

## **RÉGIMEN DE INHABILIDADES – Intervención en la celebración de contratos**

La intervención en la celebración de contratos, como causal de inhabilidad, tratándose de concejales, se halla establecida en la segunda parte del numeral 3º del artículo 40 de la Ley 617 de 2000, a saber: «Artículo 40. De las inhabilidades de los concejales. 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 [...] 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 municipio;...» E implica:

1) La ejecución de conductas que revelen una participación personal y activa en actos previos a la celebración de un contrato estatal - operación administrativa contractual - o la celebración o suscripción del mismo, en beneficio particular de quien interviene o de un tercero. Así, es posible considerar que se trata de actividades desarrolladas desde cuando 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<sup>1</sup> y hasta cuando se logra la suscripción del correspondiente acuerdo. No configuran intervención en la celebración de contratos aquellas actividades efectuadas antes de que inicie la operación contractual; aquellas que se verifican luego de que se ha suscrito el respectivo negocio jurídico, ni las que se cumplen por fuera del trámite administrativo contractual.

2) Además, que el respectivo acuerdo de voluntades se ejecute en el territorio del municipio o distrito. Ello por cuanto la causal de inhabilidad que se comenta busca enervar los efectos que la ejecución de un contrato estatal genera en los electores, quienes asocian los beneficios del bien o servicio que por virtud del acuerdo de voluntades se presta o se provee, con la persona que interviene en la celebración o con el contratista y,

3) Finalmente, que se dé dentro del término de los doce [12] meses anteriores a la fecha de la elección. La jurisprudencia de la Sección ha definido la intervención en la celebración de contratos, así «[D]e otra parte, esta Sala ha entendido por intervención en la celebración de contratos aquellas gestiones o actuaciones que indiquen una participación personal y activa en los actos conducentes a la celebración del mismo y permitan develar un claro interés sobre el particular. De esta manera, la intervención en la celebración de contratos comprende un concepto amplio que no solamente involucra a terceros que participan personal y activamente en las actividades precontractuales, sino también a las partes del contrato, en donde la participación personal se entiende directa.»

### **CONSEJO DE ESTADO**

#### **SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO**

#### **SECCION QUINTA**

**Consejero ponente: MAURICIO TORRES CUERVO**

**Bogotá, D.C., veintiuno (21) de marzo de dos mil trece (2013)**

---

<sup>1</sup> Sobre este particular puede verse la sentencia de 10 de mayo de 2001 dictada por la Sección Tercera de esta Corporación en el expediente en el expediente 07001-23-31-000-1995-0169-01(13347), demandante: Hunos Construir Ltda., demandado: municipio de Arauca, ponente doctor Ricardo Hoyos Duque, en la que se dijo: “[E]n este orden de ideas, los actos que se producen ‘con motivo u ocasión de la actividad contractual’, son todos aquellos que se expiden dentro de la **operación contractual**, vale decir, los que tienen relación directa con las actividades que se cumplen desde la iniciación del proceso de selección del contratista hasta la terminación y liquidación del contrato, diferenciándose sí los de la etapa precontractual (separables o previos) de los contractuales propiamente dichos, susceptibles de impugnarse los primeros a través de las acciones previstas en los arts. 84 y 85 del c.c.a y los segundos por la del art. 87...”.

**Radicación número: 15001-23-31-000-2011-00650-01**

**Actor: ALVARO ENRIQUE FIGUEROA JIMENEZ**

**Demandado: CONCEJAL DEL MUNICIPIO DE TUNJA**

Superado el trámite de la segunda instancia se procede a resolver el recurso de apelación presentado por la parte demandante contra la sentencia de 24 de mayo de 2012, por medio de la cual el Tribunal Administrativo de Boyacá negó las pretensiones de la demanda.

## **I. ANTECEDENTES**

### **1. La demanda**

#### **1.1. Las pretensiones**

El señor Alvaro Enrique Figueroa González, en ejercicio de la acción electoral, demandó la nulidad *“del acto por medio del cual la Comisión Escrutadora Municipal de la Registraduría (sic) del estado (sic) Civil (sic) de Tunja (sic) declaró la elección de OLGA ISIDORA CASTRO VARGAS [...] como consta en las actas de escrutinio general, cuyas copias auténticas anexo...”*.

Pidió, además, que se cancelara la respectiva credencial y se ordenara al Presidente del Concejo que llamara a ocupar la correspondiente curul a Juan Carlos Borda, quien obtuvo la segunda votación de la lista inscrita por el Partido de Unidad Nacional - Partido de la U -, por cuyo aval resultó elegida la demandada.

