

PERDIDA DE INVESTIDURA –Inhabilidad para contratar – Revocatoria

ARTÍCULO 8°. DE LAS INHABILIDADES E INCOMPATIBILIDADES PARA CONTRATAR.

Aparte tachado derogado por el artículo 32 de la Ley 1150 de 2007. Entra a regir a partir del 16 de enero de 2008, según lo ordena el artículo 33 de la misma Ley Tampoco podrán participar en licitaciones o concursos ni celebrar contratos estatales con la entidad respectiva:

a) Quienes fueron miembros de la junta o consejo directivo o servidores públicos de la entidad contratante. Esta incompatibilidad sólo comprende a quienes desempeñaron funciones en los niveles directivo, asesor o ejecutivo y se extiende por el término de un (1) año, contado a partir de la fecha del retiro.

d) Aparte subrayado **CONDICIONALMENTE** exequible Las corporaciones, asociaciones, fundaciones y las sociedades anónimas que no tengan el carácter de abiertas, así como las sociedades de responsabilidad limitada y las demás sociedades de personas en las que el servidor público en los niveles directivo, asesor o ejecutivo, o el miembro de la junta o consejo directivo, o el cónyuge, compañero o compañera permanente o los parientes hasta el segundo grado de consanguinidad, afinidad o civil de cualquiera de ellos, tenga participación o desempeñe cargos de dirección o manejo.

e) Los miembros de las juntas o consejos directivos. Esta incompatibilidad sólo se predica respecto de la entidad a la cual prestan sus servicios y de las del sector administrativo al que la misma esté adscrita o vinculada.

Artículo 44. CONFLICTO DE INTERESES; INHABILIDADES E INCOMPATIBILIDADES. Para los efectos del funcionamiento de las empresas de servicios públicos y de las autoridades competentes en la materia, se establecen las siguientes inhabilidades e incompatibilidades:

44.1. Salvo excepción legal, no podrán participar en la administración de las comisiones de regulación y de la Superintendencia de Servicios Públicos, ni contribuir con su voto o en forma directa o indirecta a la adopción de sus decisiones, las empresas de servicios públicos, sus representantes legales, los miembros de sus juntas directivas, las personas naturales que posean acciones en ellas, y quienes posean más del 10% del capital de sociedades que tengan vinculación económica con empresas de servicios públicos.

44.2. No podrá prestar servicios a las comisiones de regulación ni a la Superintendencia de Servicios Públicos, ninguna persona que haya sido administrador o empleado de una empresa de servicios públicos antes de transcurrir un año de terminada su relación con la empresa ni los cónyuges o compañeros permanentes de tales personas, ni sus parientes dentro del tercer grado de consanguinidad, segundo de afinidad o primero civil. Esta misma inhabilidad se predica de los empleados de las comisiones o de la Superintendencia, sus cónyuges o parientes en los mismos grados, respecto de empleos en las empresas.

Sin embargo, las personas aludidas pueden ejercitar ante las comisiones de regulación y ante la Superintendencia su derecho a pedir informaciones, a hacer peticiones, y a formular observaciones o a transmitir informaciones respecto a las decisiones que allí se tomen, o a los proyectos de decisiones que se les consulten.

44.3. No puede adquirir partes del capital de las entidades oficiales que prestan los servicios a los que se refiere esta Ley y que se ofrezcan al sector privado, ni poseer por sí o por interpuesta persona más del 1% de las acciones de una empresa de servicios públicos, ni participar en su administración o ser empleados de ella, ningún funcionario de elección popular, ni los miembros o empleados de las comisiones de regulación, ni quienes presten sus servicios en la Superintendencia de Servicios Públicos, o en los Ministerios de Hacienda, Salud, Minas y Energía, Desarrollo y Comunicaciones, ni en el Departamento Nacional de Planeación , ni quienes tengan con ellos los vínculos conyugales , de unión o de parentesco arriba dichos. Si no cumplieren con las prohibiciones relacionadas con la participación en el capital en el momento de la elección, el nombramiento o la posesión, deberán desprenderse de su interés social dentro de los tres meses siguientes al día en el que entren a desempeñar sus cargos; y se autoriza a las empresas a adquirir tales intereses, si fuere necesario, con recursos comunes, por el valor que tuviere en libros. Se exceptúa de lo dispuesto, la participación de alcaldes, gobernadores y ministros, cuando ello corresponda, en las Juntas Directivas de las empresas oficiales y mixtas.

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCION QUINTA

Consejera ponente: SUSANA BUITRAGO VALENCIA

Bogotá D.C., veinticuatro (24) de abril de dos mil trece (2013)

Radicación número: 20001-23-31-000-2012-00045-02

Actor: NAZLY MARIA BOLAÑOS IDARRAGA Y OTROS

Demandado: DIPUTADO DEL DEPARTAMENTO DEL CESAR

Procede la Sala a resolver los recursos de apelación que interpusieron los actores contra la sentencia del 18 de julio de 2012, dictada por el Tribunal Administrativo del Cesar, que negó las súplicas de las demandas que solicitaron la anulación de la elección del señor Celso Manuel Vides Córdoba como Diputado por el Departamento del Cesar para el período 2012 - 2015.

I. ANTECEDENTES

1. LAS DEMANDAS

Los señores Nasly María Bolaños Idarraga, Eric Juliao Lemus y Leiner Pereira Pérez, mediante demandas idénticas radicadas bajo los números 2012 - 0028, 2012 - 0030 y 2012 - 0045 (que luego se acumularon) ejercitaron acción de nulidad electoral, en la que plantearon las siguientes pretensiones:

“PRIMERA: QUE SE DECLARE LA NULIDAD DEL ACTA GENERAL DE ESCRUTINIO O FORMULARIO “E-26-ASA”, EXPEDIDA POR LA COMISION ESCRUTADORA DEPARTAMENTAL DEL CESAR, POR MEDIO DE LA CUAL SE DECLARO LA ELECCION DE CELSO MANUEL VIDES CORDOBA COMO DIPUTADO DEL DEPARTAMENTO DEL CESAR PARA EL PERIODO CONSTITUCIONAL 2012 - 2015 Y SE ORDENO EXPEDIR LA RESPECTIVA CREDENCIAL, en razón a que en su elección concurren la existencia de dos causales de inhabilidad, contenidas en los numerales 3° y 4° del Artículo 33¹ de la Ley 617 de 2000 y Artículos (sic) 223 numerales 5° y (sic) 227 y 228 del C.C.A., conforme se determina y demuestra en los hechos y omisiones de la presente Acción de Nulidad Electoral (sic).

SEGUNDA: Que como consecuencia de la anterior declaración, se ordene la cancelación de la credencial del señor CELSO MANUEL VIDES CORDOBA, elegido como Diputado del Departamento del Cesar, para el período constitucional 2012 - 2015.

TERCERA: Que como consecuencia de las anteriores declaraciones, se ordene la cancelación de la credencial de Diputado del Departamento del Cesar a quien en la respectiva lista le siga en votación al señor CELSO MANUEL VIDES CORDOBA.”

¹ Norma que fue modificada mediante escrito de corrección de la demanda.

