



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE SUCRE

SALA PLENA DE DECISIÓN

Sincelejo, siete (7) de febrero de dos mil trece (2013)

MAGISTRADO PONENTE: LUIS CARLOS ALZATE RÍOS

Sentencia No. 011

TEMAS:

INHABILIDADES PARA SER ELEGIDO
CONCEJAL – CELEBRACIÓN DE
CONTRATO A EJECUTARSE EN EL
RESPECTIVO MUNICIPIO DENTRO
DEL AÑO A LA ELECCIÓN –
CELEBRACIÓN EN INTERÉS DE UN
TERCERO - INHABILIDADES
APLICABLES A LOS INDÍGENAS QUE
PARTICIPAN DE LOS PROCESOS
ELECTORALES

INSTANCIA:

PRIMERA

Decide la Sala la ACCIÓN PÚBLICA DE PÉRDIDA DE LA INVESTIDURA en el proceso de la referencia presentada por LEONEL DE JESÚS GONZÁLEZ PACHECO, en contra de ÓSCAR LUIS MARTÍNEZ MARTÍNEZ, Concejal del municipio de Sampués, Sucre.

1. ANTECEDENTES:

1.1. LO QUE SE DEMANDA:

Pretende la parte demandante, lo siguiente:

1.1.1. Que se decrete la Pérdida de Investidura de ÓSCAR LUIS MARTÍNEZ MARTÍNEZ, Concejal del municipio de Sampedo, Sucre.

1.1.2. Que como consecuencia de lo anterior, se ordene la Cancelación de la Credencial que le otorga la calidad de Concejal del municipio de Sampedo, Sucre, a ÓSCAR LUIS MARTÍNEZ MARTÍNEZ, por el partido ALIANZA SOCIAL INDEPENDIENTE.

1.2. LOS HECHOS EN QUE SE FUNDA:

Fundamenta las anteriores pretensiones en los siguientes hechos que la Sala resume:

Afirma que para las elecciones de Gobernadores, Alcaldes, Asambleas Departamentales, Concejos Municipales y Miembros de las Juntas Administradoras Locales, que se realizaron el 30 de Octubre de 2011. Que el ciudadano ÓSCAR LUIS MARTÍNEZ MARTÍNEZ se inscribió como aspirante al cargo de elección popular, Concejal del municipio de Sampedo y como consecuencia del escrutinio realizado, resultó electo como concejal de este municipio con 600 votos, por el partido ALIANZA SOCIAL INDEPENDIENTE, por el período 2012 a 2015.

Manifiesta que el accionado, como representante legal de la ASOCIACIÓN DE PROFESIONALES DEL CAMPO - ASOPROCAM, suscribió el Convenio de Asociación Número MS-670-RZS-001 con el municipio de Sampedo, Sucre, para los servicios de suministro de mano de obra no calificada para la implementación de cultivos de yuca, maíz, frijol y ajonjolí, en la zona indígena del municipio de Sampedo, por un costo de \$230.368.750,00 (DOSCIENTOS TREINTA



MILLONES TRESCIENTOS SESENTA Y OCHO MIL SETECIENTOS CINCUENTA PESOS M/CTE), cuyo plazo era de 4 meses y 15 días, contados a partir de la fecha de legalización y perfeccionamiento del convenio.

Narra el actor que en la cláusula tercera y décima primera del contrato ya referenciado, se señala como domicilio contractual para realizar las acciones en los Cabildos Menores Indígenas, conformada por Huertas Chicas, Pan señor, Mata de Caña, Bella Vista, Siloé, La lucha y el cacao, Huertas Chicas Arriba, La Isla, El Guáimaro, Escobar Arriba, Calle Larga, Villa Nueva, Loma de Piedra, Costa de Oro, La Negra, Piedras Blancas, Bossa Navarro, El Retiro, Escobar Abajo, Achioté, Cabildo Urbano y el Crucero del Municipio de Sampués.

Indicó que entre las mismas partes se suscribió el Convenio de Asociación número MS-670-RZS-002-2010, cuyo objeto era la elaboración y aplicación de abonos orgánicos a base de desechos de cosecha y estiércol de bovino, en la finca del cabildo indígena de huertas chicas del municipio de Sampués, del 8 de noviembre de 2010, con vigencia de treinta (30) días, por un valor de \$25.335.000,00 (VEINTICINCO MILLONES TRESCIENTOS TREINTA Y CINCO MIL PESOS MIL).

Adujo que en la cláusula décima séptima se señala como domicilio contractual para realizar las acciones en la finca del Cabildo Indígena de Huertas Chicas del Municipio de Sampués.

Esgrime igualmente el demandante que también se celebró el Contrato Estatal de Prestación de Servicios Profesionales número MS-670-RZS-004-2010, teniendo como objeto capacitación en hortalizas a las comunidades de los cabildos indígenas de Achioté y el retiro en el municipio de Sampués, por valor de \$24.500.000,00 (VEINTICUATRO MILLONES QUINIENTOS MIL PESOS MIL), estableciéndose un plazo de treinta (30) días contados a partir de la

suscripción del acta de inicio. El contrato se firmó el 30 de noviembre de 2010.

1.3. CAUSAL INVOCADA Y SUSTENTACIÓN DE LA MISMA:

Finca el actor sus pretensiones, en la violación del régimen de inhabilidades, en especial en la contenida en el numeral 3 del artículo 40 de la Ley 617 de 2000, la que consagra:

“No podrá ser inscrito como candidato ni elegido concejal municipal:

...

3). Quien dentro del año anterior a la elección haya intervenido en la gestión de negocios ante entidades públicas del nivel municipal o distrital o en la celebración de contratos con entidades públicas de cualquier nivel en interés propio o de terceros, siempre que los contratos deban ejecutarse o cumplirse en el respectivo municipio o distrito.”

Argumenta que esta inhabilidad exige unos supuestos a saber: (i) celebrar contrato con una entidad pública de cualquier nivel, (ii) haberlo celebrado en interés propio o de terceros, (iii) durante el año anterior a la elección como concejal, y (iv) que el contrato deba ejecutarse en el mismo municipio.

Asegura que tales presupuestos se encuentran debidamente acreditados y establecen la existencia de la causal de inhabilidad generadora de la pérdida de investidura.

Considera el actor que ÓSCAR LUIS MARTÍNEZ MARTÍNEZ, ostenta la calidad de Concejal del municipio de Sampués, elegido para el período comprendido entre el 1 de enero de 2012 y el 31 de diciembre de 2015.

Precisa que igualmente se encuentra acreditado que dicho señor celebró los dos convenios de asociación, los números MS-670-RZS-001 y MS-670-RZS-02-10, y un contrato de prestación de servicios profesionales No. MS-670-RZS-004-2010, su objeto contractual, el domicilio para el desarrollo y cumplimiento del contrato y los convenios fue la Zona Indígena del municipio de Sampués, conformado por 22 cabildos.



Por ello, afirma que los postulados del numeral 3 del artículo 40 de la Ley 617 de 2000, fueron desconocidos por el demandado MARTÍNEZ MARTÍNEZ al inscribirse y posesionarse como Concejal del municipio de Sampués, violando los principios de moralización, idoneidad, imparcialidad y eficacia de quien va ingresar al servicio público.

Aduce el actor que el actual Concejal demandado tiene una inhabilidad de rango legal que le impedía o lo imposibilitaba para ser elegido o designado para el cargo público de concejal, por haber celebrado contrato y convenios con el municipio de Sampués, cuyo lugar, domicilio y fecha de entrega de los trabajos, se realizó en los cabildos Menores Indígenas del municipio de Sampués, su ejecución y vigencia dentro del año anterior, por lo que asegura que éste utilizó su condición de contratista del municipio para facilitar o favorecerse en las elecciones del 30 de octubre de 2011, ya que se contrató la mano de obra en la zona de influencia del proyecto, zona indígena, conformada por 22 cabildos.

Por último, esgrime el actor que el representante legal de la ASOCIACIÓN DE PROFESIONALES DEL CAMPO - ASOPROCAM, contrató con el municipio de Sampués, dentro del año anterior a la elección, y en la sesión ordinaria del día 2 de Agosto de 2012, en su intervención en el salón “FRANCISCO MANUEL ACUÑA ARRIETA” del Honorable Concejo Municipal de Sampués, manifestó: *“Que además que le preocupa como representante de las comunidades indígenas y es que va haber afectado un territorio que hace parte del resguardo indígena Córdoba-Sucre”*, de donde deduce que el accionado sí obtuvo un beneficio con la contratación y así poder llegar al cargo que hoy ocupa.

