

INHABILIDAD DE CONCEJAL – Intervención – Contrato estatal - Póliza de seriedad – Suscripción

Con fundamento en la decisión de primera instancia y el escrito de apelación, se trata de definir si, tal como lo consideró el Tribunal Administrativo del Magdalena, el señor Leonar Alfonso García Zúñiga al firmar la póliza como tomador de la garantía de seriedad de la oferta, que presentó ante el SENA la Cooperativa COOTRANSMAG para participar en la adjudicación del contrato estatal de prestación de servicios No. 0520 de 6 de abril de 2011, estaba inhabilitado para ser elegido Concejal de Santa Marta, porque con tal actuación intervino en la celebración del contrato estatal a ejecutarse en el mismo municipio, o si por el contrario, como lo sostiene el Concejal apelante, él no desconoció la prohibición porque no suscribió directamente el contrato, y la actuación que tuvo en la etapa precontractual no puede ser entendida como una participación «personal y activa en la ejecución de conductas o comportamientos dirigidos indefectiblemente a la celebración del contrato», porque además la constitución de tal póliza para garantizar la seriedad de la oferta debe considerarse como no válida pues era «incompetente» para adquirirla en representación de la entidad sin ánimo de lucro. La suscripción por parte del demandado de la mencionada póliza además de implicar el despliegue de una conducta personal y activa de su parte a partir de que la Administración manifestó la intención de contratar, constituyó un elemento previo necesario y determinante para que se pudiera consolidar la celebración del contrato estatal que COOTRANSMAG suscribió con el SENA. Como se advirtió en precedencia, es irrelevante que el señor Leonar Alfonso García Zúñiga actuara en la etapa precontractual de presentación de la oferta ante el SENA en representación de la Cooperativa y no a título personal, pues también se incurre en la inhabilitación deprecada al actuar en interés de terceros. Además, teniendo en cuenta que la finalidad de esta inhabilitación es la de asegurar el equilibrio entre los candidatos durante la época de campaña evitando que por cuenta de la cercanía a los elementos de poder y por la posibilidad que se tuvo por algunos de asignar o de ejecutar recursos públicos, se obtengan ventajas que desarmonicen en beneficio de otros, el contexto igualitario que debe caracterizar el escenario de campaña para todos los aspirantes. Por ello, no solo es sujeto pasivo de la prohibición quien celebra el contrato estatal, sino que también se extiende a aquél que participe en diligencias precontractuales interesándose en lograr su consolidación. Si bien el contrato estatal se perfecciona cuando el representante legal de la entidad pública contratante y el contratista se ponen de acuerdo en el objeto y en la contraprestación y este se eleva a escrito, [primer inciso del artículo 41 de la Ley 80 de 1993], llegar a ello implica una fase previa de búsqueda de su realización. En este caso el contrato se celebró, con la participación personal y activa en la etapa precontractual del señor Leonar García Zúñiga y se ejecutó en el término y lugar establecido en la veda, siendo determinante su actuación para la suscripción del mismo. Tampoco es de recibo lo argumentado por el apoderado, que por ser una entidad sin ánimo de lucro no se podía obtener beneficio personal, pues la inhabilitación busca evitar que los candidatos obtengan ventajas adicionales con la ejecución de recursos públicos, y siendo el representante legal de la Cooperativa que ejecutó el contrato, cuya vigencia era de 8 meses a partir de la legalización, esto es en plena etapa pre-electoral y electoral, es claro que se ponía en una posición ventajosa, que desequilibraba la contienda. Por lo anterior, la Sala confirmará la sentencia de primera instancia, en cuanto el señor Leonar Alfonso García Zúñiga, dentro del año anterior a su elección como Concejal del Distrito de Santa Marta intervino en la celebración de un contrato con una entidad pública del orden nacional.

CONTRATACION ESTATAL – Intervención – Definición

«...la intervención en la contratación estatal, [...] tiene lugar a través de gestiones o actuaciones que impliquen una participación personal y activa, directa o indirecta, en los actos encaminados a su perfeccionamiento, en interés propio o de terceros, y que ello haya tenido ocurrencia dentro de los doce [12] meses a su elección, sin importar el momento de su ejecución». [Resalta la Sala]

«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». [Subraya de la Sala].

