

INHABILIDADES – Intervención – Celebración de contratos – Entidades Públicas - Posterioridad – Elección

La Sala estudiará sólo la causal referida al numeral 3 del artículo 37 de la Ley 617 de 2000, por cuanto el Tribunal desestimó el otro cargo y este punto no fue objeto de apelación, causal que se analizará frente a la posible gestión o intervención del demandado en la suscripción de los contratos entre el SENA y la sociedad Quessep de Fernández & CIA S EN C., y entre la Fiscalía General de la Nación y la sociedad Majestic & CIA LTDA. Con los documentos aportados, se demuestra que la sociedad Majestic & CIA. Limitada dio en arrendamiento a la Dirección Seccional de Fiscalías de Sincelejo un bien de su propiedad; que dicho contrato se firmó el 16 de noviembre de 2011 por un término inicial de un mes y medio y debía ejecutarse en Sincelejo; que la señora Carmen Quessep de Fernández es socia de la citada sociedad, y que la misma señora Carmen Quessep de Fernández es la madre del aquí demandado, señor Jairo Fernández Quessep. Pero la acreditación de tales hechos no implica, per se, que el demandado, dentro del año anterior a ser electo como Alcalde de Sincelejo, hubiese celebrado dicho contrato «en interés propio o de terceros», o hubiese hecho gestión alguna con tal propósito. Basta con el solo documento del contrato de arrendamiento para corroborar que en el mismo no intervino el demandado, pues aquél se suscribió entre personas distintas a él. Además, se firmó el 16 de noviembre de 2011, fecha que no puede ubicarse «dentro del año anterior a la elección», pues ésta se produjo el 30 de octubre de 2011, por lo que la celebración del contrato fue **posterior** a la elección. Inclusive el acto con el que se declaró la elección del demandado [del 14 de noviembre de 2011] también es anterior a la firma del contrato. Se recuerda que la inhabilidad constituye un «defecto, impedimento o prohibición para ser nombrado o elegido en un cargo o empleo y para desempeñarlo, se trata de situaciones preexistentes que se constituyen en limitación del derecho fundamental consagrado en el artículo 40 Superior», y que es preciso separar dos actividades distintas cuales son la celebración del contrato y su ejecución. En consecuencia el supuesto que se alega en la demanda como constitutivo de la inhabilidad, es de imposible cumplimiento, pues la celebración del contrato no se produjo dentro del año anterior.

INHABILIDAD - Intervencion - Celebración de contratos – Causales – No intervención

En cuanto a la celebración del contrato entre el SENA - Regional Sucre y la empresa Almacén Carmencita Quessep de Fernández, el demandante no aportó el contrato del que pretende derivar la inhabilidad del demandado, y el coadyuvante Juan Carlos Suárez, anexó fotocopia de la Resolución 239 del 1 de julio de 2011 expedida por el Director SENA Regional Sucre en la que adjudica un contrato dentro de la convocatoria pública DRS N° 015 de 2011; del contrato N° 621 del 19 de julio de 2011 suscrito entre el SENA [Centro de la Innovación, la Tecnología y los Servicios del SENA Regional Sucre] y Carmencita Quessep de Fernández CIA S EN C; y de dos certificados de disponibilidad presupuestal. Sin embargo, como lo señaló el a-quo, estos documentos no podrán ser tenidos como pruebas ni podrá hacerse alguna valoración a partir de los mismos, teniendo en cuenta que se aportaron en copias simples. La jurisprudencia de esta Sección ha señalado que las copias simples no son medios de convicción que puedan tener la virtualidad de hacer constar o demostrar los hechos que con las mismas se pretendan hacer valer ante la jurisdicción, en cuanto su estado desprovisto de autenticación impide su valoración probatoria, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 254 del C. P.C. Pero así se tuviesen en cuenta tales documentos, tampoco demostrarían el hecho constitutivo de la inhabilidad, cual es la intervención del demandado en la celebración de dicho contrato, pues ello no puede deducirse del solo hecho de que uno de los contratistas tenga algún vínculo familiar con el demandado. La afirmación del demandante de que la sociedad Carmencita Quessep de Fernández C&A S en C resultó favorecida con la adjudicación de dicho contrato por parte del SENA, gracias a la «intervención y buena gestión» del demandado, es una aseveración carente de prueba. Para que se estructure esta causal debe demostrarse que la participación del demandado fue en forma directa y personal, y no como lo pretenden los apelantes cuando señalan que «Si bien no lo hizo directamente o a nombre personal; sí se infiere del acervo probatorio», pues tratándose de inhabilidades, que implica la restricción al ejercicio de un derecho fundamental constitucional, no bastan las inferencias, sino que deben existir pruebas que demuestren sin duda alguna la ocurrencia de la inhabilidad.