1.4. TRÁMITE PROCESAL

Se surtió de conformidad con las normas procesales aplicables, sin pretermirse etapa alguna, notificándose la demanda de forma personal, tanto al demandado, como al Procurador Delegado antes esta Corporación (fol. 58 reverso), decretándose las pruebas solicitadas por las partes por auto del 28 de noviembre de 2012, y celebrándose la audiencia de que trata el artículo 12 de la Ley 144 de 1994, el día 30 de enero de 2013.

1.4.1. RESPUESTA A LA DEMANDA: El demandado contestó en término oportuno en escrito obrante a fol. 59 a 76 C. P.pal.

Acepta los hechos referidos y la calidad de concejal del municipio de Sampedra que ostenta. Admite parcialmente la existencia de los convenios y contratos referidos por el actor en su demanda, especificando que los mismos los suscribió en nombre y representación de la ASOCIACIÓN DE PROFESIONALES DEL CAMPO - ASOPROCAM.

Igualmente, aclara que las manifestaciones que ha realizado en el Concejo municipal de Sampedra, las ha hecho por ser miembro del cabildo menor indígena Calle Larga de Sampedra, Sucre.

Se opone a las pretensiones de la demanda y como argumentos, manifiesta que no obstante que acepta que suscribió como representante legal de la ASOCIACIÓN DE PROFESIONALES DEL CAMPO - ASOPROCAM, sendos convenios de asociación y un contrato de prestación de servicios profesionales con el municipio de Sampedra, Sucre; aclara que la mencionada asociación se encuentra conformada por profesionales indígenas, la misma dentro de su objeto social busca el fortalecimiento del sector indígena que se encuentra ubicado en el municipio de Sampedra, Sucre, lo que se logra a través de la suscripción de convenios de asociación o contratos para así poder invertir en aquellas zonas que hacen parte de los resguardos indígenas del municipio en mención.

De igual forma, asegura que debe tenerse claro que las comunidades indígenas por mandato de la Constitución Política tienen un régimen especial, por lo que el Estado debe propugnar porque se le garanticen sus derechos fundamentales e invierta en sus territorios y comunidades, por lo que con la suscripción de los convenios y el contrato de prestación de servicios profesionales ya referenciados, el municipio de Sampedra, Sucre, invirtió en la comunidad del territorio indígena que se encuentra adscrito al Cabildo Mayor Zenú municipal de Sampedra. En este sentido, manifiesta que con la suscripción de los convenios de asociación y del



*Jurisdicción Contencioso
Administrativa*

contrato de prestación de servicios profesionales, el accionado no violó el régimen de inhabilidades, en especial el contemplado en el numeral 3 del artículo 40 de la Ley 617 de 2000, porque si bien es cierto, existen la prueba de la suscripción de esos convenios y contrato, no es menos cierto que no existe prueba alguna dentro del expediente, que con la suscripción de los mismos el actor hubiese tenido la posibilidad de obtener beneficios electorales que le significaran una situación de privilegio frente al personal elector, ni mucho menos aparece en el expediente que los haya obtenido efectivamente.

Manifiesta que los Convenios de Asociación y el Contrato de Prestación de Servicios Profesionales, fueron celebrados y ejecutados dentro del marco de la libertad contractual que le es permitido a los particulares (para el caso, la firma de ASOPROCAM), en interés propio, sin que el mismo hubiera significado violación al régimen de inhabilidad previsto en el artículo 40 numeral 3 de la Ley 617 de 2000.

Cita como antecedente aplicable a su caso, la sentencia del CONSEJO DE ESTADO, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, del 19 de enero de 2010, Consejero Ponente Gerardo Arenas Monsalve, Radicado: 11001031500020090070800, en donde se resolvió denegar la solicitud de pérdida de investidura de la ex senadora de la República MARTHA LUCIA RAMÍREZ DE RINCÓN.

Con fundamento en lo anterior, considera que no se logra evidenciar que con la suscripción y ejecución de los convenios de asociación y el contrato de prestación de servicios profesionales, que el demandado haya violado el régimen de inhabilidades señalado en el numeral 3 del artículo 40 de la Ley 617 de 2000, por cuanto no existe prueba alguna en el expediente que el mismo hubiese sacado ventaja u obtenido beneficios electorales que le pudieran significar una situación de privilegio frente a ellos, pues con la suscripción y ejecución de los convenios de

asociación y del contrato de prestación de servicios profesionales, serían beneficiadas comunidades indígenas que hacen parte del Cabildo Mayor Indígena Zenú Municipal de Sampués, en virtud que los mismos tienen un tratamiento especial por orden constitucional y legal, donde es deber del Estado a través de las entidades territoriales invertir en la calidad de vida de tales territorios.

Concluye el accionado su oposición, afirmando que no se transgredió la norma legal mencionada por el actor, dado que la conducta desplegada por el demandado al momento de firmar y ejecutar los convenios de asociación y el contrato de prestación de servicios profesionales ya identificados, lo hizo como representante de una Asociación de Profesionales del Campo, la que se encuentra conformada por personal indígena, por lo que a la luz de la Constitución y la Ley, estas comunidades tienen un régimen especial y garantías que debe el Estado salvaguardar en aras que tales etnias no desaparezcas con el transcurrir del tiempo y el avance de la tecnología.

Presenta el demandado como medio de defensa, la siguiente excepción:

1.4.1.1. INEPTA DEMANDA: Indica que presenta una inepta demanda en el sentido de que las normas citadas por el actor no son aplicables al presente caso, por cuanto como se argumentó por parte del demandado con anterioridad, que con la firma y ejecución de los convenios y contratos no se benefició directamente el accionado y no se evidencia que existió una violación al régimen de inhabilidades que conlleve a una pérdida de investidura.

1.4.2. AUDIENCIA PÚBLICA: Se celebró el miércoles 30 de enero de 2013 a las 10 a.m., con la presencia de los Magistrados permanente de la Corporación que conforman su Sala Plena, la que fue presidida por el Magistrado ponente. En ella intervinieron las siguientes partes:

1.4.2.1. La parte demandante reitera que el concejal demandado se encuentra incurso en la causal invocada de inhabilidad y pérdida de la investidura, teniendo en cuenta que a su criterio contrato con el municipio en interés de un tercero, dentro del año anterior a la elección, contratos que fueron ejecutados en el mismo ente territorial. Adicionalmente argumenta que con relación a la respuesta a la demanda en donde se



alega la calidad de indígena del demandado, la misma no tiene relevancia, dado que a él se le aplica la misma ley, y trae como fundamento de su afirmación, una sentencia del CONSEJO DE ESTADO sobre el tema. Por lo anterior, concluye que debe decretarse la pérdida de investidura del demandado.

1.4.2.2. El MINISTERIO PÚBLICO en esta oportunidad presentó su concepto de fondo, en donde una vez analizada la causal invocada, afirma que conforme a las pruebas recaudadas, se demostró que el actor suscribió 3 contratos en nombre de la Asociación que representaba, dentro del año anterior a la elección, que los mismos se ejecutaron en el ente territorial de la elección y que el actor participó de la ejecución del contrato de manera personal conforme a los documentos incorporados al proceso, por lo que concluye que el demandado se encuentra incurso en la causal de inhabilidad invocada y por ello solicita de esta Corporación que declare la pérdida de investidura.

1.4.2.3. La parte demandada reitera los argumentos expuestos en la respuesta a la demanda, afirmando que el demandado pertenece a la comunidad indígena del municipio, por lo que asegura que no participó en los contratos celebrados en beneficio personal, sino de su comunidad. Igualmente, manifiesta que no existe prueba de que los contratos celebrados hayan sido para su beneficio. Por último, trae nuevamente a colación la sentencia de la Sala Plena del CONSEJO DE ESTADO en donde se juzgó la pérdida de la investidura de la Senadora Martha Lucia Ramírez de Rincón y un salvamento de voto, al parecer de una sentencia de un Tribunal Administrativo del país.

2. PROBLEMA JURÍDICO:

Con fundamento en los anteriores planteamientos de las partes, entra la Sala a dilucidar los siguientes problemas jurídicos:

¿Se encuentra inhabilitado un concejal municipal que un año antes de la elección suscribe, en calidad de representante legal de entidad sin ánimo de lucro de origen indígena, varios contratos con el ente territorial municipal, que deben ejecutarse en el municipio para el cual fue elegido?