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCION QUINTA

Consejera ponente: LUCY JEANNETTE BERMUDEZ BERMUDEZ

Bogotá D.C., dieciocho (18) de julio de dos mil trece (2013)

Radicación número: 47001-23-31-000-2012-00010-01

Actor: CARMEN PATRICIA CAICEDO OMAR

Demandado: CONCEJAL DEL MUNICIPIO DE SANTA MARTA

Procede la Sala a decidir el recurso de apelación que presentó el señor Leonar Alfonso García Zúñiga por intermedio de apoderado judicial, contra la sentencia del 25 de julio de 2012, proferida por el Tribunal Administrativo del Magdalena, que declaró la nulidad de su elección como Concejal del Distrito Turístico Cultural e Histórico de Santa Marta para el período 2012-2015.

I. ANTECEDENTES

1.- LA DEMANDA.-

1.1.- PRETENSION.-

La señora Carmen Patricia Caicedo Omar en nombre propio y en ejercicio de la acción de nulidad electoral solicitó que se declare:

“Que es nulo el acto declaratorio de elección del Concejo Distrital de Santa - Marta, contenido en el **formulario E-26 CO General**, de fecha 22 de noviembre de 2011, firmada por los miembros de la Comisión Escrutadora Departamental del Magdalena, donde se declara elegido a **LEONAR ALFONSO GARCIA ZUÑIGA**. (...) Por estar inhabilitado de conformidad con lo establecido en la ley 617 de 2000 en su artículo 40 Numeral 3.
(...)”.

1.2.- FUNDAMENTO FACTICO.-

La demandante sustentó su pretensión en los siguientes **hechos**, que la Sala sintetiza así:

1. El 30 de octubre de 2011 se celebraron las elecciones para elegir Corporaciones Públicas y cargos de elección popular de autoridades locales como

Gobernadores, Diputados, Alcaldes y Concejales, para el periodo Constitucional 2012-2015.

2. El Señor Leonar Alfonso García Zúñiga se inscribió como candidato al Concejo Municipal del Distrito de Santa Marta por el Partido Verde, y fue declarado electo por los miembros de la Comisión Escrutadora Departamental según el formulario E-26 CO general de 22 de noviembre de 2011.

3. El demandado es el gerente y representante legal de la Cooperativa de Transportes del Magdalena Ltda. (COOTRANSMAG), entidad sin ánimo de lucro.

4. En su condición de gerente de COOTRANSMAG, el accionado en compañía de otras empresas de transporte público, suscribió con la Unidad de Tránsito y Transporte del Distrito de Santa Marta, el 25 de febrero de 2011, *“Acuerdo compromisorio para la solución de diferencias a través del mecanismo de amigable composición”* el cual permitió la reposición de 135 vehículos de transporte público para ese Distrito.

Los *“resultados y beneficios”* por la *“intervención”* del señor García Zúñiga en tal gestión fueron plasmados en los Decretos Distritales Nos. 067 de 11 de marzo y 291 de 9 de septiembre de 2011, referentes a la reposición de vehículos en la ciudad de Santa Marta y a la ampliación del periodo de implementación de condiciones, respectivamente.

5. El 6 de abril de 2011 COOTRANSMAG celebró el contrato de prestación de servicios No. 0520 con el Servicio Nacional de Aprendizaje (SENA), para el transporte de aprendices del Centro Acuícola y Agroindustrial de Gaira del SENA - Regional Magdalena.

Dicho contrato fue suscrito por el subgerente de la Cooperativa para *“...proteger al verdadero celebrante...”*, es decir al demandado, sin embargo, el señor García Zúñiga firmó la póliza No. 300031053 expedida por la empresa de Seguros Cóndor S.A. el 25 de marzo 2011 que acompañó la propuesta que la entidad sin ánimo de lucro presentó al SENA y con la que se garantizaría la seriedad de la oferta.

1.3.- NORMAS VIOLADAS Y CONCEPTO DE VIOLACION.-

Alegó como transgredido el numeral 3° del artículo 40 de la Ley 617 de 2000, modificatorio del artículo 43 de la ley 136 de 1994 que dice:

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

(...)

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

Cargos y concepto de la violación:

Inhabilidad por intervención en gestión de negocios ante entidades públicas del orden distrital, dentro del año anterior a la elección.

La demandante afirmó que el señor Leonar Alfonso García Zúñiga no podía ser elegido Concejal de Santa Marta porque estaba incurso en la inhabilidad señalada pues se desempeñó como gerente y representante legal de la Cooperativa de Transportes del Magdalena durante el año anterior a la elección, y como tal intervino en gestión de negocios ante la Unidad de Tránsito y Transporte del Distrito de Santa Marta “...para el ingreso de ciento treinta y cinco (135) vehículos al parque automotor de la ciudad...”.

