

REGIMEN DE INCOMPATIBILIDADES DE CONCEJAL - Comienzan a partir de la elección y no de la posesión / CONCEJAL - Régimen de incompatibilidades

La Sección reitera lo manifestado en sentencia del 31 de marzo de 2005 que señaló que las incompatibilidades de concejal comienzan a partir de la elección y no de la posesión; dice el fallo: “A juicio de la Sala las incompatibilidades de los concejales, a no dudarlo, comienzan a partir de la elección misma, en razón a que este último acto es precisamente el que le atribuye la investidura a dichos servidores públicos: Tanto es así que pueden perderla independientemente de que hayan tomado posesión del cargo o que hayan dejado dejación del mismo. Para efectos de la sanción de pérdida de investidura lo que interesa es que esta última se haya adquirido a través de una declaratoria de elección.”. La Corte Constitucional sobre el particular ha sostenido: “Que las incompatibilidades tengan vigencia desde el momento de la elección, como lo dispone el artículo impugnado (artículo 47 de la Ley 136 de 1994), es algo que no contradice los preceptos superiores y que se explica por el objetivo de impedir que, si bien no posesionado, pero ya seguro sobre el futuro desempeño del cargo, el nuevo concejal haga uso de su poder público potencial para representar y gestionar todavía intereses privados que puedan entrar en colisión con los del bien público”.

REGIMEN DE INCOMPATIBILIDADES - Causales de pérdida de la investidura: son expresas y de interpretación estricta / ANALOGIA - Prohibición en causales de pérdida de la investidura / CONTRATISTA DE EMPRESAS DE SEGURIDAD SOCIAL - Requisitos de la incompatibilidad de concejal / CONCEJAL - Contratista de empresa de seguridad social

Al tenor de lo dispuesto por el artículo 47 de la Ley 136 de 1994, como ya se dijo, las incompatibilidades de los concejales tendrán vigencia desde el momento de su elección. La Sala ha sido reiterativa en señalar que dado el carácter prohibitivo, la consagración de las causales de pérdida de investidura 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 la Constitución Política y la ley, dado que no es posible su aplicación extensiva o analógica. En lo pertinente a este asunto se observa que los elementos o supuestos necesarios para que se dé la incompatibilidad tipificada en la norma transcrita comprenden i) tener la condición de concejal; ii) simultáneamente ser empleado o contratista de una empresa; iii) que esa empresa preste servicios de seguridad social; y iv) que esos servicios se presten en el municipio donde se es concejal. La acción de pérdida de investidura plantea que la concejal demandada está incurso en causal de incompatibilidad por ser contratista de la empresa Sociedad Médica Ltda. La Corte Constitucional mediante sentencia C-179 de 2005, declaró exequibles las expresiones “empleados o contratistas” y “en el respectivo municipio” del numeral 5 del artículo 45 de la Ley 136 de 1994, por considerar que esta incompatibilidad establecida como medio para lograr la moralidad, transparencia e imparcialidad en el ejercicio del cargo de concejal, resulta apropiada, porque impide la confluencia de intereses personales y públicos en un mismo sujeto. El propósito de esta incompatibilidad está en el hecho de que el concejal pueda incidir en materias concernientes a la prestación de servicios públicos o de seguridad social en los cuales el municipio tiene reservada una posición protagónica.

CONTRATISTA DE EMPRESA DE SEGURIDAD SOCIAL - Violación del régimen de incompatibilidades del concejal / CONCEJAL - Pérdida de la investidura por ser contratista de empresa de seguridad social / EMPRESA

DE SEGURIDAD SOCIAL - Lo es la que presta servicios de salud en el municipio donde se es concejal / PERDIDA DE LA INVESTIDURA DE CONCEJAL - Contratista de empresa de seguridad social / VIOLACION DEL REGIMEN DE INCOMPATIBILIDADES - Concejal y contratista

