



**REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO
TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE SUCRE
-Sala Plena de Decisión-**

Magistrado Ponente: Dr. Eduardo Javier Torralvo Negrete

Sincelejo, veinte (20) de noviembre de dos mil dieciocho (2018).

Expediente número 700012333000-2018-00232-00.

Medio de control: Pérdida de Investidura.

Demandante: Maria Bernarda Olmos Romero.

Demandado: Sebastián Vergara Guzmán (Concejal).

OBJETO

Procede la Sala Plena del Tribunal Administrativo de Sucre a dictar la sentencia que en derecho corresponda, dentro del medio de control de Pérdida de Investidura promovido por **Maria Bernarda Olmos Romero** en contra de **Sebastián Vergara Guzmán**, elegido como Concejal del Municipio de Sincelejo para el período constitucional 2016-2019.

1. ANTECEDENTES

1.1 La demanda.

La señora María Bernarda Olmos Romero, solicita al Tribunal declarar la pérdida de investidura del Concejal del Municipio de Sincelejo (Sucre), señor Sebastián Vergara Guzmán, por incurrir presuntamente en causal de pérdida de investidura señalada en el numeral 1 del artículo 48 de la Ley 617 de 2000, esto es, en conflicto de intereses y por incurrir en la causal de inhabilidad contemplada en el numeral 4 del artículo 43 de la Ley 136 de 1994, modificado por el artículo 40 de la Ley 617 de 2000.

1.2. Los hechos

Como fundamento fáctico de sus pretensiones, la parte demandante expuso los siguientes:

.-El día 25 de octubre de 2015, se realizaron las elecciones para aspirar al cargo de Concejal del Municipio de Sincelejo, para el período Constitucional comprendido entre los años 2016-2019.

.- El Señor Sebastián Vergara Guzmán, se inscribió como candidato al Concejo por el Partido Conservador, para aspirar al cargo de elección popular antes enunciado, del cual resultó elegido; tomando posesión el día 2 de enero de 2016, fecha en la cual se instaló el Concejo Municipal de Sincelejo.

.- Que La empresa CONSULTORES UNIDOS S.A, suscribió contrato de consultoría CM- 010 DE 2009, con el Municipio de Sincelejo, cuyo objeto es la interventoría técnica, administrativa y financiera al convenio de colaboración del Servicio Público de Aseo "INTERASEO S.A E.S.P".

.- Dentro de la ejecución y desarrollo de la interventoría antes enunciada, la empresa CONSULTORES UNIDOS S.A., presenta un organigrama en el cual especifica el equipo logístico, entre ellos un vehículo de placas HNU 249, el cual para la época de los hechos se encuentra destinado para uso exclusivo de dicho contrato de interventoría, donde el interventor e ingeniero residente, es el señor Germán Vergara Hernández, padre del Concejal Sebastián Vergara Guzmán.

.- El día 21 de marzo de 2017, se aprobó una proposición realizada en el Concejo por el Concejal Luis Oreste Baracchi Vélez,

para un control político a la empresa CONSULTORES UNIDOS S.A., y el Concejal Sebastián Vergara Guzmán, se declaró impedido para aprobar la proposición realizada, por conflicto de intereses, tal como consta en el acta 036 del 2017.

.- Que se pudo constatar, que el vehículo que se utiliza para la interventoría y que es cancelado con recursos públicos, se utilizó por parte de la empresa CONSULTORES UNIDOS S.A, para realizarle toda la campaña política, como vehículo de uso personal al señor Sebastián Vergara Guzmán, hoy Concejal del Municipio de Sincelejo, y quien es hijo del señor German Vergara Hernández, miembro, interventor e ingeniero residente en la firma CONSULTORES UNIDOS S.A, contratada por el Municipio para la interventoría a INTERASEO S.A E.S.P. Es decir, la firma interventora utilizó y destinó un bien predestinado para cumplir fines específicos en el contrato de interventoría, pagado con recursos públicos, para servicios políticos y electorales en las pasadas elecciones de Concejo.

.- Por lo anterior, se observa el dolo de la conducta de los miembros de la firma interventora, toda vez que el señor German Vergara Hernández, como interventor, conocía de la predestinación del vehículo de placas HNU 249, el mismo que hasta la fecha de la presentación de la demanda, se le sigue cancelando el servicio que presta.

.- Lo anterior se resume en el oficio de fecha 15 de agosto de 2017, dirigido al señor Luis Oreste Baracchi Velez, por parte de la Secretaría de Desarrollo y Obras Públicas del Municipio de Sincelejo, como supervisora del contrato de interventoría en mención, el cual en uno de sus apartes manifiesta: *"En coherencia con la respuesta anterior, de acuerdo a los informes trimestrales cuyas copias reposan en los archivos*

específicos de la Secretaría de Desarrollo y Obras Públicas, encontramos reporte del periodo 1 DE JUL A 31 DE D/C DE 20 1 5 en el cual se reacciona como equipo logístico utilizado por la Interventoría entre otros al vehículo de placas HNU 249".

1.3. Trámite procesal.

En los términos anotados, fue presentada la demanda, el 27 de agosto de 2018¹, siendo primeramente inadmitida por auto del 31 de agosto de 2018². Luego de presentado escrito de corrección el día 7 de septiembre de 2018³, se admitió mediante providencia del 19 de septiembre de 2018⁴, en la que se ordenó la notificación personal del demandado y al Procurador Judicial en Asuntos Administrativos, notificaciones que se surtieron el día 20 de septiembre de 2018⁵.

Mediante Auto de 16 de octubre del presente año⁶, se abrió el proceso a pruebas y se fijó para el 30 de octubre de 2018, la realización de la Audiencia de que tratan los artículos 11 y 12 de la Ley 1881 de 2018.

1.4. Contestación de la demanda⁷.

El señor Sebastián Vergara Guzmán, a través de apoderado judicial, contestó la demanda para oponerse a la declaratoria de Pérdida de Inversión, exponiendo los siguientes argumentos:

.- En cuanto a los hechos de la demanda, no es cierto que la Empresa CONSULTORES UNIDOS S. A., tenga el vehículo camioneta de placas HNU-249, "*destinadas para el uso exclusivo del contrato de interventoría suscrito con el municipio de Sincelejo No. CM 010 de 2009*".

¹ Fl. 54.

² Fl. 56.

³ Fls. 58 a 61.

⁴ Fl. 79.

⁵ Fls. 80 a 82.

⁶ Fl. 95.

⁷ Fls. 83 a 88.

.- Dentro de la propuesta presentada por CONSULTORES UNIDOS S. A., en el concurso de mérito adelantado por el Municipio de Sincelejo No. CM-010-2009, en relación con el personal, equipo y sede de operaciones que dispondrá la Interventoría para el cumplimiento de sus obligaciones, no se encuentra el uso del vehículo camioneta de placas HNU-249, tal como se anota en documento No. E 0600.10.02-0668 de fecha 15 de agosto de 2017, suscrito por el señor Secretario de Desarrollo y Obras Públicas de Sincelejo.

.- En el contrato de Interventoría No. CM-010-2009 de fecha 30 de diciembre de 2009, en la Cláusula 12 se pactó, que el Interventor tiene la plena autonomía administrativa y técnica para la ejecución del contrato, por lo que ejecutará el contrato con sus propios medios tecnológicos, económicos, financieros, humanos y materiales, sin que pueda derivarse para el municipio ninguna vinculación con tales medios.