Inhabilidad por intervención en la celebración de contratos con entidades públicas de cualquier nivel en interés propio o de terceros, siempre que los contratos deban ejecutarse o cumplirse en el respectivo municipio o distrito, dentro del año anterior a la elección.

Así mismo, sostuvo la actora que si bien es cierto el contrato de prestación de servicios celebrado entre la Cooperativa de Transportes del Magdalena y el Servicio Nacional de Aprendizaje fue suscrito por el señor Víctor Lorenzo Bermúdez Páez en su condición de subgerente de la entidad sin ánimo de lucro, lo cierto es que quien estuvo al frente de las gestiones conducentes a su firma fue el

demandado, pues la póliza que acompañó la oferta y que garantizó su seriedad fue tomada y signada por él.

2.- CONTESTACION DE LA DEMANDA.-

El señor Leonar Alfonso García Zúñiga contestó la demanda a través de apoderado judicial quien se opuso a la prosperidad de las pretensiones con los siguientes argumentos que la Sala sintetiza así:

Indicó que la intervención del accionado ante la Unidad de Tránsito y Transporte del Distrito de Santa Marta se limitó a “...*levantar un acta de acuerdo entre las diferentes empresas de transporte público colectivo, con ocasión de un fallo de tutela (...), que ordenó [i)] suspender la aplicación y los efectos del parágrafo del artículo 7 del Decreto 471 de 2009, emitido por la Alcaldía de Santa Marta...*”, relacionado con la reposición de vehículos de transporte público; y, ii) convocar a todo el gremio transportador de la ciudad para “...*concertar un organigrama de trabajo (...) en procura de formular propuestas que permitan [su] integración (...) al nuevo sistema estratégico de transporte...*”.

Las empresas de transporte intervinientes en dicha reunión acordaron, sin presencia de autoridad pública alguna, establecer de qué manera se iban a ingresar los 135 vehículos al parque automotor de la ciudad de Santa Marta, conforme lo establecía la normativa de la Alcaldía.

Explicó que el contrato de transporte que COOTRANSMAG celebró con el SENA fue suscrito por el subgerente de la Cooperativa, señor Víctor Lorenzo Bermúdez Páez, quien representó a la entidad sin ánimo de lucro tanto en la etapa precontractual como en la contractual, pues incluso fue él y no el demandado, quien suscribió la póliza “*de seguro de cumplimiento a favor de entidades estatales...*” (fl. 225 a 237).

3.-TRAMITE EN PRIMERA INSTANCIA.-

La demanda fue presentada ante el Tribunal Administrativo del Magdalena. Con auto de 13 de enero de 2012 la inadmitió y una vez fue subsanada, la admitió el 25 de enero de la misma anualidad.

4.- LA SENTENCIA APELADA.-

Con sentencia de 25 de julio de 2012, el Tribunal Administrativo del Magdalena declaró la nulidad de la elección del señor Leonar García Zúñiga como Concejal de Santa Marta.

1. Frente al cargo relacionado con la **intervención en gestión de negocios** indicó el Tribunal que no se configuró, pues se pudo demostrar que el señor Leonar Alfonso García Zúñiga en su calidad de gerente de COOTRANSMAG, junto a otros representantes de empresas de transporte, el día 25 de febrero de 2011 participaron en una mesa de trabajo con la Asociación de Propietarios de Vehículos, con el fin de que las empresas transportadoras les garantizaran a éstos derechos económicos “...*mínimos relacionados con los ingresos de operación diaria de cada vehículo [pues] (...) podían verse afectados en el proceso de reposición ordenado por el Distrito de Santa Marta...*”. A esta reunión celebrada entre particulares, no asistió ninguna autoridad pública.

También se encontró acreditado que ese mismo día se suscribió un acuerdo producto de una mesa de amigable composición iniciada el 27 de enero de 2011, entre el Director de la Unidad de Tránsito y Transporte del Distrito de Santa Marta y el subgerente de COOTRANSMAG, quien actuó representando los intereses generales del gremio transportador frente al proceso de implementación del Sistema Estratégico de Transporte Público en la ciudad de Santa Marta (SETP). No participó en tal reunión el accionado.

Indicó además el Tribunal que cualquier otra actuación del demandado, como los escritos de fecha 28 de junio y 23 de agosto de 2011 dirigidos por parte del gremio transportador a la administración de Santa Marta y suscritos por él, no podrían enmarcarse dentro de la noción de “*gestión de negocios*”, pues su propósito era informar sobre el plan de reposición de vehículos, en virtud de la “*obligación legal*” que les asiste a las empresas transportadoras (fl. 277 a 286).

