

572

CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCION PRIMERA

Consejero ponente: MARCO ANTONIO VELLILLA MORENO

Bogotá, D.C., diciembre (1) de dos mil once (2011)

Radicación: 76001-23-31-000-2010-01739-01 (PI)
Actor: ERNESTO GARZÓN
Demandado: JOSÉ ERMIS MARÍN LÓPEZ
Referencia: APELACION SENTENCIA

Se decide el recurso de apelación oportunamente interpuesto por el actor contra la sentencia de 18 de noviembre de 2010, proferida por el Tribunal Administrativo del Valle del Cauca, por medio de la cual denegó la pérdida de la investidura del Concejal del Municipio de Restrepo (Valle del Cauca), señor JOSÉ EREMIS MARÍN LÓPEZ.

I-. ANTECEDENTES.

1-. El ciudadano ERNESTO GARZÓN, presentó demanda ante el Tribunal Administrativo del Valle del Cauca tendiente a que, mediante sentencia, se dispusiera la Pérdida de la

Radicación: 76001-23-31-000-2010-01739-01(PI)
Actor: ERNESTO GARZÓN

Investidura de Concejal del Municipio de Restrepo señor JOSÉ EREMIS MARÍN LÓPEZ.

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

2.1.- El 28 de octubre de 2007 se llevaron a cabo las elecciones para el Concejo Municipal de Restrepo-Valle, dentro de las cuales el señor MARÍN LÓPEZ participó dentro del proceso electoral y fue inscrito como candidato en la lista de voto preferente.

2.2.- Si bien el demandado no fue elegido como concejal en las mencionadas elecciones, pues la alcanzó el señor Carlos Hernán Cano, al presentarse la vacancia por haber sido declarada la pérdida de investidura de su titular, se llamó al señor MARÍN LÓPEZ para ocupar dicho cargo, en el cual se posesionó el 5 de mayo de 2010.

2.3.- El señor JOSÉ EREMIS MARÍN LÓPEZ, se encuentra inhabilitado para ejercer el cargo de concejal del municipio de Restrepo-Valle, puesto que celebró un contrato de prestación identificado con la Orden de Servicios N° 034-2009, a través de la cual se suministró

Radicación: 76001-23-31-000-2010-01739-01 (PI)
Actor: ERNESTO GARZÓN

al municipio de Restrepo una Carpa para Mesa de Galería por valor de \$250.000, firmada el 3 de octubre de 2009 y pagado el 31 de octubre de 2010.

2.4.- La causal invocada es la 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.

3.- El demandado, se opuso a la prosperidad de las pretensiones de la demanda, aduciendo al efecto, principalmente, que (i) el artículo 48 de la Ley 617 de 2000, derogó el numeral 2 del artículo 55 de la Ley 136 de 1994 por lo cual a partir de la ley primeramente citada la violación al régimen de inhabilidades no es causal de pérdida de investidura de los concejales. Este aserto lo funda en la sentencia de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, Sección Primera, 4 de octubre de 2001. Rad: 41001-23-31-000-2001-0197-01 Consejero ponente: Manuel Santiago Urueta Ayola. Actor: Teresa Cléves de Díaz; (ii) el artículo 40 de la Ley 617 de 2000 se refiere a quienes no pueden ser inscritos como candidatos ni elegidos concejales y por tanto no le es aplicable; (iii) él se limitó a

Radicación: 76001-23-31-000-2010-01739-01 (PI)
Actor: ERNESTO GARZÓN

suministrar una carpa para mesa de galería pero eso difiere mucho de la figura de contratar.

II-. LA SENTENCIA RECURRIDA.

No sin antes advertir que conforme a la jurisprudencia de 10 de septiembre de 2002 de la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo¹ el artículo 48 de la Ley 617 de 2000 no derogó la causal de pérdida de investidura relativa a la violación del régimen de inhabilidades, el a quo denegó las pretensiones de la demanda, por considerar, en síntesis, lo siguiente:

1.- Para la configuración de la causal consagrada en el numeral 3 del artículo 40 de la Ley 617 de 2000, además de la verificación de que la ejecución del contrato tenga lugar en el municipio para el cual fue elegido como concejal el demandado, se requiere que dicho acto haya sido celebrado dentro del año anterior a la fecha de la elección.

¹ Expediente IJ-0566, Consejero ponente Gabriel Eduardo Mendoza.

Radicación: 76001-23-31-000-2010-01739-01 (PI)
Actor: ERNESTO GARZÓN

2.- En el caso concreto no se encuentra acreditado que para el año anterior a su elección como concejal del municipio de Restrepo, el señor JOSÉ EREMIS MARÍN LÓPEZ, haya intervenido en la celebración, en interés propio o de terceros, de contrato alguno con entidades del Estado, pues la celebración del contrato a que alude el actor ocurrió el 23 de octubre de 2009, aproximadamente 2 años después de haberse realizado las elecciones, por lo cual el demandado no se encontraba incurso en la causal de inhabilidad invocada por el actor.