#### **1.2. Los hechos**

La demanda se fundamentó en los siguientes:

1. El 30 de octubre de 2011, se cumplieron elecciones de concejales del municipio de Tunja.
2. Efectuado el escrutinio resultó elegida concejal la señora Olga Isidora Castro Vargas, quien hacía parte de la lista inscrita por el partido de Unidad Nacional - Partido de la U.
3. El 12 de julio de 2002 se constituyó la Fundación San Alejandro y uno de los fundadores fue la señora Olga Isidora Castro Vargas quien, además, fue designada, y aceptó, como miembro del Consejo de Fundadores.
4. El artículo 13 de los Estatutos de la Fundación prevé como una de las funciones del Consejo de Fundadores autorizar al Director Ejecutivo o representante legal para comprar, vender y grabar bienes y celebrar contratos desde una cuantía igual a quince (15) salarios mínimos legales mensuales vigentes.
5. El 19 de mayo de 2011, previa autorización del Consejo de Fundadores, la Fundación San Alejandro celebró contrato con la Alcaldía de Tunja que tenía por objeto garantizar la atención integral a la población con discapacidad cognitiva de

los nivel 1 y 2 del Sistema de Selección de Beneficiarios de Programas Sociales - Sisben -, del municipio de Tunja, cuyo valor era \$ 30'002.000,00.

6. La señora Olga Isidora Castro Vargas, se hallaba inhabilitada para inscribirse y ser elegida concejal, conforme con el numeral 3º del artículo 40 de la Ley 617 de 2000 a cuyo tenor no puede inscribirse ni ser elegido concejal quien dentro de los doce (12) meses anteriores a la elección haya intervenido en la celebración de contratos ante entidades públicas de cualquier nivel, siempre y cuando éstos deban ejecutarse o cumplirse en el respectivo municipio, y no obstante al inscribirse manifestó estar libre de cualquier impedimento.

### **1.3. Las normas violadas y el concepto de la violación**

El demandante dijo que el acto de elección violó el artículo 40- 3 de la Ley 617 de 2000, en cuanto declaró la elección de una persona inhabilitada.

Explicó que las inhabilidades estaban dispuestas para garantizar la moralidad pública.

Asimismo que en los términos del numeral 3º del artículo 40 de la Ley 617 de 2000, no podía inscribirse ni ser elegido concejal quien dentro de los doce (12) meses anteriores a la elección interviniera en la celebración de contratos ante entidades públicas de cualquier nivel, siempre y cuando los contratos debieran ejecutarse o cumplirse en el respectivo municipio, sin que resultara relevante *“que el deseo o la intención se lograra en la práctica, como consecuencia de las diligencias o de las actuaciones adelantadas...”*

También que la Fundación San Alejandro suscribió con la Alcaldía de Tunja el contrato número 13 de 19 de mayo de 2011, respecto del que la demandada intervino en su celebración, por un lado, porque en condición de miembro del Consejo de Fundadores, participó en el proceso en el que se otorgó la autorización al representante legal para efectos de que contratara y, por otro, porque apeada en el hecho de que es ex esposa de un ex alcalde del municipio, intervino ante la Alcaldía en orden a lograr la suscripción del referido contrato.

Concluyó diciendo que la demandada estaba inhabilitada para inscribirse y ser elegida concejal porque i) intervino en la celebración de un contrato estatal ante una entidad pública de cualquier nivel, ii) en interés propio o de terceros, iii) dentro del año anterior a la elección, además, iv) el objeto del contrato debía cumplirse o ejecutarse en el municipio en el que resultó elegida.

Y que el hecho de que el contrato se hubiera celebrado con una entidad sin ánimo de lucro no enervaba la inhabilidad, pues conforme con la jurisprudencia del Consejo de Estado, para efectos de la configuración de la causal de inelegibilidad respectiva, resultaba irrelevante que el contrato se celebrara con fines altruista.

Por último sostuvo que la demandante no delegó su participación en el Consejo de Fundadores, con lo que hubiera podido enervar la intervención en el proceso de autorización al representante legal para contratar y por consecuencia la inhabilidad.

## **2. La contestación a la demanda**

La concejal demandada en oportunidad legal contestó la demanda.

Aceptó como ciertos algunos hechos salvo los que tienen que ver con la presunta inhabilidad. También precisó que nunca fue elegida ni aceptó ser parte del Consejo de Fundadores de la Fundación San Alejandro pues la pertenencia a ese órgano de administración se daba por el hecho de tener la condición de fundador.

Adujo, a título de excepciones: 1) La *“falta de agotamiento del requisito de procedibilidad previsto en el Acto Legislativo 1 de 2009”* que sustentó con el argumento de que el demandante no informó en forma clara cuáles eran las circunstancias en que se fundaba su demanda **ni individualizó ni allegó los actos demandados**. 2) La *“Inexistencia absoluta de la nulidad pretendida respecto de los actos acusados”* que sustentó con el argumento según el cual no se hallaba inhabilitada para ser elegida. 3) *“Ilegitimidad sustantiva del actor”* que en su criterio se configuró porque el demandado no agotó procedibilidad lo que le impedía demandar. 4) La *“Falta de fundamento fáctico jurídico de la acción”* que construyó con el argumento según el cual el demandante se limitó a decir que estaba inhabilitada sin que precisara las circunstancias por las cuales estaba en esa situación.

Dijo que desde el año 2003 renunció a su condición de miembro del Consejo de Fundadores de la Fundación San Alejandro y desde 2010 a la Fundación misma, dimisiones que fueron aceptadas. En este punto precisó que no todas las actas de los órganos de administración de las Fundaciones debían registrarse ante la Cámara de Comercio.