2. Con relación a la **intervención en la celebración de contratos** sostuvo el Tribunal que el demandado estaba inhabilitado para ser elegido como Concejal de Santa Marta por participar en la etapa precontractual del contrato de prestación de servicios No. 0520 de 6 de abril de 2011.

Indicó que se probó en el proceso, *“...con el simple cotejo de su firma en los múltiples documentos que aparecen...”*, que dentro del año anterior a las elecciones territoriales el señor García Zúñiga suscribió la póliza de seguro No. 300031053, expedida el 25 de marzo de 2011 por la Compañía CONDOR S.A., con la que la Cooperativa de la cual era representante legal, garantizó la seriedad de la oferta que presentó en la convocatoria pública del SENA para celebrar el contrato de prestación de servicios cuyo objeto era transportar a los aprendices del Centro Acuícola y Agroindustrial de Gaira del SENA - Regional Magdalena.

Dicho contrato se celebró entre el SENA y la Cooperativa de Transportes del Magdalena el 6 de abril de 2011 y su objeto, *“para todos los efectos”*, se ejecutaría en la ciudad de Santa Marta.

Aclaró el Tribunal que si bien el accionado negó en la contestación de la demanda que hubiera suscrito la póliza de seguro, lo cierto es que hizo referencia a la póliza No. 300031263 *“...de garantía de cumplimiento del contrato...”* y no a la de garantía de seriedad de la propuesta No. 300031053, que fue la aportada por la Cooperativa ante el SENA en la etapa precontractual.

5.- RECURSO DE APELACION.-

El apoderado judicial del demandado solicitó revocar la sentencia de primera instancia.

Adujo que el señor García Zúñiga no intervino personal y activamente en la celebración del contrato que suscribió COOTRANSMAG con el SENA, pues *“...para el momento en que (...) suscribió la póliza de garantía de seriedad de la oferta con el objeto de participar en la convocatoria pública (...), para contratar el servicio de transporte de los aprendices del centro agrícola y agroindustrial de Gaira del SENA (...); éste no ejercía la representación legal de la Cooperativa (...), toda vez que mediante acta No. 144 de Marzo 2 de 2010, (prueba dejada de valorar por el Tribunal y que fue debidamente aportada al plenario) se le quitó la facultad de celebrar o realizar contratos con entidades públicas...”*, por ende, al firmar la mencionada póliza *“...no estaba incurso en causal de inhabilidad (...) toda vez que si bien constituyó la cuestionada póliza de garantía de seriedad de la oferta, éste era incompetente para suscribir la misma...”*.

Señaló que, sumado a lo anterior, la inhabilidad por intervención en la celebración de contratos que el Tribunal aplicó, “...se contrae única y exclusivamente a la celebración o suscripción del mismo (sic)...”, y en el presente caso fue el subgerente de COOTRANSMAG quien lo hizo, es decir, persona diferente al demandado.

Afirmó, además, que la simple suscripción de la póliza de seriedad de la oferta no constituía un “...elemento potencialmente incidente...” para la celebración del contrato pues no garantizaba su suscripción y, por otro lado, con dicha actuación el demandado no buscaba beneficiarse o lucrarse (fl. 290 a 297).

6.- ALEGATOS DE CONCLUSION.-

La demandante:

La demandante insistió en los argumentos expresados en la demanda relacionados con que: (i) a pesar de que el contrato de prestación de servicios celebrado entre COOTRANSMAG y el SENA fue suscrito por el subgerente de la Cooperativa, con dicha circunstancia solo se buscó proteger al verdadero celebrante, esto es, al demandado; (ii) la autorización conferida al subgerente para celebrar contratos estatales no podía producir efectos jurídicos por ausencia del cumplimiento de los requisitos de publicidad; y, (iii) la “figura” utilizada por el accionado consistente en no despojarse de su calidad de representante de COOTRANSMAG, tenía por objeto beneficiarlo de la imagen institucional de esa Cooperativa y seguir difundiendo su campaña en plena época electoral (fl. 307 a 315).

El demandado:

Intervino por intermedio de su apoderado con escrito en el que reiteró los argumentos del escrito de apelación (fl. 318 a 324).

7.- CONCEPTO DE MINISTERIO PUBLICO.-

El Procurador Séptimo Delegado ante el Consejo de Estado solicitó que se revocara la sentencia de primera instancia, pues la decisión del Tribunal consistente en declarar la nulidad de la elección del señor Leonar Alfonso García

Zúñiga se basó en el “*simple cotejo*” entre las firmas que aparecían en varios documentos en el expediente y en la póliza de garantía de seriedad de la oferta que acompañó la propuesta de COOTRANSMAG, y no en alguna prueba técnica que estableciera que la firma obrante en ese documento sí pertenece al accionado.

