al

formulario E-26 que sigue en orden descendente de mayor votación.

Anotó, por lo anterior, que se solicitó a la Procuraduría Regional ejercer facultad preventiva para que se tuviera en cuenta y se hiciera a conocer al Concejo de Barranquilla y a otros Entes que el candidato que sigue en votación para ocupar curul, señor Lao Herrera Iranzo, se encontraba incurso en una causal de inhabilidad tipificada en la Leyes 136 de 1994 y 617 de 2000, toda vez que éste celebró contrato de prestación de servicios 0159* 2010*000058 con el distrito de Barranquilla el día 3 de diciembre de 2010 y canceló los impuestos de ley el día 10 de diciembre de 2010, estando dentro los 12 meses anteriores a las elecciones del 30 de octubre de 2011.

Mencionó que atendiendo a la solicitud presentada, la Procuradora Dra. Mercedes Lucia Navarro Theran, avocó el conocimiento y consecuentemente comisionó el día 6 de marzo del año 2013, a la funcionaria Mónica Bacca Ditta con la finalidad de dar cumplimiento a lo contenido en el auto de fecha 5 de marzo de 2013, por lo cual se ordenó realizar visita especial en las instalaciones del Concejo Distrital de Barranquilla donde fue atendida por el Presidente del Concejo a quien se le informó el motivo de la diligencia, manifestando que el señor LAO HERRERA IRANZO quien sigue en orden de lista para ocupar la falta absoluta dejada se encontraba incurso en las

Inhabilidades previstas en la Constitución Política y en la Ley 136 de 1994, Ley 617 de 2000 - artículo 40.

Señaló que el señor LAO HERRERA IRANZO, el día 5 de marzo de 2013 solicitó al presidente de la Mesa Directiva del Concejo de Barranquilla, le diera posesión para ocupar la vacante, acto que se cumplió el día 7 de marzo del mismo año, sin que se hubiese producido un acto administrativo de llamamiento a ocupar curul, generándose, en consecuencia, lo que la jurisprudencia del Honorable Consejo de Estado ha denominado acto administrativo tácito de llamamiento, desatendiendo el control de advertencia realizado por la Procuraduría Regional.

I.3. El concepto de la violación fue expuesto así:

Aseveró que el demandado se encuentra incurso en la causal de inhabilidad prevista en el artículo 43 numeral 3° de la Ley 136 de 1994, modificado por el artículo 40 de la Ley 617 de 2000, lo anterior en razón a que había celebrado contrato de prestación de servicios con el Distrito de Barranquilla el día 03 de diciembre de 2010, cuyo objeto debía cumplirse y ejecutarse en esta ciudad.

Señaló que luego de que el contrato se celebró, que nació a la vida jurídica el 6 de diciembre de 2012, apareció un documento radicado por el señor LAO HERRERA IRANZO, sin sello de recibido de ventanilla única de la Alcaldía Distrital donde manifiesta lo siguiente: "no procederé a

iniciar la ejecución del contrato N°. 0159- 2010-000058..." y que luego señala: "por motivos de índole estrictamente personales, me es imposible adelantar su ejecución, en consecuencia de lo anterior renuncio al citado contrato y respetuosamente solicito a usted que de común acuerdo procedamos a la liquidación bilateral del mismo."

Expresó que la ejecución o no del contrato es un asunto ajeno a su existencia, agregó que lo que reviste relevancia jurídica de acuerdo a la causal invocada es la celebración y no la ejecución.

De otro lado, argumentó que en tratándose de contratos estatales había que tener en cuenta tres estadios importantes: una etapa pre contractual, una contractual y otra post contractual, por lo anterior dijo que atendiendo a la naturaleza del contrato celebrado y las formas previstas para el mismo, ésta etapa se surtió en dentro de los parámetros legales y con participación activa de parte del Concejal ahora demandado.

Indicó que resulta significativa la manera como, luego de celebrar el contrato, pide la liquidación del mismo aludiendo motivos personales.

Finalmente, aclaró como relevante la forma como procedió días después el Concejal, por cuanto presentó una solicitud sin sello de recibido el día 6 de diciembre de

2010 y que ese mismo día termina y liquida el contrato, pero, además, de forma extraña, el día 10 de diciembre aparece pagando los impuestos departamentales de pro estampilla y pro ciudadela mediante liquidación número 241962 con la base gravable de tres millones de pesos, suma por la cual se celebró el contrato.

II.- ACTUACIONES DE LAS PERSONAS VINCULADAS AL PROCESO

Notificada del auto admisorio de la demanda, la persona en contra de quien se dirigió el libelo inicial contestó la demanda en los términos que se resumen a continuación:

2.1. INTERVENCIÓN DEL SEÑOR LAO HERRERA IRANZO. El accionado contestó la demanda oponiéndose a todos y cada uno de los argumentos contenidos en el libelo inicial.

Comentó que su intervención se centraría a demostrar que el aparente contrato nunca nació a la vida jurídica y, por tal razón, éste no podía ni debía ser ejecutado ni, mucho menos, producir efectos jurídicos vinculantes para quienes intervinieron en el intento del negocio jurídico.

Agregó, que se evidencia del plenario que tal actividad nunca le reportó a él, en su condición de candidato aspirante al Concejo de Barranquilla, alguna clase de beneficio, provecho o utilidad que desequilibrara en su favor la contienda electoral en perjuicio de los demás aspirantes a ocupar la curul, a tal grado que, primigeniamente, no resultó elegido sino que posteriormente entró a suplir una vacante absoluta que se

presentó en la Corporación dada la renuncia de otro concejal.

Así pues y sobre las condiciones para la existencia del contrato precisó:

Sostuvo que en la cláusula décima quinta del contrato, relativa a su perfeccionamiento, la entidad contratante dispuso, entre otras condiciones, que ésta debía ser publicada y, en su parágrafo primero también estipuló que el contratista debía asumir el pago de todos los impuestos a que hubiere lugar, de acuerdo con lo establecido por el artículo 6° de la Ley 1106 de 2006 y en su Decreto Reglamentario 3461 de 2007. Comentó que los mismos nunca fueron pagados por el señor Lao Herrera Iranzo, así como tampoco, el contrato fue publicado a través de medio alguno en la forma como lo dispone la ley.

Aseveró que el intento de contrato fue resciliado ab initio, es decir, declarado inválido por expresa voluntad de las partes previo a su existencia.

Recordó que las previsiones legales consagradas en el artículo 41 de la Ley 80 de 1993, se refieren a que los contratos son absolutamente nulos en los casos previstos en el derecho común, por lo que es necesario resaltar que desde el año 1935 la Sala de Negocios Generales dejó sentado de que *"la nación, al contratar, queda sometida a las prescripciones del derecho común que gobiernan los*

contratos, siendo una de ellas la del artículo 1602 del C.C.”.

Siguiendo lo anterior, añadió que los artículos 13 y 40 de la Ley 80 de 1993, referidos a la normatividad aplicable a los contratos estatales, disponen que estos se registrarán por las disposiciones comerciales y civiles pertinentes, entonces, expresó que el artículo 1602 del Código Civil establece: *“todo contrato legalmente celebrado es una ley para los contratantes, y no puede ser invalidado sino por su consentimiento mutuo o por causas legales”* y el 1625 que *“toda obligación puede extinguirse por una convención en que la partes interesadas, siendo capaces de disponer libremente de lo suyo, consientan en darla por nula”*.

Añadió que al leer el acta de terminación y de liquidación por mutuo acuerdo del Contrato 0159-2010-000058, se puede concluir que la voluntad del Distrito de Barranquilla y del señor Lao Herrera Iranzo, no fue otra que la de declarar extinguidas las obligaciones que nacieran del futuro contrato resciliado.

Resaltó que entre el Doctor Lao Herrera Iranzo y el Distrito Especial, Industrial y Portuario de Barranquilla, nunca existió una relación de tipo contractual, bajo el entendido que, a pesar que hubo la intención de celebrar un negocio jurídico entre ellos, este no se perfeccionó, además, que por mutuo

consentimiento decidieron invalidarlo en la forma como lo prevé el derecho común, al tenor de lo dispuesto por los artículos 1602 y 1625 del Código Civil, en armonía con el 44 de la Ley 80 de 1993, reputándose la consecuencia jurídica de su nulidad absoluta, es decir, habiéndose renunciado a su celebración, sus efectos desaparecieron del ámbito jurídico.