2. LOS HECHOS

Como fundamento fáctico de las pretensiones, en síntesis, los actores señalan:

- Que el 30 de octubre de 2011 se realizaron las elecciones en todo el territorio nacional a efectos de escoger democráticamente, entre otros, a los diputados de las Asambleas Departamentales.
- Que el demandado, señor CELSO MANUEL VIDES CORDOBA se inscribió como candidato a la Asamblea del Departamento del Cesar por el Partido Liberal y resultó elegido para esa Corporación.
- Alegan que se encontraba inhabilitado para ser elegido diputado a la asamblea departamental por las causales previstas en los numerales 3° y 4° del artículo 33 de la Ley 617 de 2000, pues convive en unión libre con la señora Leilanis Montaña Oñate y además, es padre de Ediño y María Teresa Vides Guerra, con los cuales constituyó el 18 de abril de 2008 la Fundación Instituto Vides Córdoba "FUNDAINSVICOR", cuyo cuerpo directivo se integró así: el señor Vides en condición de presidente y representante legal, su hijo como vicepresidente, su hija como secretaria y su compañera permanente, tesorera.
- Que por Resolución N° 12953 del 23 de julio de 2008 el Gobernador del Departamento reconoció personería jurídica a esta entidad sin ánimo de lucro.
- Afirman que el demandado presentó renuncia al cargo de Presidente a la Junta Directiva de la referida Fundación el 21 de septiembre de 2009, aceptada mediante Acta de Asamblea General de Socios N° 02 del 25 de septiembre de 2009. Que solicitó registro de este hecho ante el Secretario de Gobierno del Departamento del Cesar, aceptada mediante **Resolución N° 00048 del 4 de noviembre de 2009.**

- Fue designado “Director del Instituto Municipal de Deporte y Recreación de Valledupar - INDUPAL”, por Decreto N° 00859 del 10 de noviembre de 2009 y por Decreto N° 0000596 del 12 de noviembre de 2009, de igual manera el Alcalde lo designó integrante de la Junta Directiva de la Empresa de Servicios Públicos Domiciliarios de Valledupar - EMDUPAR S.A. E.S.P. Esta decisión se registró ante la Cámara de Comercio de Valledupar el **13 de noviembre de 2009**, y el ejercicio de este cargo, dicen los accionantes lo desempeñó hasta el 4 de marzo de 2011.
- Que el municipio de Valledupar mediante Resolución N° 001557 del 13 de julio de 2010 prorrogó hasta el 31 de diciembre de 2010 el Banco de Oferentes de Servicios Educativos de la vigencia 2009, que fue conformado mediante Resolución N° 001263 del 07 de octubre de 2008, “declarando idóneo entre otros para conformar el mismo a la Fundación Instituto Vides Córdoba”.
- Refieren que el 23 de julio de 2010 se reformó la composición de la Junta Directiva de la Fundación Instituto Vides Córdoba y de esta actuación se informó al Secretario del Gobierno Departamental, quien por Resolución N° 00028 del 3 de agosto de 2010, la reconoció.
- El 8 de septiembre de 2010 la Fundación Instituto Vides Córdoba celebró con el municipio de Valledupar el contrato N° 426 para la prestación del servicio educativo a los estudiantes beneficiados del proyecto “Ampliación de Cobertura Educativa para atención de población vulnerable en el municipio de Valledupar”, según los accionantes, producto de la gestión del señor Celso Manuel en interés propio y de tercero por “estarse desempeñando para la época como Director del Instituto Municipal de deporte y Recreación de Valledupar INDUPAL y miembro de la Junta Directiva de la Empresa de Servicios Públicos Domiciliarios de Valledupar - EMDUPAR S.A. E.S.P”.
- Que la ejecución de dicho contrato de prestación de servicios se extendió hasta el 30 de noviembre de 2010 y fue objeto de liquidación bilateral hasta el 27 de diciembre de 2010.

- *Precisan que el 30 de octubre de 2011 el demandado resultó electo Diputado del Departamento del Cesar por el Partido Liberal Colombiano porque obtuvo 9525 votos, los que aseguran, consiguió en razón “del grado de influencia y de poder detentado (sic) como Miembro de la Junta directiva de la Empresa de Servicios Públicos Domiciliarios de Valledupar “EMDUPAR S.A. E.S.P.” y además al tener ventaja económica sobre los otros candidatos por poseer recursos provenientes de la celebración del Contrato de Prestación suscrito entre la FUNDACION INSTITUTO VIDES CORDOBA y el municipio de Valledupar”.*
- *Que la elección del demandado es ilegítima, ilegal e inconstitucional, por cuanto para el momento de su inscripción y elección estaba incurso en las causales de inhabilidad contenidas en los numerales 3 y 4 del artículo 33² de la Ley 617 de 2000.*

3. NORMAS VIOLADAS Y CONCEPTO DE VIOLACION

Los accionantes citan como infringidas las siguientes:

- *Los artículos 13, 123, 179, 209, 258, 260, 263, 265-1 de la Constitución Política.*
- *Los artículos 85, 223, 226, 227, 228, 229, 233, 234, 235, 236, 241, 242, 243 y 245 del Código Contencioso Administrativo.*
- *Los artículos 12, 14, 123 a 193 del Código Electoral*
- *La Ley 617 de 2000*
- *El artículo 164 del Código de Comercio.*

Aducen que el Diputado electo por el departamento de Cesar se eligió utilizando el nepotismo, que se tradujo en lo que es asimilable al rompimiento de las cargas públicas. Que se presentó desigualdad de su aspiración frente al resto de los candidatos en razón a los poderes “civil y administrativo” que el demandado ejercía como Director del Instituto Municipal de Deporte y Recreación de Valledupar “INDUPAL” y miembro de la Junta Directiva de la Empresa de Servicios

² *Esta norma fue objeto de corrección de la demanda comoquiera que en el escrito inicial se citaba el artículo 37 de la Ley 617 de 2000, que contempla la inhabilidad para alcaldes.*

Públicos Domiciliarios de Valledupar “EMDUPAR S.A. E.S.P.”, al ocupar dos cargos importantes a nivel municipal que le permitieron “gestionar en interés propio y de terceros contratos para la FUNDACION INSTITUTO VIDES CORDOBA, de la cual en un principio hizo parte y posteriormente para no despertar suspicacia alguna se retiró, dejando a su compañera, hijos y sobrina formando parte del órgano directivo de la misma, para poder seguir teniendo el control del poder administrativo y financiero de la entidad sin ánimo de lucro”.

Aseguran que del material probatorio allegado se acreditó que el elegido ejerció autoridad civil y administrativa en el municipio de Valledupar, dentro de los doce meses anteriores a su elección como Diputado del departamento del Cesar, porque i) se desempeñó como miembro de la Junta Directiva de la Empresa de Servicios Públicos Domiciliarios de Valledupar “EMDUPAR S.A. E.S.P.”, y tuvo tal condición hasta el 4 de marzo de 2011, fecha en la cual se llevó a cabo el registro del miembro que lo reemplazo, y porque según lo establecido en el artículo 164 del Código de Comercio, conservó tal carácter para todos los efectos legales y; ii) ejerció como Director del Instituto Municipal de Deporte y de Recreación de Valledupar “INDUPAL”. Como director, dicen los accionantes, gestionó en interés propio y de terceros, para que la Fundación Instituto Vides Córdoba celebrara contratos con la entidad territorial con la cual se encontraba vinculado, en un cargo de nivel directivo.

Que las conductas desplegadas por el señor Celso Manuel encajan perfectamente en el ejercicio de autoridad civil y administrativa a la luz de los artículos 188, 189 y 190 de la Ley 136 de 1994.

Que el ejercicio de dicha autoridad civil y administrativa en el territorio del departamento del Cesar en su condición de miembro de la Junta Directiva de la Empresa de Servicios Públicos Domiciliarios de Valledupar “EMDUPAR S.A. E.S.P.” dentro de los 12 meses anteriores a su elección como Diputado del Departamento del Cesar, y además, haber gestionado en interés propio y de terceros la celebración de contratos entre la Fundación a la cual perteneció y “sigue perteneciendo hoy día su núcleo familiar para ser ejecutados en el municipio de Valledupar, automáticamente” lo inhabilitó “para ser electo y ocupar el cargo de Diputado”, como lo establecen los numerales 3° y 4° del Artículo 33 de la Ley 617 de 2000.

Transcriben el artículo 33 de la Ley 617 de 2000, para concluir que se dan los requisitos que exige la norma, pues de acuerdo con las pruebas documentales se afectó la transparencia del debate electoral en el Departamento de Cesar, pues el ejercicio de autoridad del elegido influyó en la intención de voto de los electores y generó una posición de ventaja frente a los demás aspirantes.

4. TRAMITE EN PRIMERA INSTANCIA

4.1 De la admisión

Las tres demandas presentadas fueron admitidas³. Además, se negó la solicitud de suspensión provisional de los efectos del acto acusado, planteada en cada una de ellas. Se ordenaron las notificaciones de rigor y la fijación en lista⁴.

Contra la decisión de negar la solicitud de suspensión provisional, únicamente, la demandante del proceso radicado bajo el N° 2012 - 0045 ejercitó recurso de apelación decidido por esta Sección mediante auto del 14 de junio de 2012, en el sentido de confirmar la decisión adoptada el 1° de febrero de 2012 por el Tribunal Administrativo del Cesar⁵.