REGIMEN DE INABILIDADES – Concepto

El régimen de inhabilidades tiene por finalidad garantizar que a los cargos de elección popular se presenten personas íntegras, desprovistas de antecedentes que turben el eventual cumplimiento de las funciones públicas. El legislador ha previsto este régimen en observancia de los principios de moralidad, imparcialidad y defensa del patrimonio, rectores de la función pública.

La Carta Política establece en el artículo 40 el derecho de los ciudadanos a participar en la conformación, ejercicio y control del poder político y, como una de sus manifestaciones, el de elegir y ser elegido [numeral 1º], así como de acceder al desempeño de funciones y cargos públicos [numeral 7º]; pero señala que su ejercicio no es absoluto porque está sometido a las limitaciones que en aras de la defensa y de la garantía del interés general establezca el Legislador al expedir el régimen de inhabilidades. Entonces, en el entendido que las inhabilidades como defectos, impedimentos o prohibiciones para ser nombrado o elegido en un cargo o empleo y para desempeñarlo, se trata de situaciones preexistentes que se constituyen en limitación del derecho fundamental consagrado en el artículo 40 Superior, que buscan preservar los principios de moralidad, transparencia e imparcialidad de la función administrativa y la garantía del derecho de igualdad de oportunidades.

REGIMEN DE INABILIDADES – Finalidad

El régimen de inhabilidades tiene como finalidad 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.

El régimen de inhabilidades consagrado en la Constitución y en la Ley persigue salvaguardar los principios de moralidad, imparcialidad, igualdad y transparencia, frente a quienes aspiren a ejercer funciones públicas. El régimen, de aplicación restrictiva, está constituido por una serie de circunstancias subjetivas o personales que limitan el derecho de acceso a cargos públicos en orden a garantizar la prevalencia del interés general sobre cualquier interés de índole personal, estando proscrita la analogía y la extensión de causales a casos no previstos en la ley.

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCION QUINTA

Consejera ponente: SUSANA BUITRAGO VALENCIA

Bogotá D.C., catorce (14) de febrero de dos mil trece (2013)

Radicación numero: 70001-23-31-000-2011-02266-01

Actor: ALBERTO JOSE JIMENEZ BOHORQUEZ

Demandado: ALCALDE DEL MUNICIPIO DE SINCELEJO

Decide la Sala el recurso de apelación que formularon el demandante y los coadyuvantes de éste, contra la sentencia del 23 de agosto de 2012 del Tribunal Administrativo de Sucre, mediante la cual se negaron las pretensiones de la demanda.

I.- ANTECEDENTES

A.- La demanda

En la misma se solicitó lo siguiente:

“1ª.- Que se declare la nulidad del acto de elección contenido en el acta parcial de escrutinio de fecha 14 de noviembre del 2011, expedida por los miembros de la comisión escrutadora municipal, mediante el cual los delegados de la organización declararon elegido al alcalde JAIRO FERNANDEZ QUESSEP y en consecuencia se ordene que los votos contenidos en dicho acto se excluyan del computo general.

2ª.- Que como consecuencia de la declaración anterior, se practiquen nuevos escrutinios y se haga nueva declaración de elección de alcalde de Sincelejo-Sucre, para el periodo comprendido entre el primero de enero de 2012 y el 31 de diciembre de 2015.

También se pidió que se le ordene al gobernador del departamento de Sucre el nombramiento de un alcalde transitorio de terna que le envíe el Partido Social de Unidad Nacional (U) hasta que se resuelva la litis.

*Los fundamentos de **hecho**, la Sala los sintetiza así:*

Que el demandado resultó electo Alcalde del municipio de Sincelejo en las votaciones del 30 de octubre de 2011.

Que la Junta de Socios de la Cooperativa de Trabajadores del Almacén Carmencita “COOTRALCAR” en acta número 007 del 4 de julio de 2009 designó al señor JAIRO ALFREDO FERNANDEZ QUESSEP como su representante legal, condición que ostentaba el día en el que resultó electo como alcalde de Sincelejo.

Que esta cooperativa tiene convenios de libranzas con la Alcaldía Municipal de Sincelejo y algunos de sus entes descentralizados, lo que demuestra una clara participación y gestión del señor Fernández Quessep en los negocios de la cooperativa, que es “una fachada” para obtener una desviación de la relación laboral y jurídica entre los trabajadores y el establecimiento comercial Almacén Carmencita.

