**CAUSALES DE INHABILIDAD – Numeral 2 artículo 43 – Ley 136 de 1994** – **Desarrollo**

La inhabilidad consagrada en el numeral 2º del artículo 43 de la Ley 136 de 1994 fue modificada por el artículo 40 de la Ley 617 de 2000…Como se puede observar, esa disposición contiene dos supuestos de hecho sobre los que se estructura la causal de inelegibilidad para un empleado público: la primera por el ejercicio de autoridad y la segunda por intervenir como ordenador del gasto o en la celebración de contratos. En la medida en que en este caso se invocó el primero de estos escenarios, se procederá a desarrollar sus principales componentes: Para que se configure esta causal de inhabilidad se requiere que el elegido haya ejercido como empleado público jurisdicción civil, política, administrativa o militar, dentro de los 12 meses anteriores a la elección, en el municipio o distrito donde resultó elegido…La Sala observa que los argumentos presentados por el actor para sustentar el recurso son insuficientes para impugnar el fallo de primera instancia en lo que se refiere a esta causal de inhabilidad. Esto, en la medida en que los planteamientos y las pruebas del demandante se limitaron a referir la posible estructuración de un empleo público transitorio en cabeza del demandado, olvidando sustentar -así fuere de manera sucinta- las demás exigencias de la norma, que como se pudo observar, además de este componente es necesario referir y probar el ejercicio de alguna forma de autoridad civil, política, administrativa o militar.

**CAUSALES DE INHABILIDAD – Numeral 3 artículo 43 – Ley 136 de 1994 –** **Desarrollo**

Al igual que en el cargo anterior, la inhabilidad consagrada en el numeral 3º del artículo 43 de la Ley 136 de 1994 fue modificada por el artículo 40 de la Ley 617 de 2000…La inhabilidad reseñada contiene dos escenarios diferentes y autónomos. El primero –en términos generales- se refiere a quien haya gestionado negocios o celebrado contratos con entidades públicas. El segundo aplica a la persona que se haya desempeñado como representante legal de dos tipos de entidades: las que administren tributos, tasas o contribuciones o de las que presten servicios públicos domiciliarios o de seguridad social en el régimen subsidiado. En el presente caso la demanda de nulidad incoada y el recurso de apelación han hecho referencia al primero de estos eventos, en la medida en que el actor celebró y ejecutó un contrato de práctica con el municipio de Copacabana…

**INHABILIDAD – Elementos necesarios**

Los propósitos de la inhabilidad, han sido señalados por esta Sección como la necesidad de impedir que la relación entre entidades y candidatos se utilice indebidamente…Dicha causal de inhabilidad, al igual que la reseñada en el acápite anterior, tiene 4 elementos necesarios para su configuración, los cuales deben confluir para que se pueda endilgar la incursión del elegido en la causal inhabilitante, estos son: temporal, material, subjetivo y territorial, que han sido objeto de estudio por parte de esta Sección en varias oportunidades…En lo que se refiere al primero de los elementos jurídicos de la inhabilidad, es decir, el temporal, se requiere que la intervención en la celebración de contratos se dé dentro de los 12 meses anteriores a la elección, y ni las actividades anteriores ni las posteriores tienen la virtualidad de constituir la causal inhabilitante…En lo que se refiere al acaecimiento de esta causal, en el caso concreto, el demandante indicó que la norma incluye cualquier tipo de vínculo contractual, a la vez que insistió en que aunque su celebración se efectuó antes del periodo inhabilitante, la ejecución se extendió por un periodo que sí es cobijado por la norma; por último refirió que con esa situación el demandado se benefició en perjuicio de los demás candidatos. Bajo ese contexto la Sección procederá a resolver el recurso de apelación para lo cual procederá a comprobar el cumplimiento de los componentes de la inhabilidad de conformidad a la Ley 617 de 2000 y a la jurisprudencia referida, que como ya se indicó, esos elementos se deben acreditar holísticamente, sin excepción o, en otras palabras, a falta de uno de ellos quedará desvirtuada la existencia de la causal de inelegibilidad.Elemento temporal limitado al año anterior a la fecha de la elección. En este caso es evidente que no se cumple con el primer requisito de la inhabilidad consagrada en el numeral 3º del artículo 43 de la Ley 136 de 1994, modificada por el artículo 40 de la Ley 617 de 2000…Atendiendo la naturaleza de la norma, es decir, en la medida en que la misma limita el ejercicio de varios derechos constitucionales, su interpretación debe ser restrictiva, lo que implica que el juez debe evitar darle un alcance diferente de lo que literalmente haya dispuesto el legislador. En esta medida y teniendo en cuenta que el artículo 43 de la Ley 136 de 1994, numeral 3º, modificado por el numeral 3º del artículo 40 de la Ley 617 de 2000, establece el término de inhabilidad en un año contado entre las fechas de la elección y en la que se celebre el contrato, es indiscutible que no se configura la inhabilidad invocada por el demandante. Reiterando la jurisprudencia citada, es imperativo advertir que la ejecución y la liquidación del contrato no son eventos que sean cobijados por la disposición, por lo que no pueden ser tenidos en cuenta por el juzgador a efectos de determinar la inhabilidad.

**CONSEJO DE ESTADO**

**SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO**

**SECCION QUINTA**

|  |
| --- |
| **Consejera ponente: LUCY JEANNETTE BERMUDEZ BERMUDEZ** |

Bogotá D.C., trece (13) de octubre de dos mil dieciséis (2016)

**Radicación número: 05001-23-33-000-2015-02447-01**

**Actor: JHON JAIRO CARDONA GIL**

**Demandado: LUIS FERNANDO VALENCIA GARCÍA, CONCEJAL DEL MUNICIPIO DE COPACABANA, PERIODO 2016-2019**

|  |
| --- |
| Fallo nulidad electoral de segunda instancia. Inhabilidades consagradas en los numerales 2 y 3 del artículo 43 de la Ley 136 de 1994, modificada por el artículo 40 de la Ley 617 de 2000. |

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por el demandante contra la sentencia del 3 de junio de 2016 proferida por el Tribunal Administrativo de Antioquia, por medio de la cual se denegaron las pretensiones de la demanda.