Por auto del 29 de febrero de 2012 se admitió la corrección de la demanda en el expediente radicado bajo el N° 2012 - 0045⁶, en el expediente 2012 - 0030 mediante providencia del 17 de febrero de 2012⁷ y en el proceso 2012 - 0028 por auto del 8 de febrero de 2012⁸.

4.2 Contestación

El señor Celso Manuel Vides Córdoba por intermedio de apoderado judicial contestó las demandas y su correcciones⁹ por intermedio de apoderado. Manifestó que algunos hechos eran ciertos y que otros eran apreciaciones “descabelladas e inexactas”. Se opuso a todas y cada una de las pretensiones de la demanda.

Respecto de las censuras planteadas por los actores refirió:

³ En el expediente radicado bajo el N° 2012 - 0030 se admitió por auto del 19 de enero de 2012. (fl. 132), luego de haber sido remitida por competencia por el Juzgado Primero Administrativo del Circuito Judicial de Valledupar. En el expediente radicado bajo el N° 2012 - 0045 se admitió por auto del 1 de febrero de 2012. (fls. 92-95). En el proceso radicado bajo el N° 2012 - 0028 se admitió por auto del 18 de enero de 2012. (fls. 95-100), luego de asumir competencia en virtud a la remisión que hizo el Juzgado Quinto Administrativo del Circuito Judicial de Valledupar.

⁴ fls. 95 y s.s. (Exp. 2012 - 0045-00) fls. 139-142 (auto del 26 de enero de 2012. Expediente 2012-00030). fls. 95 -100 (Exp. 2012 - 0028-00)

⁵ fls. 180 - 187

⁶ Folios 167-170 (Exp. 2012 - 00045-00)

⁷ Folios 201-202 (Exp. 2012 - 00030-00)

⁸ Folios 557 - 559 C. 3 Expediente 2012 - 0028. En los demás expediente se hizo lo propio mediante memoriales que se encuentran en idéntico sentido al que ahora se relaciona.

⁹ Expediente 2012 - 0045-00 folios 148-164 y 176-188.

- *Que la causal de inhabilidad prevista en el numeral 3° del artículo 33 de la Ley 617 de 2000, es “improcedente” porque el demandado no ejerció ninguna actividad como empleado público antes de los doce (12) meses anteriores a su elección. Que el último cargo que ocupó fue el de DIRECTOR DEL INSTITUTO MUNICIPAL DE DEPORTE INDUPAL y su renuncia fue aceptada antes de comenzar el período inhabilitante.*
- *En cuanto a la inhabilidad contenida en el numeral 4° que tampoco intervino en un período de doce (12) meses anteriores a la elección en la gestión de negocios ante ninguna entidad del orden departamental ni municipal. Refiere que no fue nombrado como representante de ninguna entidad.*

4.3 Pruebas y alegatos

Luego de que en cada uno de los procesos se evacuaran las pruebas decretadas, por auto del 3 de mayo de 2012¹⁰ se dispuso la acumulación de procesos y se señaló hora y fecha para la diligencia de sorteo del magistrado que continuaría como ponente en el conocimiento de los mismos.

Efectuado el sorteo correspondiente, la ponente de los procesos acumulados, mediante providencia del 31 de mayo de 2012, corrió traslado a las partes para alegar de conclusión.

5. LA SENTENCIA APELADA

El Tribunal Administrativo del Cesar, mediante sentencia del 18 de julio de 2012, negó las pretensiones de la demanda. Como sustento de esta decisión, expuso las siguientes consideraciones:

- *Precisa que el demandado ocupó el cargo de Director de Indupal y por ende, la condición de **empleado público** hasta el 26 de octubre de 2010, fecha en la que le fue aceptada su renuncia.*
- *De tal manera concluye que, comoquiera que las elecciones se llevaron a cabo el 30 de octubre de 2011, no se configuró la inhabilidad pues el demandado se desvinculó antes de los doce meses que señala la ley para tener por acreditada la causal.*

¹⁰ fls. 730 - 732. Expediente N° 2012- 00028-00.

- *En lo que respecta a la participación del demandado como miembro de la Junta Directiva de EMDUPAR el a quo concluyó que pese a que el nombramiento de quien lo reemplazo se inscribió apenas el 4 de marzo de 2011, tal situación no enerva la elección porque de acuerdo con la primera reunión celebrada, esto es, después de su renuncia, el 16 de noviembre de 2010, éste no asistió, con lo cual se constata que el accionado ya no actuaba como miembro de dicha junta.*
- *Sin embargo, precisa que aún si se hubiera demostrado su participación doce meses antes de la elección en dicha junta lo cierto es que en los términos de los artículos 162 del Código de régimen Municipal, dicha participación no lo inhabilitaba pues esta condición no le otorgó la calidad de empleado público.*
- *Respecto de la segunda de las causales de inhabilidad en la que fundan la demanda los accionantes (numeral 4° del artículo 37), relativa a la gestión de negocios en interés propio y de terceros y a la celebración de contratos, el a quo señala que el contrato de prestación de servicios educativos suscrito entre el municipio y la fundación se firmó el 8 de septiembre de 2010, siendo representante legal Erika Juliana Guerrero Contreras.*
- *En lo que respecta a las denuncias de la señora Erika Juliana Guerrero Contreras relacionadas con el hecho de que “nunca ejerció de manera consiente **la presidencia y la representación legal de la fundación y que el señor VIDES CORDOBA fue el que realizó la gestión para la consecución del contrato**, también lo es que no existe ningún soporte probatorio que acredite su dicho y mucho menos que permita determinar que los dineros que recibió la fundación fueron de provecho del demandado o destinados para su campaña electoral.”; situación que además se desvirtúa con el informe de ingresos y gastos de la campaña que el demandado aportó.*
- *Que la participación como Co-fundador de la Fundación Instituto Vides Córdoba se limita hasta el momento de su renuncia, y que no existe prueba*

que acredite que influyó de manera directa para la ejecución de dicho contrato.

- Y que no puede generarse inhabilidad alguna que recaiga en la elección del Diputado por el hecho que familiares suyos hagan parte de dicha Fundación.

6. RECURSOS DE APELACION

Los demandantes mediante escritos idénticos¹¹ formularon recurso de apelación contra la sentencia a quo. Su reproche a los argumentos del Tribunal se sustentó en lo siguiente:

- **La calidad de socio de la Fundación Instituto Vides Córdoba y la gestión del contrato 426 de 2010**

Al respecto se oponen a lo decidido por el Tribunal porque estiman que se encuentra acreditado que para cuando el municipio de Valledupar - Secretaría de Educación realizó la invitación a FUNDAINVICOR para presentar la oferta de servicios profesionales (18 de agosto de 2010), el demandado ya se desempeñaba como Director de INDUPAL y miembro de la Junta Directiva de EMDUPAR S.A. E.S.P., situaciones que permitieron que en aprovechamiento de la dignidad y la gestión de “los cargos” ocupados, gestionara la contratación, la que a juicio de los actores, representó un beneficio ilícito para la Fundación.

Agregan que pese a que el demandado renunció a su calidad de Presidente y representante legal de la fundación, conservó la condición de integrante de la asamblea general, y por este hecho, en ejercicio de sus atribuciones puede incluso “nombrar a los miembros de la Junta Directiva y al revisor fiscal, así como aprobar o improbar y fenecer las cuentas de la Fundación y el presupuesto.

Insisten en que el demandado co-administró la fundación por cuanto quienes ejecutan los actos aprobados son sus familiares, hecho que a juicio de los recurrentes violenta además el régimen de contratación pública.

¹¹ Folios 590 a 596, 597 a 603 y 604 a 610 del Expediente N° 2012 - 0045. C. 8

Dicen que no se tuvo en consideración la declaración de ERIKA JULIANA GUERRERO CONTRERAS quien manifestó que fue el demandado el encargado no solo de gestionar el contrato y la suscripción del mismo, sino que además era quien “manejaba a su antojo dicha entidad sin ánimo de lucro”, y que para evitar la evidencia en tales actuaciones irregulares se “aprovechó del grado de subordinación en que se encontraba” para “obligarla a firmar documentos” que posteriormente la convirtieron en la representante legal de la Fundación Instituto Vides. Que esta prueba no fue debidamente valorada.

Que también se equivoca el Tribunal al considerar que los costos en que incurrió el demandado en su campaña electoral fueron cubiertos por él y que ello desvirtuaba la posibilidad de que éste se hubiera beneficiado de los recursos provenientes de la ejecución del contrato.