Asimismo, que la Fundación era un organismo sin ánimo de lucro que trabajaba por el bienestar de la infancia con lo que apoyaba al Estado en el cumplimiento de sus deberes, también dijo que al final de cada ejercicio contable no liquidaba ni repartía utilidades, por lo que las gestiones en las que pudo intervenir tenían un interés general.

Y que si bien en la demanda se aducía que adelantó gestiones para la celebración del contrato 13 de 19 de mayo de 2011, no se precisaba qué clase actuaciones desplegó.

### **3. Los alegatos de conclusión en la primera instancia**

#### **3.1. Del demandante**

En el escrito de alegatos de conclusión insistió en que la demandada se hallaba inhabilitada para inscribirse y ser elegida concejal porque, en su criterio, en el plenario estaba acreditado que intervino en la celebración del contrato 13 de 19 de mayo de 2011, habida cuenta de que se demostró: i) que era miembro del Consejo de Fundadores de la Fundación San Alejandro, con el acta de constitución de 12 de julio de 2002, en la que aparece que fue “elegida y aceptó su elección” en dicho órgano. En este aspecto precisó que la Fundación tenía el deber de registrar las actas que documentaban sesiones de sus órganos de administración que determinarían el cambio de sus dignatarios y que si bien en el año 2010 se intentó una reforma en los órganos de administración ésta no fue inscrita en la Cámara de Comercio, ii) que ese órgano *“delegó o autorizó”* al representante legal para celebrar el contrato 13 de 19 de mayo de 2011 con el municipio de Tunja, lo que se acreditó con la copia de los estatutos cuyo artículo 13 precisa, de una parte, que el Consejo de Fundadores es el máximo órgano de administración y, por otra, que a éste le corresponde autorizar al representante legal para suscribir contratos cuya cuantía exceda los 15 salarios mínimos legales mensuales vigentes, iii) que dicho contrato se celebró en interés de terceros,

porque fue suscrito entre la Fundación San Alejandro y el municipio de Tunja, lo que se demostró con copia del contrato y (iv) que tal contrato hubo de cumplirse en el municipio de Tunja, pues la entidad que actuó como contratante fue el citado municipio, lo que también se demostró con la copia del contrato.

Frente a la contestación de la demanda sostuvo que estaba edificada, tanto en las excepciones como en las razones de la defensa, en circunstancias que no tenían fundamento fáctico o jurídico, pero no precisó las razones de esa aseveración.

### 3.2. De la demandada

La demandada, en sus alegaciones finales, adujo que el demandante se había limitado a precisar los que en su criterio eran los elementos de la causal de inhabilidad que le achacaba, sin aportar medios de prueba que permitieran su verificación.

Sostuvo que en el proceso militaban pruebas que daban cuenta de que no contrató con la administración municipal, a saber: el certificado de folio 188 que informaba que durante el año 2011 no celebró contrato alguno con el municipio de Tunja y el que aparecía en el folio 189 que daba cuenta de que no suscribió el contrato 13 de 19 de mayo de 2011.

Dijo que la competencia para autorizar para contratar, como fluía de los estatutos, era del Consejo de Fundadores, por lo que en modo alguno podía aceptarse que fue quien autorizó al representante legal de la fundación para que suscribiera el contrato 13 de 19 de mayo de 2011; además, desde el año 2003 renunció al Consejo de Fundadores y desde el 27 de agosto de 2010 renunció a la Fundación, tal como constaba en el Acta 1 de 2010; en este último aspecto informó que dicha acta no fue registrada ante la Cámara de Comercio de Tunja porque contenía un acto exento de tal formalidad; en su criterio, sólo debían registrarse los nombramientos y no las renunciaciones, asimismo que el demandante pretendía inducir en error al juez en cuanto peticionó a la Cámara de Comercio la copia del Acta 1 de 2011, respecto de la cual se dijo que no reposaba en esa entidad, cuando la que debió peticionar fue la 1 de 2010.

Adujo que el contrato 13 de 19 de mayo de 2011, lo que probaba era que no había intervenido en su celebración porque no se hallaba firmado por ella.

Por último, sostuvo que el contrato celebrado por la Fundación, cuyo objeto era la atención a personas con problemas cognitivos, se celebró en interés **general**, por lo que en modo alguno podía generar la inhabilidad que se le endilgaba pues ésta, en el punto, demandaba que el contrato se hubiera celebrado en interés **particular**, propio o de un tercero.

A pesar de que la causal de inhabilidad en la que se fundó la demanda correspondía a la intervención en la celebración de contratos ante entidades públicas de cualquier nivel, siempre y cuando éstos debieran ejecutarse o cumplirse en el respectivo municipio, sostuvo que en el *sub lite* no se demostró que hubiera incurrido **en gestión de negocios**.

Alegó, además, que la demanda adolecía de defectos que la hacían inepta porque el actor dijo demandar el acto de elección contenido en el Acta General de Escrutinios (sic), Formulario E - 26 CO, pero no tomó en cuenta que en las elecciones de Concejo se emitieron 2 formularios E - 26, uno de 14 hojas que contiene el escrutinio de votos, y otro de 2 que contiene el acto de elección, por

manera que en su demanda no individualizó el acto demandado (artículo 228 del Código Contencioso Administrativo) que era, precisamente, el que debía demandarse (artículo 229 ibídem).