ANTECEDENTES:

1.- LA DEMANDA

1.1.- La pretensión de la demanda

El señor Jhon Jairo Cardona Gil, a través de apoderado[[1]](#footnote-1), en ejercicio de la acción de nulidad electoral solicitó:

“PRIMERA. Que se declare la nulidad del acto por el cual la Comisión Escrutadora Municipal de Copacabana declaró la elección del señor LUIS FERNANDO VALENCIA GARCÍA, (…) como concejal del municipio de Copacabana por la lista del Partido Cambio Radical para el periodo constitucional 2016-2019, conforme al acto contenido en el Acta General de Escrutinio Municipal de los votos emitidos en Copacabana (Antioquia) para la elección de Corporaciones Públicas de octubre 25 de 2015 contenida en el formulario E-26 – DECLARATORIA DE ELECCIÓN, de concejo municipal de Copacabana periodo 2016-2019.

SEGUNDA. Que como consecuencia de lo anterior, se ordene la cancelación de la credencial como concejal del municipio de Copacabana a nombre del Partido Cambio Radical de LUIS FERNANDO VALENCIA GARCÍA, para el periodo comprendido del 1 de enero de 2016 al 31 de diciembre de 2019. Formulario E-27- CREDENCIAL, del 30 de octubre de 2015.

TERCERA. Que como consecuencia de la declaratoria de nulidad de la elección del señor LUIS FERNANDO VALENCIA GARCÍA, como concejal del municipio de Copacabana, expresados en los numerales precedentes, se declare electo como concejal del municipio de Copacabana al candidato que sigue en votos de la lista del Partido Cambio Radical, señor JOHN JAIRO CARDONA GIL y se ordene entregarle la respectiva credencial.

CUARTA. Solicito previo a resolver cualquier situación planteada en este escrito de demanda, aún su misma admisibilidad, tal cual lo manda la regla jurisprudencial, se resuelva de manera previa y antes de admitir la presente, se proceda a resolver la petición provisional de suspensión de la Declaratoria de Elección y suspensión de la respectiva credencial que se haya otorgado, la que entrego en escrito aparte”.

1.2.- Soporte fáctico

El demandante señala que LUIS FERNANDO VALENCIA GARCÍA participó en la elección que se realizó el 25 de octubre de 2015 como candidato al concejo de Copacabana por el Partido Político Cambio Radical.

Indica que el ciudadano VALENCIA GARCÍA fue elegido concejal para el periodo 2016-2019, lo cual fue declarado por la Comisión Escrutadora mediante el formulario E-26 CO de 2015. Ello implicó que ocupara una de las curules asignadas al movimiento político una vez evacuadas las cuentas correspondientes de “*cuoficiente electoral, umbral y cifra repartidora*”. Además le fue expedida la respectiva credencial a través del formulario E-27 de 2015.

Advierte que el elegido había suscrito un contrato de práctica con el municipio de Copacabana que se ejecutó dentro del año anterior a la fecha de las elecciones. El objeto era desarrollar actividades de apoyo en la secretaría de infraestructura del municipio y demás actividades para dar cumplimiento al Plan de Desarrollo 2012-2015, por lo cual el señor VALENCIA GARCÍA recibió una “subvención”.

Señala que como consecuencia de ese contrato el demandado suscribió varias cuentas de cobro por los servicios prestados y cumplió funciones como servidor público de carácter transitorio.

1.3.- Normas violadas y concepto de violación

El demandante considera que LUIS FERNANDO VALENCIA GARCÍA se encontraba inhabilitado para ser elegido concejal del municipio de Copacabana de conformidad con las causales establecidas en la Ley 136 de 1994, artículo 43, modificado por la Ley 617 de 200, artículo 40 numerales 2 y 3. Esto por cuanto “contrajo”, firmó y ejecutó el contrato de práctica, suscribió las cuentas de cobro y cumplió funciones de servidor público.

Como normas violadas relaciona y reproduce los artículos 293 y 312 de la Constitución Política, el artículo 43 numerales 2 y 3 de la Ley 136 de 1994 (modificado por el art. 40 de la Ley 617 de 2000) y el artículo 223 numeral 5 del Código Contencioso Administrativo.

Propone una definición sobre los ‘servidores públicos’ y considera que el demandado, al celebrar y ejecutar el contrato de práctica ejerció con carácter transitorio unas funciones públicas lo que llevó a que los ciudadanos lo vieran como un “*representante de la administración municipal, y no como un ciudadano común*”. Además indica que esa condición le sirvió para “*catapultar*” su nombre como candidato lo que dejó en desventaja a los demás aspirantes.

Considera que el señor VALENCIA GARCÍA está incurso en la inhabilidad contenida en el artículo 40-3 de la Ley 617 de 2000 teniendo en cuenta que él suscribió y ejecutó la gestión de negocios e intervino en la celebración de contratos ante las entidades públicas en interés propio.

Precisa que el 25 de septiembre de 2014 el demandado suscribió un contrato de práctica con el municipio de Copacabana con una duración de seis meses e insiste en que como consecuencia del contrato suscrito con el alcalde del municipio de Copacabana recibió una subvención monetaria, para lo cual el demandado presentó algunas cuentas de cobro, y reitera que la ejecución de ese negocio se llevó a cabo en la entidad territorial mencionada.

1.4. Trámite del Proceso

La demanda fue presentada ante el Juzgado Veintinueve Administrativo Oral del Circuito. Esta autoridad, mediante el auto interlocutorio número 1234 del 18 de noviembre de 2015 declaró la falta de competencia para conocer del proceso con base en los artículos 155-9 y 152-8 del CPACA y teniendo en cuenta que la población del municipio de Copacabana en el año 2015 está calculada por el DANE en los 70.171 habitantes.

