

CONTRATO DE PRESTACION DE SERVICIOS –Inhabilidad de diputado celebración de contratos

El numeral 4° del artículo 33 de la Ley 617 de 2000 contiene igualmente un aspecto temporal limitado al año inmediatamente anterior a los comicios, y uno material que comprende, de un lado, la denominada intervención en la gestión de negocios ante autoridades públicas del nivel departamental; de otro, la 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 departamento. Pese a que poseen elementos comunes, la intervención en la gestión de negocios y la intervención en la celebración de contratos constituyen inhabilidades independientes y autónomas. La primera, requiere indubitablemente que se acredite la participación de quien se demanda, a través de diligencias conducentes al logro de un negocio que le aporte beneficios, bien con fines de lucro o extrapatrimoniales, y ante entidades públicas exclusivamente del nivel departamental. Debe precisarse que el negocio al que se refiere la norma, no necesariamente debe traducirse en la suscripción de un contrato, puesto que lo relevante de su contenido es la potencialidad que la participación en diligencias ante entidades públicas le otorga al aspirante a Diputado en la obtención de ventajas respecto de los demás candidatos, quienes no tienen las mismas posibilidades para relacionarse con entidades públicas a ese nivel. La segunda, por su parte, exige la participación personal y activa del demandado en actos conducentes a la consolidación de un contrato efectivamente celebrado, ya en interés particular y propio del elegido o en el de un tercero. Requiere también que dicha participación se presente ante una entidad pública de cualquier nivel, y que la ejecución del contrato deba realizarse en el respectivo departamento al cual se postuló el candidato

El elemento fundamental de esta inhabilidad es la participación personal y activa del demandado en actos dirigidos a la formación, perfeccionamiento o suscripción del contrato estatal, no así de la ejecución de aquél. Puede concluirse entonces que la causal de inhabilidad prevista en el numeral 4 del artículo 33 de la ley 617 de 2000, en sus dos modalidades -intervención en la gestión de negocios e intervención en la celebración de contratos-, impide tener en cuenta para su consolidación, actuaciones posteriores a la celebración del contrato [post contractuales o de ejecución de las obligaciones pactadas], y en consecuencia, no tienen la virtud de viciar el acto de elección.

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCION QUINTA

Consejera ponente: SUSANA BUITRAGO VALENCIA

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

Radicación número: 52001-23-31-000-2011-00647-01

Actor: JAIRO HUMBERTO TEZ MORILLO

Demandado: DIPUTADO A LA ASAMBLEA DEPARTAMENTAL DE PUTUMAYO

Procede la Sala a decidir el recurso de apelación que formuló el demandante contra la sentencia de 3 de agosto de 2012, dictada por el Tribunal Administrativo de Nariño, que negó las pretensiones de la demanda de nulidad electoral respecto

del acto que declaró la elección del señor Wilder Trujillo Luna, como Diputado departamento de Putumayo para el período 2012-2015.

I. ANTECEDENTES.

1. PRETENSIONES.

El señor Jairo Humberto Tez Morillo, actuando por conducto de apoderado judicial y en ejercicio de la acción electoral, presentó demanda en la que solicitó la nulidad del *“Formato E-26 AS del 4 de noviembre de 2011, por medio de los cuales (sic) la Comisión Escrutadora Departamental de Mocoa Putumayo, declaró la elección de Wilder Trujillo Luna, como Diputado del departamento de Putumayo para el período 2012-2015”*.

2. HECHOS.

Como fundamento fáctico de la pretensión, en síntesis sostuvo lo siguiente:

- Que al momento de la elección, el demandado se encontraba incurso en las causales de inhabilidad previstas en los numerales 3 y 4 del artículo 33 de la Ley 617 de 2000 *“Por la cual se reforma parcialmente la Ley 136 de 1994, el Decreto Extraordinario 1222 de 1986, se adiciona la Ley Orgánica de Presupuesto, el Decreto 1421 de 1993, se dictan otras normas tendientes a fortalecer la descentralización, y se dictan normas para la racionalización del gasto público nacional”*.
- Que la referida inhabilidad se presentó con ocasión de la participación en la celebración de contratos dentro del año anterior a su elección en consideración a que *“prestó sus servicios profesionales remunerados con el municipio de Orito Putumayo, mediante contrato No. 232 de 2010 del día 14 de septiembre de 2010, por un plazo de 2 meses, hasta el día 14 de noviembre de 2010”* y *“recibió posteriormente los pagos que fueron hechos con cargo a los presupuestos oficiales”*.