#### **4. El concepto del Ministerio Público en la primera Instancia**

El Agente del Ministerio Público en la primera instancia, sostuvo que las pretensiones de la demanda debían ser desestimadas.

Para el efecto hizo un examen de la naturaleza del derecho a ser elegido, y concluyó que era *iusfundamental*, y de las inhabilidades, del que entendió que eran restricciones al derecho a elegir; a partir de tales conclusiones, que utilizó como premisas, sostuvo que las causales de inelegibilidad eran de interpretación restrictiva.

Con apoyo en la sentencia dictada en el proceso 23001-23-31-000-2009-00011-01, demandante: Rodrigo Molina Cardozo, demandado: Edgar Daniel Pérez Díaz, Consejero Ponente Rafael E. Ostau de la Font Pianeta, y confundiendo los elementos de dos causales de inelegibilidad, a saber: la intervención en la gestión de negocios y la intervención en la celebración de contratos, sostuvo que para que se configurara la aducida en el *sub lite* se requería: i) que se probara la intervención en la gestión de negocios ante entidades públicas del nivel municipal o distrital y la intervención en la celebración de contratos con entidades públicas de cualquier nivel, ii) que se demostrara que la celebración de tales contratos tuvo lugar dentro del año anterior a la elección, iii) que se acreditara que el concejal intervino en la celebración de contratos en interés propio o de terceros y iv) que se probara que los contratos celebrados debieron ejecutarse en la misma entidad territorial.

Asimismo hizo un examen del primer requisito, conforme con el cual concluyó que la gestión de negocios que inhabilita era aquella que se adelantaba con el propósito de lograr un negocio o un deseo cualquiera.

Después, y previo examen de las pruebas, de cargo y de descargo, allegadas al plenario, que enumeró en forma detallada, sostuvo que no estaba probado que la demandada hubiera autorizado a la representante legal de la Fundación San Alejandro, a la sazón, señora Sara Patricia Vera Pulido, la suscripción del contrato 13 de 19 de mayo de 2011.

Al margen de lo anterior, asevero que las decisiones del Consejo de Fundadores eran colegiadas por lo que no podía considerarse que la demandada en la alegada condición de miembro del Consejo de Fundadores, por sí sola, hubiera podido dispensar la autorización de la que se deducía la intervención en la celebración de contratos.

Igualmente que según certificación expedida por la Secretaria Jurídica de la Alcaldía Municipal de Tunja, la demandada en el año 2011 no celebró contrato alguno con dicha entidad.

También que conforme con constancia expedida por la Representante Legal de la Fundación San Alejandro, la demandada desde el año 2010 no tenía vínculo alguno con esa organización porque renunció a ella desde septiembre de 2010, y su dimisión fue debidamente aceptada. Sobre el punto anterior sostuvo que el referido documento, allegado como prueba por la parte demandada, nunca fue

tachado de falso por lo que resultaba idóneo para efectos de sustentar la decisión que habría de tomarse en el proceso.

## 5. La sentencia apelada

Es la de 24 de mayo de 2012, por la cual el Tribunal Administrativo de Boyacá desestimó la excepción de inepta demanda por *“falta de agotamiento del requisito de procedibilidad previsto en el Acto Legislativo 1 de 2009...”* y negó las pretensiones de la demanda.

Al proveer sobre la excepción consideró que si bien el demandante en el escrito inicial demandó el Acta General de Escrutinio Municipal, lo cierto era que demandaba el acto de elección de concejales de Tunja y como acto demandado allegó el Acta Parcial de Escrutinio Municipal o Formulario E -26, por manera que la imprecisión evidenciada no tenía la suficiencia para enervar los efectos de la demanda.

Dijo que la controversia gravitaba en torno a establecer si la demandada hacía parte del Consejo de Fundadores de la Fundación San Alejandro, habida cuenta de que el demandado sostenía que aún mantenía esa condición pues el acta que documentaba la aceptación de su renuencia nunca fue inscrita en el registro mercantil, mientras que la demandada sostenía que desde 2003 renunció al Consejo de Fundadores y desde 2010 a la Fundación; si en la eventual condición de miembro del Consejo de Fundadores intervino en la sesión en la que se autorizó al representante legal para que participara en el proceso contractual en el que se suscribió el contrato 13 de 19 de mayo de 2011 con la Alcaldía Municipal, y si tal actuación configuraba la inhabilidad establecida en el numeral 3º del artículo 40 de la Ley 617 de 2000, que modificó el numeral 3º del artículo 43 de la Ley 136; en forma consecuente, precisó que para resolver el asunto debía establecer qué actos de los órganos de las Fundaciones debían registrarse y qué órganos de administración integraban la Fundación San Alejandro.

A efecto de resolver el primer interrogante, con base en el contenido normativo del artículo 42 del Decreto 2150 de 1995<sup>2</sup>, sostuvo que las únicas decisiones de los órganos de dirección y administración de las fundaciones sobre directivas que demandaban inscripción en el registro mercantil, eran las de **designación de administradores**.