.- Para desvirtuar que el municipio pagaría por los elementos, equipos o bienes utilizados por la Interventoría, se dijo en la misma Cláusula 12 que, *"el Interventor proveerá todos los recursos, equipos, muebles y enseres, sistema de comunicación de computo e información, y en general, todos los elementos necesarios para la ejecución del contrato. De igual forma, estará a cargo del Interventor, todos los costos directos e indirectos que demande la ejecución del presente contrato, tales como los gastos de administración, sueldos, horas extras, jornales, honorarios y prestaciones sociales del personal que emplee... transportes, equipos...así como todos los gastos...que se acusen en virtud de la ejecución del objeto contratado. El Interventor, en el desarrollo de los trabajos, suministrará a su costa el personal, los equipos, elementos de trabajo..."*.

.- Que respecto del vehículo en mención, al ser contratado por la empresa CONSULTORES UNIDOS S. A., no se pactó exclusividad alguna, menos para ser utilizado únicamente para la ejecución del contrato de Interventoría No. CM-010-2009.

.- El contrato de arrendamiento del vehículo camioneta de placas HNU249, se pactó para estar a disposición de la empresa CONSULTORES UNIDOS S. A., no se dijo que fuera para la ejecución del contrato de Interventoría No. CM-010-2009.

.- Que el demandante de manera mal intencionada y de mala fe, señala a German Vergara Hernández, como contratista interventor, faltando a la verdad, puesto que basta mirar los documentos aportados, como el contrato y respuesta entregada por la empresa CONSULTORES UNIDOS S. A., para darse cuenta que aquel, es sólo un empleado de la Empresa, que no es el representante legal, socio ni pertenece a los cuadros directivos de la misma.

.- Señala además, que el marco normativo del conflicto de intereses como causal de pérdida de investidura, está contenido inicialmente en el numeral 1 del artículo 183 de la Constitución Política. Frente a esta causal, en reciente providencia, la Sala Plena del Honorable Consejo de Estado reiteró, que para que se configure el conflicto de intereses como causal de pérdida de investidura deben presentarse las siguientes condiciones o supuestos: *"(i) que exista un interés directo, particular y actual: moral o económico, (ii) que el congresista no manifieste su impedimento a pesar de que exista un interés directo en la decisión que se ha de tomar, (iii) que el congresista no haya sido separado del asunto mediante recusación, (iv) que el congresista haya participado en los debates y/o haya votado y (v) que la participación del congresista se haya producido en relación con el trámite de leyes o de cualquier otro asunto sometido a su conocimiento". (Cita de la sentencia del 24 de febrero de 2015, exp. 11001-03-15-000-2012-01139-00 (PI-2012-01139 y 2012-01443), M.P. María Claudia Rojas Lasso).*

.- Que como quiera que el Concejal Sebastián Vergara Guzmán, se declaró impedido para votar y participar en el debate de control político que adelantó el Concejo municipal de Sincelejo a la empresa

CONSULTORES UNIDOS S. A., lo liberó del supuesto o condición, señalado en la sentencia anterior, con lo cual basta decir, no está frente a un conflicto de intereses.

.-La empresa CONSULTORES UNIDOS S. A., celebró el contrato de Interventoría No. CM 010 de 2009 cuyo objeto es la interventoría técnica, administrativa y financiera al convenio de colaboración del servicio público de aseo, plazo del contrato, de 30 años, pactado con la autonomía administrativa y técnica para la ejecución del contrato, quiere decir, se hace con sus propios medios tecnológicos, económicos, financieros, humanos y materiales, sin que pueda derivarse para el Municipio ninguna vinculación con tales medios.

.-Respecto a la participación de los contratistas en política, refirió, que éstos sí pueden participar abierta y totalmente en política. Ello, por cuanto no existe norma alguna que expresamente consagre tal prohibición. Existen sí, inhabilidades para aspirar a ciertos cargos que afectan a los contratistas, como aquella que consagra que no puede ser elegido alcalde quien haya intervenido en la celebración de contratos con el respectivo municipio dentro del año anterior a la inscripción, por ejemplo, pero ese es otro tema.

.- Que al no existir norma expresa en el ordenamiento jurídico colombiano que consagre tal prohibición, los contratistas pueden participar en política, tal como lo han sostenido en múltiples oportunidades, tanto la Corte Constitucional como el Consejo de Estado, al señalar que la interpretación de las prohibiciones consagradas en la ley ha de ser restrictiva, esto es, que no puede aplicarse una prohibición por analogía, por ejemplo, a una situación que aparenta ser similar a otra pero que no lo es.

.- Consultando la normatividad vigente, la Ley 130 de 1994, en su artículo 14, faculta a los partidos, movimientos y candidatos para recibir ayudas o contribuciones económicas de personas naturales y jurídicas y a invertir en las mismas, dineros de su propio peculio, de su familia o de contribuciones de particulares, sin exceder las sumas que para el efecto fija el Consejo Nacional Electoral seis meses antes de la elección.

.- Por último, la Ley 1474 de 2011, estatuto anticorrupción, no incluyó a quienes aporten a las campañas de los candidatos a Corporaciones Públicas, dentro de los inhabilitados para contratar con el Estado, en tal sentido puede consultarse el artículo 20 de esta ley.

.-En conclusión, puede afirmarse, que en el evento de probarse el aporte de un contratista a la campaña política del Concejal Sebastián Vergara Guzmán, no existiría ninguna inhabilidad, incompatibilidad o conflicto de interés por ese solo hecho.

2. AUDIENCIA ESPECIAL

El 30 de octubre de 2018, la Sala Plena de la Corporación celebró la audiencia de que tratan los artículos 11 y 12 de la Ley 1881 de 2018, en la que se escucharon las alegaciones finales de las partes e intervinientes en el presente asunto.

2.1 Intervenciones.-

2.1.1. Parte demandante.-⁸

La demandante a través de su apoderado, reitera lo dicho en la presentación de la demanda y solicita que se declare la pérdida de investidura del Concejal Sebastián Vergara Guzmán, alegando lo siguiente:

⁸Intervención a partir del minuto 9:54 al minuto 22:39, CD-ROM (folio 118), acta escrita a folios 114-117.

.-El señor Sebastián Vergara Guzmán, es hijo de un contratista del Municipio de Sincelejo, quien es interventor e ingeniero residente de la empresa Consultores Unidos S.A. y por lo tanto ejerce funciones públicas transitorias.

.-Que cuando en una de las sesiones del Concejo Municipal de Sincelejo, se hace una proposición para hacerle control político a la empresa Consultores Unidos S.A, el señor Sebastián Vergara Guzmán se declara impedido para actuar en dicha proposición por conflicto de intereses (probado según acta 039 de 2017).

.-Que el señor Sebastián Vergara Guzmán y su señor padre, sabían desde que se postuló al Concejo, que se encontraba inhabilitado.

.-El señor Sebastián Vergara Guzmán, se aprovechó de la condición contractual, del manejo de personal y recursos del municipio, para sacar una de las mayores votaciones en el municipio.

.-Usaron los bienes de uso del contrato de interventoría para los asuntos de la campaña política, tal es el caso de la camioneta de placas HNU 249, que fue utilizada para la misma época de la postulación al Concejo de Sincelejo.