Allegada la demanda, el Tribunal Administrativo de Antioquia, Sala Primera de Oralidad, la inadmitió mediante auto del 30 de noviembre de 2015 debido a que “*el actor está mezclando dos medios de control que por tramitarse por procedimientos diferentes no pueden ser objeto de acumulación*”.

Como consecuencia, mediante memorial del 4 de diciembre de 2015 el demandante adecuó las pretensiones de la demanda eliminando la solicitud de restablecimiento del derecho.

Mediante auto del 22 de enero de 2016 el Tribunal Administrativo de Antioquia, Sala Tercera de Oralidad, admitió la demanda y negó la suspensión provisional del acto demandado debido a que no se evidencian con claridad las causales invocadas por la parte actora.

1.5. Contestaciones

1.5.1. El demandado: LUIS FERNANDO VALENCIA GARCÍA

El ciudadano VALENCIA GARCÍA, a través de apoderado, se opuso a las pretensiones de la demanda. Afirmó que es cierto que participó y fue elegido como concejal del municipio de Copacabana. Sin embargo, manifestó que no incurrió en alguna causal de inhabilidad teniendo en cuenta que dentro del año anterior a su elección “*no ostentaba ni me desempeñaba en ningún cargo o empleo de empleado público o servidor público, como tampoco había realizado gestiones de negocios o celebrado contratos con entidad pública alguna*”. Explica que el compromiso de práctica empresarial fue suscrito por la Subdirectora Centro para el Desarrollo del Hábitat y la Construcción del SENA Regional Antioquia, la alcaldía y él en calidad de aprendiz – tecnólogo en obras civiles, antes del 25 de octubre de 2014.

Explica que la subvención que se asignó como consecuencia del contrato mencionado está totalmente regulada en la Ley 789 de 2002, en la que se determina que esta constituye un apoyo de sostenimiento mensual. Considera que no es cierto que haya desempeñado un empleo público, en la medida en que sus labores se limitaron a la ejecución del convenio en su condición de aprendiz en los términos de la ley referida.

Aclaró que de conformidad con el artículo 123 de la Constitución, los particulares que desempeñan funciones públicas no son servidores públicos. En el mismo sentido indica que la Ley 909 de 2004 tampoco incluye a los particulares como servidores del sector territorial.

Reiteró que el contrato de aprendizaje se celebró antes de los 12 meses de la elección y argumentó que ese negocio jurídico ha sido exceptuado por la jurisprudencia como un acto capaz de generar la inhabilidad debido a que este es un servicio que la administración ofrece a todas las personas en igualdad de condiciones. Asumió que la naturaleza del contrato de aprendizaje (arts. 30 y ss de la Ley 789 de 2002) también impide configurar la causal inhabilitante para lo cual reproduce esa norma.

Finalmente, citó la sentencia proferida el 29 de abril de 2005 dentro del expediente 2003-4249-01 en la que se abordó la causal de inhabilidad citada en la demanda y formuló como excepciones la “*presunción de legalidad y validez de los actos administrativos emitidos*” y la “*inexistencia de los hechos que se establecen como causales de inhabilidad para ser inscrito y elegido como concejal*”.

1.5.2. Los demás sujetos procesales notificados no contestaron la demanda.

II. AUDIENCIA INICIAL

Con auto del 15 de marzo de 2016 se fijó como fecha para la audiencia inicial el 31 del mismo mes y año (fl. 119), la cual se desarrolló en la forma prevista en la Ley 1437 de 2011.

Dicha audiencia se surtió como lo establece el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo para sanear nulidades (que no hubo), establecer la competencia para fallar y se fijó el litigio de la siguiente manera:

Fijación del Litigio del *a quo*

“Determinar la legalidad del acto de declaratoria de elección del señor LUIS FERNANDO VALENCIA GARCÍA como Concejal del Municipio de Copacabana para el período constitucional 2016-2019 contenido en el Acta General de Escrutinios de Votos expedida por la Comisión Escrutadora Municipal de Copacabana . Formulario E-26 del 29 de octubre de 2015.

Para el efecto, la Sala deberá determinar si, como lo aduce la parte demandante, el elegido incurrió en la causal consagrada en el artículo 275-5 del CPACA al estar incurso en la causal de inhabilidad consagrada en los numerales 2 y 3 del artículo 43 de la Ley 136 de 1994, por haber celebrado un contrato de práctica con el MUNICIPIO DE COPACABANA en el marco de un programa del SENA dentro del año anterior a la elección”.

III. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN EN PRIMERA INSTANCIA

En su orden, los alegatos de conclusión presentados dentro del proceso fueron los siguientes:

3.1. El demandado, LUIS FERNANDO VALENCIA GARCÍA a través de su apoderado manifestó que está debidamente probado que fue elegido como concejal del municipio de Copacabana, que en septiembre de 2014 se celebró el convenio entre el SENA y el municipio para realizar prácticas de aprendizaje y días después en el mismo mes se suscribió el contrato de aprendizaje entre él y el ente territorial. En contraste, precisó que no está probado que hubiere incurrido en cualquier causal de inhabilidad.

Respecto a la inhabilidad consagrada en el numeral 2 del artículo 43 de la Ley 136 de 1994 reiteró que no contó con la calidad de servidor o empleado público, y menos aún ejerció autoridad civil, administrativa o militar.

En lo que se refiere a la inhabilidad prevista en el numeral 3 del artículo 43 de la Ley 136 de 1994, insistió en que la celebración del contrato se efectuó en septiembre de 2014, es decir, más de un año antes de la celebración de las elecciones para concejal.

Concluyó que las pretensiones no pueden prosperar porque no tienen fundamento legal o jurídico y aseveró que la celebración del contrato de aprendizaje o práctica estudiantil no otorgó una ventaja sobre los demás aspirantes a ser elegidos.