Para dar respuesta al anterior interrogante, la Sala abordará los siguientes temas: i) la pérdida de la investidura en general y las inhabilidades como causal de esta, ii) los elementos que integran la inhabilidad invocada y iii) el caso concreto.

3. ARGUMENTOS DE LA CORPORACIÓN:

3.1. LOS PRESUPUESTOS PROCESALES DE LA ACCIÓN, DE LA DEMANDA Y DE SENTENCIA DE FONDO, JURISDICCIÓN Y COMPETENCIA:

En este punto y como condición para el pronunciamiento del fondo del proceso, se pronuncia la Sala sobre los presupuestos procesales atinentes a la acción y a la demanda, la jurisdicción y competencia, la capacidad para comparecer al proceso, las formalidades de la demanda, la capacidad de los litigantes para ser partes y la legitimación en la causa.

En cuanto a la jurisdicción y competencia, la misma se encuentra asignada a la jurisdicción de lo contencioso administrativo por la naturaleza del asunto, y al Tribunal Administrativo de Sucre en primera instancia, por los factores territorial y funcional.

La Corporación considera que los presupuestos procesales atinentes a la acción y a la demanda se encuentran reunidos, existiendo demanda en forma a la luz del artículo 162 del C.P.A.C.A. Sobre la excepción de inepta demanda presentada por el demandado, la misma se base en la inexistencia de la causal por lo que en sí no ataca la forma de la misma, dado que ello constituye el fondo del proceso, por lo que se declarará no probada la misma.



La legitimación en la causa por activa se encuentra debidamente probada, dado que la acción de pérdida de investidura puede ser ejercida por cualquier persona, por lo que es una acción claramente pública.

La legitimación en la causa por pasiva igualmente se encuentra acreditada, ya que se encuentra probada la calidad de concejal municipal de Sampués, Sucre, del demandado¹.

Así las cosas, pasa la Corporación a decidir de fondo el proceso:

3.2. LA PÉRDIDA DE INVESTURA EN GENERAL Y LAS INHABILIDADES COMO CAUSALES DE ESTA:

El ejercicio del poder que del Estado emana, se encuentra regido en Colombia por el principio democrático, como forma de gobierno que pretende legitimar su ejercicio por la voluntad del pueblo, representada por la mayoría de los ciudadanos que las manifiestan y ungen de la misma a sus representantes (Constitución Política, preámbulo y artículos 1 y 2).

Es así como la participación resulta ser unos de los pilares fundacionales de nuestra estructura estatal en todos sus niveles, de donde se desprende el derecho fundamental a la participación, el que se materializa no solo con el derecho a elegir, sino en el derecho ser elegido (artículos 40, 95, 99, 258 y 260 de la C.P. entre otros) entendido este como facultad de participar en los debates electorales como candidato y lograr el ejercicio del poder cuando el pueblo manifiesta su voluntad en tal sentido.

No obstante lo anterior, el derecho a ser elegido, como todos los derechos incluyendo los fundamentales, son sujetos a la regulación, reglamentación y

1 Fol. 43 a 56.

limitación, y es por ello que el constituyente de forma directa, faculta al legislador para entrar a regular lo relacionado con el ejercicio del poder del Estado a través de los cargos de elección popular (artículo 150 numeral 23, 293 y 312 de la C.P., este último relacionado de forma directa con los concejos municipales).

Así las cosas, el legislador ordinario posee la facultad de establecer el régimen aplicable a quienes ejercen el poder en calidad de concejales municipales, y es por ello que a través de las Leyes 136 de 1994 y 617 de 2000, desarrolló el tema de la pérdida de investidura de estos representantes territoriales de elección popular. Dicha figura resulta ser un medio procesal expedito para controlar el poder que detentan dichos servidores, como medida disciplinaria para el ejercicio adecuado de su función. Sobre el punto, nos ilustra la Corte Constitucional:

“12. Esta Corporación se ha ocupado en diversas ocasiones de la calificación jurídica del instituto de la pérdida de investidura. Así, en la sentencia C-507 de 1994 (M.P. Jorge Arango Mejía) se estableció la diferencia entre la declaración de la nulidad de la elección y la declaración de la pérdida de investidura. En otras providencias se ha precisado que la pérdida de investidura constituye una sanción disciplinaria especial, de efectos equivalentes a la de la destitución de los altos funcionarios del Estado. Dada la importancia de esta última caracterización para el tema de esta providencia es conveniente transcribir algunos apartes de esos fallos. En la sentencia C-319 de 1994 (M.P. Hernando Herrera) se expresó:

"En efecto, en sentir de esta Corte, por razón de su naturaleza y de los fines que la inspiran, la pérdida de la investidura constituye un verdadero juicio de responsabilidad política que culmina con la imposición de una sanción de carácter jurisdiccional, de tipo disciplinario que castiga la transgresión al código de conducta intachable que los congresistas deben observar por razón del inapreciable valor social y político de la investidura que ostentan.

"Para la Corte, el tipo de responsabilidad política de carácter disciplinario exigible al Congresista que incurriere en la comisión de una de las conductas que el Constituyente erigió en causal de pérdida de la investidura, es perfectamente diferenciable y separable de la penal que la misma pudiese también originar, por haber incurrido en un delito, independientemente de la acción penal (...)

"En este punto la Corte juzga pertinente destacar que, tratándose de un proceso jurisdiccional, de carácter disciplinario, con el que se hace efectiva la exigencia de responsabilidad política a través de la imposición de una sanción, equiparable por sus efectos y gravedad, a la de destitución de los altos funcionarios públicos, el proceso de pérdida de investidura, cuando medie solicitud de la Mesa Directiva de la respectiva Cámara y que afectare a un miembro del Congreso, debe estar rodeado de todas las instituciones que consolidan la garantía



constitucional del debido proceso, así como de las que aseguren a quien se acusa de la infracción, amplias y plenas oportunidades de ejercitar su defensa".²

Por su parte, las leyes ya referenciadas, consagran la pérdida de la investidura de concejales municipales, de la siguiente forma:

“Artículo 55°.- 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.”³*

“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.*

² CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia C-473 de 1993, Magistrado Ponente EDUARDO CIFUENTES MUÑOZ.

³ Ley 136 de 1994.

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.”⁴

Por encontrarse dos normas diferente, una posterior en el tiempo a la otra, se llegó a la inquietud si la segunda de las mencionadas modificó el régimen de causales excluyendo de ellas las inhabilidades, inquietud que fue resuelta con base en el numeral 6 del artículo 48 de la Ley 617 de 2000, bajo en entendido de que esta norma no derogó o modificó las causales consagradas en el artículo 55 de la Ley 136 de 1994⁵.

⁴ Ley 617 de 2000.

⁵ Resalta la Sala que esta posición es unánime al interior del CONSEJO DE ESTADO. Se cita la siguiente sentencia que expone dicha posición: “Sea lo primero advertir que, conforme lo precisó la Sala Plena de esta Corporación, en sentencia de 23 de julio de 2002 (Expediente 7177, Consejero ponente doctor Gabriel Eduardo Mendoza Martelo), y ahora lo reitera, el artículo 48 de la Ley 617 de 2000 no reguló “íntegramente” lo relacionado con las causales de pérdida de investidura, por lo que no deben entenderse derogadas las demás disposiciones alusivas al punto, pues, a simple vista, se advierte que tal norma no agotó en su totalidad el tema, ya que expresamente permitió que otras leyes también lo trataran, organizaran o definieran, cuando en el numeral 6 dispuso que se perdería la investidura: “por las demás causales expresamente previstas en la ley”.

Que tal regulación reconoce de manera expresa la vigencia, y por ende, la obligatoriedad de lo que otras leyes señalan al respecto. Y es preciso tener en cuenta que la Ley 617 de 2000, sólo introdujo cambios parciales al Código de Régimen Municipal, pues no se trató de una derogatoria total ni de una “sustitución en bloque”, aspecto en el que resulta muy ilustrativo su título o encabezamiento en el que se precisa su alcance así: “Por la cual se reforma parcialmente la Ley 136 de 1994...”.

Además, de que la Ley 617 de 2000 buscó, entre otras finalidades, el fortalecimiento del régimen de inhabilidades e incompatibilidades mediante la ampliación de causales de pérdida de investidura para concejales y diputados.” CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCIÓN PRIMERA. Consejero ponente: GABRIEL EDUARDO MENDOZA MARTELO. Sentencia del 6 de octubre de 2005. Radicación número: 76001-23-31-000-2004-03430-01(PI). Actor: OMAR DE JESÚS HOYOS AGUILAR. Demandado: HÉCTOR HERNÁN CALDAS.