La concejal fue elegida en los comicios efectuados el 28 de octubre de 2007, según el acta de escrutinio, formulario E-26 CO (folio 9), fecha en la cual tenía contrato vigente N° SML-PGH-2-4-025 (folio 11) suscrito el 1° de marzo de 2007 con la empresa denominada Sociedad Médica Ltda, con domicilio principal en la ciudad de Riohacha; dicho convenio tiene una duración de 12 meses, esto es hasta el 29 de febrero de 2008 y se prorroga automáticamente por vigencias iguales, salvo que por escrito y con por lo menos un mes de anticipación se manifieste la voluntad de darlo por terminado y está sujeto a la vigencia del Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio y del contrato suscrito con la Previsora S.A. (cláusula séptima). El fondo de la controversia está entonces en establecer si la Sociedad Médica LTDA presta o no servicios de seguridad social. A folio 18 reposa documento de la Cámara de Comercio de la Guajira por medio del cual certifica que la Sociedad Médica Ltda - SOMÉDICA LTDA con domicilio en Riohacha tiene como objeto social, entre otros: “la prestación de los servicios de salud a través de acciones de salud específicas en las áreas de promoción, prevención, tratamiento y rehabilitación de la salud de acuerdo a las leyes vigentes en seguridad social en Colombia, normas decretos, que la modifiquen, adicionen o complementen y para lo cual podrá crear y/o contratar con E.P.S., I.P.S., A.R.S. o cualquier tipo de entidad de salud o aseguramiento públicas y privadas ...”. Lo anterior indica que la sociedad SOMÉDICA LTDA presta servicios de salud, por lo cual es una empresa de seguridad social, término éste que comprende el sistema de pensiones, el sistema de salud, riesgos profesionales y servicios sociales complementarios. La demandada como ya se probó celebró contrato con una empresa de seguridad social que presta sus servicios de salud en el municipio de Riohacha, esto es en el municipio del cual es concejal, cuyo objeto es “la prestación de los servicios profesionales en forma independiente, de periodoncia y cirugía implantológica oral en las áreas de diagnósticos, tratamientos, rehabilitación, promoción y prevención de la enfermedad ...a los docentes activos y/o pensionados afiliados al Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio de la Guajira y a sus beneficiarios derecho-habientes residentes en el municipio de Riohacha”. La norma que se trasgredió no hace distinción entre si se trata o no de un servicio incluido en el Plan Obligatorio de Salud, ni en el hecho de que la empresa tenga o no subsidios del municipio o tenga actividades con el FOSYGA. Además si bien es cierto que los docentes afiliados al Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio representan un sector exceptuado del sistema integral de seguridad social en salud de que trata la Ley 100 de 1993 de conformidad con lo preceptuado en el artículo 279, éstos también tienen su propio régimen especial de “seguridad social”, el cual ha venido siendo modificado. Visto lo anterior para la Sala es claro que se cumplieron los elementos para que la causal de incompatibilidad se configurara, esto es que la demandada en el momento de la elección era contratista de una empresa que presta servicios de seguridad social en el municipio donde es concejal, en este caso de salud, y además, una vez posesionada siguió ejerciendo como contratista de la misma empresa, conductas violatorias del artículo 5 de la Ley 136 de 1994.

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCION PRIMERA

Consejera ponente: MARTHA SOFIA SANZ TOBON

Bogotá, D.C., veintitrés (23) de octubre de dos mil ocho (2008)

Radicación número: 44001-23-31-000-2008-00027-01(PI)

Actor: ERIBERTO ANTONIO IBARRA CAMPO

Demandado: ALBA MARIA URECHE MOSCOTE

Referencia: APELACION SENTENCIA. PERDIDA DE INVESTIDURA DE CONCEJAL

Procede la Sala a decidir el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante, mediante apoderado, contra la sentencia de fecha 13 de mayo de 2008 proferida por el Tribunal Administrativo de Riohacha, por medio de la cual se deniegan las pretensiones de la demanda de declarar la pérdida de investidura de concejal del municipio de Riohacha, a la señora Alba María Ureche Moscote.

I. ANTECEDENTES

El actor, el tipo de acción y las pretensiones de la demanda.