3. NORMAS VIOLADAS Y CONCEPTO DE LA VIOLACION.

El actor funda la existencia de la causal de inhabilidad contra el acto de elección en lo siguiente:

3.1. Que de conformidad con el numeral 3 del artículo 33 de la Ley 617 de 1994¹, el señor Trujillo Luna estaba inhabilitado para ser electo Diputado de la Asamblea del Putumayo, por cuanto en el año anterior a su elección intervino *“como ordenador del gasto en la ejecución de recursos de inversión o celebración de contratos que deban ejecutarse o cumplirse en el respectivo departamento”*, ya que suscribió un contrato de prestación de servicios profesionales con el municipio de Orito, desarrolló su objeto *“dictando capacitaciones en 40 talleres teórico prácticos en cultivo de palmito”*, utilizó las instalaciones de la Alcaldía de dicho municipio para tal fin y recibió los pagos producto de dicha relación contractual *“en las fechas 24 de septiembre de 2010 y 27 de diciembre de 2010”*.

3.2. Que dentro del año anterior a su elección, el demandado intervino en la gestión de negocios en interés propio al haber *“dictado capacitaciones, talleres y al gestionar el cobro de los anticipos y pago final el día 27 de 2010”* y en la celebración de contratos con entidades públicas dada *“la ejecución del Contrato de prestación de servicios”*, con lo cual infringió el numeral 4 del artículo 33 de la Ley 617 de 1994.

4. TRAMITE EN PRIMERA INSTANCIA.

4.1. La demanda se presentó ante el Tribunal Administrativo de Nariño y fue admitida por auto del 25 de noviembre de 2011, ordenándose las notificaciones de rigor (fls. 54-57 c.p.).

¹ **ARTÍCULO 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.”*

4.2. Por intermedio de apoderado judicial, el señor Wilder Trujillo Luna contestó la demanda oponiéndose a las pretensiones. Señaló que dentro de los doce meses anteriores a su elección no tuvo la calidad de empleado público, no intervino como ordenador del gasto en la ejecución de recursos de inversión o celebración de contratos, no intervino en la gestión de negocios ni celebración de contratos ante entidades públicas (fls. 86-87 c.1.).

4.3. Por auto del 30 de enero de 2012 se **abrió el proceso a pruebas** decretando las solicitadas por la parte demandante y se reconoció personería al apoderado del demandado (fls. 59 c.p.).

4.4. En proveído calendado 13 de abril de 2012, el Tribunal ordenó correr traslado a las partes para **alegar de conclusión** (fl. 279 c.p.).

5. LA SENTENCIA APELADA.-

El Tribunal *a quo* en sentencia de 3 de agosto de 2012 denegó la pretensión de la demanda. Como fundamento de tal decisión, explicó lo siguiente frente a los cargos imputados (fls. 307-319 c.p.):

5.1. Que el demandado estuvo vinculado a la administración municipal de Orito (Putumayo) en calidad de contratista en virtud del documento calendado 14 de septiembre de 2010 y en consecuencia nunca tuvo la condición de servidor público requerida para analizar la causal de inhabilidad de que trata el numeral 3 del artículo 33 de la Ley 617 de 1994².

5.2. Encontró infundada la causal referente a la gestión de negocios, al señalar que durante el año anterior a la elección del demandado, éste solamente *ejecutó* el contrato de prestación de servicios No. 232 de 2010 que había *suscrito con anterioridad*, por lo que no advirtió su participación directa en la consecución de un negocio concreto.

5.3. Finalmente determinó que no se presentaban los presupuestos para que se configurara la causal de celebración de contratos, por cuanto el contrato de

² “*Quien dentro de los doce (12) meses anteriores a la fecha de la elección 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*”.

prestación de servicios a que aluden los hechos de la demanda, se suscribió por fuera del término inhabilitante, esto es, el 14 de septiembre de 2010.

6. RECURSO DE APELACION.-

6.1. El apoderado del actor presentó recurso de apelación contra la sentencia del 3 de agosto de 2012. Solicitó se revoque la decisión por considerar que el demandado sí se encontraba incurso en las causales de inhabilidad contenidas en los numerales 3 y 4 del artículo 33 de la Ley 617 de 2000, insistiendo en los argumentos expuestos en el libelo demandatorio.

6.2. Sostuvo que el Tribunal no tuvo en cuenta que la ejecución del contrato que suscribió el demandado con el municipio de Orito se presentó en el término inhabilitante, por lo que considera que el demandado intervino en la celebración de contratos que debían ejecutarse en el respectivo departamento.