- **Frente a la calidad de miembro de la Junta Directiva de EMDUPAR S.A. E.S.P.**

Empiezan por transcribir los artículos 14.5¹² y 27.6¹³ de la Ley 142 de 1994 que definen a las empresas de servicios públicos oficiales y la forma de escoger a los miembros de la junta directiva.

Afirman que los particulares que resultan escogidos miembros de la junta directiva de las empresas de servicios públicos, le son delegadas entre otras la atribución del ejercicio del poder público y en consecuencia, ejercen funciones públicas cuando administran o disponen del erario público, circunstancia que le hace aplicable por analogía el Decreto 2400 de 1968.

Que aunque el demandado renunció al cargo de Director de INDUPAL no lo hizo frente a la condición de miembro de EMDUPAR S.A. E.S.P. y por tanto la conservó hasta la expedición del Decreto 130 del 4 de marzo de 2011, cuando se nombró a quien lo reemplazó.

¹² **14.5. EMPRESA DE SERVICIOS PÚBLICOS OFICIAL.** Es aquella en cuyo capital la Nación, las entidades territoriales, o las entidades descentralizadas de aquella o estas tienen el 100% de los aportes.

¹³ Artículo 27. **REGLAS ESPECIALES SOBRE LA PARTICIPACIÓN DE ENTIDADES PÚBLICAS.** La Nación, las entidades territoriales, y las entidades descentralizadas de cualquier nivel administrativo que participen a cualquier título en el capital de las empresas de servicios públicos, están sometidas a las siguientes reglas especiales:

27.6. Los miembros de las juntas directivas de las empresas oficiales de los servicios públicos domiciliarios serán escogidos por el Presidente, el gobernador o **el alcalde**, según se trate de empresas nacionales, departamentales o municipales de servicios públicos domiciliarios. **En el caso de las Juntas Directivas de las Empresas oficiales de los Servicios Públicos Domiciliarios del orden municipal, estos serán designados así: dos terceras partes serán designados libremente por el alcalde** y la otra tercera parte escogida entre los Vocales de Control registrados por los Comités de Desarrollo y Control Social de los Servicios Públicos domiciliarios.

Que de la pertenencia a dicha junta le surgen prohibiciones, conflicto de intereses, inhabilidades e incompatibilidades, y para tal efecto, cita el artículo 8¹⁴ de la Ley 80 de 1993, armonizado con la Ley 142 de 1994, artículo 44¹⁵.

En conclusión, señalan que ser el demandado miembro de la Junta Directiva de la empresa de servicios públicos EMDUPAR S.A. E.S.P., le permitió disponer de los recursos físicos y económicos para garantizar su elección y con esta posición logró influenciar no solo al personal directivo de la empresa, sino también que mantuviera sus relaciones con el gobierno municipal para sacar adelante sus aspiraciones como candidato a la Asamblea.

7. TRAMITE EN SEGUNDA INSTANCIA

¹⁴ ARTÍCULO 8°. DE LAS INHABILIDADES E INCOMPATIBILIDADES PARA CONTRATAR.

1°[...]

2° <Aparte tachado derogado por el artículo 32 de la Ley 1150 de 2007. Entra a regir a partir del 16 de enero de 2008, según lo ordena el artículo 33 de la misma Ley> Tampoco podrán participar en licitaciones o concursos ni celebrar contratos estatales con la entidad respectiva:

a) Quienes fueron miembros de la junta o consejo directivo o servidores públicos de la entidad contratante. Esta incompatibilidad sólo comprende a quienes desempeñaron funciones en los niveles directivo, asesor o ejecutivo y se extiende por el término de un (1) año, contado a partir de la fecha del retiro.

[...]

d) <Aparte subrayado **CONDICIONALMENTE** exequible> Las corporaciones, asociaciones, fundaciones y las sociedades anónimas que no tengan el carácter de abiertas, así como las sociedades de responsabilidad limitada y las demás sociedades de personas en las que el servidor público en los niveles directivo, asesor o ejecutivo, o el miembro de la junta o consejo directivo, o el cónyuge, compañero o compañera permanente o los parientes hasta el segundo grado de consanguinidad, afinidad o civil de cualquiera de ellos, tenga participación o desempeñe cargos de dirección o manejo.

e) Los miembros de las juntas o consejos directivos. Esta incompatibilidad sólo se predica respecto de la entidad a la cual prestan sus servicios y de las del sector administrativo al que la misma esté adscrita o vinculada.

[...]

¹⁵ Artículo 44. CONFLICTO DE INTERESES; INHABILIDADES E INCOMPATIBILIDADES. Para los efectos del funcionamiento de las empresas de servicios públicos y de las autoridades competentes en la materia, se establecen las siguientes inhabilidades e incompatibilidades:

44.1. Salvo excepción legal, no podrán participar en la administración de las comisiones de regulación y de la Superintendencia de Servicios Públicos, ni contribuir con su voto o en forma directa o indirecta a la adopción de sus decisiones, las empresas de servicios públicos, sus representantes legales, los miembros de sus juntas directivas, las personas naturales que posean acciones en ellas, y quienes posean más del 10% del capital de sociedades que tengan vinculación económica con empresas de servicios públicos.

44.2. No podrá prestar servicios a las comisiones de regulación ni a la Superintendencia de Servicios Públicos, ninguna persona que haya sido administrador o empleado de una empresa de servicios públicos antes de transcurrir un año de terminada su relación con la empresa ni los cónyuges o compañeros permanentes de tales personas, ni sus parientes dentro del tercer grado de consanguinidad, segundo de afinidad o primero civil. Esta misma inhabilidad se predica de los empleados de las comisiones o de la Superintendencia, sus cónyuges o parientes en los mismos grados, respecto de empleos en las empresas.

Sin embargo, las personas aludidas pueden ejercitar ante las comisiones de regulación y ante la Superintendencia su derecho a pedir informaciones, a hacer peticiones, y a formular observaciones o a transmitir informaciones respecto a las decisiones que allí se tomen, o a los proyectos de decisiones que se les consulten.

44.3. No puede adquirir partes del capital de las entidades oficiales que prestan los servicios a los que se refiere esta Ley y que se ofrezcan al sector privado, ni poseer por sí o por interpuesta persona más del 1% de las acciones de una empresa de servicios públicos, ni participar en su administración o ser empleados de ella, ningún funcionario de elección popular, ni los miembros o empleados de las comisiones de regulación, ni quienes presten sus servicios en la Superintendencia de Servicios Públicos, o en los Ministerios de Hacienda, Salud, Minas y Energía, Desarrollo y Comunicaciones, ni en el Departamento Nacional de Planeación, ni quienes tengan con ellos los vínculos conyugales, de unión o de parentesco arriba dichos. Si no cumplieren con las prohibiciones relacionadas con la participación en el capital en el momento de la elección, el nombramiento o la posesión, deberán desprenderse de su interés social dentro de los tres meses siguientes al día en el que entren a desempeñar sus cargos; y se autoriza a las empresas a adquirir tales intereses, si fuere necesario, con recursos comunes, por el valor que tuviere en libros.

Se exceptúa de lo dispuesto, la participación de alcaldes, gobernadores y ministros, cuando ello corresponda, en las Juntas Directivas de las empresas oficiales y mixtas.

44.4. Sin perjuicio de lo dispuesto en otras normas de esta Ley, en los contratos de las entidades estatales que presten servicios públicos se aplicarán las reglas sobre inhabilidades e incompatibilidades previstas en la ley <sic> 80 de 1993, en cuanto sean pertinentes.

El recurso de apelación se admitió por auto del 17 de septiembre de 2012, en el cual se dispuso la fijación en lista para que las partes alegaran. Igualmente, se ordenó notificar personalmente al Ministerio Público para que rindiera su concepto.

7.1 Alegatos de las partes

Dentro de la oportunidad procesal las partes no presentaron escritos de alegación.

8. CONCEPTO DEL MINISTERIO PUBLICO

El Procurador Séptimo Delegado ante el Consejo de Estado en su concepto pidió confirmar la sentencia apelada. Como fundamento de tal petición puntualizó:

- ***Nulidad por violación del artículo 33 numeral 3° - Haberse desempeñado como miembro de la Junta Directiva de la Empresa de Servicios Públicos Domiciliarios de Valledupar - Emdupar S.A. E.S.P, dentro de los doce (12) meses anteriores a la elección***

[...]