3.2. La parte actora reiteró los fundamentos contenidos en la demanda. Indicó que el demandado suscribió y ejecutó el contrato y en virtud del mismo ostentó la calidad de servidor público lo que lleva a la estructuración de la inhabilidad. Consideró que es una equivocación del demandado estimar que los particulares no ejercen funciones públicas y procedió a repetir el objeto del contrato de aprendizaje correspondiente.

Resaltó que el demandado admitió que se encontraba ejecutando el contrato durante el periodo inhabilitante y propuso que se aplique la norma que contiene la inhabilidad de acuerdo a su teleología, es decir, incluyendo tanto la celebración como el cumplimiento del contrato, sin importar la naturaleza del mismo.

Luego se refirió a las características del contrato de aprendizaje e infirió que este es un acuerdo especial dentro del derecho laboral en el que la persona natural desarrolla formación teórica-práctica en una entidad autorizada y en razón al giro ordinario de sus actividades. De esta manera, advirtió que en este caso ese objeto consistió en cumplir con las funciones y fines propios del Estado, recibiendo un apoyo mensual con dineros públicos.

Agregó que la ley no diferenció el tipo de contrato que origina la inhabilidad y, por tanto, la interpretación que hace el demandado no es apropiada, máxime si se tiene en cuenta que ese acuerdo no es de los que la administración ofrece en igualdad de condiciones a todas las personas.

3.3. El Procurador 30 Judicial II Administrativo presentó sus alegatos extemporáneamente ya que el término fijado en la audiencia inicial venció el 5 de mayo de 2016 y él allegó su concepto el 13 de mayo siguiente (fls. 147 y ss).

IV. FALLO DE PRIMERA INSTANCIA

El Tribunal Administrativo de Antioquia, Sala Tercera de Oralidad, mediante sentencia del 3 de junio 2016, decidió negar la pretensión de la demanda. Como fundamento de su decisión comprobó la satisfacción de los presupuestos procesales, definió el problema jurídico y determinó el marco jurídico aplicable, puntualmente desarrolló los componentes de las inhabilidades establecidas en los numerales 2 y 3 del artículo 43 de la Ley 136 de 1994.

Acto seguido estudió la naturaleza de los contratos de aprendizaje y advirtió que estos no constituyen una relación laboral propiamente dicha y tampoco deben confundirse con las prácticas empresariales.

En el caso concreto, luego de citar algunas cláusulas de los convenios celebrados entre el SENA, el municipio de Copacabana y el demandado, dedujo que entre las partes se celebró un contrato de práctica y no de aprendizaje.

Sobre la primera causal de inhabilidad, la consagrada en el numeral 2 del artículo 43 de la Ley 136 de 1994 (modificado por el art. 40 de la Ley 617), el Tribunal consideró que el actor no actuó en la calidad de empleado público ya que para esto es necesaria la vinculación bajo una relación legal y reglamentaria en la que medie un acto de nombramiento y de posesión, lo cual no está documentado en el presente caso. Adicionalmente, afirmó que, en gracia de discusión, la vinculación en calidad de practicante impide inferir que el demandado haya ejercido autoridad, jurisdicción o haya ejecutado labores como ordenador del gasto.

Acerca de la segunda causal de inhabilidad, la del numeral 3º del artículo 43 de la Ley 136 de 1994 (modificado por el art. 40 de la Ley 617 de 2000), consideró que aunque la norma no establece el tipo de contrato del que surge la limitación al derecho a ser elegido, es necesario definir si los contratos de aprendizaje y práctica pueden ser adecuados dentro de dicha causal.

En primer lugar advirtió que aunque el contrato fue suscrito el 25 de septiembre de 2014, es decir, un mes antes de cumplirse los 12 meses consagrados en la norma, su ejecución se extendió por 6 meses dentro del periodo consagrado para que opere la inelegibilidad en los términos definidos por la jurisprudencia del Consejo de Estado.

A partir de la naturaleza del acuerdo celebrado dedujo que no se configura la causal, teniendo en cuenta que se trata de un contrato de práctica, así como su finalidad y el hecho de que del mismo no se puede derivar alguna ventaja frente al electorado.

VI. APELACIÓN

El demandante, a través de su apoderado, presentó recurso de apelación dentro del término previsto en el artículo 292 del CPACA.

En oposición al fallo y en relación con la causal del numeral 2º del artículo 43 de la Ley 136 de 1994 (modificado por el artículo 40 de la Ley 617 de 2000), reitera que por el hecho de haber celebrado y ejecutado el contrato de práctica, el demandado ejerció con carácter transitorio unas funciones públicas, situación que lo convierte en empleado público, teniendo en cuenta el rol que desempeñó lo que llevó a que los ciudadanos lo vieran como un representante de la administración municipal y no un ciudadano común. Agrega que él se valió de las prerrogativas estatales “*para catapultar eventualmente su nombre como candidato al concejo municipal del Copacabana y con lo cual abiertamente colocó en desventaja a los demás candidatos que no contaban con las* (sic) *misma calidad;* (…)”[[2]](#footnote-2).

Adicionalmente, sobre la causal consagrada en el numeral 3 de la norma referida, el apelante consideró que el fallo desconoce el “precedente vertical” en la medida en que el Consejo de Estado ha establecido que la suscripción y ejecución del contrato conlleva a la estructuración de la inhabilidad.

En desarrollo de los motivos de inconformidad reiteró los hechos que han sido probados dentro del proceso y, referente al segundo cargo manifestó: “*Ahora bien, en ninguna disposición que sea vinculante para el juez –sea de carácter constitucional, legal o jurisprudencial- se ha establecido que la naturaleza del contrato celebrado debe ser un criterio a la hora de determinar si se configura o no la causal invocada. La norma es clara, y por ello, no admite otro tipo de interpretación*”.