6.3. Explicó que la gestión de negocios se presentó en razón de los pagos que el señor Trujillo Luna recibió los días 24 de septiembre y 29 de diciembre de 2010, en virtud de las cuentas de cobro y de la liquidación del contrato No. 232 de 2010. Afirmó que *“si bien es cierto, [el contrato] se suscribió el 14 de septiembre de 2010, su ejecución se extendió hasta el 14 de noviembre del mismo año y fue cancelado el 50% restante el 29 de diciembre de 2010, esto es, dentro del año de inhabilidad (sic). El mero trámite de la referida cuenta de cobro constituye sin lugar a dudas, una gestión de negocios, en los términos previstos por la ley en cita”*.

6.4. Argumentó que el tribunal de primera instancia desconoció el contenido de la causal de inhabilidad referente a la intervención en celebración de contratos, por cuanto limitó la *celebración* a la *suscripción*, pero no tuvo en cuenta la etapa de *ejecución* que según su entender, también hace parte de la celebración.

7. TRAMITE EN SEGUNDA INSTANCIA.-

7.1. El recurso de apelación se admitió por auto del 13 de noviembre de 2012, en el cual se dispuso la fijación en lista para que las partes alegaran de conclusión. Igualmente, se ordenó notificar personalmente al Ministerio Público para que rindiera su concepto (fls. 347-348 c.p).

8. CONCEPTO DEL MINISTERIO PUBLICO.-

8.1. Vencido el término de traslado para las partes sin que ninguna de ellas hubiese hecho uso de tal derecho, el Procurador Séptimo Delegado ante el Consejo de Estado, recorrió el traslado especial que al efecto se le dio. En su concepto puntualizó (fls. 354-359 c.p):

8.1.1. Que la presunta gestión de negocios que se endilga al diputado no se configura, por cuanto se requiere que las actividades tendientes al logro de un beneficio se hayan adelantado a instancias de una entidad departamental y comoquiera que el demandante refiere que tales gestiones se realizaron ante el municipio de Orito, el cargo no está llamado a prosperar.

8.1.2. Que tampoco se configura la causal de intervención en la celebración de contratos, por cuanto ésta solo se predica para la celebración o suscripción del contrato, pero nunca para actuaciones posteriores a este hecho, relativas a la ejecución, liquidación o prórroga contractual.

8.1.3. Con fundamento en tales razonamientos solicita se desestimen los argumentos del apelante y se confirme la decisión de primera instancia.

II. CONSIDERACIONES DE LA SALA.

1. COMPETENCIA.

De conformidad con lo dispuesto en los artículos 129 y 231 del Código Contencioso Administrativo y 13 del Acuerdo 58 de 1999³ –Reglamento del Consejo de Estado-, a esta Sala compete conocer del recurso de apelación propuesto contra la sentencia dictada en primera instancia por el Tribunal Administrativo de Nariño.

2. EL ACTO ACUSADO.

Lo constituye el *“Formato E-26 AS del 4 de noviembre de 2011 de la Comisión Escrutadora Departamental de Mocoa Putumayo”* que declaró la elección del

³ Modificado por el artículo 1° del Acuerdo 55 de 2003.

señor Wilder Trujillo Luna como diputado del departamento de Putumayo para el período 2012-2015 (fls. 22 c.1.).

3. DEL PROBLEMA JURIDICO.

Se trata de definir si la decisión del Tribunal a-quo que no halló probadas las causales de inhabilidad que el demandante le endilgó al demandado como constitutivas de nulidad del acto de elección, debe confirmarse, o si por el contrario, como lo sostiene el apelante, procede su revocatoria porque éstas sí se configuran.

Refirió el apelante que el demandado *ejecutó* el contrato de prestación de servicios No. 0232 del 2010 suscrito a instancias del Municipio de Orito y *gestionó* las cuentas de cobro y la liquidación contractual dentro del año anterior a su elección como diputado, por lo que considera, incurrió en las causales de inhabilidad referidas.

4. LAS CAUSALES DE INHABILIDAD ATRIBUIDAS.

Tal y como fueron planteadas en la demanda, corresponden a las establecidas en los numerales 3° y 4° del artículo 33 de la Ley 617 de 2000, que prohíbe a quienes aspiren a ser Diputados lo siguiente:

“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.” (lo subrayado y resaltado fuera de texto).