El señor Eriberto Antonio Ibarra Campo, mediante apoderado, en ejercicio de la acción contemplada en la Ley 617 de 2000, solicitó al Tribunal Administrativo de la Guajira decretar la pérdida de la investidura de Concejal del municipio de Riohacha a la señora Alba María Ureche Moscote.

El demandante manifestó que la concejal demandada fue elegida el 28 de octubre de 2007 para el periodo 2008-2011 por el movimiento político Partido Verde Opción Centro.

Señaló que la demandada incurrió en violación al régimen de incompatibilidades porque es contratista de empresa que presta servicios de seguridad social en el respectivo municipio, lo cual está prohibido al tenor de lo dispuesto por el numeral 5 del artículo 45 de la Ley 136 de 1994.

Que la concejal es contratista de la empresa SOCIEDAD MÉDICA LIMITADA de conformidad con el contrato N° SML-PGH-2-4-025, suscrito el 1° de marzo de 2007, vigente a la presentación de la demanda.

Argumentó que de acuerdo a lo dispuesto por el artículo 25 del Decreto 1298 de 1994 queda demostrado que la IPS Sociedad Médica Ltda presta servicios de salud; que esta institución contrata con las entidades pertenecientes al sistema de seguridad social en salud, como se demuestra con los contratos celebrados por la Clínica Riohacha, entidad privada que presta servicios de salud, con la Caja de Previsión Social de Comunicaciones "CAPRECOM", EPS del Estado y con la ARS COMPARTA, esta última en su calidad de aseguradora del régimen subsidiado en salud que maneja los dineros del Estado en el sector subsidiado; que el campo de acción de la clínica y de la ARS es el municipio de Riohacha.

Contestación de la demanda

Mediante apoderada la concejal acusada contestó la demanda. Manifestó que como odontóloga suscribió un contrato de prestación de servicios independiente N° SML-PGH-2-4-025 con la Sociedad Médica Ltda con domicilio en Riohacha, ente de carácter privado y persona jurídica con ánimo de lucro, cuyo objeto es la prestación de los servicios profesionales en forma independiente de periodoncia y cirugía implantológica oral en diferentes áreas.

Adujo que la sociedad con la cual celebró el contrato no maneja recursos del ente territorial, mucho menos del FOSYGA y que los servicios que se contrataron se prestan a usuarios del régimen especial, en este caso docentes del Departamento de la Guajira, de acuerdo a los parámetros establecidos entre la Sociedad Médica Ltda y el Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio a través de la Fiduciaria la Previsora S.A.; que en este caso se pacta una Unidad por Capitación Familiar que se paga por cada docente y su núcleo familiar.

Que ejerce su actividad de manera independiente, es la única profesional de la odontología que posee el título de especialista en periodoncia y que en el servicio están excluidas las personas usuarias del régimen subsidiado de salud al que hace mención el demandante.

Que es la Sociedad Médica Ltda quien por medio de uno de sus establecimientos,

en este caso la IPS Clínica Riohacha, quien contrata con las entidades pertenecientes al sistema de seguridad social en salud, bien sea ARS o EPS en los niveles de complejidad I, II, III y IV, pero la atención en periodoncia y cirugía implantológica oral no pertenece a los niveles I y II, que es la que involucra el personal usuario de las ARS.

Adujo que de acuerdo con la Ley 100 de 1993, reglamentada por el artículo 18 inciso n. de la Resolución 5261 de 1994 entre las exclusiones del Plan Obligatorio de Salud –POS se encuentran la prótesis, periodoncia y ortodoncia, de lo cual se desprende que los servicios que presta no comprometen su actividad como concejal.

Que entonces es totalmente ajena a la contratación que un ente privado como lo es la Sociedad Médica Ltda celebre, por medio de la IPS Clínica Riohacha, con las ARS y EPS; resalta que no celebró contratos con la IPS Clínica Riohacha sino con la Sociedad Médica Ltda, cuyo capital social está compuesto por el usufructo particular de cada uno de sus socios.