Para soportar sus afirmaciones el actor citó las normas que definen el contrato civil y el estatal (arts. 32 y 40) y dedujo lo siguiente: “*En efecto, el contrato suscrito tiene la calidad de ser un contrato estatal debido a que una de las partes es una entidad pública. Fue celebrado con la finalidad que se desarrollaran actividades propias de la administración, como son el cumplimiento de los fines estatales*”.

Bajo los conceptos anteriores concluyó que en este caso sí existió un acuerdo contractual y que, independientemente de su nominación o de su finalidad, no se encuentra excluido de la norma que consagra la inhabilidad. Aclaró que a pesar de que su naturaleza es educativa, sus efectos llevaron a que la comunidad observara al demandado como una persona que detenta un cargo dentro de la administración municipal, para lo cual nuevamente reproduce una parte del objeto del contrato. Agregó que el demandado ejecutó ese convenio vistiendo prendas de la administración municipal (un “*chaleco*”) lo que evidencia la situación de ventaja dentro de la contienda electoral.

Sobre la aplicación del principio “*pro libertate*” usado en la sentencia de primera instancia, el actor precisó que solo es utilizado cuando quiera que haya dos interpretaciones posibles sobre la misma norma. En contraste, refiere que el Consejo de Estado ha definido el alcance de la causal de inhabilidad para lo cual cita las sentencias del 28 de abril de 2005 dictada por esta Sección dentro del expediente 2003-01120-01 y del 29 de enero de 2009, proferida por la Sección Primera dentro del expediente 2008-00113-01.

Finalmente consideró que esas sentencias constituyen un precedente aplicable a este caso y, por tanto, eran de obligatoria aplicación por parte del Tribunal Administrativo de Antioquia.

VI. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN EN SEGUNDA INSTANCIA

6.1. El actor presentó alegatos en los que reiteró los argumentos del recurso indicando que es evidente que la elección del LUIS FERNANDO VALENCIA GARCÍA es nula en la medida en que se encuentra probado que él ejecutó el contrato de práctica durante el año anterior a la elección como concejal. Repite que, por un lado, el demandado ejerció funciones públicas de manera transitoria lo que cataloga como de un empleado público, además, él concurrió en la suscripción y ejecución del contrato, sin que la naturaleza del contrato sea un criterio a la hora de determinar la inhabilidad.

6.2. El Ministerio Público a través del Procurador Séptimo Delegado ante el Consejo de Estado solicitó que sea confirmada la sentencia dictada por el Tribunal Administrativo de Antioquia.

En primer lugar advirtió que en el recurso el demandante solo desarrolló la inhabilidad contenida en el numeral 3 del artículo 43 de la Ley 136 de 1994[[3]](#footnote-3).por lo que su concepto solo se referirá a esa causal[[4]](#footnote-4)

Sin embargo, con respecto a la causal del numeral 2 de dicha norma, manifestó que no se probó que el demandado hubiera fungido como empleado público. Citó la sentencia de la Sala Plena del 30 de marzo de 2006 (exp. 4885-2004) y señaló que para adquirir esa condición es necesario que se profiera un acto administrativo que ordene la designación, que se tome posesión del cargo, que el empleo exista dentro de la planta de personal y que exista disponibilidad presupuestal. Indicó que ninguno de estos elementos fue probado dentro del presente caso.

Con respecto a la inhabilidad por la intervención en la celebración de contratos, la Procuraduría manifestó que fue probada la existencia del acuerdo sin que sea necesario demostrar si ese acto influyó en la elección. Indicó que también se comprobó que ese acto se efectuó en interés del demandado, pues él se benefició de la práctica y recibió una subvención económica.

No obstante, advirtió que la inhabilidad no se estructura debido a que la celebración del contrato fue el 25 de septiembre de 2014, es decir, no fue suscrito dentro del periodo inhabilitante de los 12 meses anteriores a la elección (25 de octubre de 2015). Explicó que no comparte la argumentación del demandante quien extiende el alcance de la inhabilidad incluyendo el término de ejecución del acuerdo. Agregó que las normas invocadas son de interpretación restrictiva por lo que el intérprete no puede extender el alcance de la norma definida por el legislador.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

De conformidad con el artículo 150 del CPACA, como también en el artículo 13 del Acuerdo 58 de 15 de septiembre de 1999 –Reglamento del Consejo de Estado-, modificado por el artículo 1º del Acuerdo 55 de 2003, esta Corporación es competente para conocer de la apelación interpuesta por el demandante contra el fallo proferido por el Tribunal Administrativo de Antioquia, Sala Tercera de Oralidad, que negó las pretensiones de la demanda.

1. Acto demandado

En la demanda presentada por el ciudadano John Jairo Cardona Gil se solicita la nulidad del acto de elección del señor LUIS FERNANDO VALENCIA GARCÍA como concejal del municipio de Copacabana para el periodo 2016-2019, contenido en el acta general de elección de corporaciones públicas del 25 de octubre de 2015, formulario E-26 – Declaratoria de elección.

2. Problema jurídico

Corresponde a la Sala verificar si la elección del señor LUIS FERNANDO VALENCIA GARCÍA como concejal del municipio de Copacabana se encuentra viciada (art. 275-5 CPACA) por las causales de inhabilidad consagradas en los numerales 2 y 3 del artículo 43 de la Ley 136 de 1994 (modificado por el artículo 40 de la Ley 617 de 2000), en la medida en que el 25 de septiembre de 2014 el demandado firmó un “contrato de práctica” con la entidad territorial, el cual se ejecutó por un lapso de 6 meses.

En consecuencia, para resolver el problema jurídico planteado, la Sala abordará el estudio de los siguientes aspectos: *i)* pautas de aplicación de las causales de inhabilidad consagradas en los numerales 2 y 3 del artículo 43 de la Ley 136 de 1994 y *ii)* desarrollará los cargos estudiando cada causal de inhabilidad de forma separada y cada una con su caso concreto.

3. Primera causal invocada: La inhabilidad consagrada en el numeral 2º del artículo 43 de la Ley 136 de 1994,modificada por el numeral 2º del artículo 40 de la ley 617 de 2000.