A. Intervención como ordenador del gasto en la ejecución de recursos de inversión o celebración de contratos.

Esta prohibición encierra tres aspectos: uno temporal referido al periodo inhabilitante de 12 meses anteriores a la elección; otro material que atañe a que en calidad de empleado público, el aspirante no haya intervenido como ordenador del gasto en la ejecución de recursos de inversión o celebración de contratos; y el tercero, que concierne a que los recursos de inversión en cuya ejecución no puede intervenir o los contratos de cuya celebración no puede participar, tengan ámbito departamental.

En el caso particular, la imputación hecha en el libelo radica en la celebración del **contrato de prestación de servicios** No. 0232 del 4 de septiembre de 2010⁴ suscrito a instancias del Municipio de Orito por el ahora demandado quien se obligó a su ejecución.

De entrada, es evidente que el elemento material que exige la causal no se configura, pues se advierte que el demandado no actuó como empleado público en calidad de ordenador del gasto para celebrar el referido contrato, sino que éste lo signó en calidad de contratista.

A la luz de lo dispuesto en los artículos 5 de la Ley 909 de 2004 y 2 del Decreto 2400 de 1986⁵, son empleados públicos las personas que prestan sus servicios

⁴ **“Contratante:** *Municipio de Orito*

Contratista: *Wilder Trujillo Luna*

Objeto: *Prestación de servicios para la realización de 40 talleres teórico prácticos de capacitación en el manejo técnico del cultivo de palmito, dirigido a los productores de este cultivo en el Municipio de Orito - Putumayo”*

⁵ **Ley 909 de 2004**

“Artículo 5º.- Empleados Públicos y Trabajadores Oficiales. Las personas que prestan sus servicios en los Ministerios; Departamentos Administrativos, Superintendencias y Establecimientos Públicos son empleados públicos; sin embargo, los trabajadores de la construcción y sostenimiento de obras públicas son trabajadores oficiales.

En los estatutos de los Establecimientos Públicos se precisará qué actividades pueden ser desempeñadas por personas vinculadas mediante contrato de trabajo. Subrayado declarado inexecutable Sentencia C-484 de 1995, Corte Constitucional

personales al Estado en cargos creados en las plantas de personal de las entidades públicas, cuya vinculación a la función pública se provee mediante acto administrativo, en virtud de una relación legal y reglamentaria, por lo que se concluye que el demandado no tenía tal condición, habida cuenta de la naturaleza del acuerdo de voluntades que suscribió.

Se resalta que aún cuando los servicios personales contratados se presten en favor del Estado, el *contrato* que refiere el demandante, tampoco le otorga al contratista la calidad de empleado público.

B. Gestión de negocios ante autoridades públicas del nivel departamental y Celebración de contratos con entidades públicas de cualquier nivel.

El numeral 4° del artículo 33 de la Ley 617 de 2000 contiene igualmente un aspecto temporal limitado al año inmediatamente anterior a los comicios, y uno material que comprende, de un lado, la denominada intervención en la **gestión** de negocios ante autoridades públicas del nivel departamental; de otro, la intervención en la **celebración** de contratos con entidades públicas de cualquier

Las personas que prestan sus servicios en las Empresas Industriales y Comerciales del Estado son trabajadores oficiales; sin embargo, los estatutos de dichas empresas precisarán qué actividades de dirección o confianza deban ser desempeñadas por personas que tengan la calidad de empleados públicos. Subrayado declarado exequible Sentencia C-484 de 1995, Corte Constitucional; Ver: Artículos 1 y ss. Decreto Nacional 1848 de 1969

Decreto 2400 de 1986

“Artículo 2. Modificado por el art. 1, Decreto Nacional 3074 de 1968. El nuevo texto es el siguiente: Se entiende por empleo el conjunto de funciones señaladas por la Constitución, la ley, el reglamento o asignadas por autoridad competente que deben ser atendidas por una persona natural.

Empleado o funcionario es la persona nombrada para ejercer un empleo y que ha tomado posesión del mismo. Los empleados civiles de la Rama Ejecutiva integran el servicio civil de la República.

Quienes presten al Estado Servicios ocasionales como los peritos; obligatorios, como los jurados de conciencia o de votación; temporales, como los técnicos y obreros contratados por el tiempo de ejecución de un trabajo o una obra son meros auxiliares de la Administración Pública y no se consideran comprendidos en el servicio civil, por no pertenecer a sus cuadros permanentes.

Para el ejercicio de funciones de carácter permanente se crearán los empleos correspondientes, y en ningún caso, podrán celebrarse contratos de prestación de servicios para el desempeño de tales funciones.”