Alegato de conclusiones

La parte demandante manifiesta que también se violó el numeral 4 del artículo 45 de la Ley 136 de 1994 que dispone que los concejales no podrán celebrar contratos o realizar gestiones con personas naturales o jurídicas de derecho privado, que administren, manejen o inviertan fondos públicos procedentes del respectivo municipio, porque la Sociedad Médica Ltda es una institución prestadora del servicio – IPS de las distintas instituciones del régimen subsidiado (antes denominadas ARS y hoy denominadas EPS-S) que se mantienen con dineros que provienen del municipio de Soacha.

Que en la cláusula 7ª del contrato celebrado entre la acusada y la Sociedad Médica Ltda se expresa que su vigencia estará sujeta a la vigencia del Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio y del contrato suscrito con la Fiduciaria la Previsora S.A. quien maneja los dineros del municipio.

Que el Consejo de Estado mediante sentencia del 26 de julio de 2001, radicada con el N° 2000-3726 (6874) sobre la causal bajo análisis ha dicho que ésta no se enerva por la circunstancia de que los pacientes que atienda el concejal

pertenezcan al régimen contributivo o subsidiado.

La concejal acusada insistió en que la Sociedad Médica Ltda es una empresa de tipo comercial de carácter privado donde la responsabilidad de los socios se limita hasta el monto de sus acciones y que no requiere recursos estatales para sufragar servicios que en nada comprometen a los usuarios del régimen subsidiado en salud que son los destinatarios de los recursos públicos en salud; que esta empresa no tiene contratos con el municipio de Riohacha y no recibe recursos de este ente territorial ni del FOSYGA.

Que es del libre albedrío de un ente totalmente privado celebrar contrataciones con las empresas públicas y privadas que a bien consideren y que no es a ella como contratista a quien le compete cuestionar dichas actividades privadas.

Audiencia Pública

El día 20 de septiembre de 2007 se llevó a cabo la Audiencia Pública consagrada en el artículo 10 de la Ley 144 de 1994; se hicieron presentes el Agente del Ministerio Público, el demandante y su apoderada, la concejal y su apoderado.

La parte demandante insistió en la incompatibilidad de que trata el numeral 5° del artículo 45 de la Ley 136 de 1994.

La parte demandada reiteró los argumentos de la contestación de la demanda y especialmente hizo énfasis en el hecho de que es la única profesional que presta los servicios de periodoncia en los diferentes establecimientos que existen en la ciudad de Riohacha.

El Agente del Ministerio Público solicitó que prosperen las súplicas de la demanda porque la concejal no puede sustraerse de la incompatibilidad ya que la norma es clara en disponer que no se podrá contratar con empresas de la seguridad social en el mismo municipio y la Sociedad Médica Ltda se encuentra dentro de este calificativo; que los recursos provenientes del Magisterio de la Guajira provienen del empleador y por lo tanto la cuota se surte de estos aportes lo que indica que se están administrando recursos con fondos provenientes del Estado, así éstos sean del régimen contributivo.

II. FALLO DE PRIMERA INSTANCIA

El Tribunal Administrativo de la Guajira denegó las súplicas de la demanda.

En primer lugar analiza la incompatibilidad señalada en el numeral 2° del artículo 45 de la Ley 136 de 1994, que trae una prohibición para los concejales que en nada se relacionan con los hechos de la demanda ni con la causal aducida por el actor que es la consagrada en el numeral 4° ídem; consideró entonces, que esta acusación no puede prosperar por falta de pruebas, al no demostrarse que la actora fuese apoderada de ningún organismo o entidad pública del municipio de Riohacha ni que la Sociedad Médica Ltda tenga dentro de su objeto social el administrar tributos.

En segundo lugar al analizar la incompatibilidad consagrada en el numeral 5 ídem señala que la Sociedad Médica Ltda. Clínica Riohacha hace parte del sistema general de seguridad social en salud por ser una entidad dedicada a prestar servicios de salud; que la acusada celebró un contrato de prestación de servicios con la citada empresa para la prestación de servicios profesionales en forma independiente de periodoncia y cirugía implantológica oral, a los docentes activos y/o pensionados afiliados al fondo de prestaciones sociales del magisterio de la Guajira y a sus beneficiarios derecho – habientes residentes en el municipio de Riohacha.