Que los representantes legales de la sociedad QUESSEP DE FERNANDEZ Y COMPAÑIA, S. EN C.¹ son Carmen Quessep de Fernández y Antonio Eduardo Fernández Quessep, madre y hermano del demandado. Esa sociedad suscribió con el SENA Regional Sucre contrato de 19 de julio de 2011, por valor de \$48.554.212, para la compra de materiales de dotación personal y seguridad industrial para trabajadores y funcionarios del SENA.

¹ El certificado de existencia y representación así la refiere, documento en el que se informa que esta sociedad tiene matriculado el establecimiento denominado “ALMACÉN CARMENCITA”, por lo que en algunos apartes se cita como CARMENCITA QUESSEP DE FERNÁNDEZ y en otros ALMACEN CARMENCITA QUESSEP DE FERNÁNDEZ.

La Fiscalía General de la Nación, Dirección Seccional Administrativa y Financiera de Sincelejo, firmó el 16 de noviembre de 2011 contrato de arrendamiento con la sociedad MAJESTIC & CIA LTDA, que tenía como socia a la señora Carmen Quessep de Fernández, madre del demandado.

Que la sociedad JAIRO FERNANDEZ QUESSEP E HIJOS tiene convenios de libranzas con la Alcaldía de Sincelejo a través de COOTRALCAR, Cooperativa de la cual es Representante Legal el demandado.

Las normas que se invocan en la demanda como violadas y el **concepto de violación** se sintetizan así:

Aduce el demandante que con la declaración de elección se violaron los artículos 293 y 314 de la Constitución Política, y los artículos 228 y 229 del C. C. A.

Considera el actor que del relato fáctico, se concluye que el señor JAIRO FERNANDEZ QUESSEP dentro del año anterior a su elección, intervino en la gestión de negocios con entidades municipales y participó en la celebración de contratos con entidades nacionales con sede en Sincelejo, por lo que se encontraba inhabilitado para inscribirse y ser elegido como Alcalde Municipal de Sincelejo, de conformidad con los numerales 5. y 8. del artículo 95 de la Ley 136 de 1994, modificados por los numerales 3. y 4. del artículo 37 de la Ley 617 de 2000 que preceptúan:

“INHABILIDADES PARA SER ALCALDE. El artículo 95 de la Ley 136 de 1994, quedará así:

Artículo 95. Inhabilidades para ser alcalde. No podrá ser inscrito como candidato, ni elegido, ni designado alcalde municipal o distrital:

(...)

Quien dentro del año anterior a la elección haya intervenido en la gestión de negocios ante entidades públicas del nivel municipal 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. Así mismo, quien dentro del año anterior a la elección, 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 municipio.

(...)

Tenga vínculo por matrimonio, o unión permanente o de parentesco en segundo grado de consanguinidad, primero de afinidad o primero civil con funcionarios del respectivo municipio que dentro de los tres (3) meses anteriores a la elección estuvieren ejerciendo autoridad civil, política, administrativa o militar (...).

B. Intervenciones

Los señores Carlos Vergara Montes y Juan Carlos Suárez Chadid presentaron escritos coadyuvando la demanda (fls. 103 y 123), quienes no presentaron argumentos. Mediante auto del 5 de marzo de 2012 se les reconoció como intervinientes (fl. 141).

C. Contestación de la demanda

A través de apoderado, el demandado se opuso a las pretensiones de la demanda, para lo cual puso de presente que dentro del año anterior a las elecciones del 30 de octubre de 2011, el señor Jairo Fernández Quessep no interino en la gestión de negocios ante entidades públicas de nivel municipal o en la celebración de contratos con entidades públicas, a los que se alude en la demanda.

Que así se demuestra de la certificación expedida por el Director del SENA Regional Sucre, quien señaló que dentro del proceso precontractual y contractual aludido en la demanda, el demandado “no intervino, ni gestionó a su nombre ni de un tercero (...), ni en la adjudicación del contrato”, por lo que no se configura el hecho central de la inhabilidad alegada.

Que tampoco se desprende inhabilidad derivada del contrato de arrendamiento que según el actor, se firmó entre el Director Seccional Administrativo y Financiero de la Fiscalía de Sincelejo con la sociedad Majestic y Cia Ltda., por cuanto las elecciones se celebraron el 30 de octubre de 2011 y el citado contrato se firmó el 16 de noviembre de 2011, fecha ésta para la cual no hay inhabilidad.