De igual manera advirtió que si en gracia de discusión se aceptara la valoración del Tribunal tampoco habría lugar a declarar la nulidad de la elección pues de acuerdo con la jurisprudencia de la Sección Quinta del Consejo de Estado, la suscripción de las pólizas de garantía de seriedad de la oferta en un proceso abreviado, donde solo hubo un proponente que fue la Cooperativa de Transportes del Magdalena, no constituye una “*participación activa en el proceso de celebración del contrato*” que configure la inhabilidad alegada (fl. 326 a 334).

II.- CONSIDERACIONES DE LA SALA.-

1.- COMPETENCIA.-

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

2.- EL ACTO ACUSADO.-

Es el Acta de Escrutinio (E-26 CO) de 22 de noviembre de 2011, por medio del cual la Comisión Escrutadora Departamental del Magdalena declaró la elección de los Concejales del Distrito Turístico, Cultural e Histórico de Santa Marta para el período 2012-2015, entre estos, la del señor **LEONAR ALFONSO GARCIA ZUÑIGA**, por el Movimiento Político PARTIDO VERDE.

3.- EL PROBLEMA JURIDICO.-

Con fundamento en la decisión de primera instancia y el escrito de apelación, se trata de definir si, tal como lo consideró el Tribunal Administrativo del Magdalena, el señor Leonar Alfonso García Zúñiga al firmar la póliza como tomador de la

garantía de seriedad de la oferta, que presentó ante el SENA la Cooperativa COOTRANSMAG para participar en la adjudicación del contrato estatal de prestación de servicios No. 0520 de 6 de abril de 2011, estaba inhabilitado para ser elegido Concejal de Santa Marta, porque con tal actuación intervino en la celebración del contrato estatal a ejecutarse en el mismo municipio, o si por el contrario, como lo sostiene el Concejal apelante, él no desconoció la prohibición porque no suscribió directamente el contrato, y la actuación que tuvo en la etapa precontractual no puede ser entendida como una participación *“personal y activa en la ejecución de conductas o comportamientos dirigidos indefectiblemente a la celebración del contrato”*, porque además la constitución de tal póliza para garantizar la seriedad de la oferta debe considerarse como no válida pues era *“incompetente”* para adquirirla en representación de la entidad sin ánimo de lucro.

4.- DE LA INHABILIDAD ATRIBUIDA AL DEMANDADO.-

El numeral 3° del artículo 40 de la Ley 617 de 2000 dispone:

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

(...)” (negrillas de la Sala).

La norma indica que la inhabilidad se configura siempre que dentro del año anterior a la elección se presente una de estas tres modalidades de actuación por parte del candidato:

- 1) Intervenir en la gestión de negocios ante entidades públicas del nivel municipal o distrital.
- 2) Intervenir en la celebración de contratos con entidades públicas de cualquier nivel, que deban cumplirse en el mismo municipio o distrito, en interés propio o de terceros.

- 3) Ser representante legal de entidades que administren tributos, tasas o contribuciones, o de entidades que presten servicios públicos domiciliarios o de seguridad social en el régimen subsidiado en el respectivo municipio o distrito.

La Sala limitará su estudio al cargo relacionado con la **intervención en la celebración de contratos** por parte del demandado que es la causal que el Tribunal halló estructurada y, por ende, el motivo de la impugnación.

Para que se acredite la causal inhabilitante en la modalidad de intervención en la celebración de contratos ha dicho la Sala que se requiere:

“(i) Participación del demandado en actuaciones que indiquen su vinculación personal y activa en actos dirigidos a celebrar contrato con entidad pública de cualquier nivel, en interés propio o de terceros; (ii) Que el contrato se haya celebrado dentro del año anterior a la elección; (iii) Que el objeto del contrato deba ejecutarse o cumplirse en el correspondiente Municipio o Distrito¹”.

En el asunto bajo estudio, se tiene que si la elección del señor Leonar Alfonso García Zúñiga como Concejal del Distrito Turístico, Cultural e Histórico de Santa Marta se produjo el 30 de octubre de 2011, el período inhabilitante que establece la norma estaba comprendido **entre el 30 de octubre de 2010 y el 30 de octubre de 2011**.

Ahora bien, el contrato en cuya intervención se sustenta la inhabilidad del demandado como representante legal de COOTRANSMAG con el SENA, entidad del orden nacional², es el No. 0520 celebrado el 6 de abril de 2011 visible en copia auténtica del folio 169 al 171 del expediente.