Y con el propósito atender el segundo cuestionamiento, verificó los estatutos de la Fundación, y encontró que contaba con Consejo de Fundadores, Junta Directiva y Director Ejecutivo o representante Legal, y que dichos órganos la “administraban y dirigían”, asimismo halló que tanto el Consejo de Fundadores como la Junta Directiva tenían entre sus funciones las de autorizar al representante legal para

---

<sup>2</sup> Decreto 2150 de 1995, “Artículo 42. Inscripción de estatutos, reformas, nombramientos de administradores, libros, disolución y liquidación. Los estatutos y sus reformas, los nombramientos de administradores, los libros, la disolución y la liquidación de las personas jurídicas formadas según lo previsto en este capítulo, se inscribirán en la Cámara de Comercio con jurisdicción en el domicilio principal de la persona jurídica en los mismos términos, tarifas y condiciones previstos para el registro de actos de las sociedades comerciales.

Para la inscripción de nombramientos de administradores y revisores fiscales se requerirá la aceptación previa de las personas designadas”.

celebrar contratos cuando la cuantía superaba los 15 salarios mínimos legales mensuales, empero de los dos, sólo la Junta Directiva tenía la condición de órgano de administración.

A partir de lo anterior sostuvo que la renuncia de la demandada, primero al Consejo de Fundadores y luego a la Fundación, no requería inscripción pues se trató de un retiro y no de una designación y, además, se trató de un retiro de un órgano que no tenía la condición de administración y de la misma fundación, por lo mismo bastaba con que constaran en las Actas respectivas, de suerte que en el *sub lite* debía considerarse que se retiró desde septiembre de 2010, por lo que no podía estimarse que hubiera participado en el proceso de otorgamiento de la autorización dispensada al representante legal para contratar.

Con todo, sostuvo que conforme con la jurisprudencia contencioso administrativa, contenida entre otros en el fallo dictado en el proceso 2007-00023, la intervención en la celebración de contratos demandaba la verificación de actividades personales en la etapa precontractual o la suscripción del respectivo acuerdo de voluntades, las que no fueron probadas en el *sub lite*. En apoyo de este último aserto dijo *“para que pudiera afirmarse que la demandada intervino en la gestión de negocios ante la Alcaldía de Tunja a favor de la Fundación San Alejandro, debieron probarse manifestaciones positivas de voluntad de la accionada encaminadas a la celebración del Convenio 13 de 19 de mayo de 2011 tantas veces citado; en otras palabras, la exteriorización de la voluntad de la señora OLGA ISIDORA CASTRO VARGAS a través de actos que tendieran a la firma del contrato entre la Alcaldía de Tunja y la Fundación mencionada era un requisito sine qua non para la configuración de la causal...”*<sup>3</sup>

También dijo que la autorización fue otorgada por el Consejo y no por la demandada, la que respecto del mismo sólo tendría la condición de un miembro más.

Y finalmente, para desvirtuar la tesis según la cual el mero hecho de ser parte de un cuerpo colegiado que provee un autorización para contratar configura intervención en contratos, citó la sentencia dictada por la Sección Quinta del Consejo de Estado en el proceso 2007-01129, en la que se sentó que las competencias de los órganos colegiados son de éstos y no de las personas que los integran.

El *a quo* no se pronunció sobre los demás alegatos que, a título de excepción, efectuó la demandada.

## **6. La apelación**

La sentencia de primera instancia fue apelada por el demandante quien pidió que se revocara y se dictara otra en la que se accediera a las pretensiones de la demanda.

Con apoyo en los mismos argumentos alegados en la demanda el recurrente sostuvo que la accionada estaba inhabilitada porque se probó *“de un lado la intervención en la gestión de negocios que [debían] ejecutarse en el ente territorial donde se [quería] ser candidato, ante entidades públicas de nivel municipal o distrital dentro del año anterior a la elección, y de otro la intervención en interés propio o de terceros, en la celebración de contratos que [debían] ejecutarse en el*

---

<sup>3</sup> Fl. 338, cd., ppal.

*ente territorial...*” pues en su criterio se demostró que la demandada hacía parte del Consejo de Fundadores de la Fundación San Alejandro, el que conforme con el artículo 13 de sus Estatutos debía autorizar al representante legal para celebrar contratos cuya cuantía superara los 15 salarios mínimos legales mensuales vigentes, y que la Fundación celebró con el Municipio de Tunja el contrato 13 de 19 de mayo de 2011, tal como lo aceptó la sentencia apelada, con lo que a su juicio se demostraban los hechos constitutivos de la causal de inelegibilidad alegada y resultaba inexplicable la resuelto por el *a quo*.

Insistió en que la renuncia de la demandada a la Fundación nunca fue inscrita, por lo mismo, ésta nunca dejó de pertenecer a dicha organización y se benefició de los dividendos electorales generados con la celebración del contrato 13 de 19 de mayo de 2011.

Trascribió apartes de lo que dijo era una sentencia del Consejo de Estado, en el que se informan los alcances de la causal de inhabilidad de la intervención en la celebración de contratos, según el cual dicha causal de inelegibilidad se configura cuando se prueba la participación personal y activa del elegido en actuaciones precontractuales o en la suscripción del contrato mismo, para alegar que si bien no probó que la demandada se *“presentaba a diario ante el Despacho de la Alcaldía Municipal de Tunja para presionar la firma del convenio,..”* tal circunstancia obedeció al hecho de que el ponente denegó las pruebas testimoniales postuladas en la demanda con las que pretendía acreditar ese hecho. Así sostuvo que el aserto de la sentencia según el cual no demostró que la demandada hubiera desplegado actuaciones tendientes a lograr para sí o para otro la suscripción del contrato 13 no era cierto.