En el asunto sub-examen no llama a duda la elección del señor Celso Manuel Vides Córdoba como Diputado de la Asamblea del Departamento del Cesar para el período 2012 - 2015; en efecto, a folio 16 del cuaderno número 1 del radicado correspondiente a la demanda incoada por el ciudadano Eric Juliao Lemus, aparece el formulario E-26 ASA, en donde consta la declaración de elección de los diputados para la Asamblea por el período comprendido entre enero 01 de 2012 a diciembre 31 de 2015.

El segundo de los presupuestos impone demostrar que el elegido diputado como empleado público ejerció autoridad política, civil, administrativa o militar, en el respectivo departamento y dentro de los doce (12) meses anteriores a la elección.

Conforme a las pruebas allegadas al plenario se demuestra:

- ✓ *que el señor Vides Córdoba fue nombrado por el Alcalde del Municipio de Valledupar, mediante Resolución 589 del 10 de noviembre del 2009, para ocupar el cargo de Director Ejecutivo del Instituto Municipal de Deporte y Recreación de Valledupar -Indupal-.*
- ✓ *Está igualmente acreditado que de este cargo tomó posesión el 10 de noviembre de la misma anualidad.*
- ✓ *De la misma forma se encuentra debidamente demostrado que el señor Vides Córdoba, presentó renuncia irrevocable del cargo para el cual había sido designado y que se le aceptó por medio de la Resolución 2484 del 26 de octubre de 2010, con efectos a partir de esta fecha.*

Conforme al acervo probatorio reseñado, este segundo presupuesto, como bien lo señala el a-quo, no está acreditado en debida forma por cuanto que la condición de empleado público dejó de existir en el elegido desde el instante de la aceptación de la renuncia al cargo de Director del Instituto Municipal de Deportes y Recreación de

Valledupar -Indupal- la cual ocurrió con la expedición de la Resolución número 2484 del 26 de octubre de 2010, emitida por el Alcalde del Municipio de Valledupar y con efectos a partir de esa misma fecha.

Bastaría este hecho para desestimar el argumento de los demandantes, pues es requisito sine qua non demostrar que como empleado público se ejerció una cualquiera de las formas de autoridad que señala la norma dentro de los doce (12) meses anteriores a la fecha de la elección.

No obstante la conclusión anterior, **esta Delegada al igual que lo hiciera el a-quo, considerará la argumentación de los demandantes, quienes consideran que el elegido se encontraba incurso en la inhabilidad por el hecho de haber sido designado miembro de la Junta Directiva de la Empresa de Servicios Públicos de Valledupar S.A. E.S.P - Emdupar S.A. E.S.P.**

Conforme al criterio que exponen los apelantes, el señor Celso Manuel Vides Córdoba, como Director del Instituto Municipal de Deportes y Recreación de Valledupar -Indupal - fue designado miembro de la Junta Directiva de la Empresa de Servicios Públicos de Valledupar, pero afirman, que si bien éste renunció al cargo, no lo hizo en relación con su condición de miembro de la Junta Directiva de Emdupar S.A. E.S.P., y que por lo tanto, en esta condición permaneció hasta el momento en que se designó como reemplazo en esa junta a la doctora María Elvira Salcedo Carrillo, decisión que se inscribió en la Cámara de Comercio el 9 de marzo de 2011; hasta esta fecha, según el entendido de los demandantes, el señor Vides Córdoba estuvo vinculado a la junta directiva de la empresa y como las elecciones se llevaron a cabo el 30 de octubre de ese mismo año, se concluye en la existencia de la inhabilidad.

Corresponde al Alcalde la escogencia de los miembros de las juntas directivas de las empresas del orden municipal, designación que puede recaer en quien libremente designe el Alcalde, particulares o empleados públicos, como aconteció en el caso del señor Vides Córdoba, quien siendo Director de Indupal es designado miembro de la Junta Directiva de Emdupar; esta situación está acreditada pues en el plenario obra copia del Decreto 596 suscrito por el Alcalde del Municipio de Valledupar, por medio del cual designó al señor Vides Córdoba, Director Ejecutivo de Indupal, como miembro de la Junta Directiva de Emdupar S.A. E.S.P.

La terminación del vínculo laboral de los empleados públicos de cualquier orden, es reglada y por lo tanto debe ceñirse a las causales establecidas en la ley y una de ellas, es la renuncia debidamente aceptada, la cual genera como consecuencia inmediata la cesación definitiva en el ejercicio de las funciones lo cual comprende no solo las que son propias del cargo sino todas aquellas que se le hayan asignado al mismo por razón de la competencia residual atribuida a los nominadores o, las que fueron atribuidas en consideración de la persona, también se sucede una cesación en la condición de empleado público y le retorna al empleado la de particular.

Una vez despojado el señor Vides Córdoba de su condición de empleado público, como ya se anotó, **readquiere para sí la condición de particular y ésta le permitiría seguir siendo miembro de la Junta Directiva de la Empresa de Servicios Públicos de Valledupar, sin que por ello, se genere la inhabilidad que alegan los actores, pues esta designación cuando recae en particulares no le asigna a éstos la condición de empleados públicos, así ejerzan funciones públicas** (artículo 74 de la Ley 489 de 1998).

En conclusión, aun aceptando la tesis de los demandantes, la condición que se puede predicar del señor Vides Córdoba, una vez ha sido aceptada su

renuncia como empleado público del orden municipal es la de un particular que es miembro de la Junta Directiva de una empresa del orden municipal, hecho que no le inhabilita para ser elegido diputado de la asamblea departamental.

- **Segundo cargo:**
- **Nulidad por violación del artículo 33 numeral 4° - Haber intervenido en la celebración del contrato número 426 de 2010, suscrito por la Fundación Instituto Vides Córdoba y el municipio de Valledupar**

La inhabilidad que aducen los demandantes cuando se trata de contratos, comprende a todo aquél ciudadano desprovisto de la condición de empleado público, que realice una cualquiera de las siguientes actuaciones:

- *Intervenir 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.*
- *Dentro del año anterior a la elección*

El contrato al cual se refieren los demandantes es el celebrado entre el Municipio de Valledupar y la Fundación Instituto Vides Córdoba, el cual es identificado con el número 426, se suscribió el 8 de septiembre de 2010 y su ejecución se extendió hasta el 30 de noviembre de la misma anualidad, liquidándose el 27 de diciembre.

Según los demandantes, la suscripción del contrato **se logró por la intervención del elegido diputado en favor de la fundación, la cual está integrada por personas que pertenecen a su núcleo familiar; además sostienen que el a-quo erró en la consideración de los elementos de prueba, en particular de lo dicho por la señora Erika Juliana Guerrero Contreras, quien no obstante haber suscrito el contrato con el Municipio de Valledupar en calidad de representante legal de la fundación, manifestó que todo la gestión para lograr que el mismo se celebrara fue adelantada por el señor Vides Córdoba.**

Al proceso se allegó copia del contrato número 426, suscrito entre el Municipio de Valledupar y la Fundación Instituto Vides Córdoba el 8 de septiembre de 2010; en este contrato se pactó como término de duración tres (3) meses y ocho (8) días y tenía como objeto el siguiente: «Prestación del servicio público educativo a través de personas de reconocida trayectoria e idoneidad a los estudiantes beneficiados del proyecto “Ampliación de cobertura educativa para atención de población vulnerable en el Municipio de Valledupar” del año 2010»

La H. Sala en sentencia del año 1995, en relación con la celebración de contratos como causal de inelegibilidad, expresó lo siguiente:

«Es sabido que en la conformación y vigencia de los contratos como el que es objeto de examen, existen dos momentos claramente definidos en materia de inhabilidades de carácter electoral: a) el de la celebración del contrato y b) el de su ejecución, cumplimiento y desarrollo.