Afirmó que si el contrato nunca se celebró por la consecuencia de su invalidez, dada la nulidad consensuada por las partes, entonces este supuesto contrato nunca pudo haber sido implementado para ser ejecutado o cumplido, en consecuencia, el Concejal Lao Herrera Iranzo, durante el año anterior al día en el que resultó elegido, 30 de octubre de 2011, no se posicionó privilegiadamente y de manera ventajosa frente a los demás aspirantes o candidatos, así entonces, nunca rompió el equilibrio de las elecciones y no hay lugar a que se le sancione con la pérdida de su investidura como Concejal del Distrito Especial, Industrial y Portuario de Barranquilla en la forma como lo pretende el demandante dentro de este proceso.

Finalmente, advirtió que la carga de la prueba recae en el demandante. Dijo que el actor no ha cumplido con el deber de demostrar que el contratista ejecutó el contrato, tampoco ha probado los pagos realizados para el cumplimiento de la prestación del servicio contratado y con los informes de quién debía realizar la interventoría del supuesto contrato.

III.- LA PROVIDENCIA IMPUGNADA

Mediante providencia de 9 de julio de 2013 (fls. 36 a 50, cdno. 2), el Tribunal Administrativo del Atlántico negó las pretensiones de la demanda, apoyándose en los siguientes argumentos:

Manifestó que la Ley 136 de 1994 reguló diversos aspectos relacionados con la organización y funcionamiento de los municipios, incluido lo concerniente a los Concejos Municipales y a los Concejales.

Respecto de estos últimos, adujo que la misma introdujo importantes precisiones concernientes, entre otros tópicos, a las calidades para desempeñar el cargo, inhabilidades, ineligibilidades simultáneas, Incompatibilidades, faltas absolutas y temporales, pérdida de investidura, consecuencias de la declaratoria de nulidad de la elección, causales de destitución y reconocimiento de derechos, todo ello, dentro de un contexto coherente y especializado.

Aseguró que como causal de pérdida de investidura, en el artículo 55 de dicha norma, se previeron para los concejales diversas situaciones entre las que se cuentan, entre otras, tanto la violación del régimen de inhabilidades como la vulneración del régimen de incompatibilidades.

Expuso que el artículo 48 de la Ley 617 de 2000, el cual entró regir el 9 de octubre de dicho año, estableció que *“los diputados y concejales municipales y distritales y miembros de juntas administradoras locales perderán su investidura por violación del régimen de incompatibilidades o del conflicto de intereses”*. Además que *“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".

Consideró que la referida disposición contiene una relación de los diversos eventos en que Diputados, Concejales Distritales y Municipales y miembros de las Juntas Administradoras Locales, perderán su investidura, de entre los cuales, se excluyó la violación del régimen de inhabilidades reflejándose la voluntad del legislador en suprimir dicha causal del régimen de concejales, diputados y ediles, que es la materia a la que se contrae el presente asunto.

Anotó que la intención del legislador se encuentra claramente plasmada en las Actas que contienen los registros de la aprobación de los proyectos de ley, que posteriormente se convertirían en la Ley 617 de 2000, abordados por las distintas cámaras del Congreso de la República, pudiéndose allí establecer el denominado espíritu de la norma, pues en ellas se encuentra *"la historia fidedigna de su establecimiento"*.

En consonancia con la anterior conclusión, mencionó que la Ley 153 de 1887 en su artículo 2, dispone que la ley posterior prevalece sobre la anterior, estableciendo a su vez en el artículo 3º: *"estimase insubsistente una disposición legal por declaración expresa del legislador, o por existir una ley nueva que regula íntegramente la materia a que la anterior disposición se refería"*.

Señaló que si bien esta Corporación ha manifestado que las causales de inhabilidad establecidas en el artículo 43 de la Ley 136 de 1994 se entienden incluidas en el numeral 6º del

artículo 48 de la Ley 617 de 2000, ese Tribunal considera que tal interpretación sería violatoria del principio y del derecho de igualdad que le impone el constituyente al legislador en el artículo 13 superior, para el tratamiento de la ley frente a los destinatarios en el caso de todos los miembros de corporaciones de elección popular del orden territorial.

Aunado a lo anterior, argumentó que la expresión contenida en el numeral 6° del artículo 48 de la Ley 617 de 2000, *“por las demás causales expresamente previstas en la ley”*, debe interpretarse de manera restrictiva como causales que a futuro establezca el legislador, para todos los miembros de las corporaciones territoriales de elección popular, y no en forma exclusiva y discriminatoria para los concejales.

Agregó que pensar lo contrario sería como introducir una odiosa discriminación en contra de los ciudadanos elegidos como concejales o de quienes aspiren a ser elegidos como tales, con respecto a los demás miembros de los cuerpos colegiados de los entes territoriales, quienes no verían peligrar sus investiduras no obstante incurrir en comportamientos inhabilitantes coincidentes con los de los concejales.

Resaltó que señalar que el acaecimiento de las causales de inhabilidad establecidas en el artículo 40 de la Ley 617 de 2000, no tiene otra consecuencia distinta a la imposibilidad de inscribirse o ser elegido como concejal, lo cual conforme lo ordena el numeral 5° del artículo 223 del C.C.A., daría lugar a la nulidad del acto de elección, pero no a la pérdida

de investidura puesto que el artículo 48 de la Ley 617 de 2000, proscribió de tales causales esa consecuencia.

En otras palabras, expresó que la voluntad del legislador consistió en darle a las inhabilidades la consecuencia de la nulidad de la elección, más no de la pérdida de la investidura.

En suma, concluyó que al definirse en esta instancia la improcedencia de las causales de inhabilidad de concejales contempladas en el artículo 40 de la Ley 617 de 2000, como causal de pérdida de investidura, ello conduce a que la inhabilidad establecida en el numeral 3° del mismo artículo no constituye pérdida de investidura de concejal.

IV.- RECURSO DE APELACIÓN

4.1. APELACIÓN DEL SEÑOR EDWING ARTEAGA PADILLA. En escrito fechado el 18 de julio de 2013 (fls. 94 a 103, cdno. 3) la parte actora, la apeló, sosteniendo al efecto lo siguiente:

Mencionó que el a-quo descontextualiza las disposiciones citadas por él, y aisladamente, realiza una interpretación asistemática del artículo 48 de la Ley 617 de 2000, concluyendo que, con esta disposición, desaparece como causal de pérdida de investidura la violación del régimen de inhabilidades, lo cual es reafirmado por las decisiones de esta Corporación.

Adujo que resulta curioso que el Tribunal bajo una denominada "*interpretación histórica*", concluya que el

sentir del legislador al momento de regular lo relativo a los concejos y concejales, buscaba restringir el margen de aplicación de figuras tendientes a preservar la dignidad de quienes ejercen este tipo de función, cuando, bajo un análisis constitucional, se trata de todo lo contrario, es decir, lo que se busca es que quienes aspiren a este tipo de cargos, cumplan a cabalidad con los requisitos impuestos y sancionar cualquier violación a lo reseñado por el ordenamiento jurídico.

Aseguró que el argumento del Tribunal es errado, toda vez que el método de interpretación a utilizar no era el histórico sino que lo apropiado es referirse a una interpretación teleológica, pues lo que había que establecer es cuál era la finalidad del legislador al momento de expedir la regulación correspondiente, es decir, si lo que buscaba era crear un régimen legal tolerante con las prácticas contrarias a la constitución, verbi gracia celebrar contratos en periodos inhabilitantes, o si por el contrario, preservar la dignidad de esa función y mantener un alto nivel de exigencia para no hacer ilusorio lo preceptuado en las disposiciones constitucionales.

Expresó que basta con acudir a las fuentes mismas de los diferentes debates e iniciativas que se presentaron en el seno del Congreso de la República, para poder concluir, que el sentir del legislador era, precisamente, ampliar y crear un régimen jurídico de mayor control y transparencia

de tal suerte que no quedara en meros enunciado teórico lo que dispuso el constituyente.