Texto subrayado declarado EXEQUIBLE por la Corte Constitucional mediante Sentencia C-614 de 2009.

nivel en interés propio o de terceros, siempre que los contratos deban ejecutarse o cumplirse en el respectivo departamento.

Pese a que poseen elementos comunes, la *intervención en la gestión de negocios* y la *intervención en la celebración de contratos* constituyen inhabilidades independientes y autónomas.

La primera, requiere indubitablemente que se acredite la participación de quien se demanda, a través de diligencias conducentes al logro de un negocio que le aporte beneficios, bien con fines de lucro o extrapatrimoniales, y ante entidades públicas exclusivamente del nivel departamental. Debe precisarse que el negocio al que se refiere la norma, no necesariamente debe traducirse en la suscripción de un contrato, puesto que lo relevante de su contenido es la potencialidad que la participación en diligencias ante entidades públicas le otorga al aspirante a Diputado en la obtención de ventajas respecto de los demás candidatos, quienes no tienen las mismas posibilidades para relacionarse con entidades públicas a ese nivel⁶.

La segunda, por su parte, exige la participación personal y activa del demandado en actos conducentes a la consolidación de un contrato efectivamente celebrado, ya en interés particular y propio del elegido o en el de un tercero. Requiere también que dicha participación se presente ante una entidad pública de cualquier nivel, y que la ejecución del contrato deba realizarse en el respectivo departamento al cual se postuló el candidato.

En el *sub judice*, el apelante insiste en que sí se configuró intervención en la **gestión de negocios** pues el demandado realizó trámites ante el municipio de Orito en procura de obtener el pago de los honorarios pactados en el contrato de prestación de servicios No. 0232 del 4 de septiembre de 2010, y tramitó además su liquidación.

Pero esta imputación no encaja en los presupuestos estructurales de la causal y las actuaciones referidas no pueden catalogarse como intervención en gestión de negocios. Las actividades concomitantes o posteriores al acuerdo de voluntades desbordan el marco de la *gestión* a la que se refiere la causal de inhabilidad, ya

⁶ Consejo de Estado - Sala de lo Contencioso Administrativo Sección Quinta Consejera Ponente: Susana Buitrago Valencia. Sentencia del 13 de septiembre de 2007. Exp. N° 11001-03-28-000-2006-00045-00(3979-3986) Actor: Humphrey Roa Sarmiento y Otro. Demandado: Representantes a la Cámara por el Departamento de Boyacá.

que corresponden a obligaciones derivadas del contrato en sí mismo, y no a actuaciones previas a éste⁷. Es así como el cobro de facturas por la ejecución del contrato no es una actuación que inhabilite como erradamente lo pretende el apelante.

Sobre la presencia de la inhabilidad en la modalidad de intervención en la **celebración de contratos**, se insiste en la impugnación en que el precitado contrato se *ejecutó* dentro del periodo inhabilitante. Este argumento tampoco es de recibo para la configuración de la causal aludida. El elemento fundamental de esta inhabilidad es la participación personal y activa del demandado en actos dirigidos a la formación, perfeccionamiento o suscripción del contrato estatal, no así de la ejecución de aquél⁸.

Puede concluirse entonces que la causal de inhabilidad prevista en el numeral 4 del artículo 33 de la ley 617 de 2000, en sus dos modalidades *-intervención en la gestión de negocios e intervención en la celebración de contratos-*, impide tener en cuenta para su consolidación, actuaciones posteriores a la celebración del contrato (post contractuales o de ejecución de las obligaciones pactadas), y en consecuencia, no tienen la virtud de viciar el acto de elección.

Las anteriores son razones suficientes para concluir que se impone confirmar la decisión apelada, que negó la pretensión de anulación planteada por el actor.

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

F A L L A

PRIMERO.- CONFIRMAR la sentencia dictada el 3 de agosto de 2012 por el Tribunal Administrativo de Nariño, atendiendo a las razones expresadas en la parte motiva de esta providencia.

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

⁷ Consejo de Estado - Sala de lo Contencioso Administrativo Sección Quinta. Sentencia de 13 de agosto de 2004. Rad. 3944-3957).

⁸ Se destacan las Sentencias de la Sección Quinta de fechas 31 de julio de 2009 (Rad. 2007-00966-02), 26 de febrero de 2009 (Rad. 2007-00714), 2 de octubre de 2008 (Rad. 2007-00943) y 18 de octubre de 2006 (Rad. 3934).

COPIESE NOTIFIQUESE Y CUMPLASE

SUSANA BUITRAGO VALENCIA

Presidente

MAURICIO TORRES CUERVO

ALBERTO YEPES BARREIRO