*Jurisdicción Contencioso
Administrativa*

Sobre el punto, para la Corporación es importante traer a colación la reciente decisión del CONSEJO DE ESTADO, que confirmó providencia de primera instancia de este Tribunal, en lo referente al tema de análisis:

“Los argumentos transcritos en precedencia, que la Sala prohíja por resultar análogos al caso bajo examen, descartan la violación al debido proceso y principio de legalidad, a que alude el demandado en el recurso de alzada, toda vez que el estudio efectuado en la sentencia en mención, está autorizado en el inciso segundo del artículo 27 del C.C., cuando señala que para interpretar una expresión oscura en la ley se puede “recurrir a su intención o espíritu, claramente manifestados en ella misma o en la historia fidedigna de su establecimiento”, que, como quedó visto, fue lo que, precisamente, se hizo con el fin de establecer si la violación del régimen de inhabilidades como causal de pérdida de investidura subsistía, bajo la consideración de que el artículo 48 de la Ley 617 de 2000 no había regulado íntegramente todo lo concerniente a la pérdida de investidura de Concejales, dado que en su numeral 6 remitió a lo que otras leyes disponían sobre la materia y que el artículo 96, ibídem, no derogó expresamente el artículo 55 de la Ley 136 de 1994 como sí lo hizo respecto de otras de sus disposiciones.

Cabe señalar que la figura de la pérdida de investidura tiene fundamento constitucional, pues basta leer el inciso primero del artículo 291 de la Constitución Política, que dispuso que “Los miembros de las corporaciones públicas de las entidades territoriales no podrán aceptar cargo alguno en la administración pública, y si lo hicieren perderán su investidura”; también se harán acreedores a dicha sanción los que desempeñen funciones públicas e incumplan las prohibiciones contenidas en el artículo 110, ibídem, esto es, que contribuyan con los partidos, movimientos o candidatos, o induzcan a otros a que lo hagan.

Tanto la Jurisprudencia de la Corte Constitucional como del Consejo de Estado, han precisado la autonomía de la acción de pérdida de investidura frente a las demás acciones que puedan originarse por los hechos que se encuadren en las causales previstas para ella. De ahí que no se hayan consultado los principios del derecho penal o disciplinario, que reclama el demandado, para establecer si la violación del régimen de inhabilidades continuaba siendo causal de pérdida de investidura para los Concejales, pues la sanción que se impone no tiene el carácter de disciplinaria (correctivo), sino de índole política, cuyo fin primordial es la de procurar moralidad y que el comportamiento ético de quienes ejercen poder político a través de las corporaciones públicas de elección popular se ajuste al interés general y al bien común.”⁶

6 CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO. ADMINISTRATIVO. SECCIÓN PRIMERA. Sentencia del 22 de noviembre de 2012. CONSEJERA PONENTE: MAÍA ELIZABETH GARCÍA GONZÁLEZ. REF: Expediente núm. 2012-00230. Recurso de apelación contra la sentencia de 28 de junio de 2012, proferida por el Tribunal Administrativo de Sucre. ACTOR: HUGO FERNANDO BENAVIDES HERRERA.

Así pues, el legislador ordinario posee la facultad de establecer un régimen de inhabilidades, entendido este como una serie de hechos que de aparecer, impiden el legal ejercicio de un cargo de elección popular, dado que se considera que de presentarse, los mismos afectan la voluntad del pueblo, el ejercicio adecuado del poder y la moralidad pública. En este sentido, ha definido las inhabilidades la Corte Constitucional, en aparte de providencia que la Sala cita:

“6. Aparte de unificar las reglas básicas de la actividad política, no debe olvidarse que el régimen de inhabilidades al cual se sujeta el acceso al ejercicio del poder político, persigue el respeto y prevalencia de los intereses generales, la igualdad, la moralidad y la imparcialidad, que se verían comprometidos si se dejaran de consagrar determinadas y específicas causales de inelegibilidad, como la que es materia de análisis. No cabe duda que la formulación legal de las mencionadas inhabilidades, en este caso, busca garantizar que en los escenarios electorales municipales, prevalezcan los indicados principios, indispensables para construir una genuina democracia.”⁷

Quedando clara la aplicación de las inhabilidades como causal de pérdida de investidura, pasa la Sala a analizar la causal invocada.

3.3. LA CAUSAL INVOCADA EN PARTICULAR:

Se invoca en el caso que ocupa a la Corporación, la causal contenida en el artículo 40 numeral 4 de la Ley 617 de 2000, norma que modificó el artículo 43 de la Ley 136 de 1994, regulación del siguiente tenor:

“Artículo 40.- De las inhabilidades de los concejales. El Artículo 43 de la Ley 136 de 1994 quedará así:

"Artículo 43.- Inhabilidades. No podrá ser inscrito como candidato ni elegido concejal municipal o distrital:

...

*3. Quien dentro del año anterior a la elección haya intervenido en la gestión de negocios ante entidades públicas del nivel municipal o distrital o en la celebración de contratos con entidades públicas de cualquier nivel **en interés propio o de terceros**, siempre que los contratos deban ejecutarse o cumplirse en el respectivo municipio o distrito. Así mismo, quien dentro del año anterior haya sido representante legal de entidades que administren tributos, tasas o contribuciones, o de las entidades que presten servicios públicos domiciliarios o de seguridad social en el régimen subsidiado en el respectivo municipio o distrito.”.* (Subrayas y negrilla fuera de texto).

⁷ CORTE CONSTITUCIONAL, sentencia C-373 de 1995, Magistrado Ponente CARLOS GAVIRIA DÍAZ.



Resalta la Sala, el aparte en negrillas y subrayas, que constituye el núcleo central del problema jurídico a resolver en la presente providencia, dado que se debe interpretar el mismo para darle el verdadero alcance a la inhabilidad que pretende el actor y observar si la misma se estructura en el presente caso.

Por lo tanto, a la Sala le corresponde estudiar los elementos esenciales de dicha causal, partiendo de la base, de que las inhabilidades, en calidad de normas que restringen el derecho fundamental constitucional del acceso a los cargos públicos, son de interpretación restrictiva, estricta y prohibitiva de la aplicación analógica⁸.

3.3.1. Elementos integrantes de la inhabilidad consagrada en el numeral 3 del artículo 40 de la Ley 617 de 2000.

⁸ Sobre este punto, resulta ser unánime la jurisprudencia nacional, tanto del CONSEJO DE ESTADO, como de la CORTE CONSTITUCIONAL. Dentro de las anteriores encontramos:

- *“Sobre el concepto de inhabilidades, esta Sala ha dicho que corresponden a una serie de circunstancias subjetivas que limitan el derecho de acceso a cargos públicos en orden a garantizar la prevalencia del interés general.*

En materia electoral, están previstas para garantizar el equilibrio en la respectiva contienda en la medida en que impiden que los candidatos se coloquen, de cara al electorado, en unas condiciones que les otorguen ventajas frente a los demás aspirantes.

Han sido dispuestas para preservar a los ciudadanos de presiones e influencias que afecten su libre elección, por lo que puede decirse, tributan al principio de la transparencia del voto.

Constituyen una restricción al derecho a participar en la conformación del poder político, de raigambre fundamental, y en esa condición son de interpretación restrictiva.” En igual sentido: CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCIÓN QUINTA. Consejero ponente: MAURICIO TORRES CUERVO. Sentencia del 13 de 2010. Radicación número: 17001-23-31-000-2009-00077-01. Actor: DANIEL LONDOÑO CARVAJAL. Demandado: NOTARIO UNICO DEL CIRCULO DE AGUADAS.

- De la CORTE CONSTITUCIONAL: *“Finalmente, no se puede olvidar que las inhabilidades, incluso si tienen rango constitucional, son excepciones al principio general de igualdad en el acceso a los cargos públicos, que no sólo está expresamente consagrado por la Carta (CP arts 13 y 40) sino que constituye uno de los elementos fundamentales de la noción misma de democracia. Así las cosas, y por su naturaleza excepcional, el alcance de las inhabilidades, incluso de aquellas de rango constitucional, debe ser interpretado restrictivamente, pues de lo contrario estaríamos corriendo el riesgo de convertir la excepción en regla. Por consiguiente, y en función del principio hermenéutico pro libertate, entre dos interpretaciones alternativas posibles de una norma que regula una inhabilidad, se debe preferir aquella que menos limita el derecho de las personas a acceder igualitariamente a los cargos públicos.”* Sentencia C-147 de 1998.