Afirmó que el artículo 48 de la Ley 617 de 2000, no es la única norma que regula la materia y que la agota en su integridad, añadió que lo anterior se desprende de la lectura misma del numeral sexto de la citada norma cuando dice: *"por las demás causales expresamente previstas en la ley"*.

Por otra parte, anotó que es necesario tener en cuenta que la acción de pérdida de investidura reviste una mayor eficacia que cualquier otro remedio procesal, no solo por su brevedad, sino por las consecuencias jurídicas que se desprenden de él, aunado al hecho que se trata de una acción pública, circunstancias no valoradas por el Tribunal, dando un carácter excepcionalísimo a este mecanismo procesal y dejando como un mero "saludo a la bandera" lo que se consagró, constitucionalmente, relativo al régimen de inhabilidades.

En relación al caso concreto, expresó que el Doctor LAO HERRERA IRANZO nunca debió presentarse como candidato al Concejo del Distrito de Barranquilla, para las elecciones del 30 de octubre de 2011 porque celebró, a nombre propio, contrato de prestación de servicio 0159 con el Distrito de Barranquilla, el día 03 de diciembre de 2010, es decir, estando dentro del periodo inhabilitante.

Aclaró que la celebración del contrato es un hecho que nunca ha sido negado, ni siquiera por el demandado. ACLARÓ que basta con mirar la contestación de la demanda y observar que de ocho hechos que se narraron en la misma, el demandado da por cierto siete de ellos, lo cual implica en cierta medida un allanamiento a la demanda.

Finalmente, comentó que la defensa centra su atención en que el contrato no se ejecutó y, por ende, no nació a la vida jurídica, lo cual es una afirmación que no puede ser de recibo. Aseveró que la ejecución o no del contrato no tiene nada que ver con la existencia de este. En los contratos es necesario establecer la existencia de requisitos generales esenciales, los cuales son capacidad, consentimiento, objeto y causa lícitas; así como los generales especiales, que en este caso, es la prestación personal de un servicio a cambio de un pago.

Advirtió que otro asunto que llama la atención es lo relativo a si el contrato le representó o no beneficio económico al Doctor LAO HERRERA, lo cual en su entender tampoco reviste trascendencia.

Comentó que la interpretación de la causal de pérdida invocada es exegética, esto es, debe entenderse en su sentido natural, y dicha literalidad dispone que la conducta relevante es la celebración dentro del periodo inhabilitante y no el provecho económico que se desprenda del contrato lo cual tiene importancia secundaria, razón

por la cual se acredita la violación del régimen por parte del concejal del distrito.

V-. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Mediante auto de veintisiete (27) de mayo de 2014 (fls. 25, cdno. ppal), se corrió traslado a las partes para que en el término de diez (10) días presentaran sus alegatos de conclusión, vencido el plazo las partes reiteraron en esencia los argumentos de nulidad y defensa expuestos.

VI-. CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO

El Ministerio Público en concepto rendido el 4 de julio de 2014 (fls. 79 a 91. Cdno. Ppal), manifestó que la jurisprudencia de esta Corporación ha reiterado que la violación del régimen de inhabilidades constituye causal de pérdida de la investidura para los concejales municipales y distritales, por lo que era necesario establecer, entonces, si el demandante ha incurrido en la violación de dicho régimen.

Sobre el particular afirmó que del texto del numeral 3° del artículo 43 de la Ley 136 de 1994, modificado por el artículo 40 de la Ley 617 de 2000, es posible diferenciar dos hipótesis para la configuración de esta inhabilidad, a saber: (1) la intervención en la gestión de negocios ante entidades públicas del nivel municipal dentro del año anterior a la elección de concejal y (2) la celebración de contratos con entidades públicas de

cualquier nivel en interés propio o de terceros, siempre y cuando la intervención en tal celebración se haya efectuado dentro del año anterior a la elección de concejal, causal alegada por el demandante en su libelo.

Comentó que para la configuración de esta inhabilidad, la jurisprudencia de la Sección Primera de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado ha exigido la presencia de los siguientes supuestos: (i) celebrar contrato con una entidad pública de cualquier nivel, (ii) haberlo celebrado durante el año anterior a la elección como concejal, (iii) tener interés propio o de terceros, y (iv) que se deba ejecutar en el mismo municipio.

Advirtió que reposa en el expediente copia del contrato de prestación de servicios 0159 - 2010 - 000058 celebrado el 3 de diciembre de 2010, esto es, dentro del año anterior a la realización de las elecciones para el período 2012 - 2015 (hecho acaecido el 30 de octubre de 2011).

Dijo que dicho contrato tenía por objeto la prestación de servicios para la difusión de las actividades, programas y campañas que adelantaba la Secretaría de Movilidad, a través de pautas publicitarias emitidas en programas radicales de contenido informativo y se pactó como valor del contrato la suma de \$3.000.000.

Afirmó que el contrato sería ejecutado en el distrito de Barranquea toda vez que trataba de campañas publicitarias de la Secretaría de Movilidad del distrito y dirigido a sus ciudadanos.

Por lo anterior, encontró que están presentes los requisitos establecidos en la jurisprudencia para afirmar que el demandado, el ciudadano Lao Herrera Iranzo, incurrió en la inhabilidad prevista en el numeral 3° de del artículo 40 de la Ley 617 de 2000, que por virtud del artículo 48 numeral 6° de la citada ley y del numeral 2° del artículo 55 de la Ley 136 de 1994, es causal de pérdida de la investidura de los concejales distritales.

Recordó que en el régimen de contratación de las entidades públicas, para que el contrato se entienda perfeccionado, se requiere del acuerdo sobre el objeto y la contraprestación y que el mismo conste por escrito.

En el caso concreto, aseveró que el contrato No. 0159*2010*000058 se perfeccionó por el acuerdo entre las partes entre el objeto y la contraprestación, vertido en un escrito.

Finalmente, consideró que si bien la Ley 768 de 2002 y la Ley 617 de 2013 se erigen como normas especiales que regulan el régimen político, administrativo y fiscal, en este caso, del Distrito Portuario e Industrial de Barranquilla, ninguna de ellas contiene regulaciones

especiales en relación con la pérdida de la investidura de los miembros de sus concejos, siendo por ello aplicable la norma general que regula la pérdida de la investidura de los concejales (municipales y distritales).

Añadió que siendo aplicable la Ley 617 de 2000, se evidencia que el numeral 6° de su artículo 40, señala que constituye causal de pérdida de investidura para, entre otros, los concejales distritales, las demás causales previstas en la Ley, y que es precisamente la Ley 136 de 1994, la que establece que la violación del régimen de inhabilidades es causal de pérdida de investidura.

VII-. CONSIDERACIONES DE LA SALA

VII.1. COMPETENCIA

La Sala es competente para conocer de la apelación de las sentencias proferidas en procesos de pérdida de investidura de concejales y diputados, de una parte, en virtud del artículo 48 parágrafo 2° de la Ley 617 de 2000, que establece la segunda instancia para tales procesos y, de otra parte, el Acuerdo 55 de 2003 expedido por la Sala Plena de esta Corporación, donde quedó consagrado que el recurso de apelación de las sentencias de pérdida de investidura, proferidas por los Tribunales Administrativos, será de conocimiento de la Sección Primera.

VII.2. PROCEDIBILIDAD DE LA ACCIÓN

Se encuentra acreditado que el señor LAO HERRERA IRANZO fue posesionado como Concejal del Distrito de Barranquilla para el resto del período 2012-2015, por la renuncia del señor Mauricio Gómez Amín, según copia auténtica de la Resolución 81 de 7 de marzo de 2013 (fl. 20. Cdno. 1). Ello significa que el demandado es sujeto pasivo de la presente acción de pérdida de la investidura, atendido el artículo 48 de la Ley 617 de 2000.

VII.3. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA A RESOLVER

El recurrente, el señor **EDWING JABETH ARTEAGA PADILLA**, en su escrito de apelación afirma que el motivo de inconformidad con la sentencia de instancia radica en que sí resultan aplicables las disposiciones sobre pérdida de investidura a los Concejales Distritales por la violación del régimen de inhabilidades y que, en consecuencia, el señor Lao Herrera Iranzo incurrió en el supuesto de hecho de la causal por la celebración de un contrato dentro del año anterior a su elección.