Que por lo tanto la conducta de la demandada se subsume en el tipo que describe la incompatibilidad, pero que al no demostrarse que ésta se hubiera posesionado como concejal del municipio de Riohacha, requisito indispensable para que pudiera ejercer su función, se abstiene de decretar la pérdida de investidura solicitada.

III. RECURSO DE APELACIÓN.

El demandante inconforme con la decisión de primera instancia, la impugnó con los siguientes argumentos:

Señaló que la investidura de concejal se adquiere a partir de que el aspirante resulte electo y así lo declare la Registraduría Nacional del Estado Civil y no desde el acto de posesión que sólo es un requisito para el ejercicio del cargo como

servidor público.

Que entonces la incompatibilidad nació desde el momento de la elección, porque en ese momento la acusada tenía contrato vigente con un ente de seguridad social del municipio.

IV. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

La parte demandada insiste en el hecho de que la Sociedad Médica Ltda – SOMÉDICA Ltda., de acuerdo a su objeto social, no es una empresa enmarcada en el artículo 177 de la Ley 100 de 1993, porque no es una entidad responsable de afiliaciones ni del recaudo de cotizaciones ni delegataria del Fondo de Solidaridad y Garantía.

Que dicha Sociedad no es responsable de la prestación del Plan Obligatorio de Salud; que si bien es cierto que dentro de las funciones que desarrolla se encuentra la prestación de servicios de salud ello no implica que sea una Empresa Prestadora de Salud –EPS.

Aduce que se trata de una empresa de carácter privado que contrata de manera independiente a un profesional de la salud para que preste un servicio a un grupo determinado de personas – 15 al mes-, usuarios de un régimen especial, que se encuentran cobijados por un convenio del Fondo Prestacional del Magisterio mediante la Fiduciaria La Previsora; que esta atención no corresponde a ninguno de los regímenes señalados en el ordenamiento jurídico previsto para la seguridad social, como son el contributivo, el subsidiado y el vinculado.

Que el artículo 18 del Decreto 806 del 30 de abril de 1998 define los Planes Adicionales de Salud – PAS, como el conjunto de beneficios opcional y voluntario financiados con recursos diferentes a la cotización obligatoria y además radica en los particulares la exclusiva responsabilidad del acceso a dichos servicios; que su prestación no corresponde al Estado.

Agrega que el Decreto 1283 de 1996 establece en su artículo 6° las funciones del Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud y todas y cada una tienen relación con las actividades del FOSYGA, lo cual no compromete a SOMÉDICA LTDA.

Que el artículo 7° ídem estipula las reglas para los encargos fiduciarios, aspecto en el que se podría ubicar a la Fiduciaria la Previsora que es con quien tiene convenio el Fondo Prestacional del Magisterio al que pertenecen los usuarios de los servicios de periodoncia y cirugía implantológica oral, pero que esta situación no compromete su conducta porque la fiduciaria tiene ámbito de jurisdicción nacional y su jurisdicción es de carácter municipal.

La parte demandante insiste en el hecho de que las incompatibilidades de los concejales comienzan a partir de la elección y no a partir de la posesión; que así lo ha señalado la Sección Primera en sentencia del 31 de marzo de 2005, rad. 2004-00708 (PI) al afirmar que “ a juicio de la Sala las incompatibilidades de los concejales, a no dudarlo, comienzan a partir de la elección misma, en razón de que este último acto es precisamente el que le atribuye la investidura a dichos servidores públicos. Tanto así que puedan perderla independientemente de que hayan tomado posesión del cargo o que hayan hecho dejación del mismo”.

Que en todo caso no existe un procedimiento para que el concejal se posea de su cargo; que anexa el acta 001 de la sesión inaugural del 2 de enero de 2008, enviada por la Secretaria del Concejo Municipal como prueba de la instalación y posesión de los honorables concejales, a la que asistieron los elegidos, pero en la cual no se dejó constancia de la posesión.

El Procurador Primero Delegado ante el Consejo de Estado solicita que una vez ratificada documentalmente la condición de Concejal del Municipio de Riohacha de la demandada, se proceda a revocar la sentencia apelada y se decrete la pérdida de su investidura.