3.- Ante esas circunstancias no encuentra el Tribunal que con el llamado al señor JOSE ERMIS MARÍN LÓPEZ, para ocupar una curul que se hallaba vacante se hayan transgredido los principios de transparencia e igualdad de acceso a los cargos de elección popular y a la participación política, fin esencial de la causal estatuida en el numeral 3 del artículo 43 de la Ley 136 de 1994, modificado por el artículo 40 de la Ley 617 de 2000.

Radicación: 76001-23-31-000-2010-01739-01 (PI)
Actor: ERNESTO GARZÓN

III-. FUNDAMENTOS DEL RECURSO.

El demandante sustentó su impugnación reafirmando lo dicho en la demanda y señalando que se encuentra probada la firma del negocio de interés particular entre el Concejal y el municipio, siendo que aquel era conocedor de su posibilidad de acceder a la curul por la posible inhabilidad del titular de la lista, quien finalmente la dejó vacante.

Añade que es clara la inhabilidad del señor MARIN, pues este ejecutó y se lucró con recursos públicos en un período en que no podía hacerlo.

IV-. ALEGATO DEL MINISTERIO PÚBLICO.

El Ministerio Público, en su vista de fondo, se muestra partidario de que se confirme la sentencia apelada, por cuanto no se configura la causal de pérdida de investidura alegada, pues no se acreditó en el proceso que el demandado hubiese celebrado un contrato en interés propio o de un tercero con el municipio en donde fue elegido, durante el año anterior a su elección.

Radicación: 76001-23-31-000-2010-01739-01(PI)
Actor: ERNESTO GARZÓN

Agrega que las causales de inhabilidad previstas para acceder al cargo de concejal por su naturaleza y por el fin que persiguen frente al ejercicio de la actividad política, son taxativas y de interpretación restrictiva, a más de que para su aplicación deben encontrarse debidamente acreditadas dentro del proceso, lo que significa que si no se dan los supuestos de ley no puede predicarse o deducirse de la norma lo que ella en forma expresa no prevé, no declararse probados sin encontrarse debidamente acreditados los supuestos de hecho de la norma que consagra el efecto jurídico que ellos persiguen, carga que, de conformidad con el artículo 177 del Código de Procedimiento Civil, corresponde al actor.

Adujo que el supuesto inhabilitante exigido en la norma es el de celebrar contratos dentro del año anterior, período que se contabiliza desde el momento de la elección y no desde el momento en que el concejal es llamado a ocupar una vacante, razón por la cual los argumentos del apelante no tienen vocación de prosperidad.

V-. CONSIDERACIONES DE LA SALA:

Radicación: 76001-23-31-000-2010-01739-01 (PI)
Actor: ERNESTO GARZÓN

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 núm. 55 de 2003 expedido por el Consejo de Estado, donde se establece que el recurso de apelación de las sentencias de pérdida de investidura, proferidas por los Tribunales Administrativos, es de conocimiento de la Sección Primera del Consejo de Estado.

Está acreditado en el proceso que la demandada ostenta la investidura objeto de la demanda, al posesionarse en reemplazo de un Concejal electo, según consta en acta 022 de 5 de mayo de 2010, visible a folios 21 a 33 del expediente, y por consiguiente es sujeto pasivo de la presente acción.

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 inhabilidades, por cuanto el

Radicación: 76001-23-31-000-2010-01739-01(PI)
Actor: ERNESTO GARZÓN

demandado suscribió con el Municipio de Restrepo (Valle del Cauca), un contrato de prestación identificado con la Orden de Servicios N° 034-2009, a través de la cual se suministró al municipio de Restrepo una Carpa para Mesa de Galería por valor de \$250.000, firmada el 23 de octubre de 2009 y pagado el 31 de octubre de 2010, circunstancia esta que reitera el actor en el recurso de apelación.

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 plenarias o de comisión en las que se voten proyectos de ordenanza o acuerdo, según el caso.

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

4. Por indebida destinación de dineros públicos.

Radicación: 76001-23-31-000-2010-01739-01 (PI)
 Actor: ERNESTO GARZÓN

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.

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.

En relación con la violación al régimen de inhabilidades, que en el artículo 48 citado no aparece contemplada como causal de pérdida de investidura de los diputados, concejales municipales y distritales y miembros de juntas administradoras locales, la Sala Plena en varias sentencias del año 2002², precisó que la misma no

² Entre ellas la del veintitrés (23) de julio de dos mil dos (2002) Consejo de Estado. Sala Plena de lo Contencioso Administrativo. Bogotá, D.C. Consejero ponente: Gabriel Eduardo Mendoza Martelo. Radicación número: 68001-23-15-000-2001-0183-01 (IJ-024). Actor: Julio Vicente Niño Mateus, que recoge lo dicho en providencias de la Sección Primera de la Sala de lo Contencioso Administrativo de quince (15) de agosto de dos mil dos (2002). Consejero ponente: Gabriel Eduardo Mendoza Martelo. Radicación número: 17001-23-31-000-2001-0907-01 (7751). Actor: Procuradora Judicial 29 Delegada Para Asuntos Administrativos; del veintidós (22) de octubre de dos mil cuatro (2004). Consejera ponente: Olga Inés Navarrete Barrero. Radicación número: 50001-23-31-000-2004-90387-01. Actor: Montegranario Toro Saavedra y del veintitrés (23) de octubre de dos

Radicación: 76001-23-31-000-2010-01739-01(PI)
Actor: ERNESTO GARZÓN

desapareció como causal de pérdida de investidura con la Ley 617 de 2000, tesis acogida y resumida por esta Sección así:

- 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.
- 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.

mil ocho (2008). Consejero ponente: Rafael E. Ostau de Lafont
Pianeta. Radicación número: 19001-23-31-000-2008-00085-01(PI).
Actor: Procuraduría 40 Judicial Administrativa.