Corresponde, entonces a la Sala, de acuerdo con las prescripciones del inciso 1° del artículo 328 del Código General del Proceso, aplicable por remisión del artículo 306 del Código de Procedimiento Administrativo y Contencioso Administrativo, determinar i) *La aplicación del precedente del*

Consejo de Estado en relación con la violación del régimen de inhabilidades como causal de pérdida de investidura para concejales y ii) si el señor Lao Herrera Iranzo incurrió en la inhabilidad prevista en el numeral 3° del artículo 40 de la Ley 617 por la suscripción del contrato de prestación de servicios 159 con el Distrito de Barranquilla.

I. LA APLICACIÓN DEL PRECEDENTE DEL CONSEJO DE ESTADO EN RELACIÓN CON LA VIOLACIÓN DEL RÉGIMEN DE INHABILIDADES COMO CAUSAL DE PÉRDIDA DE INVESTIDURA PARA CONCEJALES

La aplicación del precedente jurisprudencial relativo a la violación del régimen de inhabilidades como causal de pérdida de investidura de concejales ha sido abordada por esta Sección en diferentes oportunidades, argumentos que serán prolijados en esta oportunidad.

La Sala observa que ha sido pacífica la jurisprudencia en la cual se ha considerado que la violación al régimen de inhabilidades constituye causal de pérdida de investidura para los concejales municipales y distritales, tal es el caso de las sentencias de 15 de agosto de 2002¹, 23 de octubre de 2008², 4 de octubre de 2012³, 13 de marzo de 2013⁴, 19 de septiembre de 2013⁵ y 4 de septiembre de 2014⁶.

¹ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Primera. Sentencia de 15 de agosto de 2002. Rad.: 2001 - 0907. Magistrado Ponente: Dr. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo.

² Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Primera. Sentencia de 23 de octubre de 2008. Rad.: 2001 - 0918. Magistrado Ponente: Dr. Camilo Arciniegas Andrade.

³ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Primera. Sentencia de 4 de octubre de 2012. Rad.: 2008 - 00085. Magistrado Ponente: Dr. Rafael E. OSTAU de Lafont Pianeta.

En efecto, se recuerda la Ley 617 de 2000, en su artículo 48 se refirió a las causales de pérdida de investidura, así:

"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.

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.

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 indebida destinación de dineros públicos.

5. Por tráfico de influencias debidamente comprobado.

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

Parágrafo 1°. Las causales 2 y 3 no tendrán aplicación cuando medie fuerza mayor.

⁴ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Primera. Sentencia de 13 de marzo de 2013. Rad.: 2011 - 0967. Magistrado Ponente: Dra. María Claudia Rojas Lasso.

⁵ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Primera. Sentencia de 19 de septiembre de 2013. Rad.: 2012 - 0347. Magistrado Ponente: Dr. Marco Antonio Velilla Moreno.

⁶ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Primera. Sentencia de 4 de septiembre de 2014. Rad.: 2013 - 0249. Magistrado Ponente: Dr. Guillermo Vargas Ayala.

Parágrafo 2°. La pérdida de la investidura será decretada por el Tribunal de lo Contencioso Administrativo con jurisdicción en el respectivo departamento de acuerdo con la ley, con plena observancia del debido proceso y en un término no mayor de cuarenta y cinco (45) días hábiles, contados a partir de la fecha de la solicitud formulada por la mesa directiva de la asamblea departamental o del concejo municipal o por cualquier ciudadano. La segunda instancia se surtirá ante la sala o sección del Consejo de Estado que determine la ley en un término no mayor de quince (15) días”.

Una primera aproximación a la disposición transcrita podría llevar a considerar que en la misma. No obstante, adoptar tal posición sería como desconocer que la norma no excluye las demás causales consagradas en otras disposiciones al tenor de lo establecido por el numeral 6° que prescribe que podrá perderse la investidura “*por las demás causales expresamente previstas por la ley*”.

Resulta ilustrativa la decisión de la Sala Plena⁷ a través de la cual se precisó que dicha casual no desapareció como causal de pérdida de investidura con la Ley 617 de 2000:

“1.-Que el régimen de inhabilidades e incompatibilidades previsto en la Ley 617 de 2000, por expreso mandato de su artículo 86, solo se aplica para las elecciones realizadas a partir del año 2001.

2.-Que en el artículo 55 de la Ley 136 de 1994 está previsto como causal de pérdida de investidura, entre otras, tanto la violación del régimen de inhabilidades como la vulneración del régimen de incompatibilidades.

7 Consejo de Estado. Sala Plena de lo Contencioso Administrativo. Sentencia de 5 de mayo de 2005. Rad.: 2004 – 5843. Magistrado Ponente: Dr. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo.

3.-Que si bien el artículo 48 de la Ley 617 de 2000 es norma posterior y contiene una relación de los diversos eventos en que Diputados, Concejales y miembros de las Juntas Administradoras Locales perderán su investidura, entre las cuales si bien se omitió la violación del régimen de inhabilidades, no por ello puede concluirse que haya sido voluntad del legislador suprimir dicha causal, en lo concerniente a los Concejales, pues en el numeral 6 quedó plasmada la posibilidad de que otras normas también consagren causales de pérdida de investidura para esta categoría de servidores públicos y bien podía ser una de ellas el artículo 55, numeral 2, de la Ley 136, que prevé como propiciatoria de la mentada consecuencia la violación del régimen de inhabilidades.

4.-Que el artículo 96 de la Ley 617 de 2000, referido al tema de la "vigencia y derogatoria" no derogó expresamente el artículo 55 de la Ley 136 de 1994, como sí lo hizo respecto de otras de sus disposiciones. De ahí que, a lo sumo, se estaría frente al fenómeno de la derogatoria tácita previsto en el artículo 71 [1] del C. C. y 3° [2] de la Ley 153 de 1887 ; pero que esa situación no podía ser alegada frente al tránsito legislativo en discusión, si se tiene en cuenta que para su configuración las citadas normas requieren, de una parte, que la ley nueva contenga disposiciones que no puedan conciliarse con la anterior, esto es, que haya incompatibilidad entre las mismas, que impida armonizarlas o complementarlas y que, de otra parte, era evidente que la nueva ley en lo concerniente al tema de las causales de pérdida de la investidura no contenía una regulación íntegra de la materia, pues expresamente se remitió a lo que otras señalaban sobre el asunto. Que era pues necesario remitirse a lo dispuesto por el artículo 72 [3] del C.C., en cuanto establece que la derogatoria tácita deja vigente en las leyes anteriores todo aquello que no pugne con las disposiciones de la nueva ley.

5.-Que los antecedentes legislativos no reflejaban la voluntad expresa y deliberada del legislador de suprimir la violación del régimen de inhabilidades como causal de pérdida de investidura, pues los allegados al expediente no contenían fundadas explicaciones justificativas de tal propósito.

6.-Que, por el contrario, el proyecto de ley de origen gubernamental tenía por finalidad-según lo expresado en sus motivaciones-además del saneamiento fiscal de las entidades territoriales, establecer reglas de transparencia de la gestión departamental y municipal a través del fortalecimiento del régimen de inhabilidades e incompatibilidades lo cual pensaba lograrse con "la ampliación de las causales de pérdida de investidura para Concejales y Diputados", según se lee, de manera textual, en una de las motivaciones del proyecto.

Que la tendencia no era, en modo alguno, disminuir esas causales lo que indudablemente ocurriría, en forma por demás significativa, si se entienden eliminadas de la relación que trae la nueva ley en el artículo 48, las conductas expresamente señaladas como constitutivas de inhabilidad, las cuales se hallan íntimamente ligadas con la preservación de la moralidad y las buenas costumbres en el contexto de las prácticas político electorales. Y, por lo mismo, en un altísimo porcentaje, son fundamento de los cargos formulados en los múltiples procesos de pérdida de investidura de que conoce esta jurisdicción.

7.-Que la Ley 617 de 2000, según se desprende de su epígrafe, sólo introdujo cambios parciales al Código de Régimen Municipal, pues no se trató de una derogatoria total ni una sustitución en bloque.