La inhabilidad consagrada en el numeral 2º del artículo 43 de la Ley 136 de 1994 fue modificada por el artículo 40 de la Ley 617 de 2000. Bajo esa condición la norma dispone lo siguiente:

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

(...)

2. Quien dentro de los doce (12) meses anteriores a la fecha de la elección haya ejercido como empleado público, jurisdicción o autoridad política, civil, administrativa o militar, en el respectivo municipio o distrito, o quien como empleado público del orden nacional, departamental o municipal, haya intervenido como ordenador de gasto en la ejecución de recursos de inversión o celebración de contratos, que deban ejecutarse o cumplirse en el respectivo municipio o distrito”.

Como se puede observar, esa disposición contiene dos supuestos de hecho[[5]](#footnote-5) sobre los que se estructura la causal de inelegibilidad para un empleado público: la primera por el ejercicio de autoridad y la segunda por intervenir como ordenador del gasto o en la celebración de contratos. En la medida en que en este caso se invocó el primero de estos escenarios, se procederá a desarrollar sus principales componentes:

3.1. Para que se configure esta causal de inhabilidad se requiere que el elegido haya ejercido como empleado público jurisdicción civil, política, administrativa o militar, dentro de los 12 meses anteriores a la elección, en el municipio o distrito donde resultó elegido, así señalado por la jurisprudencia de esta Sección en reiteradas oportunidades de la siguiente manera:

“la lectura de la norma que se invoca muestra que para que se configure la causal de inhabilidad es necesario demostrar cuatro supuestos: a) que el elegido hubiere ejercido un cargo que le diera la calidad de empleado público; b) que el cargo se hubiere desempeñado dentro de los 12 meses anteriores a la elección; c) que el cargo desempeñado implique el ejercicio de i) jurisdicción, o ii) autoridad civil, o iii) política, o iv) administrativa, o v) militar o d) que todo lo anterior ocurrió en el municipio o distrito donde resultó elegido concejal”[[6]](#footnote-6).

3.2. La Sala observa que los argumentos presentados por el actor para sustentar el recurso son insuficientes para impugnar el fallo de primera instancia en lo que se refiere a esta causal de inhabilidad.

Esto, en la medida en que los planteamientos y las pruebas del demandante se limitaron a referir la posible estructuración de un empleo público transitorio en cabeza del demandado, olvidando sustentar -así fuere de manera sucinta- las demás exigencias de la norma, que como se pudo observar, además de este componente es necesario referir y probar el ejercicio de alguna forma de autoridad civil, política, administrativa o militar.

El *aquo* negó el acaecimiento de esta inhabilidad por no haberse evidenciado la existencia de una forma de autoridad, y en la medida en que este componente no fue siquiera abordado en la apelación, la Sección considera que no existe fundamento para que la inhabilidad sea analizada de conformidad con el artículo 320 del C.G.P, aplicable por remisión expresa del artículo 306 del CPACA, que señala que:

El recurso de apelación tiene por objeto que el superior examine la cuestión decidida, únicamente en relación con los reparos concretos formulados por el apelante, para que el superior revoque o reforme la decisión.

Así las cosas, en la medida que el apelante no refirió argumento alguno frente al elemento de jurisdicción, necesario para la configuración de la causal endilgada, no se estudiará el cargo.

4. Segunda causal invocada: La inhabilidad consagrada en el numeral 3º del artículo 43 de la Ley 136 de 1994,modificada por el numeral 3º del artículo 40 de la Ley 617 de 2000.

Al igual que en el cargo anterior, la inhabilidad consagrada en el numeral 3º del artículo 43 de la Ley 136 de 1994 fue modificada por el artículo 40 de la Ley 617 de 2000. Bajo esa condición la norma dispone lo siguiente:

*“*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”.

La inhabilidad reseñada contiene dos escenarios diferentes y autónomos. El primero –en términos generales- se refiere a quien haya gestionado negocios o celebrado contratos con entidades públicas. El segundo aplica a la persona que se haya desempeñado como representante legal de dos tipos de entidades: las que administren tributos, tasas o contribuciones o de las que presten servicios públicos domiciliarios o de seguridad social en el régimen subsidiado.

En el presente caso la demanda de nulidad incoada y el recurso de apelación han hecho referencia al primero de estos eventos, en la medida en que el actor celebró y ejecutó un contrato de práctica con el municipio de Copacabana.

4.1. Los propósitos de la inhabilidad, han sido señalados por esta Sección como la necesidad de impedir que la relación entre entidades y candidatos se utilice indebidamente, así:

“precaver vicios en la relación del candidato con las entidades públicas que implique la indebida utilización de esa condición de candidato en las actividades que adelante ante aquellas y, evitar, vicios de mayor trascendencia, como es que, el candidato utilice sus vínculos y relaciones con las entidades públicas en beneficio de sus intenciones electorales o que el electorado asocie, deduzca o concluya que verlo en tratativas con las entidades públicas le aventaja y con ello acreditarse ante los electores para obtener los votos”[[7]](#footnote-7).

Dicha causal de inhabilidad, al igual que la reseñada en el acápite anterior, tiene 4 elementos necesarios para su configuración, los cuales deben confluir para que se pueda endilgar la incursión del elegido en la causal inhabilitante, estos son: temporal, material, subjetivo y territorial, que han sido objeto de estudio por parte de esta Sección en varias oportunidades. Una de las más recientes fue en la sentencia del 12 de mayo de 2016 en la que a partir de dos fallos, uno del 18 de julio de 2013 (exp: 2012-00010) y el otro del 28 de abril de 2016 (exp: 2015-002753), se explicó lo siguiente:

“Así mismo, a partir de lo reiterado recientemente por esta Sala[[8]](#footnote-8), se pueden concluir los siguientes elementos que integran esta inhabilidad en específico:

i) Un elemento temporal limitado al año anterior a la fecha de la elección, es decir, se toma como punto de referencia el día de la elección y se cuenta un año hacía atrás.

ii) Un elemento material u objetivo consistente en intervenir en la celebración de contratos con entidades públicas de cualquier nivel,

(iii) Un elemento subjetivo relacionado con que dicha intervención se realice en interés propio o de terceros y;

(iv) Un elemento territorial que implica que el contrato se deba ejecutar o cumplir en el municipio o distrito para el cual resultó electo

Con miras a analizar la configuración de esta inhabilidad, en todo caso se debe examinar entonces que los elementos anteriormente señalados se presenten de manera concurrente”.