.-Que el objeto del contrato de consultoría CM-010 de 2009, fue la interventoría técnica, administrativa y financiera al convenio de colaboración del servicio público de aseo, que se constituyó como producto de la convocatoria pública 01 de 2009.

.-Que con recursos públicos, usaron un medio que hacia parte de un contrato estatal para actividades políticas. Usaron la empresa como soporte para elegir a una persona.

.-A manera de conclusión, se puede colegir de la prueba documental, que el señor Sebastián Vergara Guzmán, debe perder su investidura, toda vez que tiene un parentesco en primer grado de consanguinidad con un contratista del municipio de Sincelejo, el cual utilizó la interventoría para sacar electo a su hijo como Concejal del municipio.

2.2.2. Ministerio Público.-⁹

Después de realizar una exposición de los antecedentes y lo probado en el proceso, y acudiendo a referentes jurisprudenciales del Consejo de Estado y la Corte Constitucional de cara al marco normativo del régimen de inhabilidades y conflicto de intereses, estima que el señor Sebastián Vergara Guzmán en calidad de Concejal del Municipio de Sincelejo, para el periodo 2016-2019, no se encuentra inmerso en una causal de incompatibilidad, ni de conflicto de intereses que de lugar a la pérdida de su investidura.

Así mismo señala, que no se prevén los elementos constitutivos de la causal de inhabilidad, dispuesta por el #3 del Art. 40 de la Ley 617 /2000 que modificó el art. 43 de la Ley 136/1994, en el entendido de que el demandado no intervino en la gestión de negocios en el nivel municipal, o en la celebración de contratos con entidades del mismo orden, ni fue representante legal de entidades que administren tributos, tasas o contribuciones, o entidades que presten servicios públicos domiciliarios.

⁹ Intervención a partir del minuto 22:50 al minuto 32:26. CD-ROM (folio 118), Acta escrita a folios 114-117. Igualmente aporta resumen escrito a folios 106-113.

Por lo anterior, solicita denegar las pretensiones de la demanda.

2.2.3. Parte demandada.-¹⁰

La apoderada del señor Sebastián Vergara Guzmán, reiteró lo expuesto en la contestación de la demanda, y de manera adicional se refirió a que el al ser contratada por la empresa CONSULTORES UNIDOS S. A., la Camioneta de placas HNU-249, no se pactó exclusividad alguna, menos para ser utilizada únicamente para la ejecución del contrato de Interventoría No. CM-010-2009.

.- Que al observar los documentos aportados al expediente, tal es el caso del contrato y respuesta entregada por la empresa CONSULTORES UNIDOS S. A., se puede demostrar, que el señor Germán Vergara Hernández, es solo un empleado de la Empresa, que no es el representante legal, tampoco socio de la misma, ni pertenece a los cuadros directivos de ésta.

.-En relación con el valor probatorio de las fotografías aportadas al expediente, argumentó que las varias fotografías de la camioneta con placas HNU-249, dan cuenta de propaganda política, de distintos candidatos al concejo, alcaldía, asamblea y gobernación, sin que se pruebe dentro del proceso, su origen, ni el lugar, ni la época en que fueron tomadas y carecen de reconocimiento o ratificación.

.- Que conforme el artículo 253 del CGP, las fotografías son pruebas documentales que el juez está en la obligación de examinar bajo el criterio de la sana crítica, siempre y cuando se hayan verificado los requisitos

¹⁰ Intervención a partir del minuto 33:00 al minuto 43:20. CD-ROM (folio 118), Acta escrita a folios 114-117. Igualmente aporta resumen escrito a folios 100-105.

formales para la valoración de ese tipo de medios probatorios, esto es, la autenticidad y la certeza de lo que se quiere representar.

.-En conclusión, no hay certeza que la fotografía cuya imagen es una camioneta empapelada con propaganda política de distintos candidatos, se le atribuya su uso por parte del señor Sebastián Vergara Guzmán en la campaña política que tuvo origen en el año 2015.

.- Solicitó en consecuencia, absolver de todo cargo al Concejal Sebastián Vergara Guzmán, puesto que no se encontró probada alguna inhabilidad o conflicto de intereses, que conlleve a la pérdida de investidura que es el objeto de la demanda.

3. Competencia.-

Por la naturaleza del proceso, de acuerdo al artículo 152 numeral 15 de la Ley 1437 de 2011, el Tribunal es competente para conocer del presente asunto en primera instancia.

3.1. CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL

Para establecer si hay lugar a declarar la pérdida de investidura del Concejal Sebastián Vergara Guzmán, la Sala deberá determinar, si se encuentra incurso en violación al régimen de conflicto de intereses y si la situación descrita en la demanda, conlleva a la inhabilidad contemplada en la Ley 136 de 1994, artículo 43, numeral 4, modificado por el artículo 40 de la Ley 617 de 2000.

Para resolver la cuestión planteada, cuenta la Sala con el material probatorio regularmente allegado al expediente, así:

- *Copia del formato E-26-Elecciones Concejo municipal de Sincelejo, 25 de octubre de 2015, en un folio (fl. 6).*
- *Constancia suscrita por el Secretario General del Concejo Municipal de Sincelejo, de fecha 15 de mayo de 2017, que da cuenta de la elección del señor Sebastián Vergara Guzmán, identificado con cédula 1.017.151273, como Concejal del municipio por el Partido Conservador, periodo 2016-2019 (FL. 7).*
- *Copia de Registro Civil de Nacimiento de Sebastián Vergara Guzmán (fl. 8).*
- *Copia del contrato de Interventoría Técnica Administrativa y Financiera al Convenio de Colaboración del Servicio Público de Aseo CM-010 de 2009 (fls. 9-25).*
- *Copia del Oficio E0600.10-02.0668 de fecha 15 de agosto de 2017, suscrito por el Secretario de Obras Públicas del Municipio de Sincelejo, dirigido a Luis Oreste Baracchi Vélez, en cumplimiento a un derecho de petición (fl. 26-27).*
- *Registro fotográfico (fls. 28-30).*
- *Copia del Certificado de Existencia y Representación Legal de la Empresa Consultores Unidos S.A. (fls. 31-37).*
- *Copia del Oficio fechado 3 de abril de 2017, suscrito por el Director Jurídico de la Empresa Consultores Unidos S.A., dirigido a Luis Oreste Baracchi Vélez (fl. 38).*
- *Copia del Acta 039 del 24 de marzo de 2017, emanada del Concejo Municipal de Sincelejo Sucre (fls. 39-53).*
- *Copia del Formato E-26 en 11 folios (fls. 62-72)*
- *Copia del RUNT, del vehículo de placas HNU249 de marca Chevrolet (fl. 74-77).*
- *Certificado de trabajo del señor German Vergara Hernández, suscrito por la Directora Administrativa de la empresa Gestión y Diseños Eléctricos S.A., de fecha 3 de septiembre de 2018, que hace constar,*

que la persona en mención, tiene un contrato a término indefinido desde el 1 de enero de 2014, desempeñándose en esa empresa como Profesional grado 3. Con un salario mensual de tres millones ochenta y nueve mil quinientos treinta y nueve pesos (\$3.089.539) y beneficios no salariales por valor de un millón setecientos veinte mil cuarenta y nueve pesos (\$1.720.049).