Por ello es razonable pensar que siendo dichas inhabilidades de derecho estricto, si la norma se refiere de manera expresa a la

actuación que señala el nacimiento del contrato como hecho impeditivo para la elección, el Juez no puede desconocer la voluntad del legislador, haciendo extensiva la aplicación de la norma a la etapa de su ejecución»¹⁶

Pues bien, conforme a la regla señalada en esta sentencia para efectos de la configuración de esta causal de inhabilidad se ha de tener en consideración el momento de la celebración del contrato, que en el caso en estudio se realizó el 8 de septiembre de 2010; los actos posteriores, como son los de perfeccionamiento, ejecución y cumplimiento, no pueden ser considerados pues no inciden en la configuración de la inhabilidad.

Así las cosas, si se tiene en cuenta que el contrato se suscribió el 8 de septiembre de 2010 y las elecciones se llevaron a cabo el 30 de octubre de 2010, del cotejo de estas fechas surge sin hesitación alguna que la inhabilidad no se configura por cuanto el elemento temporal que se halla consagrado en la norma, no se cumplió.

En efecto, **la celebración de contratos inhabilita cuando ésta se sucede dentro del año anterior a la elección y como cotejadas la fechas de celebración y de elección**, se colige que el contrato se celebró por fuera de este término se ha de concluir en la inexistencia de la inhabilidad alegada por los demandantes, que afirman que la misma se predica de actos de gestión del elegido diputado, es decir, que por lógica han de ser anteriores a este instante, realizado al igual mucho antes de entrar en rigor la prohibición que al tenor del numeral 4° le inhabilitaría para aspirar a ser elegido diputado.

Ahora bien, si el contrato de prestación de servicios se celebró por fuera del término que inhabilita, cualquier gestión que se hubiera realizado por el elegido diputado para lograr que el contrato se suscribiera con la Fundación Vides Córdoba, **es inane para efectos de la configuración de la inhabilidad, porque, siendo la gestión previa a la suscripción del contrato, fuerza concluir que tampoco se llevó a cabo dentro del año anterior a la elección, sino mucho antes**”.

II. CONSIDERACIONES DE LA SALA

1. Competencia

De conformidad con lo dispuesto en los artículos 129, 231 y 250 del Código Contencioso Administrativo¹⁷, esta Sala es competente para decidir los recursos de apelación propuestos contra la sentencia dictada en primera instancia por el Tribunal Administrativo del Cesar.

2. Del problema jurídico

Corresponde a la Sala determinar si la sentencia del Tribunal Administrativo del Cesar que negó las súplicas de las demandas acumuladas debe confirmarse o si por el contrario, procede su revocatoria, pues como lo alegan los apelantes el

¹⁶ Consejo de Estado - Sala de lo Contencioso Administrativo - Sección Quinta. Consejero ponente doctor Luis Eduardo Mejía Jaramillo. Sentencia de 17 de febrero de 1995. Expediente N° 1102 - 1111.

¹⁷ Normas vigentes para el momento de la presentación de la demanda.

señor Celso Vides Córdoba si se hallaba inhabilitado para ser elegido diputado. Que debe conferirse valor probatorio al testimonio de la señora Erika Juliana Guerrero Contreras, y considerarse como inhabilitantes las actuaciones que ejerció en desempeño de su cargo como director de INDUPAL y miembro de la Junta Directiva de EMDUPAR S.A. E.S.P., traducidas en los beneficios contractuales que le otorgó a la Fundación "FUNDAINSVICOR", por la gestión que desarrolló en su favor y porque continúa a cargo de la dirección de la Fundación en razón a que la representación de quien legalmente figura es una simple apariencia.

3. De las causales de inhabilidad alegadas

Los numerales 3° y 4° de la Ley 617 de 2000, prohíben a quienes aspiren a ser diputados:

ARTICULO 33. DE LAS INHABILIDADES DE LOS DIPUTADOS. No podrá ser inscrito como candidato ni elegido diputado:

3. **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 departamento, 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 departamento.**

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. 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 de salud en el régimen subsidiado en el respectivo departamento.**

La Sala comienza por precisar la noción de inhabilidad. Las inhabilidades han sido definidas por la jurisprudencia y la doctrina como "aquellas circunstancias creadas por la Constitución o la ley que impiden que una persona sea válidamente elegida o designada para un cargo público de elección popular. Tienen como objetivo primordial lograr la moralización, idoneidad, probidad, imparcialidad y eficacia de quienes van a ingresar a empleos públicos."¹⁸

¹⁸ Corte Constitucional, Sentencia C-558 de 1994.

Acerca de la teleología de las inhabilidades en un pronunciamiento de esta Sección¹⁹ se precisó:

“La finalidad que cumplen los regímenes de inhabilidades corresponde a la preservación de la integridad del proceso electoral, el equilibrio en la contienda política y la igualdad de oportunidades entre los competidores en una elección, los cuales por su trascendencia constituyen fines no solo legítimos, sino imperiosos.”²⁰

Ahora bien, como los accionantes alegan dos causales de inhabilidad independientes, es preciso que el análisis sobre si se estructuran o no, se estudie también de manera autónoma.

4.2. De la inhabilidad por haber sido empleado público y miembro de la Junta Directiva de la EMDUPAR S.A. E.S.P.- (numeral 3º del artículo 33 de la Ley 617 de 2000)

Estiman los demandantes que se estructura esta causal por la vinculación que el demandado tenía como Director del Instituto Municipal de Deporte y Recreación de Valledupar y miembro de la Junta Directiva de la Empresa de Servicios Públicos Domiciliarios de Valledupar EMDUPAR S.A. E.S.P.

Al respecto debe decirse que en el expediente obran como pruebas relevantes, las siguientes:

- Decreto 000589 del 11 de noviembre de 2009, dictado por el Alcalde de Valledupar “Por la cual se hace un nombramiento”. En este se nombra al señor Celso Manuel Vides en el cargo de Director Ejecutivo del Instituto Municipal de Deporte y recreación de Valledupar - ENDUPAL. (Folio 7 C. pbas)
- Resolución N° 005484 del **26 de octubre de 2010** por la cual el Alcalde de Valledupar aceptó la renuncia al cargo de Director del Instituto Municipal de Deporte y Recreación de Valledupar, presentada por el demandado²¹.

¹⁹ Consejo De Estado - Sala De Lo Contencioso Administrativo - Sección Quinta. Consejera ponente: SUSANA BUITRAGO VALENCIA. Sentencia del 13 de septiembre de 2007. Radicación N°: 11001-03-28-000-2006-00045-00(3979-3986) Actor: HUMPHREY ROA SARMIENTO Y OTRO. Demandado: REPRESENTANTES A LA CAMARA POR EL DEPARTAMENTO DE BOYACA.

²⁰ Corte Constitucional, Sentencia C-015 de 2004.

²¹ Radicada el 25 de octubre visible al folio 153 del expediente N° 2012 - 0028.

De acuerdo con lo anterior, es claro que las elecciones territoriales tuvieron lugar el **30 de octubre de 2011**, según calendario electoral y, el acto que se acusa es el del 1º de noviembre de 2011, por medio del cual se declaró la elección como diputado del señor Celso Manuel Vides Córdoba para el período 2012-01-01 /2015-12-31.²²

De las pruebas se concluye que el elegido renunció antes de los doce meses que faltaban para llevarse a cabo las elecciones. Este argumento le impide a la Sala continuar en el análisis de los demás elementos que configuran la inhabilidad, pues al no existir la vinculación legal y reglamentaria que el demandado tenía con la administración - en este caso la municipal -, para el **30 de octubre de 2010**, no es posible adelantar ningún otro examen sobre el particular porque la aceptación de la renuncia terminó dicha relación.

Ahora bien, como la inhabilidad se predica también de la pertenencia que el demandado tuvo con la empresa de servicios públicos EMDUPAR S.A. E.S.P., en calidad de miembro de la Junta Directiva es preciso que ésta se analice a efectos de establecer cuál era su vinculación y si se prolongó hasta el registro en la Cámara de Comercio de Valledupar de quien lo reemplazó el 4 de marzo de 2011.