8.-Que carecía de justificación variar el tratamiento igualitario dado en el artículo 55 de la Ley 136 de 1994 a la violación del régimen de inhabilidades e incompatibilidades, donde se prevé que ambas circunstancias constituyen causales de pérdida de investidura, para disponer que la primera ya no tiene tal carácter, pues desde el punto de vista de su gravedad y del reproche que merece una u otra violación deben estar sometidas a la misma sanción. Que no bastaba para admitir esa diferenciación el hecho de que frente al primer evento cabe ejercitar la acción electoral, lo que no sucede respecto del segundo, pues si bien ello es cierto no lo es menos que por su celeridad e implicaciones la acción de pérdida de investidura exhibe mayor eficacia en aras

de lograr la transparencia de la gestión departamental y municipal a través del fortalecimiento del régimen de inhabilidades e incompatibilidades, fin que, en lo pertinente, inspiró la expedición de la Ley 617 de 2000 .

9.-Que, por lo demás, la tesis según la cual la acción de pérdida de investidura no procede en la actualidad contra conductas constitutivas de violación del régimen de inhabilidades, supone una reducción significativa del ámbito en que debe efectuarse el control sobre prácticas ilegítimas que por su gravedad ameritan drástica y oportuna sanción.

De manera pues que la violación del régimen de inhabilidades, consagrada en la Ley 136 de 1994, sí es causal de pérdida de investidura, en este caso, para los Concejales" (Negrillas y subrayado fuera de texto).

Se puede, entonces, afirmar que las causales previstas en el artículo 55 de la Ley 136 de 1994 no previstas en la Ley 617 de 2000 pueden ser invocadas a fin de controvertir la investidura de un concejal.

No puede señalarse que la Ley 136 de 1994 - artículo 55 - haya sido derogado expresamente, lo anterior en razón a que tal circunstancia no fue contemplada.

Por su parte y en lo atinente a su derogatoria tacita, la Sala recuerda que ella se encuentra regulada en los artículos 71 del Código Civil y 3° de la Ley 153 de 1887, desprendiéndose de las mismas que tal fenómeno se presenta cuando una disposición contravenga o resulte inconciliable y/o incompatible con la que consagra la ley posterior, lo cual para el caso del artículo 55 de la Ley 136 de 1994 respecto del artículo 48 de la Ley 617 de 2000 no puede predicarse.

Si se realiza un paralelo de las disposiciones en comento, se puede advertir que no se presenta oposición, contradicción ni exclusión entre las mismas, lo que permite concluir que no se presenta una derogatoria tacita. Igual situación puede predicarse de la derogatoria orgánica, la cual implica que la norma posterior regula de manera integral la materia, toda vez que de la lectura del artículo 48 de la Ley 617 de 2000 no se puede concluir que haya dispuesto todo en cuando a la pérdida de investidura de diputados, concejales y miembros de administradoras locales, el numeral 6° remite a las demás causales consagradas en la ley.

De otra parte y en cuanto a lo expuesto por el a-quo relativo a que en las actas del proyecto de ley el legislador quiso suprimir la violación al régimen de inhabilidades como causal de pérdida de investidura, la Sala estima que por el contrario de las mismas se vislumbra que la intención del legislador sí fue ampliar las causales:

"Ahora bien, del examen de los documentos allegados al expediente en virtud del auto para mejor proveer de 27 de septiembre de 2001 , se advierte que el texto original del proyecto de Ley 199 de 1999 Senado, 046 de 1999, Cámara, publicado en la Gaceta del Congreso año VIII No. 257 del 17 de agosto de 1999, visible a folios 29 a 66 del cuaderno principal, artículo 44, consagraba: "Pérdida de investidura de diputados, concejales municipales, distritales y del distrito Capital de Santa Fe de Bogotá y miembros de juntas administradoras locales. Los diputados y concejales municipales, distritales y del Distrito Capital de Santa Fe de Bogotá y miembros de juntas administradoras locales perderán su investidura por: 1. Por violación del régimen de inhabilidades e incompatibilidades o del régimen de conflicto de intereses..."

En la Gaceta núm. 394 de 27 de octubre de 1999, contentiva de "PONENCIAS" CAMARA DE REPRESENTANTES (folio 57 cuaderno de anexos núm. 1) aparece el mismo texto; además de que en la Gaceta 257 obra un cuadro comparativo de las inhabilidades propuestas para diputados, concejales, gobernadores y alcaldes (folios 55 y siguientes), tema este que concentró los debates relacionados con el Capítulo V referente a "Reglas para la transparencia de la gestión departamental, municipal y distrital", lo cual no permite evidenciar que la voluntad del legislador haya sido la de suprimir la violación al régimen de inhabilidades como causal de pérdida de investidura, pues de haber sido así, debieron producirse fundadas explicaciones justificativas del nuevo enfoque, como sí las hubo y en forma detallada, frente a la ampliación del régimen de inhabilidad e incompatibilidades.

Por el contrario, según se lee a folio 45 del cuaderno principal, en la Gaceta del Congreso núm. 257, página 15, el proyecto de ley, de origen gubernamental, suscrito por los Ministros del Interior, Nestor Humberto Martínez Neira, y de Hacienda y Crédito Público, Juan Camilo Restrepo Salazar, presentado por el segundo a la Secretaría General de la Cámara de Representantes el día 11 de agosto de 1999, tenía por finalidad, además del saneamiento fiscal de las entidades territoriales, establecer reglas para la transparencia de la gestión departamental y municipal, a través del fortalecimiento del Régimen de Inhabilidades e Incompatibilidades, fortalecimiento este que, lógicamente, suponía la ampliación de las causales de pérdida de investidura mas no la supresión o cercenamiento de las mismas.

Así se lee expresamente en la citada Gaceta:

"... El proyecto de ley que se somete a consideración del H. Congreso presenta en el Capítulo V, reglas para la transparencia de la gestión departamental y municipal, a través del fortalecimiento del régimen de inhabilidades e incompatibilidades de los gobernadores, alcaldes, diputados y concejales, la extensión en el tiempo de las incompatibilidades, LA

AMPLIACIÓN DE LAS CAUSALES DE PÉRDIDA DE INVESTIDURA PARA CONCEJALES Y DIPUTADOS ...” (Se resalta fuera de texto).

En la Gaceta núm. 553 de 15 de diciembre de 1999 se hace una relación de modificaciones, titulada “DEL PLIEGO DE MODIFICACIONES”, en el que no aparece manifiesta la voluntad del legislador de suprimir la causal en estudio (ver folios 105 y siguientes del cuaderno principal).

De igual manera, la Gaceta núm. 593 de 28 de diciembre de 1999, obrante a folios 121 y siguientes del cuaderno de anexos núm. 1, contiene las actas de la plenaria de la Cámara de Representantes, de las cuales se infiere que en lo que concierne al citado Capítulo V el tema de las inhabilidades e incompatibilidades fue precisamente el que generó polémica, sin que en parte alguna se advierta la voluntad de sustraer de la sanción de pérdida de investidura la causal aludida.

Ahora, en la Gaceta 452 de 19 de noviembre de 1999, contentiva de la ponencia para segundo debate, en la página 2, se hace referencia a que el campo del saneamiento moral se apoya en un estricto régimen de inhabilidades e incompatibilidades; se hace más severo el régimen en esa materia y se consagra la pérdida de investidura de Diputados y Concejales. En la página 4 obra la proposición de los Congresistas Emilio Martínez y Hernán Andrade donde no aparece la violación al régimen de inhabilidades como causal de pérdida de investidura. Sin embargo, en la página 25 obra el texto aprobado en Comisión en el que sí aparece prevista tal causal como propiciatoria de dicha sanción.

Si bien la ponencia que aparece aprobada por la plenaria de la Cámara como las ponencias aprobadas por el Senado recogen el texto definitivo (excluida la expresión inhabilidades) no medió expresa justificación indicativa de que deliberadamente se quisieron introducir los cambios que el demandando plantea.