- *Copia de contrato de arrendamiento del vehículo Camionetas de placas HNU249 (fls. 91-92).*

Revisado el acervo probatorio allegado, procede la Sala al estudio del asunto, con base en el marco legal y jurisprudencial que rige el caso de marras.

En el presente asunto, la parte demandante solicita que se declare la Pérdida de Investidura del señor Sebastián Vergara Guzmán, quien fue electo Concejal del Municipio de Sincelejo (Sucre), para el período constitucional de 2016 a 2019, sosteniendo una presunta violación al régimen de conflicto de intereses, según las previsiones del numeral 1º del artículo 48 de la Ley 617 de 2000, igualmente, que se encuentra incurso en la inhabilidad consagrada en el numeral 4 del artículo 43 de la Ley 136 de 1994, modificado por el artículo 40 de la Ley 617 de 2000.

Lo anterior, por cuanto presuntamente, se puso a disposición de la campaña política del Concejal Vergara Guzmán en el año 2015, el vehículo Camioneta Chevrolet de placas HNU 249, el cual es cancelado con recursos públicos y es de uso exclusivo de la interventoría que ejerce su padre, el ingeniero Germán Vergara Hernández, configurándose así, las causales de pérdida de investidura en mención.

De la Pérdida de Investidura de Concejales. Análisis de las disposiciones señaladas por la demandante.-

Mediante la Ley 136 de 1994, "Por la cual se dictan normas tendientes a modernizar la organización y el funcionamiento de los municipios", se introdujo la pérdida de investidura de los concejales, en los siguientes términos:

"Artículo 55º.-*Pérdida de la investidura de concejal. Los concejales perderán su investidura por:*

- 1. La aceptación o desempeño de un cargo público, de conformidad con el artículo 291 de la Constitución Política, salvo que medie renuncia previa, caso en el cual deberá informar al Presidente del Concejo o en su receso al alcalde sobre este hecho.*
- 2. Por violación del régimen de inhabilidades, incompatibilidades o de conflicto de intereses.*
- 3. Por indebida destinación de dineros públicos.*
- 4. Por tráfico de influencias debidamente comprobado.*
- 5. La pérdida de investidura será decretada por el Tribunal de lo Contencioso Administrativo de la respectiva jurisdicción, siguiendo el procedimiento establecido para los congresistas, en lo que corresponda."*

"ARTÍCULO 70. Conflicto de interés. *Cuando para los Concejales exista interés directo en la decisión porque le afecte de alguna manera, o a su cónyuge o compañero o compañera permanente, o a alguno de sus parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad o primero civil, o a su socio o socios de derecho o de hecho, deberá declararse impedido de participar en los debates o votaciones respectivas. (resalta la Sala).*

Posteriormente, a través de la Ley 617 de 2000, de igual forma se reguló este tema al establecerse:

"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.

5. Por tráfico de influencias debidamente comprobado.

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

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

Parágrafo 2º- 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."

«ARTICULO 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:

(..)

4. Quien tenga vínculo por matrimonio, o unión permanente, o de parentesco en segundo grado de consanguinidad, primero de afinidad o único civil, con funcionarios que dentro de los doce (12) meses anteriores a la elección hayan ejercido autoridad civil, política, administrativa o militar en el respectivo municipio o distrito; o con quienes dentro del mismo lapso hayan sido representantes legales 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. Así mismo, quien esté vinculado entre sí por matrimonio o unión permanente o parentesco dentro del segundo grado de consanguinidad, primero de afinidad o único civil, y se inscriba por el mismo partido o movimiento político para elección de cargos o de corporaciones públicas que deban realizarse en el mismo municipio o distrito en la misma fecha."

Ahora bien, respecto de los asuntos relacionados con las inhabilidades, las incompatibilidades y el conflicto de interés, el H. Consejo de Estado ha dicho lo siguiente:

"Particularmente, en el caso de los concejales y alcaldes, la Corte Constitucional ha señalado en su jurisprudencia al examinar la constitucionalidad de las normas que gobiernan el régimen de inhabilidades, incompatibilidades y conflictos de interés, que en el nivel municipal, es necesario que quienes representan los intereses de la comunidad local se dediquen con seriedad e integridad a la gestión de su cargo, por lo cual se justifica el señalamiento de causales que aseguren que, en el ejercicio de sus funciones, los concejales y alcaldes no se valgan de su posición para obtener beneficios particulares o se alejen de la defensa de los intereses de la comunidad. Estos motivos, han llevado a que la Corte Constitucional en múltiples ocasiones declare la exequibilidad de diversas disposiciones que establecen restricciones para el acceso o el ejercicio a dichos cargos¹¹.

Se ha dicho también que de conformidad con el artículo 209 de la Constitución Política el ejercicio de la función pública debe realizarse siguiendo unos parámetros mínimos de conducta en los que predominen los criterios de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad; que la necesidad de poner en práctica la aplicación de estos principios superiores conlleva a que, no obstante el derecho ciudadano a la participación en la conformación, ejercicio y control del poder político, quienes pretendan acceder y accedan al desempeño de funciones públicas deben someterse al cumplimiento de ciertas reglas y exigencias.

Es importante citar lo expresado por esta Corporación¹² en relación con las inhabilidades en cuanto le es aplicable también a las incompatibilidades y a los conflictos de interés, pues todos ellos constituyen prohibiciones cuya trasgresión genera la sanción de pérdida de investidura.

Ha expresado el Consejo de Estado que las inhabilidades, y por ende las incompatibilidades, tienen como objetivo principal lograr la moralización, idoneidad, probidad e imparcialidad de quienes van a ingresar o ya están desempeñando empleos públicos. Que los hechos que el constituyente o el legislador tipifican como causales son de distinta índole, algunas son de carácter general ya que operan para toda clase de servidores públicos,

¹¹ Ver sentencia del 28 de febrero de 2008; rad. 25002315000- 2006- 02262

¹² Sentencia de enero 22 de 2002. Rad. 1101-03-15-000-2001-0148-01 (PI). M.P. Dr Germán Ayala Mantilla

mientras que otras sólo se establecen para determinada entidad o rama del poder público.

Que "dado su carácter prohibitivo, su consagración debe ser expresa, al tiempo que su interpretación estricta, esto es que su deducción y aplicación siempre debe estar ajustada a los presupuestos que para cada causal haya señalado el constituyente o el legislador, dado que no es posible su aplicación extensiva o analógica."¹³.

En relación con el conflicto de intereses como causal de pérdida de investidura de concejal, ha dicho el Consejo de Estado:

"La jurisprudencia de esta Corporación ha precisado en múltiples oportunidades el alcance de lo que se entiende por 'conflicto de intereses', señalando que el sentido que expresa el 'conflicto de intereses' se refiere a situación de carácter particular, estrictamente personal en la que tenga interés el Congresista –en este caso el Concejal– que signifique aprovechamiento personal de su investidura.

Debe existir entonces, como lo dice la norma, un interés directo en la aprobación de determinado proyecto buscando un favorecimiento personal o de alguna de las personas indicadas en la disposición legal. Este aprovechamiento de la investidura para procurar la aprobación de un determinado proyecto en beneficio personal, constituye una causal de pérdida de la misma si se tiene en cuenta que la institución de la pérdida de investidura tiene precisamente por objeto la "moralización y legitimación de la institución política de representación popular"¹⁴.