En cuanto a su objeto y ejecución el contrato dice:

“(...)

¹ Sentencia del 18 de febrero de 2010, proceso número: 50001-23-31-000-2007-01129-01. Consejero Ponente: Filemón Jiménez Ochoa. Demandantes: Román Felipe Acosta Guzmán y otros. Demandado: Concejales de Villavicencio - Meta.

² Ley 119 de 1994 “*Por la cual se reestructura el Servicio Nacional de Aprendizaje, SENA, se deroga el Decreto 2149 de 1992 y se dictan otras disposiciones*”, artículo 1º: “*NATURALEZA. El Servicio Nacional de Aprendizaje, SENA, es un establecimiento público del orden nacional con personería jurídica, patrimonio propio e independiente, y autonomía administrativa, adscrito al Ministerio de Trabajo y Seguridad Social.*”

CLAUSULA PRIMERA. - Objeto: Contratar servicio de transporte para los aprendices del Centro Acuícola y Agroindustrial de Gaira del SENA Regional Magdalena.

CLAUSULA SEGUNDA.- Plazo: El término de duración del presente contrato es de ocho (8) meses a partir de la legalización del contrato.

(...)

CLAUSULA DECIMO OCTAVA: Domicilio: Para todos los efectos de ejecución del objeto contractual, las partes acuerdan como domicilio la ciudad de Santa Marta, (...).³

Dentro de los documentos que componen la propuesta presentada por COOTRANSMAG y suscrita por Víctor Lorenzo Bermúdez Páez en calidad de Subgerente de esa Cooperativa ante el SENA, los cuales fueron aportados al proceso por la actora en copia auténtica y que no fueron desconocidos o tachados de falsos por el demandado, se encuentra:

1. La póliza No. 300031053 de 25 de marzo de 2011, cuyo objeto era *“garantizar la seriedad de la oferta de la convocatoria pública No. CAAG 001 de 2011 para contratar el servicio de transporte para los aprendices del centro acuícola y agroindustrial de Gaira del SENA de la Regional Magdalena.”*, y donde aparece en las casillas de *“Asegurado/Beneficiario”* el Servicio Nacional de Aprendizaje Sena y de *“tomador”* la signatura del señor Leonar Alfonso García Zúñiga, en representación de COOTRANSMAG⁴, situación que no solo, no fue desmentida por su apoderado judicial, si no reafirmada en los alegatos de conclusión en segunda instancia, al señalar expresamente que *“si bien constituyó la cuestionada póliza de garantía de seriedad de la oferta este era incompetente para suscribir tal procedimiento teniendo en cuenta que ya no contaba con dichas facultades”*.(fl. 320)

2. El *“CERTIFICADO DE EXISTENCIA DE ENTIDADES SIN ANIMO DE LUCRO”* de la Cámara de Comercio de Santa Marta, visible de folios 100 a 104, expedido el 18 de marzo de 2011, en el cual figura como representante legal principal de la Cooperativa de Transportadores del Magdalena Ltda., el señor Leonar Alfonso García Zúñiga identificado con cédula No. 85476076. Calidad que mantuvo el demandado hasta la presentación de la demanda, conforme se establece a partir del certificado de existencia de 10 de noviembre de 2011, también aportado por la actora y que expidió la misma autoridad, el cual obra a folios 36 a 40 del expediente.

³ Folios 169 a 171.

⁴ Folio 97 del expediente.

Pues bien, a partir de los anteriores documentos encuentra acreditado la Sala que el día 25 de marzo de 2011, fecha que se encuentra dentro del periodo inhabilitante, la aseguradora CONDOR S.A., expidió la póliza de garantía de seriedad de la oferta a solicitud del demandado, que fue presentada por COOTRANSMAG al SENA, para participar en el proceso de selección No. CAAG 0001 de 2011 tendiente a contratar el “Suministro del servicio de transporte para los aprendices del Centro Acuicola y Agroindustrial de Gaira del Sena de la Regional Magdalena”, siendo el Concejal representante legal de la Cooperativa.

No le asiste razón al apelante cuando afirma no estar incurso en inhabilidad porque, no obstante era el representante legal de la Cooperativa, “*era incompetente*” para firmar la póliza de seriedad de la oferta que COONSTRAGMAG presentó al SENA y así participar en el proceso de selección que luego condujo a la celebración del contrato de prestación de servicios No. 0520 de 6 de abril de 2011, pues el Consejo Administrativo de la Cooperativa “...*mediante acta No. 144 de Marzo 2 de 2010 (...) le quitó la facultad de celebrar o realizar contratos con entidades públicas...*” y autorizó para ello al subgerente, ya que no es admisible que alegue a su favor su propia ilicitud; haber actuado como tomador de la póliza de seriedad en representación de la Cooperativa sin tener facultades para actuar en tal calidad.