Radicación: 76001-23-31-000-2010-01739-01 (PI)
 Actor: ERNESTO GARZÓN

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 Concejales³.

³ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Primera Bogotá, D.C., cinco (5) de mayo de dos mil cinco (2005).

Radicación: 76001-23-31-000-2010-01739-01 (PI)
Actor: ERNESTO GARZÓN

Definido que la violación al régimen de inhabilidades si 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.

La causal que se invoca en este caso para la pérdida de investidura es la 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 el siguiente:

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

Consejero ponente: Gabriel Eduardo Mendoza Martelo. Radicación número: 05001-23-31-000-2004-05843-01 (PI). Actor: Procuraduría 31 delegada ante el Tribunal Administrativo.

Radicación: 76001-23-31-000-2010-01739-01 (PI)
Actor: ERNESTO GARZÓN

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. (Negrilla fuera del texto).

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; (ii) las inhabilidades e incompatibilidades, en tanto limitan la libertad y los derechos de las personas, son de

Radicación: 76001-23-31-000-2010-01739-01 (PI)
Actor: ERNESTO GARZÓN

interpretación restrictiva; y (iii) la vocación de ser llamado a ocupar la curul ante las faltas temporales o definitivas del titular, se adquiere de manera mediata por las elecciones.

Precisado lo anterior y analizadas las pruebas obrantes en el proceso, se puede tener como acreditado que el señor JOSÉ EREMIS MARÍN LÓPEZ fue llamado a ocupar la vacante de una curul en el Concejo del Municipio de Restrepo (Valle del Cauca), efecto para el cual se posesionó el 5 de mayo de 2010, conforme consta en el Acta N° 022 de esa fecha, visible a folios 21 a 33 del expediente.

La elección de Concejales para el período 2008-2011, en la cual participó el demandado como candidato, se llevó a cabo el 28 de octubre de 2007⁴ y el contrato en comento se celebró el 23 de octubre de 2009, conforme consta a folio 8 del expediente, lo que pone de manifiesto que, en principio, el período inhabilitante estaría comprendido entre el 28 de octubre de 2006 y el 28 de octubre de 2007, por lo que, no se configura la causal alegada.

⁴ Folios 6 y 7 del expediente.

Radicación: 76001-23-31-000-2010-01739-01 (PI)
Actor: ERNESTO GARZÓN

Así las cosas, si bien está demostrado que el Concejal demandado intervino en la celebración del contrato de prestación identificado con la Orden de Servicios N° 034-2009, a través de la cual se suministró al municipio de Restrepo una Carpa para Mesa de Galería por valor de \$250.000, firmada el 23 de octubre de 2009, no estaría incurso en la causal alegada por el demandante, dado que el contrato mencionado se celebró el 23 de octubre de 2009⁵, documento que no fue tachado de falso por la parte demandante.

En consecuencia, al no 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:

⁵ Por fuera del período inhabilitante, que lo fue del 26 de octubre de 2002 a 26 de octubre de 2003.

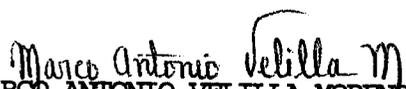
Radicación: 76001-23-31-000-2010-01739-01 (PI)
Actor: ERNESTO GARZÓN

CONFÍRMASE la sentencia apelada.

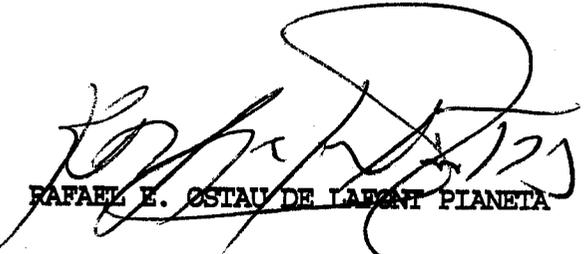
Ejecutoriada esta providencia, devuélvase el expediente
al Tribunal de origen.

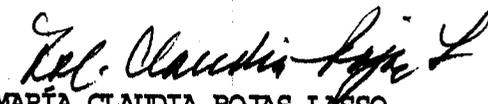
CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚPLASE.

Se deja constancia de que la anterior sentencia fue
leída, discutida y aprobada por la Sala en la sesión del
día 1 de diciembre de 2011.


MARCO ANTONIO VELILLA MORENO
Presidente


MARÍA ELIZABETH GARCÍA GONZÁLEZ


RAFAEL E. OSTAU DE LARA PIÑETA


MARÍA CLAUDIA ROJAS LASSO