Sobre el conflicto de intereses, la Sala Plena refiriéndose a la pérdida de investidura de Congresista, en sentencia aplicable al caso *sub examine*, ha expresado:

*" En la actividad política, dentro de un estado democrático, está siempre de por medio un interés, así, los electores acuden a las urnas y depositan un determinado voto con el interés de que su elegido se preocupe por su comunidad, la mejore y se comprometa activamente en el logro del bien común; por su parte, el elegido por voluntad pública, una vez ejerce su función, tiene por interés llevar a cabo el mandato dentro de los conceptos de justicia y bien común y realizar así el cumplimiento de los fines para los cuales fue elegido, despojándose de intereses particulares y familiares, dejando de lado el interés egoísta que en la toma de decisiones propias de su encargo, pudiera tener. Este es el ejercicio sano de la política. **En este contexto, el conflicto de intereses comporta un conflicto psicológico interno que se presenta en la persona que tiene que***

¹³ Cfr de la Sentencia del 13 de julio de 2006. Rad. 2005-01132-01 (PI)

¹⁴ Cfr de la Sentencia del 13 de diciembre de 2001. Rad. 2001-0608(7521). M.P. Olga Inés Navarrete

tomar una decisión y está frente a dos alternativas incompatibles que chocan entre sí, las que atañen a sus necesidades propias y las que pertenecen a la organización o comunidad que representa, solo que la persona debe elegir siempre sobreponiéndose al interés particular. Como conclusión de lo anteriormente expuesto, se puede puntualizar que la causal de pérdida de inversión por violación del régimen del conflicto de intereses tiene ocurrencia cuando en la persona de un congresista (en este caso de un concejal) exista un interés directo, particular y actual, de carácter moral o económico, en la decisión de uno de los asuntos sometidos a su consideración, de la que le genere a él o a sus familiares o socios, un beneficio de carácter real, y no obstante estar en esa situación, no se declare impedido de participar en los debates o votaciones respectivas¹⁵.”(Destacado de la Sala)

En pronunciamiento más reciente, la Sección Primera del H. Consejo de Estado, retomó lo dicho por la Sala Plena en Sentencia del 9 de noviembre de 2016. Expediente radicación nro. 11001-03-15-000-2014-03117-00 (PI)¹⁶, así:

"El artículo 1º de la Constitución Política dispone que la prevalencia del interés general es uno de los principios fundantes del Estado Social de Derecho. De allí que debe prevalecer en todas las actuaciones de los congresistas, con prescindencia de los intereses privados, personales o familiares, que de una u otra manera puedan incidir en las distintas funciones del Congreso de la República. En el mismo sentido el artículo 133 constitucional, precisa que los miembros de cuerpos colegiados de elección directa representan al pueblo y deben actuar consultando la justicia y el bien común. Por su parte, el artículo 11 de la Ley 1437 de 2011, aclara que cuando el interés general propio de la función pública entre en conflicto con el interés particular y directo del servidor público, este deberá declararse impedido.

Las normas constitucionales y legales no pueden precisar in extenso las situaciones que impliquen un conflicto de intereses, porque se trata de un concepto jurídico indeterminado, lo cual implica que el ejercicio hermenéutico de las situaciones de carácter moral o económico que puedan inhibir a un congresista de participar en el trámite de los asuntos sometidos a su consideración, deberá observar las coordenadas de la realidad o las circunstancias que rigen cada caso concreto. Por esta potísima razón, no es pertinente inferir reglas generales cuando se trata de conflicto de intereses.

Los conceptos jurídicos indeterminados incorporan nociones de la experiencia o de la razón práctica, técnicos o económicos y valores morales, que implican un juicio valorativo, el cual deberá realizar, en primer lugar, el propio congresista y así informar oportunamente sobre el conflicto de

¹⁵ Véase, Sentencia del 9 de noviembre de 2004, RAD 2003-0584 (PI)

¹⁶ C.P. William Hernández Gómez.

intereses -art. 182 superior-. Si no lo hace, debiéndolo hacer, podrá ser recusado y finalmente, como control externo e imparcial, será el juez de la pérdida de investidura el que decida en forma definitiva si el conflicto de intereses, en el caso concreto, es fundamento suficiente de la desinvestidura solicitada¹⁷”

En consecuencia, para que la causal de violación al régimen de conflicto de intereses se configure, debe existir un interés directo, particular y concreto del demandado distinto al propio de la función pública o al que le asiste a la comunidad en general, que le impida a éste participar en el trámite de los asuntos sometidos a su consideración.

En lo atinente a los presupuestos que deben estar configurados para la estructuración de esta causal, la cual por extensión también comprende a los concejales, son los siguientes:¹⁸

"(i) La calidad de congresista, elemento transversal y común a todo juicio de desinvestidura, (ii) La concurrencia de un interés directo, particular y actual o inmediato en cabeza de quien es congresista o su círculo cercano, (iii) su no manifestación de impedimento o no haber sido separado del conocimiento del asunto por recusación, (iv) haber conformado el quorum o participado el congresista en el debate o votación del asunto y (v) que esa participación tenga lugar en un asunto de conocimiento funcional del congresista, cualquiera sea su naturaleza, lo que no circunscribe la causal a las cuestiones legislativas, sino a toda materia que conforme al ordenamiento sea de competencia del Congreso de la República." (Destacado de la Sala).

Examinados tales presupuestos, en el asunto bajo examen se observa:

I. No se encuentra acreditada la causal de Pérdida de Investidura por violación del régimen de Conflicto de

¹⁷ Consejo de Estado. Sección Primera. Consejero ponente: Oswaldo Giraldo López. Sentencia del primero (1) de febrero de dos mil dieciocho (2018). Radicación número: 66001-23-33-000-2017-00089-01(PI).

¹⁸ Consejo de Estado- Sala Plena de lo Contencioso Administrativo. Sentencia del 6 de junio de 2017. Expediente radicación nro.11001-03-15-000-2016-02279-00(PI). (PI). C.P. Jaime Orlando Santofimio Gamboa.

Intereses, prevista en el numeral 1 del artículo 48 de la Ley 617 de 2000.-

Conforme se desprende de su consagración legal y de su desarrollo jurisprudencial, cuando se trata de incursión en violación al régimen del conflicto de intereses, se examina es el comportamiento del demandado – *miembro de la corporación pública*- frente a los deberes y responsabilidades que como tal, le fueron encomendadas por la Constitución Política y la ley para tomar decisiones en interés general y en general participar en sus funciones, teniendo en cuenta que debido a ciertas circunstancias, ese interés general se puede ver afectado por circunstancias personales que no permiten actuar imparcial y objetivamente, ante lo cual debe abstenerse de participar.

En orden de ello, para que se verifique la causal de pérdida de investidura descrita, se ha decantado por la jurisprudencia, que se requiere: (i) La calidad de congresista, elemento transversal y común a todo juicio de desinvestidura, (ii) La concurrencia de un interés directo, particular y actual o inmediato en cabeza de quien es congresista o su círculo cercano, (iii) su no manifestación de impedimento o no haber sido separado del conocimiento del asunto por recusación, (iv) haber conformado el quorum o participado el congresista en el debate o votación del asunto y (v) que esa participación tenga lugar en un asunto de conocimiento funcional del congresista, cualquiera sea su naturaleza, lo que no circunscribe la causal a las cuestiones legislativas, sino a toda materia que conforme al ordenamiento sea de competencia del Congreso de la República.