Para un análisis adecuado de la norma en mención, ya transcrita, es menester realizar una disección de la misma, a fin de determinar los elementos estructurantes de la inhabilidad, y el alcance dado a cada uno de ellos. Se aclara que la norma en análisis consagra dos tipos de inhabilidades que podríamos llamar, por una parte, la gestión de negocios, cuestión ajena al debate concreto en el presente proceso, y por otra parte, la celebración de contratos, siendo esta la que nos convoca y a la que la Corporación se dedica a continuación:

Tal como se desprende de la norma en mención, constituyen los elementos necesarios para materializar la inhabilidad que se estudia:

- Que dentro del año anterior a la elección el elegido hoy demandado, hubiera intervenido en la celebración de contratos.
- Que en el contrato anterior, el elegido actúe en interés propio o de terceros.
- Que los contratos se celebren con entidades públicas de cualquier nivel (municipal, distrital o cualquiera, aclara la norma).
- Que los contratos deban ejecutarse o cumplirse en el respectivo municipio o distrito.

En este sentido, ha sido entendida esta causal por parte del CONSEJO DE ESTADO, en sentencia que la Sala cita:

*“La inhabilidad endilgada al demandado exige unos supuestos a saber: (i) celebrar contrato con una entidad pública de cualquier nivel, (ii) haberlo celebrado durante el año anterior a la elección como concejal, (iii) tener interés propio o de terceros, y (iv) ejecutarlo en el mismo municipio.”*⁹

9 CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCIÓN PRIMERA. Consejera ponente: MARÍA CLAUDIA ROJAS LASSO. Sentencia del 29 de enero de 2009. Radicación número: 68001-23-15-000-2008-00113-01(PI). Actor: JAVIER ERNESTO CALA SANTOS. Demandado: CEFERINO CALDERON PIMENTEL. En providencia posterior y con relación a la misma causal, la misma Corporación, reiteró: *“La configuración de dicha causal requiere la existencia de los siguientes presupuestos:*

1.- Que dentro del año anterior a la elección el demandado hubiera intervenido o realizado gestiones en interés propio o de terceros, de manera directa o por interpuesta persona, en la celebración de contratos.



En sentencia más reciente, la misma Corporación ha interpretado en torno a la causal que se invoca:

“La causal de inhabilidad que se invoca por el demandante exige para su configuración i) La participación personal y activa del demandado en los actos conducentes a la consolidación de un contrato, ii) Que la celebración del contrato se dé con una entidad pública de cualquier nivel y que su ejecución se desarrolle en la respectiva entidad territorial municipal iii) Que el contrato se haya celebrado en interés particular y propio del elegido o de un tercero, todo lo cual debe probarse por el demandante que alega la situación.”¹⁰

Por lo anterior, entra la Sala a analizar cada uno de los presupuestos mencionados:

3.3.1.1. La celebración de contratos dentro del año anterior a la elección: De

acuerdo al texto mismo de la norma bajo análisis, se encuentra constituido por la celebración de contratos con entidades públicas del nivel municipal, distrital o de cualquier nivel, en interés propio o de terceros. Así las cosas, nos encontramos en presencia de la celebración de un acuerdo bilateral de voluntades, tendiente a crear, extinguir o modificar obligaciones, que una de las partes del contrato sea una entidad pública de las enlistadas en el artículo 2 de la Ley 80 de 1993 y en

2.- *Que dichos contratos se celebren con entidades públicas de cualquier nivel; y*

3.- *Que los contratos deban ejecutarse o cumplirse en el respectivo Municipio o Distrito.”* CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCIÓN PRIMERA. Consejero ponente: MARCO ANTONIO VELILLA MORENO. Sentencia del 12 de agosto de 2010. Radicación número: 08001-23-31-000-2010-00025-01(PI). Actor: JUAN CARLOS ROMERO MERIÑO. Demandado: MARLON MARTÍNEZ FORERO.

10 CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCIÓN QUINTA. Consejera Ponente: SUSANA BUITRAGO VALENCIA. Sentencia del 13 de diciembre de 2012. N° del proceso: 250002324000201100747-01. Radicado interno: 2011 – 0747. Actor: Germán Calderón España y Otros. Acción Electoral.

donde se comprometan recursos públicos. Lo anterior, conforme a la definición consagrada en el artículo 32 de la misma ley, en concordancia con el artículo 1 de la Ley 1150 de 2007.

Igualmente, constituye este elemento de la causal, el temporal, dado que se limita al año anterior a la celebración de la elección.

3.3.1.2. Que en el contrato celebrado, el elegido actúe en interés propio o de terceros: Resulta ser el aparte que parece problemático en el caso bajo análisis, teniendo en cuenta en la respuesta a la demanda se alega la inexistencia de la causal, atendiendo que el concejal electo actuó en la celebración de los contratos como representante legal de una asociación indígena, poniendo de presente el actor igualmente su condición de tal, para plantear la inexistencia de la causal invocada.

Del texto mismo de la norma, se desprende que para que el contrato sea de aquellos que inhabilitan al electo, tiene que existir un poder de influencia del mismo en el electorado, por lo que ello conlleva a que se celebre para el beneficio personal del elegido o de un tercero. Como en el presente caso, se encuentra acreditado que el actor actuó no en nombre propio, sino de una asociación indígena sin ánimo de lucro, es necesario determinar si este hecho constituye o no la inhabilidad.

Sobre la actuación en nombre de tercero, como representante legal de una entidad, en términos generales, se ha pronunciado el CONSEJO DE ESTADO,



Jurisdicción Contenciosa
Administrativa

en las siguientes providencias que por su importancia en el tema, la Sala trae a colación:

“...y, de la otra, lo que la jurisprudencia de esta Corporación ha dejado establecido como determinante en la actuación por interpuesta persona es no solo la real y activa participación, en este caso, del miembro de Junta Directiva, sino “el poder decisorio en la gestión social y de igual manera, la utilidad que a ese socio le reportaría su intervención, dado el interés económico que por sus acciones tiene en la sociedad.” (Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, sentencia de 11 de noviembre de 1997, expediente AC-5061, reiterada en sentencia de 4 de septiembre de 2003, expediente 2002-00993, Consejero ponente doctor Manuel S. Urueta Ayola).”¹¹

“De tal manera que para entender que en este caso el demandado actuó por la interpuesta persona de dicha sociedad, con el alcance que al tema le ha dado la jurisprudencia, es menester que aparezca demostrado en el proceso que posee el poder decisorio o control de la gestión social, ya sea porque tenga la mayor parte del capital social o que sea el mayor beneficiario de las utilidades por cualquier otra circunstancia análoga.”¹²

“Una interpretación diferente de la que se ha hecho conduciría al absurdo de considerar que el apoderado general está obrando en cumplimiento de un deber legal en interés público, del cual no podía sustraerse, lo que no resulta cierto, pues en el contrato de mandato, como en todo acto jurídico bilateral, está implícita la voluntad de los contratantes y en este caso, si dicho apoderado tenía aspiraciones a ostentar un cargo de elección popular, debió sopesar esta circunstancia y declinar a aceptar el poder general o abstenerse de participar en la contienda electoral, al encontrarse inhabilitado.”¹³

Sobre las entidades sin ánimo de lucro, igualmente se ha pronunciado el Máximo órgano de la jurisdicción contenciosa, en este sentido:

11 CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCIÓN PRIMERA. Consejero ponente: RAFAEL E. OSTAU DE LAFONT PIANETA. Sentencia del 6 de octubre de 2005. Radicación número: 70001-23-31-000-2004-00013-01(PI). Actor: ALBERTO LIZARDO GÓMEZ REVOLLO. Demandado: JAIME DE JESÚS MERLANO FERNÁNDEZ.

12 CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCIÓN PRIMERA. Consejero ponente: GABRIEL EDUARDO MENDOZA MARTELO. Sentencia del 3 de marzo de 2005. Radicación número: 25000-23-15-000-2004-01299-01(PI). Actor: JAIME VELA GONZÁLEZ. Demandado: ANTONIO JOSÉ LEONARDO AMAYA BERNAL.