A partir del análisis de los referidos antecedentes y teniendo en cuenta que, ciertamente, el artículo 48

de la Ley 617 de 2000 no reguló "íntegramente" lo relacionado con las causales de pérdida de investidura, no deben entenderse derogadas las demás disposiciones alusivas al punto, pues a simple vista se advierte que tal norma no agotó en su totalidad el tema, ya que expresamente permitió que otras leyes también lo trataran, organizaran o definieran, cuando en el numeral 6 dispuso que se perdería la investidura: "por las demás causales expresamente previstas en la ley"⁸.

En suma y siguiendo el precedente jurisprudencial, la Sala concluye que la violación al régimen de inhabilidades sigue siendo causal de pérdida de investidura para los Concejales, circunstancia que debe enmarcar la resolución del caso sub examine.

II. EL SEÑOR LAO HERRERA IRANZO INCURRIÓ EN LA INHABILIDAD PREVISTA EN EL NUMERAL 3° DEL ARTÍCULO 40 DE LA LEY 617 POR LA SUSCRIPCIÓN DEL CONTRATO DE PRESTACIÓN DE SERVICIOS 159 CON EL DISTRITO DE BARRANQUILLA.

Definido que la violación al régimen de inhabilidades sí constituye un motivo de pérdida de investidura para los concejales, es necesario dilucidar ahora si en el presente caso se presentó la causal alegada por el actor y consagrada en el numeral 3 del artículo 43 de la Ley 136 de 1994 modificado por el artículo 40 de la Ley 617 de 2000, cuyo tenor es:

⁸ Ibidem.

Artículo 40. De las inhabilidades de los Concejales. 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".

Sea lo primero advertir que, en relación con el período de la inhabilidad en la causal de violación al régimen de inhabilidades por celebración de contratos, de acuerdo con la jurisprudencia de la Corporación ha señalado que éste, está limitado al año anterior a la elección y no a un período posterior a ésta, de manera que las inhabilidades para ser concejal, tanto elegido como llamado a ocupar las curules vacantes, se aplican en función de la fecha de la elección y no de la posesión.

Lo anterior es razonable considerando que: (i) las causales de inhabilidad tienen como finalidad impedir la

utilización del poder o los recursos del Estado con fines electorales en beneficio propio o de familiares cercanos, o que personas que hayan incurrido en conductas contrarias a los principios que deben regir el ejercicio de los cargos de elección popular accedan a ellos; y (ii) las inhabilidades e incompatibilidades, en tanto limitan la libertad y los derechos de las personas, son de interpretación restrictiva.

En coherencia con lo anterior, esta Sección⁹ ha dispuesto que los presupuestos para la configuración de la causal de inhabilidad son los siguientes:

- i). Celebrar contrato con una entidad pública.
- ii). Haberlo celebrado durante el año anterior a la elección como concejal.
- iii) Hacerlo en interés propio o de terceros.
- iv) Ejecutarlo en el mismo municipio.

Precisado lo anterior y revisado el plenario, la Sala encontró probado lo siguiente:

- **El 3 de diciembre de 2010**, se celebró y suscribió **contrato de prestación de servicios** No. 159-2010-000058, entre el señor **LAO HERRERA IRANZO** y el representante legal del **DISTRITO ESPECIAL**,

⁹ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sentencia de 29 de enero de 2009. Rad.: 2008 - 00113. Magistrada Ponente: Dra. María Claudia Rojas Lasso.

INDUSTRIAL Y PORTUARIO DE BARRANQUILLA (fls. 36 a 39. Cdno. 1), esto es, **dentro del año anterior a las elecciones para el periodo 2012 - 2015 las cuales se realizaron el 30 de octubre de 2011.**

- **El contrato tenía por objeto** la *“prestación de servicios para la difusión de las actividades, programas y campañas que adelanta la Secretaría Distrital de Movilidad, a través de pautas publicitarias emitidas en programas radiales de contenido informativo”* (fl. 36. Cdno. 1).
- Se pactó **como valor del contrato** la suma de **\$3.000.000 de pesos** (fl. 40. Cdno. 1).
- El contrato **sería ejecutado en el Distrito de Barranquilla** por cuanto se trataba de programas y campañas que adelanta la Secretaría Distrital de Movilidad (fls. 36 a 39. Cdno. 1).

Por lo anterior y a la luz de la jurisprudencia imperante, en el caso de autos se encuentran reunidos los presupuestos para afirmar que el demandado incurrió en la causal de inhabilidad prevista en el numeral 3° del artículo 40 de la Ley 617 de 2000, que de acuerdo con el artículo 48, numeral 6°, y el numeral 2° del artículo 55 de la ley 136 de 1994 es casual de pérdida de investidura de los Concejales Distritales.

Ahora bien, el accionado en su escrito de contestación mencionó que el contrato no nació a la vida jurídica dado que no se pagaron los impuestos y el contrato no fue publicado a través del medio que establece la ley. Adicionalmente, señaló que el mismo fue declarado inválido por expresa voluntad de las partes previo a su existencia al tenor de los artículos 1602 y 1625 del Código Civil.

Sobre el particular, la Sala comparte los argumentos expuestos por el Ministerio Público en cuanto el contrato se perfeccionó por el acuerdo entre el objeto y la contraprestación, vertido en un escrito, y que los defectos señalados por el demandado relativos al no pago y su indebida publicación afectarían la ejecución del mismo más no su existencia. Al efecto, la Sala estima procedente remitirse a la sentencia de 12 de agosto de 2014, actor: Dario Piedrahita Giraldo, Rad.: 1998 - 1350. Magistrado Ponente: Dr. Enrique Gil Botero, en la cual se precisó:

En relación con el perfeccionamiento de los contratos estatales (...) la jurisprudencia de esta Corporación, de forma variable, ha sostenido dos tesis, ambas en vigencia de la Ley 80 de 1993. La primera (...) afirmó que el perfeccionamiento del contrato exigía, además del escrito contentivo del acuerdo contractual, la existencia del respectivo registro presupuestal (...) Y la segunda, (...) señaló que para perfeccionar un contrato estatal bastaba cumplir los requisitos dispuestos en el primer inciso del artículo 41 de la ley 80, esto es: acordar el objeto y la

contraprestación y elevarlo a escrito. La discusión procedía de la lectura del art. 41 de la Ley 80, concordado con el 71 del Decreto 111 de 1996. (...) Hasta 1996 esta disposición no ofreció complejidad -porque estaba claro cómo se perfeccionaba el contrato estatal-, pero con el Decreto 111 de 1996 -norma que compiló el estatuto presupuestal, disperso en varias leyes- el tema se hizo difícil, pues para muchos operadores jurídicos el art. 71 modificó el art. 41 de la Ley 80, creando un requisito de perfeccionamiento de los contratos. Sin embargo, no es correcta aquella posición que señalaba que el art. 41 fue modificado por el artículo 71 del Decreto 111 de 1996 -que estableció que los actos administrativos que involucren gastos se perfeccionan con el registro presupuestal-, porque, de un lado, se refiere al perfeccionamiento de los "actos administrativos" -inciso primero-, no al de los contratos estatales, de allí que no es pertinente aplicarla a una institución o figura completamente distinta, como es la contratación estatal. En efecto, los contratos estatales no son actos administrativos, por esta razón la norma no le aplicaba. En tal sentido, un acto administrativo es una declaración unilateral de voluntad, amén de las otras características, al paso que los contratos son, por definición, actos bilaterales, de manera que por este sólo presupuesto falla la identificación de estas dos formas de manifestación de la voluntad de la administración. De otro lado, la ley 80 reguló de forma especial el tema del perfeccionamiento del contrato estatal, de modo que existiendo requisitos propios y autónomos, no se explica la razón por la cual se acude a otra normativa para exigir elementos extraños a dicho estatuto. (...) a manera de tercer argumento -hoy más evidente y claro que antes-, con la vigencia de la ley 1150 de 2007 el legislador ratificó que el requisito presupuestal se necesita para la "ejecución" del contrato, no para el "perfeccionamiento", pues

señaló que "Para la ejecución se requerirá de la aprobación de la garantía y de la existencia de las disponibilidades presupuestales correspondientes...". (...) Esta norma, se insiste, mantiene intacto el primer inciso del art. 41 de la ley 80, de allí que el perfeccionamiento del contrato estatal sigue como estuvo regulado desde la vigencia de la norma inicial. Pero también conserva la idea de que el registro presupuestal es un requisito de ejecución del contrato, luego hoy no puede sostenerse que lo sea de perfeccionamiento, so pena de desatender el sentido del artículo citado. Afortunadamente esta postura es la que rige, tesis imperante que señala que el contrato estatal se perfecciona con el acuerdo de voluntades, elevado a escrito (...) el art. 41 de la Ley 80, vigente al momento de celebrarse el contrato de prestación de servicios profesionales sub iudice, efectivamente disponía que los requisitos de perfeccionamiento, que son distintos a los de ejecución, no incluyen la existencia del registro presupuestal. (...) el registro presupuestal no es requisito de perfeccionamiento de los contratos, sino condición para ejecutarlos, porque los negocios jurídicos de las autoridades se reputan perfectos cuando se logra acuerdo sobre el objeto y la contraprestación, y éste se eleva a escrito. (...) la Sala mantiene la tesis vigente, que proviene de la lectura del art. 41 original de la Ley 80 de 1993, e inclusive de su reforma.