Pero que de todas maneras, se desvirtúa el hecho en el que se fundó la inhabilidad, cual es que el demandado para la fecha de elección era el representante legal de la Cooperativa de Trabajadores del Almacén Carmencita, pues éste renunció a esa representación el 27 de agosto de 2010, la cual le fue aceptada el 15 de septiembre de 2010, y registrada en la Cámara de Comercio el 7 de octubre de 2010, como se demuestra con certificaciones al respecto.

B.- Fallo de primera instancia

El Tribunal Administrativo de Sucre negó la nulidad pretendida, con fundamento en lo siguiente:

- *El demandante invocó de forma equivocada el supuesto normativo del numeral 8. del artículo 95 de la Ley 136 de 1994, modificado por el numeral 4. del artículo 37 de la Ley 617 de 2000, pues refirió al factor temporal de tres meses anteriores a la elección y no al de un año. Al plantearse la causal de esa forma, la proposición quedó incompleta. Como consecuencia debe desestimarse la posible ocurrencia de la causal de inhabilidad establecida en esa disposición.*
- *En cuanto a la causal del numeral 3 del artículo 37 de la Ley 617 de 2000, señaló que la sociedad JAIRO FERNANDEZ QUESSEP E HIJOS no tiene facultades de representación y administración dentro de la sociedad QUESSEP DE FERNANDEZ Y COMPAÑIA.*
- *Que el demandado no suscribió el contrato de arrendamiento número 0013 de 2011 con la Fiscalía General de la Nación, pues quien contrató fue el señor Alfredo Quessep Maraby como gerente y representante legal de la Sociedad MAJESTIC & CIA LTDA.*
- *En cuanto a la celebración del contrato entre el SENA y la sociedad QUESSEP DE FERNANDEZ Y COMPAÑIA S. EN C., ni siquiera obra prueba que demuestre la suscripción del mismo, pues el mismo se anexó en copia simple. Pero la Regional de Sucre del SENA en oficio 2-2012-000105 del 17 de febrero de 2012 informó que el demandado no intervino ni gestionó, en su nombre ni a favor de terceros, en la adjudicación del contrato de suministro de materiales de dotación personal y seguridad industrial.*

- *Según el certificado especial, histórico de representantes legales de COOTRALCAR, “el señor JAIRO FERNANDEZ QUESSEP fue reemplazado del cargo de gerente por la señora LIDIS MONTIL DIAZ” según acta numero 09 del consejo de administración, de fecha 15 de septiembre de 2010.*

- *Que entidades municipales de Sincelejo y otras nacionales con sede en ese municipio niegan que hayan suscrito o celebrado convenios de libranzas con la Cooperativa COOTRALCAR. Que la Alcaldía de Sincelejo certificó la existencia de “un código de servicios (...) amparado en una en una autorización voluntaria de descuentos por el sistema de nómina bajo el código No. 80015711-5” (fl. 172), lo que sin embargo no prueba que el demandado hubiese intervenido activamente para la consecución de ese acuerdo de voluntades.*

- *Que tampoco se probó que el señor FERNANDEZ QUESSEP hubiese participado en las actividades que condujeron a la celebración de los contratos entre la sociedad QUESSEP DE FERNANDEZ Y COMPAÑIA, S. EN C. y el SENA Regional Sucre, y entre la sociedad MAJESTIC & CIA LTDA. y la Fiscalía General de la Nación.*

C.- Recursos de apelación

El demandante y los coadyuvantes insisten en que el señor Jairo Fernández Quessep celebró contratos con entidades públicas por interpuesta persona, lo que configura la inhabilidad para ser elegido alcalde del municipio de Sincelejo.

Que la copia simple del contrato número 0000621 celebrado entre el SENA y la sociedad QUESSEP DE FERNANDEZ Y COMPAÑIA, S. EN C., y la copia auténtica del contrato de arrendamiento entre la Fiscalía General de la Nación y MAJESTIC & CIA LTDA, prueba la intervención del demandado, pues éste tenía interés directo en tales negocios, que se deriva del hecho de que las citadas sociedades están integradas por su núcleo familiar, por lo que el demandado obtiene beneficios directos como persona natural.

Que en esta clase de procesos las pruebas testimoniales no son relevantes debido a que lo que se contiene son situaciones de derecho.

D.- Alegatos en segunda instancia

Sólo el apoderado judicial del demandado presentó alegatos, para solicitar que se confirme el fallo apelado. Pone de presente que según la respuesta dada por el Director del SENA Sucre, Jairo Alfredo Fernández Quessep no tuvo intervención o gestión alguna en el contrato suscrito por la sociedad QUESSEP DE FERNANDEZ Y COMPAÑIA, S. EN C. y el SENA.