Para tal estudio se tiene en cuenta las siguientes pruebas:

- Decreto 000596 del 12 de noviembre de 2009 “Por medio del cual se ordena la inscripción del nombre del Alcalde en el registro mercantil de la empresa de Servicios Públicos de Valledupar y se designan y ratifican unos integrantes de la Junta Directiva”. En específico el artículo 2º del referido acto dispuso: “**DESIGNASE COMO MIEMBROS DE LA JUNTA DIRECTIVA** (...) Celso Vides Córdoba, **DIRECTOR EJECUTIVO DE INDUPAL**, en reemplazo de (...)” (folio 8-9 C. pbas).
- Decreto 000100 del 4 de marzo de 2011 “Por medio del cual se designa un integrante de la Junta Directiva de la empresa de Servicios Públicos de Valledupar S.A. E.S.P.”, por este se designó como miembro de la Junta Directiva (...) en reemplazo de Celso Manuel Vides Córdoba a la dra. María Elvira Salcedo Carillo, **Director Ejecutivo del Instituto Municipal de Deporte y Recreación de Valledupar - INDUPAL** (...)” (folios 10 - 11 C. pbas)

Del contenido de estos documentos se desprende con claridad que la vinculación a la empresa de servicios públicos en cumplimiento de lo ordenado en el artículo 27 la Ley 142 de 1994²³, la orientó el alcalde de Valledupar bajo una directriz: que

²² Folio 300 Cuaderno 8. Exp. N° 2012 - 0045.

²³ “[...] 27.6. **Los miembros de las juntas directivas de las empresas oficiales de los servicios públicos domiciliarios serán escogidos** por el Presidente, el gobernador o **el alcalde**, según se trate de empresas nacionales, departamentales o municipales de servicios públicos domiciliarios. **En el caso de las Juntas Directivas de las**

uno de los miembros a representarlo en la junta directiva de EMDUPAR S.A. E.S.P., lo sería quien desempeñara el cargo de Director Ejecutivo de INDUPAL, cargo del nivel directivo de conformidad con la Resolución N° 0638 de 2010 (fls. 466-502 Cuaderno 8).

De esta manera fue la voluntad del alcalde que su representante en la junta directiva de la empresa de servicios público estuviera a cargo de un funcionario de su gabinete, luego debía tener tal calidad. Entonces, mientras la tuviera sería su representante o delegado.

Nótese que tanto en el Decreto que designó al demandado como miembro de la junta directiva de EMDUPAR S.A. E.S.P., como en aquel que dispuso su reemplazo, el ejercicio del cargo de Director Ejecutivo de INDUPAL fue determinante para la inscripción como miembro de la junta directiva de la empresa de servicios públicos.

Entonces, la desvinculación del demandado del cargo de Director de INDUPAL en virtud de la renuncia aceptada, conlleva ipso jure simultáneamente su retiro como representante del alcalde de Valledupar ante la Junta Directiva de EMDUPAR S.A. E.S.P. al no estar vinculado a la administración municipal no podía ejercer tampoco participar en la Junta Directiva.

A este punto resulta de relevancia precisar a los accionantes que el señor Celso Manuel Vides Córdoba no ejerció **dos empleos** como reiteradamente lo invocan, el solo tuvo una vinculación legal y reglamentaria como Director Ejecutivo de INDUPAL y en tal calidad apoyo al Alcalde por disposición de éste, como su delegado o representante en la junta directiva de EMDUPAR S.A. E.S.P., que no corresponde a otro empleo en los términos del artículo 128 Superior: **“Nadie podrá desempeñar simultáneamente más de un empleo público ni recibir más de una asignación que provenga del tesoro público,** o de empresas o de instituciones en las que tenga parte mayoritaria el Estado, salvo los casos expresamente determinados por la ley. **Entiéndese por tesoro público** el de la Nación, **el de las entidades territoriales** y el de las descentralizadas.”

El cargo de director de INDUPAL ocupado por el demandado en la administración municipal de Valledupar si era como “empleado público”, no así la pertenencia a la

Empresas oficiales de los Servicios Públicos Domiciliarios del orden municipal, estos serán designados así: DOS TERCERAS PARTES SERÁN DESIGNADOS LIBREMENTE POR EL ALCALDE y la otra tercera parte escogida entre los Vocales de Control registrados por los Comités de Desarrollo y Control Social de los Servicios Públicos domiciliarios.

junta directiva de EMDUPAR S.A. E.S.P., pues en este caso obedeció a un desarrollo propio de esta condición. Bien podía el alcalde municipal de conformidad con el artículo 27 de la Ley 142 de 1994 designar a un funcionario de su administración o a la persona que éste libremente considerara.

En este orden de ideas, para la Sala la pertenencia del demandado a la Junta Directiva de EMDUPAR S.A. E.S.P. estuvo vigente solo hasta el momento en que éste fungió como Director Ejecutivo de INDUPAL, esto es, hasta el **26 de octubre de 2010**, y en ningún caso, hacer parte de la junta comporta el desempeño de un empleo público.

Y aunque la designación posterior de su reemplazo en la Junta Directiva de la empresa de servicios públicos solo fue registrada el 4 de marzo de 2011 en la Cámara de Comercio, tal hecho no impone que su pertenencia como delegado o representante del alcalde a pesar de su renuncia, se entienda prorrogada hasta el nuevo registro, pues ocurrida su desvinculación como Director Ejecutivo de INDUPAL, se reitera, igual suerte corrió la integración a la aludida junta.

Valga resaltar que la renuncia que no surte efectos sino hasta que se produce su reemplazo, es aquella referida al **representante legal y al revisor fiscal de las sociedades**, dada la connotación de sus actividades y la afectación que pudieran surgir con respecto a los intereses de los terceros. En el examen de constitucionalidad de los artículos 164²⁴ y 442²⁵ del Código de Comercio la Corte Constitucional en la sentencia C-621/03 que declaró exequibles de manera condicionada, y precisó:

“[...] Por todo lo anterior la Corte concluye que las normas demandadas no pueden ser consideradas constitucionales, sino bajo el entendido de que LA RESPONSABILIDAD QUE ENDILGAN A LOS REPRESENTANTES LEGALES Y REVISORES FISCALES SALIENTES DE SUS CARGOS, MIENTRAS SE REGISTRA UN NUEVO NOMBRAMIENTO, NO PUEDE CARECER DE LIMITES TEMPORALES Y MATERIALES. Dichos límites temporales y materiales implican que: (i) Se reconozca que existe un derecho a que se cancele la inscripción del nombramiento del representante legal o del revisor fiscal en todas las oportunidades en

²⁴ ARTÍCULO 164. <CANCELACIÓN DE LA INSCRIPCIÓN-CASOS QUE NO REQUIEREN NUEVA INSCRIPCIÓN>. <Artículo CONDICIONALMENTE exequible> Las personas inscritas en la cámara de comercio del domicilio social como representantes de una sociedad, así como sus revisores fiscales, conservarán tal carácter para todos los efectos legales, mientras no se cancele dicha inscripción mediante el registro de un nuevo nombramiento o elección. La simple confirmación o reelección de las personas ya inscritas no requerirá nueva inscripción.

²⁵ ARTÍCULO 442. <CANCELACIÓN DE REGISTRO ANTERIOR DE REPRESENTANTE LEGAL CON NUEVO NOMBRAMIENTO>. <Artículo CONDICIONALMENTE exequible> Las personas cuyos nombres figuren inscritos en el correspondiente registro mercantil como gerentes principales y suplentes serán los representantes de la sociedad para todos los efectos legales, mientras no se cancele su inscripción mediante el registro de un nuevo nombramiento.

que por cualquier circunstancia cesan en el ejercicio de sus funciones. Este derecho acarrea la obligación correlativa de los **órganos sociales** competentes en cada caso, de **proveer el reemplazo y registrar el nuevo nombramiento.** (ii) Para el nombramiento del reemplazo y el registro del nuevo nombramiento se deben observar, en primer lugar, las previsiones contenidas en los estatutos sociales. (iii) Si los estatutos sociales no prevén expresamente un término dentro del cual debe proveerse el reemplazo del representante legal o del revisor fiscal saliente, los **órganos sociales** encargados de hacer el nombramiento **deberán producirlo dentro del plazo de treinta días, contados a partir del MOMENTO DE LA RENUNCIA,** remoción, incapacidad, muerte, finalización del término estipulado, o cualquier otra circunstancia que ponga fin al ejercicio del cargo. **Durante este lapso la persona que lo viene desempeñando continuará ejerciéndolo con la plenitud de las responsabilidades y derechos inherentes a él. [...]**”

Por otra parte, el legislador no previó la permanencia de los miembros de la junta directiva hasta la inscripción de su reemplazo en la Cámara de Comercio, luego mal se haría en concluir que la integración a la misma, se extiende más allá de su renuncia.