Aduce que esta Sección ha señalado los elementos necesarios para que se presente esta incompatibilidad como son, tener la calidad de concejal, simultáneamente ser empleado o contratista de una empresa que preste servicios de seguridad social y que los servicios se presten en el municipio en el que se es concejal; que al ser probada la calidad de concejal de la acusada, por estar probados los demás elementos, es forzoso concluir que ha violado el régimen de incompatibilidades de los concejales.

V. CONSIDERACIONES DE LA SALA

A. Competencia.

De conformidad con el párrafo 2° del artículo 48 de la Ley 617 de 2000 y el artículo 1, Sección Primera, numeral 5° del Acuerdo 55 del 5 de agosto de 2003, por medio del cual se modifica el Reglamento del Consejo de Estado, expedido por la Sala Plena de la Corporación, corresponde a esta Sala decidir la apelación interpuesta contra el fallo que denegó la solicitud de pérdida de investidura de concejal del municipio de Riohacha, a la señora Alba María Useche Moscote.

B. Causales endilgadas y marco normativo de cada causal

Pretende la parte demandante que se revoque la sentencia apelada. Considera que la concejal demandada incurrió en causal de pérdida de investidura porque celebró contrato con una empresa que presta servicios de seguridad social en el municipio del cual es concejal, desde antes de ser elegida y vigente para la fecha de la presentación de la demanda.

El actor centra su inconformidad con la sentencia apelada en el hecho de que se negó la pérdida de investidura por falta de prueba de que la acusada se posesionó como concejal, porque al tenor de lo dispuesto por el artículo 47 de la Ley 136 de 1994 las incompatibilidades de los concejales tienen vigencia desde el mismo momento de la elección.

En efecto, al momento de la elección, en este caso concreto, el que aspire a ser concejal el día de la elección no debe tener contrato suscrito con una empresa que presta servicios de seguridad social en el municipio para el cual aspira a ser concejal, ello independientemente de que se haya posesionado o no, porque en todo caso el elegido por este solo hecho adquiere la investidura.

La Sección reitera lo manifestado en sentencia del 31 de marzo de 2005 que señaló que las incompatibilidades de concejal comienzan a partir de la elección y no de la posesión; dice el fallo:

“A juicio de la Sala las incompatibilidades de los concejales, a no dudarlo, comienzan a partir de la elección misma, en razón a que este último acto es precisamente el que le atribuye la investidura a dichos servidores públicos: Tanto es así que pueden perderla independientemente de que hayan

tomado posesión del cargo o que hayan dejado dejación del mismo. Para efectos de la sanción de pérdida de investidura lo que interesa es que esta última se haya adquirido a través de una declaratoria de elección.”¹

La Corte Constitucional sobre el particular ha sostenido:

“Que las incompatibilidades tengan vigencia desde el momento de la elección, como lo dispone el artículo impugnado (artículo 47 de la Ley 136 de 1994), es algo que no contradice los preceptos superiores y que se explica por el objetivo de impedir que, si bien no posesionado, pero ya seguro sobre el futuro desempeño del cargo, el nuevo concejal haga uso de su poder público potencial para representar y gestionar todavía intereses privados que puedan entrar en colisión con los del bien público”²

Ahora bien, en ningún momento se ha afirmado que la acusada no se ha posesionado, sino por el contrario este hecho ha sido aceptado por las partes sin que sobre ello exista discusión; es así como en la contestación de la demanda, la acusada acepta ostentar dicha condición lo cual ratifica en la audiencia pública cuando señala “ *Quiero seguir actuando como concejal y beneficiar a mi comunidad ...*”. La Sala entiende entonces que la demandada se posesionó, pues pese a que la incompatibilidad comienza a partir de la elección, si ésta se presenta además después de la posesión, este hecho es una razón adicional para decretar una pérdida de investidura.