De otro lado, se observa que a folio 43 del cuaderno 1, obra acta de "terminación y liquidación por mutuo acuerdo al contrato 159-2010-000058", esto es, las partes manifiestan que deciden darlo por terminado el día 6 de diciembre de 2010.

En ella y contrario a lo mencionado por el accionado, dejan constancia de la existencia del mismo de la siguiente manera:

"Que entre el DISTRITO y LAO HERRERA IRANIO, se suscribió el contrato No. 0159*2010*000058 de fecha 03 de Diciembre de 2010, cuyo objeto consistió en "Prestación de servicios para la difusión de las actividades, programas y compañías que adelanta la Secretaría Distrital de Movilidad, a través de pautas publicitarias emitidas en programas radiales de contenido informativo" (fl. 43. Cdno. 1. Negrillas fuera de texto).

Igualmente, se plasmó que **"el contratista manifiesta mediante escrito de fecha 6 de diciembre de 2010, que por motivos de índole estrictamente personal, se le hace imposible adelantar la ejecución del contrato..."**, desprendiéndose que el propio demandado reconoció la existencia del mismo, por lo que la Sala no entiende como ahora pretende argumentar que el contrato de prestación de servicios no nació a la vida jurídica.

Bien lo dijo el Ministerio Público que *"el medio previsto por el ordenamiento jurídico para que se declare la nulidad absoluta de los contratos estatales es el medio de control de controversias contractuales previsto en el artículo 141 de la Ley 1437 de 2012, el cual señala: «Cualquiera de las partes de un contrato del Estado podrá pedir que se declare su existencia o su nulidad». No está por ello, al alcance de las partes, a su arbitrio,*

declarar que el contrato celebrado por ellas es inválido”
(fl. 90. Cdno. Ppal).

En cuanto al argumento de que el contrato debe ejecutarse para la configuración de la causal plurimencionada, la Sala resalta que es reiterada la jurisprudencia que señala que debe separarse i) la celebración del contrato con ii) su ejecución, lo anterior teniendo en cuenta que para efectos de la inhabilidad ha de tenerse en cuenta sólo su celebración porque así lo dispuso la ley, además las normas referentes a la pérdida de investidura se interpretan de manera restrictiva.

Sobre el tema, se encuentran las siguientes decisiones:

- ***“La ejecución del contrato celebrado antes del año de la elección no constituye inhabilidad***

Dicha inhabilidad señala que su configuración depende, en parte, de que el demandado haya intervenido en la celebración de contratos, lo que a la luz del principio de la capacidad electoral y de la necesaria interpretación restrictiva que gobierna la hermenéutica sobre los regímenes restrictivos del derecho fundamental a participar en la conformación, ejercicio y control del poder político”¹⁰

- ***ALCALDE - Inhabilidad por contratación y gestión de negocios / INHABILIDAD DE ALCALDE POR CONTRATACION Y GESTION DE NEGOCIOS - Presupuestos. No se configura por ejecución de contrato celebrado antes del año inhabilitante.***

¹⁰ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Quinta. Sentencia de 17 de octubre de 2008. Rad.: 2007 - 0604. Magistrada Ponente: Dra. Maria Noemí Hernández Pinzon.

La causal de inhabilidad transcrita se configura por tres diferentes hechos realizados dentro del año anterior a la elección: (i) intervenir en la gestión de negocios ante entidades públicas del nivel municipal; (ii) intervenir en la celebración de contratos o la celebración de éstos en interés propio o de terceros con entidades públicas de cualquier nivel, siempre que los contratos deban ejecutarse o cumplirse en el respectivo municipio y; (iii) haber sido representante legal de entidades que administren tributos, tasas o contribuciones, o de las entidades que presten servicios públicos domiciliarios o de seguridad social de salud en el régimen subsidiado. **La Sala no entrará a examinar si los contratos están o no vigentes porque ello no tiene trascendencia para el asunto en estudio puesto que el legislador definió en forma clara el momento constitutivo de la inhabilidad -intervención en la celebración o la propia celebración del contrato-, no en las etapas subsiguientes como su ejecución, cumplimiento o su liquidación. Asumir una posición contraria es hacer una interpretación extensiva de la norma, a partir de la cual se crean nuevos hechos para su configuración que la disposición no prevé. Al respecto debe recordarse, que en materia de inhabilidades no le es dable al operador jurídico, la aplicación analógica o extensiva, conforme al principio de la taxatividad que rige estas normas”¹¹ (Negrillas fuera de texto).**

- **“INHABILIDAD POR INTERVENCION EN LA CELEBRACION DE CONTRATOS - Presupuestos que la configuran. Finalidad. No comprende la ejecución del contrato**

La jurisprudencia de la Sección ha entendido por intervención en la celebración de contratos la participación personal y activa del demandado en actos conducentes a consolidar un contrato que efectivamente se celebró, participación ya como parte o ya como tercero, siempre que develen un claro interés en tal sentido. **Ha señalado igualmente que lo que constituye causal de inhabilidad es la intervención en la “celebración” del contrato y no su ejecución, que dicha causal se configura aunque el**

¹¹ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Quinta. Sentencia de 27 de noviembre de 2008. Rad.: 2008 - 0042. Magistrado Ponente: Dr. Mauricio Torres Cuervo.

objeto contractual no se cumpla o ejecute y que su finalidad es evitar una confusión entre los intereses privados de quienes han intervenido en nombre propio o de terceros en la celebración de un contrato con la administración y el interés que compete al elegido de preservar los intereses públicos; igualmente, impedir que quien tiene acceso a los beneficios de la contratación estatal pueda utilizarlos rompiendo el equilibrio frente a quienes compiten por el acceso a los cargos públicos”¹². (Negrillas fuera de texto).

- **CELEBRACION DE CONTRATOS - Causal de pérdida de investidura de diputados. Elementos / PERDIDA DE INVESTIDURA - Celebración de contratos / CONTRATO - Suscripción. Irrelevancia de su ejecución para efectos de la causal de pérdida de investidura**

Los demás presupuestos de la norma encajan en dicha causal, puesto que el contrato se suscribió con una entidad pública municipal para ejecutarse en el municipio de Bello - Antioquia, departamento en el cual el diputado demandado fue elegido y se celebró el 28 de junio de 2007, es decir cuatro meses antes de la elección, esto es, dentro del periodo inhabilitante. Como bien lo considera el Procurador Delegado ante el Consejo de Estado, no es de recibo el argumento del diputado en el sentido de que en la etapa de ejecución del contrato otra persona asumió la representación, puesto que de la lectura de la inhabilidad, la cual es taxativa, se prohíbe la suscripción del contrato durante el periodo inhabilitante, lo cual de conformidad con el artículo 41 de la Ley 80 de 1993 se da cuando se logra el acuerdo sobre el objeto y la contraprestación y éste se eleva a escrito, lo que ocurrió el 28 de junio de 2007. Tampoco es de recibo alegar que el contrato se hizo con fines altruistas, ni se trata de una donación pues tuvo

¹² Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Quinta. Sentencia de 19 de febrero de 2009. Rad.: 2007 - 0700. Magistrada Ponente: Dra. Susana Buitrago de Valencia.

un valor de \$30´000.000 ni que se haya realizado en cumplimiento de un deber legal, porque éste deber no existe en este caso, como si ocurrió en el caso de la sentencia citada por el diputado, en la cual esta Corporación consideró que existía obligación legal del demandado de contratar para afiliar a los trabajadores al sistema de seguridad social en salud, precedente judicial que no es aplicable, pues por el contrario el deber del demandado era abstenerse de celebrar contratos con entidades públicas a ejecutarse dentro del departamento de Antioquia, dentro del periodo inhabilitante”¹³.