De los reseñados requisitos, solo se cumple en el *sub-examine*, con el de la acreditación de la calidad de Concejal del señor Sebastián Vergara Guzmán, quien fue elegido Concejal del Municipio de Sincelejo para el

periodo 2016-2019¹⁹, pues respecto de todos los restantes, sus presupuestos no se acompañan con la situación descrita en la causa de la demandante.

Al respecto se pone de presente que conforme con el material probatorio obrante en el plenario, se pudo establecer que:

Probado está que entre el Municipio de Sincelejo y la empresa Consultores Unidos S.A., se celebró contrato de Interventoría Técnica, Administrativa y Financiera dentro del Convenio de Colaboración del Servicio Público de Aseo, por un plazo de 30 años²⁰, con el objeto de *- realizar única y exclusivamente sobre la ejecución del Convenio de Colaboración Empresarial que suscriba el socio estratégico operador, con la nueva empresa de servicios públicos de aseo, que constituyó como producto de la Convocatoria Pública No. 01 de 2009, limitación exclusiva a derechos del Convenio de Colaboración, que por ningún motivo se extenderá a la gestión interna del socio estratégico operador, ni a los demás contratos que a cualquier título y para la prestación del mismo, celebre con entidades territoriales, instituciones o empresas diferentes a la nueva empresa de servicios públicos de aseo en Sincelejo, de conformidad con las autorizaciones otorgadas mediante los Acuerdos Municipales Números 39 del 23 de diciembre de 2008, No. 16 del 10 de junio de 2009 y No. 028 del 31 de octubre de 2009-*

Así mismo, que el padre del hoy Concejal de Sincelejo, Sebastián Vergara Guzmán, es el señor German Vergara Hernández²¹, quien ostentó el cargo de Ingeniero Residente en la Empresa Consultores Unidos S.A., y según Oficio del 3 de abril de 2017, cumplió funciones propias de la

¹⁹ Fls. 7 y 62 a 72.

²⁰ Fl. 9 y ss

²¹ Fl. 8.

interventoría²², en condición de empleado de la mentada persona jurídica contratista.

Demostrado está también, conforme lo informa el Secretario de Desarrollo y Obras Públicas de Sincelejo²³ que en la relación de equipos de que dispondría la Interventoría, según la propuesta presentada por Consultores Unidos al Municipio de Sincelejo, no se hace mención al vehículo camioneta Chevrolet de placas CM-10-2009; sin embargo se reportó como parte del equipo logístico utilizado por la interventoría, para algunos periodos comprendidos entre el 1º de septiembre de 2013 y junio de 2017, entre ellos, el que corrió entre de 1º de julio al 31 de diciembre de 2015 *–época de campaña electoral–*.

Asi mismo, que conforme la cláusula 12 del contrato de interventoría, a la interventora le corresponde proveer, en virtud de la ejecución autónoma del contrato, los recursos de personal, equipos, muebles y enseres necesarios, sin que se pactare que su destinación fuere exclusiva a la actividad de interventoría.

Igualmente lo está que entre ALDO ANDRÉS GUZMÁN GÓMEZ, como arrendador y COSULTORES UNIDOS S.A, como arrendataria, se celebró un contrato de arrendamiento del vehículo camioneta de placas HNU249, sin que en sus cláusulas se limitara su uso a la ejecución del contrato de Interventoría No. CM-010-2009.

También está demostrado que el concejal Sebastián Vergara Guzmán, en sesión del 21 de marzo de 2017, se declaró impedido para participar en debate de control político a la empresa “Ínter Aseo S.A. E.S.P”, quien hacia parte del contrato de interventoría (CM-010-2009)

²² Fl. 38.

²³ Ver en folios 26-27, su Oficio responsorial de fecha 15 de agosto de 2017, dirigido al Concejal de Sincelejo Luis Oreste Baracchi Velez.

suscrito entre el Municipio de Sincelejo y la empresa Consultores Unidos S.A.

Lo probado entonces, e incluso lo alegado sin probarse²⁴, no da cuenta de que se esté ante los elementos propios de un conflicto de interés por parte del concejal demandado, pues en lo que se refiere al alegado uso de la camioneta en mención para el servicio de la campaña política (aproximadamente sept-oct del año 2015), éste lo sería antecedente en el tiempo a su condición de concejal, y precisamente, resulta indispensable tener tal condición (posesión como concejal, 2 de enero de 2016), para poder participar en toma de decisiones y en general, en las funciones que le son propias, pues es en su ejercicio que puede encontrarse con situaciones que por circunstancias personales puedan afectar su imparcialidad, al enfrentarse el interés general que se le encomienda con su interés particular en determinado asunto.

Así entonces, al descartarse ese supuesto imprescindible, no es del caso tener que estudiar otros elementos necesarios para la configuración del régimen de conflicto de interés, como los relativos a la calificación del interés particular que debe concurrir con el general.

Tanto se aleja el enfoque antedicho de la configuración del conflicto de interés, que su causa más que señalar irregularidades en la actuación del cabildante mismo, apunta a reprochar la conducta del padre de quien hoy es concejal, afirmado el uso de su parte de la referida camioneta para

²⁴ No está probado el hecho referente al uso de la camioneta en mención para la campaña política del señor Sebastián Vergara Guzmán como candidato al Concejo Municipal de Sincelejo. Al respecto se recuerda que las fotografías- único elemento de prueba traído para su demostración-, no son por sí solas, suficientes para la demostración de un hecho. En consonancia con ello dice el H. Consejo de Estado: *"que para que las fotografías tengan connotación probatoria y puedan ser valoradas conforme a las reglas de la sana crítica se debe tener certeza sobre la persona que las realizó y las circunstancias de tiempo, modo y lugar en que fueron tomadas, lo que normalmente se devela a través de otros medios complementarios"*. Ver entre otras providencias, la de la Sección Tercera, Sentencia del 15 de febrero de 2018. Rad. 05001233100020030399301 (44494)).

servir a la campaña en el 2015, en los meses previos a la elecciones locales, aunque de paso aquí se diga, que no prueba siquiera que éste, sea su propietario o siquiera su tenedor, en contraste, el plenario muestra que su arrendador lo fue el señor Aldo Andrés Guzmán Gómez, conforme se lee en el contrato de arrendamiento²⁵, y que además no aparece pactado su exclusivo para la interventoría.

Ahora también en el caso, se pretende encuadrar la violación al régimen de conflicto de intereses, afirmando existir interés comunes entre su padre Germán Vergara Hernández y el Concejal, mostrando como hecho relevante que precisamente por eso en sesión del 21 de marzo de 2017, el concejal demandando se manifestó impedido para participar en tal debate.

Ante tal enfoque de la causa, debe decirse que no es la existencia misma del eventual enfrentamiento de intereses, el que configura sin más la causal, pues precisamente es posible que ellos se presenten, y de ahí la razón de ser de la contemplación de la figura en el ordenamiento; lo que hace incurrir en la violación al mentado régimen, es precisamente no apartarse del asunto, cuando se enfrenta a la situación en ejercicio de sus competencias, ya sea, en función administrativa, normativa, electoral, de control político, etc.