La cuestión se reduce a establecer si se configura o no la causal de pérdida de investidura invocada en la demanda con base en los artículos 45, numeral 5, de la Ley 136 de 1994, según adición que le hizo el artículo 41 de la Ley 617 de 2000, en concordancia con el artículo 48, numeral 1, ibídem, en cuanto hace a la violación del régimen de incompatibilidades de los concejales; tales normas en sus apartes pertinentes disponen:

- Ley 136 de 1994:

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

¹ Rad. 2004-00708 (PI); C.P. Dr Gabriel Eduardo Mendoza Martelo.

² Sentencia C-194 de 1995; M.P. Dr José Gregorio Hernández Galindo; citada en la sentencia 2004-00708.

5o. **Ser representantes legales, miembros de juntas o consejos directivos, auditores o revisores fiscales, empleados o *contratistas de empresas que presten servicios públicos domiciliarios o de seguridad social en el respectivo municipio.***" (negritas son de la Sala).

- Ley 617 de 2000:

“ART. 48. Pérdida de investidura de diputados, concejales municipales y distritales y de miembros de juntas administradoras. 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.
(...)”*

Al tenor de lo dispuesto por el artículo 47 de la Ley 136 de 1994, como ya se dijo, las incompatibilidades de los concejales tendrán vigencia desde el momento de su elección.³

La Sala ha sido reiterativa en señalar que dado el carácter prohibitivo, la consagración de las causales de pérdida de investidura 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 la Constitución Política y la ley, dado que no es posible su aplicación extensiva o analógica.⁴

En lo pertinente a este asunto se observa que los elementos o supuestos necesarios para que se dé la incompatibilidad tipificada en la norma transcrita comprenden i) tener la condición de concejal; ii) simultáneamente ser empleado o

³ El Consejo de Estado mediante Sentencia del 23 de julio de 2002, exp. 7177, C.P. Dr Gabriel Eduardo Mendoza Martelo estimó que si bien el artículo 43 de la Ley 617 de 2000 modificó el artículo 47 de la Ley 136 de 1994 tal subrogación no implicó la derogación en bloque del régimen de incompatibilidades previsto en esta última norma.

⁴ Sentencia del 13 de julio de 2006; Rad 2005-01132-01 (PI)

contratista de una empresa; iii) que esa empresa preste servicios de seguridad social; y iv) que esos servicios se presten en el municipio donde se es concejal.⁵

La acción de pérdida de investidura plantea que la concejal demandada está incurso en causal de incompatibilidad por ser contratista de la empresa Sociedad Médica Ltda.

La Corte Constitucional mediante sentencia C-179 de 2005, declaró exequibles las expresiones “empleados o contratistas” y “en el respectivo municipio” del numeral 5 del artículo 45 de la Ley 136 de 1994, por considerar que esta incompatibilidad establecida como medio para lograr la moralidad, transparencia e imparcialidad en el ejercicio del cargo de concejal, resulta apropiada, porque impide la confluencia de intereses personales y públicos en un mismo sujeto.

El propósito de esta incompatibilidad está en el hecho de que el concejal pueda incidir en materias concernientes a la prestación de servicios públicos o de seguridad social en los cuales el municipio tiene reservada una posición protagónica.⁶

CASO CONCRETO

La concejal fue elegida en los comicios efectuados el 28 de octubre de 2007, según el acta de escrutinio, formulario E-26 CO (folio 9), fecha en la cual tenía contrato vigente N° SML-PGH-2-4-025 (folio 11) suscrito el 1° de marzo de 2007 con la empresa denominada Sociedad Médica Ltda, con domicilio principal en la ciudad de Riohacha; dicho convenio tiene una duración de 12 meses, esto es hasta el 29 de febrero de 2008 y se prorroga automáticamente por vigencias iguales, salvo que por escrito y con por lo menos un mes de anticipación se manifieste la voluntad de darlo por terminado y está sujeto a la vigencia del Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio y del contrato suscrito con la Previsora S.A. (cláusula séptima); también podrá darse por terminado por cualquiera de las partes en cualquier momento con un preaviso de 30 días o por incumplimiento de alguna de las partes. Al momento de la elección el contrato estaba vigente y además, de la contestación de la demanda se deduce que se prorrogó automáticamente cuando la demandada ya desempeñaba el cargo de concejal.