También está probado que junto con la propuesta que presentó al SENA, COOTRANSMAG allegó la póliza No. 300031053 de 25 de marzo de 2011 expedida por la aseguradora CONDOR S.A. para garantizar la seriedad de esta oferta, la cual suscribió el demandado como tomador a título de representante legal de la entidad sin ánimo de lucro, documento que tuvo como válido la Administración al evaluar la oferta y celebrar el contrato. Pues si no se hubiese presentado la póliza de garantía de seriedad de conformidad con las normas de contratación estatal, la propuesta debió ser rechazada, y por ende no podía suscribirse el contrato.

Tal actuación **constituye una intervención en la celebración del contrato estatal**, que desconoce la prohibición contenida en el numeral 3° del artículo 40 de la Ley 617 de 2000, la cual no requiere que haya habido participación directa en la firma del contrato para que se estructure, como pasa a explicarse:

La palabra “*intervenir*”, de acuerdo con el diccionario de la Real Academia de la Lengua, significa tomar parte en un asunto, interceder o mediar, involucrarse, participar.

Sobre el particular esta Sección ha dicho:

“...la intervención en la contratación estatal, (...) tiene lugar a través de gestiones o actuaciones que impliquen una **participación personal y activa, directa o indirecta, en los actos encaminados a su perfeccionamiento**, en interés propio o de terceros, y que ello haya tenido ocurrencia dentro de los doce (12) meses a su elección, sin importar el momento de su ejecución”⁵. (Resalta la Sala)

“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”.⁶ (Negrilla y subraya de la Sala).

Así, no solo es sujeto pasivo de la prohibición quien celebra el contrato estatal, sino también, **aquel que participa en las diligencias precontractuales** interesándose en lograr la consolidación del contrato o convenio⁷.

Entonces, dentro de la fase previa a la suscripción del contrato entre las partes y posterior al momento en que la Administración manifestó la voluntad de contratar con un particular, los oferentes presentan sus propuestas y con ellas las respectivas pólizas que garantizan la seriedad de sus ofertas.

Sobre la póliza de seriedad de la oferta, se tiene que es aquella que tiene por fin cubrir los perjuicios causados a la entidad contratante por no mantener los ofrecimientos hechos en los términos y condiciones convenidos (Decreto 4828 de 2008,⁸ artículo 4^o). Esta debe ser presentada por los proponentes de manera

⁵ Sentencia del 25 de mayo de 2005. Expediente 3537.

⁶ Sentencia del 29 de abril de 2005, Sección Quinta, expediente 3558, Consejero Ponente: Dr. Darío Quiñones. En el mismo sentido, sentencias de la Sección Quinta, C.P. Dr. Darío Quiñones Pinilla del 11 y 17 de febrero de 2005, Exp. 3499 y 3522.

⁷ Sentencia de 19 de octubre de 2001, Sección Quinta, expediente 2654. Consejero Ponente: Dr. Darío Quiñones Pinilla.

⁸ “*Por el cual se expide el régimen de garantías en la Contratación de la Administración Pública*”

⁹ El artículo 4^o del Decreto 4828 de 2008, modificado por el Decreto 2493 de 2009, que estaba vigente para el momento en que COOTRANSMAG y el SENA suscribieron el contrato No. 0520 de 6 de abril de 2011, dice sobre los riesgos derivados del incumplimiento del ofrecimiento lo siguiente:

“*Riesgos a amparar derivados del incumplimiento de obligaciones. La garantía deberá amparar los perjuicios que se deriven del incumplimiento del ofrecimiento o del incumplimiento del contrato, según sea el caso, y que, de manera enunciativa se señalan en el presente artículo:*

4.1 Riesgos derivados del incumplimiento del ofrecimiento:

simultánea con la oferta so pena de que la entidad la rechace¹⁰ (artículo 7 numeral 7.1 del Decreto 4828 de 2008).

En este orden de ideas, la garantía de seriedad de la oferta permite a los oferentes participar en el proceso de selección pues quien no esté en posibilidad de garantizar el mantenimiento de las condiciones a que se obliga, no cuenta ni siquiera con la posibilidad de que su propuesta sea estudiada, por ende, se erige como un elemento determinante para la celebración del contrato.