Bajo estos razonamientos, la inhabilidad que se predica del demandado frente a este causal, tal como lo concluyó el a quo, no prospera, motivo suficiente para confirmar la decisión pero por las razones adicionales que la presente providencia explica.

4.3. De la inhabilidad por haber intervenido en la celebración de contratos y en la gestión de negocios ante entidades públicas

Esta censura la plantean los demandantes con apoyo en el ejercicio desempeñado por el señor Celso Manuel Vides Córdoba en INDUPAL y como miembro de la Junta Directiva de EMDUPAR S.A. E.S.P., basada en los siguientes razonamientos:

- Que pese a que ya no tenía la condición de representante legal de la fundación Instituto Vides Córdoba, la misma continuó bajo su dirección y mando.
- Que la Fundación celebró contrato con el municipio de Valledupar.

- Que para el momento en que la Fundación presentó la oferta de servicios profesionales, el demandado se desempeñaba como empleado público, y en tal condición, gestionó tal contratación, generando un beneficio ilícito en favor de la Fundación.
- Que se desconoció el testimonio de la señora Erika Juliana Guerrero Contreras, representante legal de la Fundación que informó mediante su declaración, que el demandado la coadministraba.
- Que se equivocó el Tribunal al desconocer que los ingresos que utilizó el demandado no provenían de los recursos de la ejecución del contrato suscrito por la Fundación.

Para analizar si se estructura o no esta causal de inhabilidad es preciso traer a colación los elementos que configuran cada una de las eventualidades que contemplan la intervención en: i) la celebración de contratos y ii) la gestión de negocios.

Partiendo del planteamiento de las demandas sobre esta censura y de lo que se alega al respecto en la apelación, la Sala inicia el examen de la primera situación: **La celebración de contratos**. Los elementos para su configuración son: **i) que el demandado, dentro del año anterior a su elección, haya celebrado o intervenido en la celebración de contratos, ii) que éstos fueran celebrados con entidades públicas de cualquier nivel en interés propio o de terceros y, **iii) que se deban ejecutar o cumplir en el respectivo departamento.****

Para resolver lo que al respecto de esta censura corresponden son pruebas relevantes para su decisión las siguientes:

- Contrato de Prestación de Servicios Educativos N° 426 signado el **8 de septiembre de 2010**²⁶ celebrado entre el municipio de Valledupar y la fundación Instituto Vides Córdoba, representada legalmente por Erika Juliana Guerrero Contreras. Su objeto fue:

“PRESTACION DEL SERVICIO PUBLICO EDUCATIVO A TRAVES DE PERSONAS DE RECONOCIDA TRAYECTORIA E IDONEIDAD A LOS ESTUDIANTES BENEFICIADOS DEL PROYECTO DE “AMPLIACION DE COBERTURA EDUCATIVA PARA ATENCION DE

²⁶ Folios 67 y s.s. Cuaderno de Pruebas.

POBLACION VULNERABLE EN EL MUNICIPIO DE VALLEDUPAR,
DEL AÑO 2010”.

- Acta N° 0028 del **3 de agosto de 2010**²⁷ por medio de la cual el Secretario de Gobierno del departamento del Cesar, dispuso en el artículo primero, reconocer en calidad de **presidente de la Fundación Instituto Vides Córdoba** a la señora Erika Juliana Guerrero Contreras.

Las anteriores pruebas son suficientes para concluir que la celebración del contrato de prestación de servicios públicos educativos N° 426 del 8 de septiembre de 2010²⁸ no genera inhabilidad respecto de la elección del demandado, por dos circunstancias que la desvirtúan, a saber:

- La primera relativa a que el contrato se suscribió el **8 de septiembre de 2010**, es decir, mucho antes de los doce meses previos a la realización de las elecciones del **30 de octubre de 2011**, comicios en los que resultó electo el demandado y;
- La segunda, que el demandado **no participó** en la firma del contrato, pues quien actuó como representante legal de la Fundación fue la señora Erika Juliana Guerrero Contreras.

En esa medida la alegación por este motivo no tiene vocación de prosperidad, como lo solicitan los demandados.

Pese a la anterior conclusión debe la Sala examinar si le asiste a la Sala competencia para darle valor al testimonio de la señora Erika Juliana Guerrero Contreras, prueba en la que reitera la denuncia penal que presentó contra el elegido y en la que manifestó que no fungía como representante legal de la Fundación Celso Vides y que el denunciado, incurrió en la presunta comisión del delito de “constreñimiento para delinquir agravado y celebración indebida de contratos por violación del régimen legal o constitucional de inhabilidades e incompatibilidades”²⁹, pues la indujo a firmar documentos respecto de los cuales nunca conoció su contenido, entre ellos el de la representación legal de la

²⁷ Folios 394 cuaderno 8 ppal.

²⁸ El contrato se suscribió según el acta de liquidación el 8 de septiembre de 2010. (folio 68-69 Cuaderno 7.)

²⁹ Folios 140 y s.s. del cuaderno 7 Ppal.

Fundación, la firma del contrato suscrito con el municipio y los pagos objeto del mismo.

En relación con estas imputaciones delictivas la Sala carece de competencia para conocerlas y decidir las pues le corresponden a la jurisdicción penal.

De otro lado, a la luz de las disposiciones de orden electoral previstas en la Ley 617 de 2000, las alegaciones de los apelantes respecto del valor probatorio del testimonio de la señora Guerrero Contreras, carecen de virtualidad para estructurar la inhabilidad. El límite temporal de la prohibición que aquí se estudia impide que aun demostrándose que la representación legal de la señora Erika Guerrero fue apenas “aparente”, ello pudiere modificar el sentido de la decisión a quo pues la firma del contrato se produjo antes de los doce meses de la elección que se acusa.

Las implicaciones legales que en el campo penal o disciplinario pudieran afectar las actuaciones del demandado, son del resorte de esas esferas punitivas y será en las actuaciones de ese orden, donde se corrobore si las afirmaciones de la señora Guerrero Contreras son ciertas y si merecen sanción penal del demandado o algún tipo de sanción disciplinaria, de llegar a comprobarse que se actuó en contravía de las prohibiciones a las que se encuentra sometido todo servidor público.

Ahora, el hecho de que parientes del demandado actualmente estén a cargo de la fundación que otrora representó, no acredita la ocurrencia de la inhabilidad que se analiza, pues ésta se predica directa y personalísimamente respecto del elegido y no por extensión de ningún parentesco.

*Finalmente en lo que respecta a la gestión del demandado para la suscripción del contrato a que se hizo referencia atrás, baste señalar que para su acreditación deben demostrarse los siguientes elementos: **i)** la elección del Diputado demandado, **ii)** la **intervención en diligencias** tendientes a conseguir un negocio de que pueda derivarse lucro u otro beneficio cualquiera, **iii)** que las diligencias se realizaran **dentro del año anterior a la elección**, y **iv)** la naturaleza pública y, en este caso, de orden departamental de las entidades ante quienes se realizaron dichas diligencias.*

Como ha quedado claro de lo expuesto, la intervención del demandado en la gestión de negocios, los accionantes hacen consistir en las actuaciones positivas que dicen ejerció en calidad de Director ejecutivo de INDUPAL, a efectos de que el municipio le otorgara a la Fundación Celso Vides Córdoba el contrato de prestación de servicios públicos educativos N° 426 del 8 de septiembre de 2010.

Frente a este particular ha de señalarse que al igual que en la celebración de negocios la actividad que se endilgó como constitutiva de inhabilidad, se encuentra por fuera del período previsto por el legislador como inhabilitante, pues se predica que la gestión la ejerció como Director Ejecutivo de INDUPAL y, como se precisó atrás, ésta estuvo vigente hasta el **26 de octubre de 2010**.

Para esta Sección, las anteriores consideraciones son motivo suficiente para despachar negativamente el estudio de esta causal de inhabilidad y con ello confirmar la decisión del a quo, de no acceder a las pretensiones de la demanda.

Por 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 18 de julio de 2012 proferida por el Tribunal Administrativo del Cesar, por lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO.- En firme esta decisión, vuelva el expediente al Tribunal de origen.

COPIESE, NOTIFIQUESE Y CUMPLASE

SUSANA BUITRAGO VALENCIA
Presidente

MAURICIO TORRES CUERVO

ALBERTO YEPES BARREIRO