- ***Inhabilidad por gestión de negocios y contratación con entidades públicas no incluye actos de ejecución del contrato.***

Por lo demás, resulta indiferente que la Representante demandada hubiese gestionado actos de desarrollo y de ejecución del referido contrato de concesión, pues conforme a jurisprudencia uniforme y reiterada de la Sala “la eventual participación del demandado en las etapas de ejecución de los contratos no hace parte de la conducta inhabilitante porque la ejecución del contrato corresponde a una etapa posterior, que no hace parte de la celebración del mismo y, por lo tanto, no se encuentra tipificada como causal de inhabilidad”¹⁴

Finalmente, la Sala reitera la posición adoptada en la sentencia de 23 de octubre de 2014, Rad.: 2014 - 1853. Magistrado Ponente: Dr. Guillermo Vargas Ayala, dentro del proceso de acción de tutela interpuesta por Alfonso Rafael

¹³ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Primera. Sentencia de 18 de junio de 2009. Rad.: 2008 - 1399. Magistrada Ponente: Dra. Martha Sofia Sanz Tobon.

¹⁴ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Primera. Sentencia de 10 de noviembre de 2009. Rad.: 2008 - 1181. Magistrada Ponente: Dra. María Claudia Rojas Lasso.

Mercado Lastra contra la Sección Quinta de esta Corporación con ocasión de la decisión adoptada en sentencia del 19 de junio de 2014, dentro del proceso de Nulidad Electoral Radicado 882 de 2013, en relación precisamente con la causal de inhabilidad establecida en el artículo 43 de la Ley 136 de 1994 del ahora demandado LAO HERRERA IRANZO:

"En el asunto sub examine el actor afirmó que la sentencia proferida el 19 de junio de 2014 por la Sección Quinta del Consejo de Estado desconoció el precedente horizontal, según el cual la sola celebración de un contrato con una entidad pública de cualquier nivel configura la causal de inhabilidad, sin que sea necesario que el contrato haya sido ejecutado.

Al respecto, la jurisprudencia de la Sección Quinta del Consejo de Estado ha entendido como intervención en la celebración de contratos "aquellas gestiones o actuaciones que indiquen una participación personal y activa en los actos conducentes a la celebración del mismo y permitan develar un claro interés sobre el particular" .

De igual forma la jurisprudencia de la Sección Quinta de esta Corporación ha reiterado que esta causal de inhabilidad se configura por la sola celebración del contrato y no por su ejecución. Así señaló que:

"(...) lo que constituye causal de inhabilidad es la intervención en la "celebración" del contrato y no su ejecución , que dicha causal se configura aunque el objeto contractual no se cumpla o ejecute y que su finalidad es evitar una confusión entre los intereses privados de quienes han intervenido en nombre propio o de terceros en la celebración de un contrato con la administración y el interés que compete al elegido de preservar los intereses públicos; igualmente, impedir que quien tiene acceso a los beneficios de la contratación estatal pueda utilizarlos rompiendo el equilibrio frente a quienes compiten por el acceso a los cargos públicos" . (Negrilla fuera del texto).

A la vista de su reiteración en numerosos y recientes pronunciamientos, encuentra la Sala que la anterior postura constituye el precedente o la regla de derecho que jurisprudencialmente se ha aplicado en los casos que presentan el problema jurídico consistente en determinar si la sola celebración de un contrato estatal da lugar o no a que se configure inhabilidad establecida por la ley. Por ende, no hay duda que en aras de asegurar la igualdad, la seguridad jurídica y la confianza legítima, los jueces de la República deben acatar dicho precedente o apartarse de él previa exposición de las razones específicas por las cuales éste es inaplicable en un determinado caso y resulta legítimo apartarse de él.

Ahora bien, la Sala observa que la providencia acusada, luego de analizar el material probatorio allegado oportunamente al proceso, consideró que el mutuo disenso y la liquidación del Contrato de Prestación de Servicios No. 0159-2010-000058 antes de su ejecución impidieron configurar la causal de inhabilidad.

"Resulta claro entonces que como consecuencia de este acuerdo bilateral fruto de la libre y autónoma voluntad de cada una de las partes firmantes, el contrato de prestación de servicios N° 0159-2010-000058 cuya ejecución aún no había tenido lugar se terminó y se declararon recíprocamente a paz y salvo.

Es decir, que se "desistió" del negocio jurídico. O como lo llaman los tratadistas citados cuando estudian esta situación jurídica: que el acuerdo fue desanudado, rescindido, disuelto, revocado, invalidado, deshecho, extinguido bilateralmente o por mutuo acuerdo.

Esta auténtica "descelebración" implica que la situación se retrotrajo al momento anterior a firmarse el contrato. Fue lo que ocurrió frente al contrato motivo de la inhabilidad que el demandante le imputa al demandado. Máxime si se considera que el acuerdo se suscribió un día

viernes y al día lunes inmediatamente siguiente se dio por terminado.

Las partes quisieron ponerle fin desanudando así las obligaciones que generaría para lo cual expresamente declararon estar "a paz y salvo por todo concepto.

De esta manera frente a un contrato deshecho antes de su ejecución la inhabilidad que se le endilgó al demandado queda sin piso alguno.

Frente a tal panorama evidencia la Sala que al fallar la demanda de nulidad interpuesta por el Señor MERCADO LASTRA en dicho sentido y con dicha fundamentación la Sección Quinta del Consejo de Estado se apartó de forma ilegítima del precedente horizontal establecido por ella misma según el cual la intervención en la celebración del contrato configura la causal de inhabilidad y no su ejecución. Como se evidenció de manera precedente en este fallo, la reiterada aplicación de la regla según la cual la sola celebración del contrato estatal da lugar a que se configure la inhabilidad establecida por la ley, con independencia de lo que suceda posteriormente con su ejecución, vincula al juez administrativo; quien en principio, salvo que se aparte legítimamente de él, está llamado a seguir el precedente.

En efecto, del aparte transcrito del fallo que ahora se controvierte es posible observar que el juez ordinario no cumplió con su especial carga de exponer de forma razonada, clara, suficiente y coherente los motivos por los cuales considera que en el caso concreto no hay lugar a aplicar la regla jurisprudencial que rige el caso concreto. De este modo, al no exponer las razones por cuales en el caso concreto resultaba procedente apartarse de la regla de Derecho creada por la misma Sección Quinta, encuentra la Sala que se infringió el derecho a la igualdad y al debido proceso, así como los principios de igualdad, seguridad jurídica y confianza legítima; pues sin explicación alguna el juez del caso resolvió hacer a un lado las reglas que su propia jurisprudencia había establecido para esta clase de controversias".

Por lo anotado, en el proceso se tiene plenamente acreditado que el concejal demandado quebrantó el régimen de inhabilidades y, en consecuencia, se encuentra incurso en la causal de pérdida de investidura invocada.

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

PRIMERO: REVÓCASE la providencia apelada, esto es, la sentencia del 9 de julio de 2013 proferida por el Tribunal Administrativo del Atlántico y, en su lugar, **DECRÉTASE** la pérdida de investidura del concejal del Distrito Especial, Industrial y Portuario de Barranquilla, LAO HERRERA IRANZO, por las razones expuestas en la parte motiva.

SEGUNDO: Ejecutoriado este proveído, **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 de la fecha.

MARÍA CLAUDIA ROJAS LASSO

MARÍA ELIZABETH GARCÍA GONZÁLEZ



Presidenta

GUILLERMO VARGAS AYALA

MARCO ANTONIO VELILLA MORENO