Por lo anterior, la suscripción por parte del demandado de la mencionada póliza además de implicar el despliegue de una conducta personal y activa de su parte a partir de que la Administración manifestó la intención de contratar, constituyó un elemento previo necesario y determinante para que se pudiera consolidar la celebración del contrato estatal que COOTRANSMAG suscribió con el SENA.

Como se advirtió en precedencia, es irrelevante que el señor Leonar Alfonso García Zúñiga actuara en la etapa precontractual de presentación de la oferta ante el SENA en representación de la Cooperativa y no a título personal, pues también se incurre en la inhabilidad deprecada al actuar en interés de terceros.

Además, teniendo en cuenta que la finalidad de esta inhabilidad es la de asegurar el equilibrio entre los candidatos durante la época de campaña evitando que por cuenta de la cercanía a los elementos de poder y por la posibilidad que se tuvo por algunos de asignar o de ejecutar recursos públicos, se obtengan ventajas que desarmonicen en beneficio de otros, el contexto igualitario que debe caracterizar el escenario de campaña para todos los aspirantes. Por ello, no solo es sujeto pasivo de la prohibición quien celebra el contrato estatal, sino que también se extiende a aquél que participe en diligencias precontractuales interesándose en lograr su consolidación. Si bien el contrato estatal se perfecciona cuando el representante

La garantía de seriedad de la oferta cubrirá los perjuicios derivados del incumplimiento del ofrecimiento, en los siguientes eventos:

4.1.1 La no suscripción del contrato sin justa causa por parte del proponente seleccionado.

4.1.2 La no ampliación de la vigencia de la garantía de seriedad de la oferta cuando el término previsto en los pliegos para la adjudicación del contrato se prorrogue o cuando el término previsto para la suscripción del contrato se prorrogue, siempre y cuando esas prórrogas no excedan un término de tres meses.

4.1.3 La falta de otorgamiento por parte del proponente seleccionado, de la garantía de cumplimiento exigida por la entidad para amparar el incumplimiento de las obligaciones del contrato.

4.1.4 El retiro de la oferta después de vencido el término fijado para la presentación de las propuestas.

4.1.5 La falta de pago de los derechos de publicación en el Diario Unico de Contratación previstos como requisitos de legalización del contrato.” (Negrillas de la Sala.)

¹⁰ El Artículo 7 numeral 7.1 del Decreto 4828 de 2008, a la letra dice: **“La no presentación de la garantía de seriedad de forma simultánea con la oferta será causal de rechazo de esta última”** (Resalta la Sala).

legal de la entidad pública contratante y el contratista se ponen de acuerdo en el objeto y en la contraprestación y este se eleva a escrito, (primer inciso del artículo 41 de la Ley 80 de 1993¹¹), llegar a ello implica una fase previa de búsqueda de su realización.

En este caso el contrato se celebró, con la participación personal y activa en la etapa precontractual del señor Leonar García Zuñiga y se ejecutó en el término y lugar establecido en la veda, siendo determinante su actuación para la suscripción del mismo.

Tampoco es de recibo lo argumentado por el apoderado, que por ser una entidad sin ánimo de lucro no se podía obtener beneficio personal, pues la inhabilidad busca evitar que los candidatos obtengan ventajas adicionales con la ejecución de recursos públicos, y siendo el representante legal de la Cooperativa que ejecutó el contrato, cuya vigencia era de 8 meses a partir de la legalización, esto es en plena etapa pre-electoral y electoral, es claro que se ponía en una posición ventajosa, que desequilibraba la contienda.

Por lo anterior, la Sala confirmará la sentencia de primera instancia, en cuanto el señor Leonar Alfonso García Zúñiga, dentro del año anterior a su elección como Concejal del Distrito de Santa Marta intervino en la celebración de un contrato con una entidad pública del orden nacional.

III. LA DECISION.-

Por lo expuesto, **EL CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCION QUINTA**, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

FALLA

PRIMERO.- Confirmar la sentencia del 25 de junio de 2012 proferida por el Tribunal Administrativo del Magdalena.

¹¹ El primer inciso del artículo 41 de la Ley 80 de 1993 dice: “*Del Perfeccionamiento del Contrato. Los contratos del Estado se perfeccionan cuando se logre acuerdo sobre el objeto y la contraprestación y éste se eleve a escrito. (...)*”

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

NOTIFIQUESE, PUBLIQUESE Y CUMPLASE

SUSANA BUITRAGO VALENCIA
Presidente

LUCY JEANNETTE BERMUDEZ BERMUDEZ

ALBERTO YEPES BARREIRO