Precisamente, lo que ha ocurrido en el *sub-examine*, es que conforme lo probado, según Acta 039 del 24 de marzo de 2017, el Concejal Sebastián Vergara Guzmán, al momento de abrir el debate de control político a la empresa "Interaseo S.A. E.S.P." se declaró impedido para hacer parte del *quórum* deliberatorio, aduciendo un posible conflicto de intereses, en virtud del contrato de interventoría No. CM-010-2009, del cual su padre, el señor German Vergara Hernández, fungía como ingeniero residente y cumplía funciones de interventoría.

²⁵ Contrato de arrendamiento del vehículo Fls. 91-92.

De no haberse declarado impedido, sino por el contrario haber participado en el mentado debate, ganarían entonces en relevancia en este proceso, todos los medios probatorios tendientes a demostrar y calificar el alegado interés personal.

Por lo anterior, es claro que el señor Vergara Guzmán precaviendo un posible impedimento, no participó en el control político hecho a dicha empresa, habida consideración, que no conformó el quorum o participó en el debate o votación del asunto, de ahí que, no exista un conflicto de intereses que declarar como causal de pérdida de investidura.

II. No se configura la causal de Pérdida de Investidura del Concejal Sebastián Vergara Guzmán, relacionada con la inhabilidad consagrada en el numeral 4 del artículo 43 de la Ley 136 de 1994, modificado por el artículo 40 de la Ley 617 de 2000.

Refiere la norma en mención lo siguiente:

"Artículo 43º.- Inhabilidades. Modificado por el art. 40, Ley 617 de 2000. No podrá ser inscrito como candidato ni elegido concejal municipal o distrital:

4. Quien tenga vínculo por matrimonio, o unión permanente, o de parentesco en segundo grado de consanguinidad, primero de afinidad o único civil, con funcionarios que dentro de los doce (12) meses anteriores a la elección hayan ejercido autoridad civil, política, administrativa o militar en el respectivo municipio o distrito; o con quienes dentro del mismo lapso hayan sido representantes legales 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. Así mismo, quien esté vinculado entre sí por matrimonio o unión permanente o parentesco dentro del segundo grado de consanguinidad, primero de afinidad o único civil, y se inscriba por el mismo partido o movimiento político para elección de cargos o de corporaciones públicas que deban realizarse en el mismo municipio o distrito en la misma fecha."(Resalta la Sala)

Vista la norma trascrita, considera la Sala pertinente, previo a entrar al estudio de dicha causal, traer a colación la postura de la Sección Primera del H. Consejo de Estado, según la cual, la violación al régimen de inhabilidades como causal de pérdida de la investidura de diputados, **concejales** y ediles no fue derogada por la Ley 617 de 2000, al respecto, la sentencia del 23 de octubre de 2008, exp. 2008 00085, M.P. Dr Rafael Ostau de Lafont Pianeta, señaló:

"...sirve reiterar que el punto fue ampliamente examinado por la Sala Plena de esta Corporación y definido en el sentido señalado por el a quo en su sentencia aquí impugnada, pues así lo precisó la Sala Plena, es decir que el numeral 1 del artículo 48 de la ley 617 de 2000 no había derogado la causal de pérdida de investidura relativa a la violación del régimen de inhabilidades, razón por la cual ésta conserva su vigencia Conviene traer nuevamente lo expuesto por la sala plena en dicha sentencia, a saber:

"Ahora, el artículo 48 de la ley 617 de 2000, que entró a regir el 9 de octubre de dicho año, establece: '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 al régimen de incompatibilidades o del conflicto de intereses

4. Por las demás causales expresamente previstas en la ley'.

*No puede desconocerse que esta norma posterior contiene una relación de los diversos eventos en que diputados, concejales distritales y municipales y miembros de las juntas administradoras locales, perderán su investidura, entre los 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, que es la materia a la que se contrae el presente asunto, pues en el numeral 6 ibídem, quedó plasmada la posibilidad de que otras normas también pudieran consagrar causales de pérdida de investidura para esa categoría de servidores públicos, por lo que, frente a una situación como la aquí dilucidada, necesariamente hay que remitirse a la reglamentación contenida en la ley 136 de 1994, que en lo referente a dichas causales, en el artículo 55, numeral 2, sí prevé como propiciatoria de la comentada consecuencia jurídica, la violación del régimen de inhabilidades, así como también consagra, con ese mismo efecto, en el numeral 1, dando alcance al artículo 291 de la Constitución, la aceptación o desempeño de cargo público, causal regulada de manera especial en este último estatuto al igual a como acontece con la prevista en el artículo 110***

ibídem, relacionada con las contribuciones a los partidos, movimientos o candidatos por parte de quienes desempeñan funciones públicas.

No debe perderse de vista que el artículo 96 de la Ley 617 sobre "vigencia y derogatorias" no derogó expresamente el artículo 55, numeral 1, de la ley 136 de 1994 como sí lo hizo respecto de otras de sus disposiciones que inclusive habían sido derogadas, a su vez, por normas posteriores como la ley 177 de 1994, entre otras. En efecto, respecto del aludido artículo 55 de la Ley 136 de 1994, expresamente, nada se precisa en la nueva ley sobre su íntegra o total insubsistencia, de ahí que la regulación posterior sobre el punto derogaría lo que entraña incompatibilidad con la disposición precedente²⁶ (Destacado de la Sala).

Siguiendo el orden de lo dicho, de acuerdo con los supuestos fácticos expuestos en la demanda y lo preceptuado en el marco normativo citado, deviene pertinente recalcar, que para la configuración de la causal de inhabilidad invocada, se requiere de la reunión simultánea de los siguientes presupuestos, a saber:

1) Que el candidato al Concejo tenga vínculo por matrimonio o unión permanente, o de parentesco en segundo grado de consanguinidad, primero de afinidad o único civil; con **2)** un funcionario que ejerza autoridad administrativa; **3)** en el respectivo municipio y **4)** dentro de los doce meses anteriores a la elección como Concejal.

A partir de lo anterior, se encontró demostrado que el señor Sebastián Vergara Guzmán fue elegido como Concejal del Municipio de Sincelejo para el periodo constitucional 2016-2019²⁷, igualmente, según consta en el Registro Civil de Nacimiento que obra en el expediente²⁸, el señor German Vergara Hernández es el padre del Concejal Sebastián Vergara Guzmán.

²⁶ Reiteración jurisprudencial. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera. Consejera Ponente: Martha Sofía Sanz Tobón. Sentencia del 26 de febrero de 2009. Radicación. 17001-23-31-000-2008-00173-01(PI).

²⁷ "Acta del Escrutinio de los votos para Concejo" –E- 26 CO Fls. 62-72.

²⁸ Fl. 8.

Empero, no se encuentra acreditado, que el señor German Vergara Hernández, padre del Concejal Sebastián Vergara Guzmán, pese a ser ingeniero residente en la empresa Consultores Unidos S.A., y haber tenido funciones de interventoría en el contrato celebrado en el año 2009²⁹- *sin ser el interventor como tal*-³⁰, haya ejercido autoridad administrativa, pues sin perjuicio de como se pudo ver de la documental obrante en el expediente, éste no era representante legal, socio o miembro del cuerpo directivo de la empresa, sino un empleado en virtud de contrato de trabajo³¹, de todas formas, la actividad de interventoría no implica el ejercicio de autoridad administrativa.