13 CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCIÓN PRIMERA. Consejero ponente: MARCO ANTONIO VELILLA MORENO. Sentencia del 18 de junio de 2009. Radicación número: 25000-23-15-000-2008-00422-01(PI). Actor: HERMANN GUSTAVO GARRIDO PRADA. Demandado: JAVIER ALONSO LASTRA FUSCALDO.

‘Esta Sala ya ha tenido la oportunidad de consignar su pensamiento en torno a la cuestión que vuelve a plantearse, con ocasión de apelaciones interpuestas, sustentadas en argumentos análogos a los que se alegan en el presente caso, en que se pretende que la causal de inhabilidad prevista en el numeral 3 del artículo 40 de la Ley 617 de 2000 no sea aplicable cuando el contratista de las entidades públicas ostenta la calidad de Presidente o Representante de una Junta de Acción Comunal.

Así, en sentencia de 5 de mayo de 2005, la Sala sostuvo que la causal de inhabilidad alegada acarrea pérdida de la investidura aún para quienes hayan intervenido como representantes de una Junta de Acción Comunal y en beneficio de la comunidad. En efecto en esa oportunidad la Sala sostuvo:

«[...]

No desconoce la Sala que según lo preceptuado por los artículos 141 de la Ley 136 de 1994 y 55 de la Ley 743 de 2002 «las organizaciones comunales podrán vincularse al desarrollo y mejoramiento municipal, mediante su participación en el ejercicio de sus funciones, la prestación de servicios o la ejecución de obras públicas a cargo de la administración central o descentralizada». En tales hipótesis, la integridad y probidad ética y moral de la investidura queda debidamente salvaguardada por la causal de inhabilidad para ser concejal en que, según lo preceptuado en el numeral 3º del artículo 43 de la Ley 136 de 1994, modificado por el artículo 40 de la Ley 617 de 2000, incurriría el miembro de la Junta de Acción Comunal que «dentro del año anterior a la elección haya intervenido [...] en la celebración de contratos con entidades públicas de cualquier nivel en interés propio o de terceros, siempre que los contratos deban ejecutarse o cumplirse en el respectivo municipio o distrito»¹⁴.

[...]»

...¹⁵

Por lo anterior, como se puede observar, para la Sala se incurre en la casual, cuando se actúa a través de una persona jurídica, siempre que el elegido sea quien tenga la dirección, control, poder de decisión al interior de la entidad, sin que sea una cuestión de importancia que la entidad no tenga ánimo de lucro, como por ejemplo las Juntas de Acción Comunal.

14 C.P. Dr. Camilo Arciniegas Andrade. Expediente 2004-01327 (PI). Actor Aníbal Yara y Aminta Manios Tovar.

15 CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCIÓN PRIMERA. Consejero ponente: CAMILO ARCINIEGAS ANDRADE. Sentencia del 28 de septiembre de 2006. Radicación número: 05001-23-31-000-2005-06465-01(PI). Actor: SERGIO HERNÁN JIMENEZ REYES, ORLANDO EVELIO ZULUAGA SÁNCHEZ Y NUBIA MARÍA CIFUENTES OSORIO. Demandado: ELADIO ANTONIO CEBALLOS MONSALVE. En igual sentido ver: CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCIÓN PRIMERA. Consejero ponente: RAFAEL E. OSTAU DE LAFONT PIANETA. Sentencia del 23 de junio de 2005: Radicación 41001-23-31-000-2004-01401-01(PI). Actor RUBÉN DARIO RIVAS POLO. Demandado: HÉCTOR ÁNGEL MARIN ORDÓÑEZ.



En torno al argumento esbozado por el accionado de su calidad de indígena y haber actuado en nombre de una asociación de este tipo que tiene como finalidad actuar a favor de la comunidad de su etnia, el CONSEJO DE ESTADO ha tratado el tema en providencia que se cita:

“No encuentra la Sala que exista disposición alguna que excepcione a los indígenas del régimen de inhabilidades, incompatibilidades, conflictos de interés u otras normas cuyo incumplimiento implique la pérdida de investidura, de tal manera que éstos quedan sometidos al ordenamiento general señalado en las Leyes 136 de 1994 y 617 de 2000.”¹⁶

Lo anterior resulta obvio, dado que si una persona aspira y resulta electo a una cargo democrático de una entidad territorial, se ha acogido a las reglas de las instituciones occidentales reguladas por la constitución y la ley, por lo que mal podría alegar su condición especial de indígena cuando se encuentra actuando en instituciones ajenas o por fuera de su cosmovisión¹⁷ y prácticas ancestrales, integrado a la sociedad y por fuera de sus tradiciones, por lo que se ha de interpretar que se ha acogido a la regulación existente sobre este punto en la constitución y la ley.

3.3.1.3. Los contratos se celebren con entidades públicas de cualquier nivel

(municipal, distrital o cualquiera, aclara la norma): En este punto, nos encontramos en presencia de un contrato estatal donde el contratante sea una entidad de cualquier nivel de la administración.

16 CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCIÓN PRIMERA. Consejera ponente: MARTHA SOFIA SANZ TOBÓN. Sentencia del 17 de julio de 2008. Radicación número: 19001-23-31-000-2008-00074-01(PI). Actor: PROCURADURIA 39 JUDICIAL II ADMINISTRATIVA. Demandado: EFREN HOYOS FERNÁNDEZ.

17 Se entiende por cosmovisión “...el conjunto estructurado de los diversos sistemas ideológicos con los que el grupo social, en un momento histórico, pretende aprehender el universo, engloba todos los sistemas, los ordena y los ubica.” (LÓPEZ AUSTIN, Alfredo. *Los mitos del tlacuache: caminos de la mitología mesoamericana* 1990: 20, vol. I).

3.3.1.4. Los contratos deban ejecutarse o cumplirse en el respectivo municipio o distrito: Se encuentra constituido en el hecho objetivo de que el contrato previamente suscrito, se deba ejecutar o cumplirse el municipio donde se realiza la elección, hecho este que claramente se encuentra justificado para que la contratación estatal no sea utilizada como un medio o una forma para llamar la atención del electorado de la entidad territorial, a fin de ganar la aquiescencia del mismo con el objeto del contrato estatal.

Agotado el tema propuesto, pasa así la Corporación a analizar:

4. EL CASO CONCRETO:

Con fundamento en el marco normativo y jurisprudencial ya estudiado, se analizarán los elementos estructurantes de la inhabilidad endilgada, teniendo en cuenta lo probado en el proceso:

4.1. LA CELEBRACIÓN DE CONTRATOS DENTRO DEL AÑO ANTERIOR A LA ELECCIÓN: Se encuentra plenamente demostrado que entre la ASOCIACIÓN DE PROFESIONALES DEL CAMPO ASOPROCAM y el municipio de Sampués Sucre, se celebraron los siguientes contratos, todos regidos por el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, no solo por que de forma expresa cada contrato así lo determina, sino por el hecho de que todos se encuentran enmarcados dentro de la definición de contrato estatal extraída de los artículos 2 y 32 de la Ley 80 de 1993, en concordancia con el artículo 1 de la Ley 1150 de 2007, dado que nos encontramos en presencia de un acuerdo de voluntades entre un municipio (entidad enlistada dentro del artículo 2



de la Ley 80 de 1993) y sus recursos provienen del tesoro público, tendiente a crear obligaciones recíprocas entre las partes. Los contratos en mención son los siguientes:

- CONVENIO DE ASOCIACIÓN MS-670-RZS-001, suscrito el 26 de agosto de 2010 (fol. 41 carpeta 1 pruebas) por valor de \$230.368.750, cuyo objeto era el suministro de mano de obra no calificada para la implementación de cultivos de yuca, maíz, frijol, ajonjolí, en las zonas indígenas del municipio de Sampués, de acuerdo a las cantidades especificadas en el mismo (fol. 38 carpeta 1 pruebas). Como consta en toda la carpeta, el mencionado contrato se suscribió, perfeccionó, ejecutó y terminó en todas sus etapas de manera satisfactoria.
- CONVENIO DE ASOCIACIÓN MS-670-RZS-02-10, suscrito el 8 de noviembre de 2010 (fol. 43 carpeta 2 pruebas) por valor de \$25.335.000, cuyo objeto era la elaboración y aplicación de abonos orgánicos a base de desechos de cosecha y estiércol bovino en la finca del cabildo indígena de huertas Chica municipio de Sampués, de acuerdo a las cantidades especificadas en el mismo (fol. 41 carpeta 2 pruebas). Como consta en toda la carpeta, el mencionado contrato se suscribió, perfeccionó, ejecutó y terminó en todas sus etapas de manera satisfactoria.
- CONTRATO ESTATAL DE PRESTACIÓN DE SERVICIOS PROFESIONALES MS-670-RZS-004-2010, suscrito el 30 de noviembre de 2010 (fol. 30 carpeta 3 pruebas) por valor de \$24.500.000, cuyo objeto

era la prestación de servicios profesionales para la capacitación en hortalizas a las comunidades de los cabildos indígenas de Achiote y El Retiro, en el municipio de Sampués (fol. 27 carpeta 3 pruebas). Como consta en toda la carpeta, el mencionado contrato se suscribió, perfeccionó, ejecutó y terminó en todas sus etapas de manera satisfactoria.