En el mismo sentido afirmó que contrario a lo sostenido por el fallo de primera instancia según el cual debió probar por ejemplo que la demandada otorgó la autorización para contratar, en el expediente se hallaba demostrada la concesión de dicha autorización pues la pretendida renuncia de la concejal al Consejo de Fundadores, no tuvo efectos jurídicos porque nunca fue inscrita en la Cámara de Comercio. Sobre este particular insistió en que los actos por los cuales se crean, se reforman estatutos y se designan administradores de las personas sin ánimo de lucro, para efectos de oponibilidad deben ser registrados, por lo que mientras no fuera inscrita el Acta que refería la renuncia de la demandada, mantenía su carácter de miembro del Consejo, y debía aceptarse que intervino en el proceso de concesión de la autorización.

## **7. Los alegatos de la segunda instancia**

Las partes no alegaron en esta oportunidad.

## **8. El concepto del Ministerio Público en la segunda Instancia**

El Colaborador Fiscal en la segunda instancia fue del concepto de que la sentencia de primer grado debía confirmarse.

A su juicio, la intervención en la gestión de negocios y en la celebración de contratos son dos causales de inhabilidad diferentes, en cuanto la primera implica la participación en una actuación cualquiera mientras la segunda la intervención en un proceso adelantado con el fin de celebrar un contrato estatal, no obstante cuando en una actuación contractual no se arriba a la suscripción del pretendido contrato, entiende que las actuaciones desplegadas pueden configurar la

intervención en la gestión de negocios, pues ésta no demanda la materialización del negocio pretendido.

Igualmente que la intervención en la celebración de contratos puede darse i) por la participación personal del demandado en el proceso contractual y en la ulterior suscripción del contrato, o ii) con su participación personal en el trámite contractual así no suscriba el contrato.

En criterio del Agente del Ministerio Público, en el sub lite se alegó la intervención en la celebración de contratos por la segunda modalidad, empero ésta no se configuró porque las actividades supuestamente desplegadas por la demandada no encuadran dentro de aquellas que se pueden considerar como constitutivas de la intervención en la celebración de contratos habida cuenta que representan una actuación previa a la iniciación de la operación administrativa contractual, en apoyo de su aserto citó la sentencia dictada por esta Sección en el expediente 2007-01029.

Con todo, también sostuvo que conforme con el artículo 29 del Código de Comercio, que informa los actos que deben inscribirse en el registro público mercantil, las renunciaciones de los miembros de fundaciones no se deben anotar en dicho registro, por lo que el hecho de que la presentada por la demandada no se hubiera inscrito, en modo alguno permitía sostener que seguía haciendo parte de Consejo de Fundadores de la Fundación San Alejandro y menos que participó en el proceso de concesión de la autorización para contratar a la que alude la demanda.

## **II. CONSIDERACIONES DE LA SALA**

### **1. La competencia**

Conforme con los artículos 129 y 231 del Código Contencioso Administrativo, y 13 del Reglamento Interno de la Corporación, esta Sección es competente para conocer del recurso de apelación presentado por la parte demandante contra la sentencia de 24 de mayo de 2012, del Tribunal Administrativo de Boyacá, desestimatoria de las pretensiones.

### **2. El acto demandado**

Se trata del Acta Parcial de Escrutinio de Votos contenida en el Formulario E - 26 CO, elaborada por los miembros de la Comisión Escrutadora Municipal de Tunja, el 6 de noviembre de 2011, por la cual se declaró la elección, entre otros, de la señora Olga Isidora Castro Vargas, como concejal para el período 2012 - 2015.

### **3. El marco de la segunda instancia**

La sentencia dictada por el *a quo* fue apelada por el demandante, en lo fundamental, porque negó las pretensiones de la demanda no obstante que, a su juicio, en el plenario estaba probado que la demandada se inscribió y fue elegida a pesar de que se hallaba inhabilitada porque dentro de los doce (12) meses anteriores a la elección intervino en la celebración de contratos con entidades de cualquier nivel que habrían de cumplirse o ejecutarse en el municipio de Tunja.

Así pues, la competencia de la Sala como juez de la segunda instancia, en este caso, se halla limitada a dicho aspecto, pues si bien el juez de primer grado no hizo un pronunciamiento expreso sobre algunos de los argumentos planteados por

la demandada a título de excepciones, en cuanto dictó un fallo de mérito desestimatorio de sus pretensiones, negó la prosperidad de tales argumentos y, en ese particular, la sentencia no fue apelada.

#### **4. El estudio de los argumentos de la apelación**

##### **4.1. De las inhabilidades, marco general**

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.

O que corresponden a requisitos negativos para acceder a un destino público.

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 frente al electorado, en unas condiciones que les otorguen ventajas respecto de los demás aspirantes.

Han sido dispuestas para preservar a los ciudadanos de presiones e influencias que afecten su libre elección.