4.2. En lo que se refiere al primero de los elementos jurídicos de la inhabilidad, es decir, el temporal, se requiere que la intervención en la celebración de contratos se dé dentro de los 12 meses anteriores a la elección, y ni las actividades anteriores ni las posteriores tienen la virtualidad de constituir la causal inhabilitante, así señalado por esta sección en sentencia del 18 de febrero de 2010:

“(…) se configura cuando el elegido, dentro del año anterior a los comicios, ha desplegado alguna actividad dentro de una operación contractual enderezada a la celebración de un contrato o ha suscrito el respectivo acuerdo de voluntades, por lo mismo, es plausible considerar que se trata de actividades desarrolladas una vez la entidad pública contratante ha manifestado a los particulares - contratistas, su deseo de contar con su colaboración, previo un acuerdo de voluntades, para el cumplimiento de sus cometidos específicos y, finalmente, de los del Estado. De esta forma no configuran intervención en la celebración de contratos aquellas actividades efectuadas antes de que inicie la operación contractual, ni aquellas que se verifiquen luego de que se haya suscrito el respectivo negocio jurídico”[[9]](#footnote-9) (negrillas fuera de texto original).

La consideración resaltada, en la que se advierte que el alcance de la inhabilidad no involucra a los actos posteriores a la celebración del contrato ha sido reiterada en varias ocasiones. A manera de ejemplo es importante referir el siguiente párrafo:

Asimismo, cuando se trata de celebración de contratos estatales, las etapas subsiguientes tales como su ejecución y liquidación no se tornan ni configuran inhabilidad por intervención en gestión de negocios, precisamente porque el fin de la negociación que era el contrato ya se obtuvo, y ante la materialidad misma del contrato estatal la inhabilidad únicamente podría tipificarse por la celebración de contratos en interés propio o de terceros[[10]](#footnote-10)”[[11]](#footnote-11)”.

Adicionalmente, esta Sección tuvo la oportunidad de precisar dicho elemento en un fallo en el que se abordó una inhabilidad muy similar para el caso de los gobernadores (art. 30, Ley 617 de 2000[[12]](#footnote-12)). En esa oportunidad se generó la siguiente conclusión:

“En este punto, huelga recordar que la exigencia del legislador al consagrar la inhabilidad pende en forma directa y exclusiva de la celebración del contrato, razón por la cual, la jurisprudencia, en forma unívoca y de cara al carácter restrictivo de las inhabilidades, ha comprendido que se refiere a la suscripción del acuerdo de voluntades, lo cual implica que no ha sido de recibo predicar esta inhabilidad si lo que acontece durante ese año o el período inhabilitante de que se trate, son las actividades pos contractuales de cumplimiento o ejecución o de liquidación o terminación del contrato”[[13]](#footnote-13).

4.3 En lo que se refiere al acaecimiento de esta causal, en el caso concreto, el demandante indicó que la norma incluye cualquier tipo de vínculo contractual, a la vez que insistió en que aunque su celebración se efectuó antes del periodo inhabilitante, la ejecución se extendió por un periodo que sí es cobijado por la norma; por último refirió que con esa situación el demandado se benefició en perjuicio de los demás candidatos.

Bajo ese contexto la Sección procederá a resolver el recurso de apelación para lo cual procederá a comprobar el cumplimiento de los componentes de la inhabilidad de conformidad a la Ley 617 de 2000 y a la jurisprudencia referida, que como ya se indicó, esos elementos se deben acreditar holísticamente, sin excepción o, en otras palabras, a falta de uno de ellos quedará desvirtuada la existencia de la causal de inelegibilidad.

*Elemento temporal limitado al año anterior a la fecha de la elección*.

En este caso es evidente que no se cumple con el primer requisito de la inhabilidad consagrada en el numeral 3º del artículo 43 de la Ley 136 de 1994, modificada por el artículo 40 de la Ley 617 de 2000.

Ello debido a que es indudable, fue aceptado por las partes y no fue objeto de la apelación, el hecho de que el demandado suscribió el contrato de práctica el 25 de septiembre de 2014 (fl. 11), es decir, trece meses antes de la fecha de la elección (25 de octubre de 2015, fl. 68). Da cuenta de esto el texto correspondiente el cual incluye en su último apartado la siguiente frase (fl. 16):

“Para efecto de lo anterior, firman las partes intervinientes a los 25 SET. 2014”.

Atendiendo la naturaleza de la norma, es decir, en la medida en que la misma limita el ejercicio de varios derechos constitucionales, su interpretación debe ser restrictiva, lo que implica que el juez debe evitar darle un alcance diferente de lo que literalmente haya dispuesto el legislador. En esta medida y teniendo en cuenta que el artículo 43 de la Ley 136 de 1994, numeral 3º, modificado por el numeral 3º del artículo 40 de la Ley 617 de 2000, establece el término de inhabilidad en un año contado entre las fechas de la elección y en la que se celebre el contrato, es indiscutible que no se configura la inhabilidad invocada por el demandante.

Reiterando la jurisprudencia citada, es imperativo advertir que la ejecución y la liquidación del contrato no son eventos que sean cobijados por la disposición, por lo que no pueden ser tenidos en cuenta por el juzgador a efectos de determinar la inhabilidad.