Al respecto, la jurisprudencia de la Sección Quinta³², al explicar las inhabilidades y restricciones fijadas por el legislador para limitar el derecho de acceso al ejercicio de cargos o funciones públicas con el fin de rodear de condiciones de transparencia, imparcialidad, igualdad y moralidad y el acceso a la función pública, definió el concepto de **autoridad administrativa y quien la ejerce**, así:

"A diferencia del concepto de autoridad civil, el de autoridad administrativa no fue definido expresamente por el legislador. Sin embargo la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo ha dicho que "es aquella que ejercen quienes desempeñan cargos de la administración nacional, departamental y municipal o de los órganos electorales y de control que impliquen poderes decisorios de mando o imposición sobre los subordinados o la sociedad. La autoridad administrativa, comprende, entonces, las funciones administrativas de una connotación como la descrita y excluye las demás que no alcanzan a tener esa importancia"³³ .

*"En el mismo sentido, la jurisprudencia de esta Corporación ha aclarado que la **autoridad administrativa se ejerce para "hacer que la***

²⁹ Contrato celebrado con plazo a 30 años.

³⁰ Ver Oficio fechado 30 de abril de 2017, al que se ha hecho referencia, dice que cumplía funciones propias de la misma interventoría, mas no dice que era el interventor del contrato CM010 de 2009.

³¹ Ver certificación de fecha 3 de septiembre de 2018, que hace constar, que el señor Vergara Hernández, labora con la empresa Gestión y Diseños Eléctricos S.A., por medio de un contrato a término indefinido, en el cargo de Profesional Grado 3, desde el 1º de enero de 2014

³² Consejo de Estado. Sala de Consulta y Servicio Civil. Consejero ponente: Gustavo Aponte Santos. Sentencia del 5 de julio de 2007. Radicación numero: 11001-03-06-000-2007-00046-00(1831).

³³ Sentencia del 27 de agosto de 2002, expediente PI-025.

administración funcione, también ejerciendo mando y dirección sobre los órganos del aparato administrativo, nombrando y removiendo sus agentes, celebrando contratos, supervigilando la prestación de servicios, castigando infracciones al reglamento, etc. Todo eso y más, es la autoridad administrativa³⁴. (...)

"También resulta pertinente precisar que esta Sección ha dicho que quien ejerce dirección administrativa, conforme al artículo 190 de la Ley 136 de 1994, tiene igualmente autoridad administrativa. Sin embargo, el concepto de autoridad administrativa es más amplio que el de dirección administrativa y comprende, por tanto, el ejercicio de funciones que no se encuentran incluidas dentro de las mencionadas por el citado artículo 190, tales como las que impliquen otros poderes decisorios de mando o imposición sobre los subordinados o la sociedad. (...)

"De lo anteriormente expuesto se concluye que el ejercicio de autoridad administrativa como hecho que configura la inhabilidad prevista en el artículo 30, numeral 5º, de la Ley 617 de 2000, se refiere al desempeño de un cargo público que **otorga a su titular poder de mando, facultad decisoria frente a la sociedad o los subordinados y dirección de asuntos propios de la función administrativa orientados al debido funcionamiento del aparato administrativo**" (Destacado de la Sala).

En lo que atañe a la Sala para el caso en concreto, se resalta lo dicho por la Sección Primera del H. Consejo de Estado, en Sentencia del 13 de julio de 2017³⁵, que refiriéndose a las funciones que cumple la interventoría, indicó que ella no implica ejercicio de autoridad administrativa, reiterando lo expuesto por la Sección Tercera, en fallo de 28 de febrero de 2013, en donde se concluyó, que:

"el interventor adelanta, básicamente, una función de verificación y control de la ejecución contractual, pero no le compete introducir modificación alguna en los términos del negocio jurídico sobre el cual recae su función, puesto que esa es materia del resorte exclusivo de las partes del contrato, entidad contratante y contratista. Es por ello que el artículo 32 de la Ley 80 de 1993, establece que 'Ninguna orden del interventor de una obra podrá darse verbalmente', que 'Es obligatorio para el interventor entregar por escrito sus órdenes o sugerencias' y además, que 'ellas deben enmarcarse dentro de los términos del respectivo contrato', es decir que el negocio jurídico sobre el cual ejercerá vigilancia, constituye el marco dentro del cual la misma debe llevarse a cabo.
[...]

³⁴ Consejo de Estado. Sala Plena. Sentencia del 9 de junio de 1998, expediente AC-5779.

³⁵ C.P. María Elizabeth García González, Exp. 13001-23-33-000-2016-00089-01.

Resulta claro entonces, que la función del interventor es de intermediación entre la entidad contratante y el contratista, dirigida a cumplir el control y vigilancia de la correcta ejecución de las obligaciones surgidas del contrato y no la de sustituir o reemplazar a la entidad en la toma de las decisiones, quien conserva dicha potestad y la ejerce a través de su propio representante legal, que adelanta las actuaciones que le corresponden en virtud de su posición de parte dentro de la relación negocial [...].”

*La anterior providencia, resulta pertinente para reafirmar que la función del interventor a vigilar la actividad del contratista e informar a la entidad correspondiente los posibles incumplimientos contractuales que se puedan presentar, **de lo que no se advierte el ejercicio de autoridad administrativa alegado por la parte actora [...]**” (Destacado de la Sala).*

De conformidad con el análisis precedente, se tiene que, no se encuentra probado una violación al régimen de conflicto de intereses y/o desconocimiento al régimen de inhabilidades previsto en la Ley, por lo que no se decretará la pérdida de investidura del Concejal Sebastián Vergara Guzmán, en los términos solicitados por el demandante respecto de éstas causales.

4. Conclusiones.-

Corolario de lo explicado y conforme lo establecido por este Tribunal, en el caso concreto no se estructuraron los elementos que conllevan a determinar que el demandado incurrió en la causal de pérdida de investidura por violación al régimen de conflicto de intereses prevista en los artículos 55-2 y 70 de la Ley 136 de 1994, en concordancia con el numeral 1 del artículo 48 de la Ley 617 de 2000, como tampoco estar incurso en la causal de inhabilidad contemplada en el artículo 43 de la Ley 136 de 1994, modificado por el artículo 40 de la Ley 617 de 2000 y por ello, se negaran las súplicas de la demanda.

5. Condena en costas:

No habrá condena en costas por tratarse de una acción pública.

5.1. DECISIÓN: En mérito de lo expuesto, la Sala Plena del Tribunal Administrativo de Sucre, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

FALLA:

PRIMERO.- DENEGAR las pretensiones de la demanda.

SEGUNDO.- En firme esta providencia, archívese el expediente, previa anotación en el software de gestión.

Se deja constancia que el proyecto de esta providencia fue discutido y aprobado por la Sala Plena en sesión de la fecha, según consta en el acta No.10

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE,

Los Magistrados,

EDUARDO JAVIER TORRALVO NEGRETE

RUFO ARTURO CARVAJAL ARGOTY

ANDRÉS MEDINA PINEDA

TULIA ISABEL JARAVA CÁRDENAS