Constituyen una restricción al derecho a participar en la conformación del poder político, de raigambre fundamental, y en esa medida son de interpretación restrictiva.

##### **4.2. La inhabilidad para inscribirse y ser elegido Concejal por la intervención en la celebración de contratos en interés propio o de terceros con entidades públicas de cualquier nivel (sic), que deban ejecutarse en el respectivo municipio o municipio**

La intervención en la celebración de contratos, como causal de inhabilidad, tratándose de concejales, se halla establecida en la segunda parte del numeral 3º del artículo 40 de la Ley 617 de 2000, a saber:

*“Artículo 40. De las inhabilidades de los concejales. 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 [...] 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 municipio;...”*

E implica:

1) La ejecución de conductas que revelen una participación personal y activa en actos previos a la celebración de un contrato estatal - operación administrativa contractual - o la celebración o suscripción del mismo, en beneficio particular de quien interviene o de un tercero.

Así, es posible considerar que se trata de actividades desarrolladas desde cuando 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<sup>4</sup> y hasta cuando se logra la suscripción del correspondiente acuerdo.

No configuran intervención en la celebración de contratos aquellas actividades efectuadas antes de que inicie la operación contractual; aquellas que se verifican luego de que se ha suscrito el respectivo negocio jurídico, ni las que se cumplen por fuera del trámite administrativo contractual.

2) Además, que el respectivo acuerdo de voluntades se ejecute en el territorio del municipio o distrito.

Ello por cuanto la causal de inhabilidad que se comenta busca enervar los efectos que la ejecución de un contrato estatal genera en los electores, quienes asocian los beneficios del bien o servicio que por virtud del acuerdo de voluntades se presta o se provee, con la persona que interviene en la celebración o con el contratista y,

3) Finalmente, que se dé dentro del término de los doce (12) meses anteriores a la fecha de la elección.

La jurisprudencia de la Sección ha definido la intervención en la celebración de contratos, así<sup>5</sup>:

*“[D]e otra parte, esta Sala ha entendido por intervención en la celebración de contratos aquellas gestiones o actuaciones que indiquen una participación personal y activa en los actos conducentes a la celebración del mismo y permitan develar un claro interés sobre el particular<sup>6</sup>. De esta manera, la intervención en la celebración de contratos comprende un concepto amplio que no solamente involucra a terceros que participan personal y activamente en las actividades precontractuales, sino también a las partes del contrato, en donde la participación personal se entiende directa<sup>7</sup>.*

### 4.3. El caso concreto

---

<sup>4</sup> Sobre este particular puede verse la sentencia de 10 de mayo de 2001 dictada por la Sección Tercera de esta Corporación en el expediente en el expediente 07001-23-31-000-1995-0169-01(13347), demandante: Hunos Construir Ltda., demandado: municipio de Arauca, ponente doctor Ricardo Hoyos Duque, en la que se dijo: “[E]n este orden de ideas, los actos que se producen ‘con motivo u ocasión de la actividad contractual’, son todos aquellos que se expiden dentro de la **operación contractual**, vale decir, los que tienen relación directa con las actividades que se cumplen desde la iniciación del proceso de selección del contratista hasta la terminación y liquidación del contrato, diferenciándose sí los de la etapa precontractual (separables o previos) de los contractuales propiamente dichos, susceptibles de impugnarse los primeros a través de las acciones previstas en los arts. 84 y 85 del c.c.a y los segundos por la del art. 87...”.

<sup>5</sup> Aunque la sentencia anterior se refiere al numeral 3º del artículo 40 de la Ley 617 de 2000, los criterios que expone resultan aplicables a la intervención en la gestión de negocios y en la celebración de contratos a que se refiere el numeral 3º del artículo 37 de la Ley 617 de 2000 que son objeto de estudio en este proceso.

<sup>6</sup> Sentencia del 28 de septiembre de 2001, expediente 2674.

<sup>7</sup> Sentencia del 19 de octubre de 2001, expediente 2654.

En el *sub lite* se acusó la elección como concejal del municipio de Tunja de la señora Olga Isidora Castro Amaya con el argumento de que estaba inhabilitada para inscribirse y ser elegida porque era miembro del Consejo de Fundadores de la Fundación San Alejandro, persona jurídica de derecho privado sin ánimo de lucro, y ésta, es decir la Fundación, celebró el contrato 13 de 19 de mayo de 2011, con el municipio de Tunja, cuyo objeto era *“GARANTIZAR LA ATENCION INTEGRAL DE LA POBLACION EN CONDICION DE DISCAPACIDAD COGNITIVA DEL (sic) NIVEL (sic) 1 Y 2 DEL SISBEN DEL MUNICIPIO DE TUNJA,...”*<sup>8</sup>, por un valor de \$30'002.000,oo.

En cuanto el artículo 13 de los estatutos de la Fundación precisa como una de las funciones del Consejo de Fundadores la de otorgar autorización al Representante Legal para contratar cuando los respectivos acuerdos de voluntades tengan una cuantía igual o superior a 15 salarios mínimos legales mensuales vigentes, el demandante entiende que la demandada participó en el proceso de concesión de la autorización para celebrar el contrato 13 de 19 de mayo de 2011 y, por lo mismo, participó en la celebración de dicho contrato, circunstancia que la hizo inelegible.