Como se puede observar, los contratos fueron suscritos de manera secuencial, el 26 de agosto de 2010, el 8 de noviembre de 2010 y el 30 de noviembre de 2010, siendo celebrados los comicios electorales donde resultó electo el demandado, el 30 de octubre de 2011 (fol. 40) por lo que el primer de ellos se encuentra por fuera del período inhabilitante, no así los dos últimos que sí fueron celebrados dentro del año anterior a la elección, por lo que se da por cumplido el presente elemento estudiado.

4.2. QUE EN EL CONTRATO CELEBRADO, EL ELEGIDO ACTÚE EN INTERÉS PROPIO O DE TERCEROS: Como se puede observar en todos los contratos referenciados en el punto anterior, todos fueron suscritos por el demandado OSCAR LUIS MARTÍNEZ MARTÍNEZ (fol. 41 carpeta 1, 43 carpeta 2 y 30 carpeta 3, de pruebas) en donde se puede observar que el mismo actúa como representante legal entidad contratista, la ASOCIACIÓN DE PROFESIONALES DEL CAMPO ASOPROCAM.

Como se analizó al estudiar este elemento, el actuarse en interés de un tercero, debe determinarse la posición en que se encuentra quien actúa en dicho interés con relación a la capacidad que posee en determinar a la entidad nombre de la que actúa. Por lo tanto, es menester que la Sala fije dicho punto.



Tal como consta en las dos carpetas de los contratos ya referenciados, en las mismas constan el correspondiente certificado de existencia y representación de la asociación contratista ya identificada. En ellos se indica que el representante legal es el demandado (fol. 61 carpeta 2 y 39 carpeta 3). Igualmente, en todos los mencionados documentos se informa sobre la representación legal y sus facultades:

“EL PRESIDENTE DE LA ASOCIACIÓN SERA (SIC) EL REPRESENTANTE LEGAL. SUS FUNCIONES SON: CONVOCAR LAS REUNIONES DE LA JUNTA DIRECTIVA, ORDINARIAS Y EXTRAORDINARIAS Y PRESIDIRLAS, EJERCER LA REPRESENTACIÓN LEGAL DE LA ASOCIACIÓN Y COMO TAL SUSCRIBIR (SIC) LAS ACTAS Y CONTRATOS EN REPRESENTACIÓN DE LA MISMA, PRESIDIR Y DIRIGIR LAS REUNIONES DE LA ASAMBLEA GENERAL, JUNTA DIRECTIVA. FIRMAR LAS ACTAS DE LA JUNTA DIRECTIVA COMO TAMBIEN (SIC) LAS ACTAS DE LAS REUNIONES DE ASAMBLEA GENERAL. FIRMAR JUNTO CON EL TESORERO LOS CHEQUES, ORDENES (SIC) DE PAGO A QUE DIERE LUGAR DE ACUERDO CON LOS COMPROMISOS DE LA ASOCIACIÓN. ORDENAR GATOS E INVERSIONES HASTA POR LA SUMA QUE AUTORICE LA ASAMBLEA. PRESENTAR ANTE LA ASAMBLEA EL INFORME SOBRE LAS ACTIVIDADES DESARROLLADAS.”¹⁸

Por lo anterior, la Sala concluye que el demandado, en calidad de Presidente y Representante Legal de la entidad contratista ASOCIACIÓN DE PROFESIONALES DEL CAMPO ASOPROCAM, actuó con amplios poderes de disposición, dirección, determinación, control y poder de decisión al interior

¹⁸ Ver fol. 40 cuaderno 2 y 60 cuaderno 3 de pruebas.

de la misma en materia de contratación, por lo que claramente se estructura este elemento de la inhabilidad.

Igualmente, se encuentra demostrada la participación activa del demandante en la celebración, suscripción y ejecución de los contratos ya identificados, lo que se infiere de manera evidente del análisis individual y conjunto de los documentos que obran en el expediente (Carpetas 2 y 3 de Pruebas), en donde se puede observar como el mismo es quien suscribe las propuestas, los contratos, los comprobantes de egreso, las actas de inicio, los informes finales, las actas de entrega las herramientas y semillas objeto del contrato a la comunidad beneficiaria, las actas finales y las actas de liquidación.

En cuanto a la calidad de indígena del elegido y de la asociación en nombre de la que él actúa, ya se analizó como este punto no resulta ser diferente para estos, dado que no existe regulación especial sobre el tema, por lo que al integrarse a las organizaciones del Estado, se ha de interpretar que se están integrando a la comunidad legalmente organizada y por ello deben acogerse a la totalidad de las regulaciones consagradas para el efecto, por lo que la Sala desecha esta argumentación.

4.3. LOS CONTRATOS SE CELEBREN CON ENTIDADES PÚBLICAS DE CUALQUIER NIVEL (MUNICIPAL, DISTRITAL O CUALQUIERA, ACLARA LA NORMA): En este punto, nos encontramos en presencia de un contrato estatal donde el contratante es el municipio de Sampedro, es decir, una entidad territorial municipal, por lo que se supera el elemento en estudio.

4.4. LOS CONTRATOS DEBAN EJECUTARSE O CUMPLIRSE EN EL RESPECTIVO MUNICIPIO O DISTRITO: Como se estudió en el numeral 4.1., el objeto de todos los contratos debía ser materializado en el territorio del municipio de Sampedro Sucre, por lo que claramente se estructura el elemento de que el contrato y su ejecución puede tener la virtualidad de influir de manera



*Jurisdicción Contencioso
Administrativa*

directa en electorado de la circunscripción territorial del elegido, como en el caso del demandado Concejal del municipio de Sampués, Sucre. Para la Sala, el argumento del demandado de que no existe prueba de que los mencionados contratos influyeran al electorado, resulta ser superfluo, dado que la causal invocada debe demostrarse desde el punto de vista objetivo, y no en los efectos que en la práctica haya tenido en la comunidad, prueba que además resultaría diabólica, o de imposible estructuración para el demandante.

Como puede observarse, para la Sala, se cumplen la totalidad de los requisitos o elementos que estructuran la inhabilidad, por lo que se concluye en este punto que habrá de prosperar las pretensiones de la demanda.

Teniendo en cuenta que el demandado, funda su defensa una decisión de no decretar la investidura, tomada por el CONSEJO DE ESTADO, en donde se resolvió la solicitud de pérdida de investidura de la ex senadora de la República MARTHA LUCIA RAMÍREZ DE RINCÓN, la Corporación considera adecuado detenerse en este punto. Analizada la decisión en comento, la misma se fundamenta esencialmente en el hecho de que la Alta Autoridad Judicial consideró que no existía la inhabilidad en el caso en estudio, dado que el contrato suscrito por la ex senadora, si bien, se había suscrito con una entidad pública, sociedad de economía mixta, se regía por el derecho privado, por ser ella un establecimiento financiero que ejercía una actividad económica comercial, en igualdad de condiciones al público en general. Citemos las palabras mismas del Consejo:

“La inhabilidad así consagrada tiene un sentido eminentemente preventivo, orientado a preservar la igualdad de los aspirantes enfrentados en una contienda electoral, bajo el propósito de precaver, de una parte, la indebida utilización de la condición de candidato en las diligencias que éste adelanta ante entidades oficiales y de la otra, la utilización por el candidato de sus vínculos y relaciones con estos entes para acreditarse ante el electorado.

De ello surge, como lo ha considerado la jurisprudencia de la Corporación al ocuparse del estudio de esta causal, que para su configuración no se requiere que el deseo o la intención se logren en la práctica, como consecuencia de las diligencias o de las actuaciones adelantadas. Lo relevante es la potencialidad que la participación en diligencias ante entidades públicas le otorga al aspirante en la obtención de ventajas respecto de los demás candidatos, quienes no tienen posibilidades para relacionarse con entidades públicas a ese nivel.