⁵ Sentencia del 8 de marzo de 2006, rad. 2004-01571, C.P. Dr Rafael E. Ostau de Lafont Pianeta. Reiterado mediante sentencia del 16 de agosto de 2007, rad. 2005-02321 Dr Camilo Arciniegas Andrade.

El fondo de la controversia está entonces en establecer si la Sociedad Médica LTDA presta o no servicios de seguridad social. A folio 18 reposa documento de la Cámara de Comercio de la Guajira por medio del cual certifica que la Sociedad Médica Ltda - SOMÉDICA LTDA con domicilio en Riohacha tiene como objeto social, entre otros: *“la prestación de los servicios de salud a través de acciones de salud específicas en las áreas de promoción, prevención, tratamiento y rehabilitación de la salud de acuerdo a las leyes vigentes en seguridad social en Colombia, normas decretos, que la modifiquen, adicionen o complementen y para lo cual podrá crear y/o contratar con E.P.S., I.P.S., A.R.S. o cualquier tipo de entidad de salud o aseguramiento públicas y privadas”*. Lo anterior indica que la sociedad SOMÉDICA LTDA presta servicios de salud, por lo cual es una empresa de seguridad social, término éste que comprende el sistema de pensiones, el sistema de salud, riesgos profesionales y servicios sociales complementarios.⁷

La demandada como ya se probó celebró contrato con una empresa de seguridad social que presta sus servicios de salud en el municipio de Riohacha, esto es en el municipio del cual es concejal, cuyo objeto es *“la prestación de los servicios profesionales en forma independiente, de periodoncia y cirugía implantológica oral en las áreas de diagnósticos, tratamientos, rehabilitación, promoción y prevención de la enfermedad ...a los docentes activos y/o pensionados afiliados al Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio de la Guajira y a sus beneficiarios derechohabientes residentes en el municipio de Riohacha”*.

La norma que se trasgredió no hace distinción entre si se trata o no de un servicio incluido en el Plan Obligatorio de Salud, ni en el hecho de que la empresa tenga o no subsidios del municipio o tenga actividades con el FOSYGA. Además si bien es cierto que los docentes afiliados al Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio representan un sector exceptuado del sistema integral de seguridad social en salud de que trata la Ley 100 de 1993 de conformidad con lo preceptuado en el artículo 279, éstos también tienen su propio régimen especial de “seguridad social”, el cual ha venido siendo modificado.⁸

⁶ Sentencia del 14 de octubre de 2004, exp. 2004-0480, C.P. Dr Gabriel Eduardo Martínez Martelo.

⁷ El Derecho Colombiano de la Seguridad Social, Segunda Edición 2007, página 110, Gerardo Arenas Monsalve, Editorial Legis.

⁸ Ver ley 91 de 1989, Ley 812 de 2003, Acto Legislativo N° 1 de 2005 que adicionó el artículo 48 sobre seguridad social.

Visto lo anterior para la Sala es claro que se cumplieron los elementos para que la causal de incompatibilidad se configurara, esto es que la demandada en el momento de la elección era contratista de una empresa que presta servicios de seguridad social en el municipio donde es concejal, en este caso de salud, y además, una vez posesionada siguió ejerciendo como contratista de la misma empresa, conductas violatorias del artículo 5 de la Ley 136 de 1994.

Es claro entonces que la causal alegada se configuró en la medida en que la demandada incurrió en una prohibición incompatible con la investidura que ostentaba desde el momento en que se produjo su elección.

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 :

REVÓCASE la sentencia apelada y, en su lugar, se dispone:

DECRÉTASE la pérdida de investidura de la concejal de Riohacha, señora ALBA MARÍA URECHE MOSCOTE.

OFÍCIESE a la Procuraduría General de la Nación a fin de dar cumplimiento a lo establecido en el artículo 174 de la Ley 734 de 2002.

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

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

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

MARCO ANTONIO VELILLA MORENO
Presidente

MARTHA SOFÍA SANZ TOBÓN

MARÍA CLAUDIA ROJAS LASSO

RAFAEL E. OSTAU DE LAFONT PIANETA