Pues bien, conforme quedó explicado configuran intervención en la celebración de contratos, como conducta inhabilitante, las actuaciones relevantes que se cumplen directa y personalmente, en interés particular propio o de terceros, por quien aspira a ser elegido concejal, dentro del proceso administrativo adelantado a efectos de celebrar un contrato estatal (todo en cuanto se den en el término relevante y el eventual acuerdo de voluntades deba cumplirse, en cuanto a su objeto, en el respectivo municipio o distrito).

La autorización a partir de la cual se edifica la demanda, corresponde a una actuación cumplida por fuera de ese escenario, por lo mismo, resulta intrascendente frente a la causal de inelegibilidad alegada.

Así, no había lugar a examinar si la demandante en verdad hacía parte del Consejo de Fundadores - efectos de la no inscripción del acta que documenta su renuncia, primero al Consejo de Fundadores (año 2003) y luego a la Fundación (año 2010), ni si efectivamente participó en la sesión en la que se concedió la autorización, ni si ese acto corresponde a uno propio o del órgano colegiado, pues lo que resultara probado era irrelevante para efectos de la configuración de la causal de inelegibilidad que se le achacó. Se reitera, porque el acto de concesión de la autorización para participar en el proceso contractual y eventualmente suscribir el contrato, no configura intervención en la celebración de contratos.

Ahora, es cierto que en el capítulo de *“Normas violadas y concepto de la violación”*, el demandado adujo *“Como Fundadora y Promotora de la Fundación en mención [la demandada], ha venido desde hace algún tiempo, gestionando ante diferentes entidades de orden municipal de Tunja, entre ellas la Alcaldía Municipal (sic), la celebración de contratos y convenios, para ella y la Fundación de la que hace parte, aprovechando su condición de ex esposa de un Alcalde de la ciudad y la influencia política que tal condición le da, cuestión que es de público conocimiento y que puede ser probada con la indagación que como prueba se solicita del ente territorial...”*<sup>9</sup>, y que en el escrito de apelación sostuvo *“es tan clara la participación e intervención de la señora CASTRO VARGAS que personalmente se presentaba a diario ante el despacho de la Alcaldía Municipal*

---

<sup>8</sup> Fol. 189, cd., ppal.

<sup>9</sup> Folio 6.

*de Tunja para presionar la firma del convenio...*” empero ninguno de los 2 argumentos podían ser considerados para efectos de verificar la intervención de la concejal demandada en el proceso que finiquitó con la suscripción por parte de la Fundación y el municipio de Tunja, del contrato 13 de 19 de mayo de 2011, habida consideración de que la primera aseveración contenía hechos genéricos y la segunda sólo fue aducida en el escrito de apelación, es decir, en forma extemporánea.

De ahí que el Magistrado ponente en la primera instancia en el auto de pruebas se hubiera visto compelido a negar el decreto y práctica de la prueba testimonial postulada en la demanda, pues los hechos que se revelaban concretos, los contenidos en el acápite titulado *“HECHOS:”*, que corresponden a los que se pretendían demostrar con las versiones de los testigos en cuanto en el acápite respectivo de la demanda se informó que *“depondrían sobre todo lo que les conste sobre los hechos de la demanda”*, eran susceptibles de prueba documental.

Es importante precisar que si el demandante consideraba que las situaciones fácticas que en forma desordenada incorporó en el capítulo de normas violadas y concepto de la violación, se probaban con las versiones de las personas respecto de las que pidió que fueran citadas a efecto de que rindieran testimonio, debió recurrir el auto de pruebas. Aceptar sus razones implicaría desconocer el principio según el cual a nadie le es dado alegar su propia culpa.

## **5. La conclusión**

El otorgamiento de autorización para contratar no corresponde a una actuación surtida al interior de una operación administrativa adelantada con el objeto de celebrar un contrato estatal, por lo mismo, no configura intervención en la celebración de contratos. Consecuencia de lo anterior, a pesar de que se demostró que la representante legal de la fundación San Alejandro, en nombre de ésta y previamente autorizada por el Consejo de Fundadores, firmó el contrato 13 de 19 de mayo de 2011 con el Municipio de Tunja - no así que la demandada intervino en el acto de autorización -, tal circunstancia es irrelevante frente a la inhabilidad establecida en la segunda parte del numeral 3º del artículo 40 de la Ley 617 de 2000.

Asimismo, a pesar de que el demandante en el capítulo de *“Normas violadas y concepto de violación”* adujo que la demandada apeada en la condición de ex esposa de un ex alcalde de Tunja intervino en varios trámites contractuales, circunstancia que no probó, esa aseveración, por genérica, también resultaba intrascendente frente a la inhabilidad antes referida.

Corolario, la sentencia de primer grado, en cuanto denegó las pretensiones de la demanda, amerita ser confirmada.

## **III. LA DECISION**

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

### **FALLA:**

Confírmase la sentencia apelada.

NOTIFIQUESE.

**SUSANA BUITRAGO VALENCIA**  
Presidenta

**MAURICIO TORRES CUERVO**

**ALBERTO YEPES BARREIRO**

**VIRGILIO ALMANZA OCAMPO**  
Secretario