Por su parte, el numeral 3 del artículo 280 de la Ley 5ª de 1992 establece que:

“No podrán ser elegidos Congresistas:

1...

2...

3. Quienes hayan intervenido en gestión de negocios ante entidades públicas, o en la celebración de contratos con ellas en interés propio, o en el de terceros, o hayan sido representantes legales de entidades que administren tributos o contribuciones parafiscales, dentro de los seis (6) meses anteriores a la fecha de la elección”.

...

En este orden de ideas, la causal de inelegibilidad consistente en haber intervenido “en gestión de negocios ante entidades públicas, o en la celebración de contratos con ellas en interés propio, o en el de terceros “; comporta una doble prevención: de una parte, evitar que quien gestiona o contrata con el Estado, goce de una condición de privilegio frente a la comunidad que ha sido beneficiada con la gestión u obra contratada, y de otra, que la condición de candidato, potencialmente elegible, le derive una situación de ventaja frente a los eventuales contratistas.

...

*Como lo precisó la Sala, BANCOLDEX es una sociedad de economía mixta del orden nacional, organizada como establecimiento de crédito bancario. De conformidad con lo establecido en el numeral 3 del artículo 285 del Decreto 633 de 1993, el régimen de actos y contratos de la sociedad, internos y frente a terceros, es de **derecho privado**.*

...

Para la Sala, existen, de una parte, razones jurídicas que impiden aplicar el artículo 41 de la Ley 80 de 1993, para considerar que el contrato estatal se perfeccionó cuando el acuerdo sobre el objeto y la contraprestación se elevó a escrito, como lo plantea la Agencia Fiscal, pues como ya se indicó, de acuerdo con el parágrafo 1º del artículo 32 de la Ley 80 de 1993, los contratos que celebra BANCOLDEX, sociedad de economía mixta del orden nacional, organizada como establecimiento de crédito bancario, y que correspondan al “giro ordinario de las actividades propias de su objeto social” (como por ejemplo la contratación en publicidad que le permite competir en el mercado en idénticas condiciones con entidades privadas) no se rigen por las normas previstas en el Estatuto de Contratación Estatal, sino por las disposiciones legales y reglamentarias aplicables a dichas actividades. Y de otra parte, la prueba recaudada y recepcionada en este proceso, arroja un hecho cierto e indiscutible como es el acuerdo de voluntades en el que la demandada y el presidente de BANCOLDEX expresaron su voluntad inequívoca de contratar y de obligarse mutuamente, acuerdo que según los testigos, tuvo lugar “a finales del mes de agosto de 2005”, y con posterioridad al cual se procedió a su ejecución dentro del marco de una “alianza estratégica” para mejorar la competitividad de los pymes empresarios a través de la difusión de información sobre el TLC. Es decir, cierta e indiscutiblemente con la orden de prestación de servicios no surgió el negocio a la vida



Jurisdicción Contenciosa
Administrativa

jurídica, pues éste, por ser un acto mercantil para una de las partes negociantes, en el caso concreto, al menos, para BANCOLDEX, está regido por las disposiciones de la ley comercial¹⁹, y en este orden de ideas fue un acto consensual a voces de lo previsto en el artículo 824 del Código de Comercio ya citado.

En este orden de ideas, aún cuando resulta probado en el proceso que la demandada celebró un negocio jurídico con BANCOLDEX, en interés propio, dicha actuación no se enmarca dentro de la prohibición contenida en el numeral 3 del artículo 179 de la Constitución Política, toda vez que, el acuerdo de voluntades se produjo antes del 30 de septiembre de 2005. Según lo probado el negocio se perfeccionó a finales del mes de agosto de 2005, esto es, por fuera del período inhabilitante, que para el caso, está comprendido entre el 12 de septiembre de 2005 y el 12 de marzo de 2006.

Así las cosas, los supuestos de hecho de la causal de pérdida de investidura de congresista formulada contra MARTHA LUCÍA RAMÍREZ DE RINCÓN, no se encuentran demostrados, razón por la cual se desestiman los cargos formulados.” (Negrillas del original)²⁰

Por lo anterior, para esta Corporación, no existe ningún tipo de similitud, analogía cerrada o abierta, entre el caso que en dicha oportunidad estudió el CONSEJO DE ESTADO, y el caso del Concejal del municipio de Sampués, hoy *sub judice*, dado que este contrató con un municipio, entidad claramente cobijada por el derecho público al momento de contratar, tal como lo consagra el artículo 2 de la Ley 80 de 1993, por lo que se desecha este argumento defensivo y se considera

19 Art. 22 C.Co. “*Si el acto fuere mercantil para una de las partes se regirá por las disposiciones de la ley comercial*”

20 CONSEJO DE ESTADO, SALA PLENA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, Sentencia del 19 de enero de 2010, Consejero Ponente Gerardo Arenas Monsalve, Radicado: 11001031500020090070800.

que existe una clara disanalogía²¹ entre el caso que se pretende aplicable y el que se juzga en las presentes diligencias.

5. CONCLUSIÓN:

Como conclusión, para la Sala el demandado se encuentra incurso en la causal de inhabilidad consagrada en el artículo 40 numeral 4 de la Ley 617 de 2000, norma que modificó el artículo 43 de la Ley 136 de 1994, por lo que las pretensiones formuladas habrán de prosperar.

6. CON RELACIÓN A LA CONDENA EN COSTAS:

No habrá condena en costas por tratarse de una acción de tipo público.

DECISIÓN: En mérito de lo expuesto, la **SALA PLENA DE DECISIÓN DEL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE SUCRE**, ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DE LA REPÚBLICA Y POR AUTORIDAD DE LA LEY,

FALLA:

PRIMERO: DECLÁRESE no probada la EXCEPCIÓN DE INEPTA DEMANDA.

²¹ “El primero y más importante es el argumento de disanalogía: los precedentes deben ser aplicados de manera general a aquellos casos futuros análogos por sus hechos que los jueces deban resolver. Si el caso futuro, por algún hecho clave o determinante, no es analogizable al caso anterior, el juez puede inaplicar el precedente y aplicar otro, si respeta mejor la analogía y siempre y cuando la doctrina allí contenida pueda considerarse vigente; si parece ser que ningún precedente es analogizable al caso nuevo, el juez no tiene sub-reglas constitucionales aplicables y puede, por tanto, hacer una interpretación directa de los textos constitucionales sin tener que tomar en cuenta la fuerza gravitacional de la jurisprudencia (puesto que no existe sobre ese punto). Este fenómeno, sin embargo, es ya raro al día de hoy y se hará aún más raro en la medida en que la jurisprudencia vaya cubriendo nuevos sectores de la realidad social que no haya examinado con anterioridad. En estos casos, cuando existan, el esfuerzo y la seriedad del juez deben ser máximos porque se trata de un caso novel que seguramente está abriendo camino en algún aspecto del derecho constitucional colombiano. En este caso el juez está operando funcionalmente como Alta Corte y su sentencia tiene gran importancia jurídica. La sentencia debe ser correspondiente a esta situación.” LÓPEZ MEDINA, Diego Eduardo. Interpretación Constitucional. Bogotá: Escuela Judicial Rodrigo Lara Bonilla, 2006, p. 157 y 158



SEGUNDO: DECLÁRESE la pérdida de la investidura del Concejal del municipio de Sampués, Sucre, ÓSCAR LUIS MARTÍNEZ MARTÍNEZ, elegido para el período 2012-2015.

TECERO: En firme esta sentencia, **COMUNÍQUESE** a la Mesa Directiva del Concejo municipal de Sampués, Sucre, y a la Registraduría municipal de la misma localidad, para lo de su cargo. **CANCÉLESE** su radicación, archívese el expediente, previa anotación en el Sistema Informático de Administración Judicial Siglo XXI.

El proyecto de esta providencia fue estudiado, discutido y aprobado por la Sala en sesión del día de hoy, según Acta N° 01.

NOTIFÍQUESE, COMUNÍQUESE Y CÚMPLASE

Los Magistrados,

LUIS CARLOS ALZATE RÍOS

CÉSAR E. GÓMEZ CÁRDENAS

TULIA ISABEL JARAVA CÁRDENAS
Ausente en comisión de servicios

MOISÉS RODRÍGUEZ PÉREZ