Lo anterior es suficiente para que la Sala confirme la sentencia del 3 de junio de 2016, dictada por la Sala Tercera de Oralidad del Tribunal Administrativo de Antioquia.

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

**FALLA:**

**PRIMERO: CONFIRMAR** la sentencia del 3 de junio de 2016 dictada por el Tribunal Administrativo de Antioquia, Sala Tercera de Oralidad.

**SEGUNDO:** Devuélvase el expediente al Tribunal de origen.

**NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.**

**LUCY JEANNETTE BERMÚDEZ BERMÚDEZ**

**Presidenta**

**ROCÍO ARAÚJO OÑATE**

**Consejera de Estado**

**CARLOS ENRIQUE MORENO RUBIO**

**Consejero de Estado**

**ALBERTO YEPES BARREIRO**

**Consejero de Estado**

1. El poder se encuentra en el folio 41 del expediente. [↑](#footnote-ref-1)
2. El apelante no hace ninguna referencia al ejercicio de autoridad que señala la causal establecida en el numeral 2. [↑](#footnote-ref-2)
3. El apelante se refiere a las dos causales, aunque frente a la señalada en el numeral 2, lo hace de forma incompleta, puesto que nada dice sobre la autoridad. [↑](#footnote-ref-3)
4. Aunque anuncia solo se referirá a una causal, finalmente se refiere a las dos. [↑](#footnote-ref-4)
5. Diferentes a los establecidos en el artículo 43 de la Ley 136 de 1994 [↑](#footnote-ref-5)
6. Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Quinta. Consejero ponente: Dario Quiñones Pinilla. Veintidós (22) de julio de dos mil cuatro (2004). Radicación 76001-23-31-000-2004-0024-01(3362). Actor: Procuradora Regional del Valle del Cauca. Demandado: Concejal del municipio de Santiago de Cali.. Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Quinta. Consejero ponente: Mauricio Torres Cuervo. Diez (10) de julio de dos mil nueve (2009). Radicación: 08001-23-31-000-2008-00965-01. Actor: Roberto Tapia Ahumada y otros. Demandado: Concejales del distrito especial industrial y portuario de Barranquilla. “*Para la configuración de la causal de inhabilidad que ahora se analiza, se requiere de la reunión simultánea de los siguientes supuestos: i) La elección, esto es, que el demandado fue elegido Concejal; ii) la condición de empleado público del elegido; iii) que en calidad de empleado público ejerció autoridad civil, política, administrativa o militar; iv) que esa autoridad la ejerció en el municipio en el cual fue elegido y, finalmente, v) que esa autoridad la ejerció dentro de los doce meses anteriores a la elección”* [↑](#footnote-ref-6)
7. Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Quinta. Consejera ponente: Lucy Jeannette Bermúdez Bermúdez. Veintinueve de septiembre de dos mil dieciséis. Radicación: 11001032800020160000100, 11001032800020160000200 y 11001032800020160000600. Actores: JOHN ALEXANDER RAMÍREZ VEGA, HILDEBRANDO ÁNGEL BOHÓRQUEZ CÁRDENAS y JESÚS DAVID TORRES ÁVILA. Demandado: CARLOS ANDRÉS AMAYA RODRÍGUEZ (Gobernador Departamento de Boyacá 2016-2019). [↑](#footnote-ref-7)
8. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta, providencia del 28 de abril de 2016, C.P: Alberto Yepes Barreiro, Expediente: 25000-23-24-000-2015-002753-01 [↑](#footnote-ref-8)
9. Sección Quinta. 18 de febrero de 2010. Expediente 50001233100020070112901. Actor: Román Felipe Acosta Guzmán y otros. Demandado: Concejales del Municipio de Villavicencio. C.P. Dr. Filemón Jiménez Ochoa. [↑](#footnote-ref-9)
10. [NOTA al pie en el original: “*Pueden consultarse, entre otras, las siguientes sentencias: De la Sección Primera: del 5 de septiembre de 2002, expediente PI-7452; del 4 de febrero de 2005, expediente PI-00317; y del 26 de mayo de 2005, expediente PI-00908. De la Sección Quinta: del 12 de mayo de 1995, expedientes acumulados 1146, 1148 y 1149; del 21 de abril de 1995, expediente 1284; del 27 de julio de 1995, expediente 1333; del 12 de septiembre de 1995, expediente 1384; del 31 de octubre de 1995, expediente 1438; del 3 de noviembre de 1995, expediente 1428; del 18 de abril de 1996, expediente 1542; del 7 de octubre de 1996, expediente 1595; del 24 de agosto de 2001, expediente 2610; del 21 de septiembre de 2001, expediente 2602; del 5 de octubre de 2001, expediente 2651; del 9 de noviembre de 2001, expediente 2700; del 1° de febrero de 2002, expediente 2744; del 6 de marzo de 2003, expediente 3064; del 15 de julio de 2004, expediente 3379; del 10 de marzo de 2005, expediente 3451; del 11 de noviembre de 2005, expediente 3518; y del 18 de agosto de 2006, expediente 3934. De la Sala Plena: del 2 de agosto de 2005, expediente S-245].* [↑](#footnote-ref-10)
11. Consejo de Estado. Sala Plena de lo Contencioso Administrativo. Consejero Ponente: Mauricio Torres Cuervo. Sentencia de 18 de noviembre de 2008 Radicación No. 11001-03-15-000-2008-00316-00 (PI). [↑](#footnote-ref-11)
12. *“Artículo 30. De las inhabilidades de los Gobernadores. No podrá ser inscrito como candidato, elegido o designado como Gobernador:*

    *4. Quien dentro del año anterior a la elección haya intervenido en la gestión de negocios ante entidades públicas del nivel departamental 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 departamento*”*.* [↑](#footnote-ref-12)
13. Sentencia del veintinueve de septiembre de dos mil dieciséis. Consejera ponente: Lucy Jeannette Bermúdez Bermúdez. Radicación: 11001032800020160000100 y otros. Ob cit. [↑](#footnote-ref-13)