Agrega que no le asiste razón al apelante al pretender que se acoja su interpretación de que quien tiene derechos o acciones en una sociedad, se identifica como sujeto con la misma persona jurídica donde se tienen aquellas acciones o derechos.

Que el demandado tampoco intervino ni gestionó el contrato de arrendamiento celebrado entre la sociedad MAJESTIC & CIA LTDA. y la Fiscalía General de la Nación, como se concluye del testimonio del Director Administrativo de la Fiscalía.

Que el señor FERNANDEZ QUESSEP presentó renuncia a la representación de la cooperativa Cootralcar el 27 de agosto de 2010, la que le fue aceptada el 15 de septiembre siguiente por el Consejo de Administración. Que no puede entonces predicarse inhabilidad por la representación legal de la cooperativa.

Que el cargo referido a las libranzas convenidas con entidades descentralizadas del municipio de Sincelejo se controvirtió con las certificaciones expedidas por cada una de ellas.

E. Concepto del Ministerio Público

Concepto del Ministerio Público: *El Procurador Delegado ante el Consejo de Estado solicita confirmar la decisión apelada, que negó las pretensiones de la demanda. Consideró que no se configuró alguno de los supuestos de intervención en la celebración de contratos. Que no se demostró que el contrato suscrito entre la sociedad QUESSEP DE FERNANDEZ Y COMPAÑIA, S. EN C. y el SENA Regional Sucre se hizo por encargo o en provecho de otra persona.*

Que la causal de inhabilidad en la cual se funda la pretensión de nulidad de la elección del señor FERNANDEZ QUESSEP, como Alcalde del municipio de Sincelejo, referida a la celebración e intervención en contratos, no fue demostrada.

II.- CONSIDERACIONES DE LA SALA

A.- Competencia

La competencia de la Sección para conocer en segunda instancia de esta acción electoral está fijada por lo dispuesto en el artículo 129 del C.C.A. (Decreto 01 de 1984), modificado por la Ley 446 de 1998, artículo 37; al igual que por lo normado en el Acuerdo 55 del 5 de agosto de 2003 expedido por la Sala Plena del Consejo de Estado.

B.- De la prueba del acto de elección acusado

La elección del doctor JAIRO ALFREDO FERNANDEZ QUESSEP como Alcalde municipal de Sincelejo se probó con copia auténtica del formulario E-26AL del 14 de noviembre de 2011 expedido por la Comisión Escrutadora Municipal, que contiene el acto de su elección como tal, para el período 2012-2015 (fl. 17).

C.- Régimen de inhabilidades, concepto, finalidad. Su interpretación y tratamiento en el precedente judicial

El régimen de inhabilidades tiene por finalidad garantizar que a los cargos de elección popular se presenten personas íntegras, desprovistas de antecedentes que turben el eventual cumplimiento de las funciones públicas. El legislador ha previsto este régimen en observancia de los principios de moralidad, imparcialidad y defensa del patrimonio, rectores de la función pública.

*La Carta Política establece en el artículo 40 el derecho de los ciudadanos a participar en la conformación, ejercicio y control del poder político y, como una de sus manifestaciones, el de elegir y ser elegido (numeral 1°), así como de acceder al desempeño de funciones y cargos públicos (numeral 7°); pero señala que su ejercicio no es absoluto porque está sometido a las limitaciones que en aras de la defensa y de la garantía del interés general establezca el Legislador al expedir el régimen de inhabilidades. Entonces, en el entendido que las inhabilidades como defectos, impedimentos o prohibiciones para ser nombrado o elegido en un cargo o empleo y para desempeñarlo, se trata de **situaciones preexistentes** que se constituyen en limitación del derecho fundamental consagrado en el artículo 40*

Superior, que buscan preservar los principios de moralidad, transparencia e imparcialidad de la función administrativa y la garantía del derecho de igualdad de oportunidades².

Sobre la finalidad del régimen de inhabilidades, el Consejo de Estado ha dicho:

“El régimen de inhabilidades tiene como finalidad 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”³.

*“El régimen de inhabilidades consagrado en la Constitución y en la Ley persigue salvaguardar los principios de moralidad, imparcialidad, igualdad y transparencia, frente a quienes aspiren a ejercer funciones públicas. El régimen, de aplicación restrictiva, está constituido por una serie de circunstancias subjetivas o personales que limitan el derecho de acceso a cargos públicos en orden a garantizar la prevalencia del interés general sobre cualquier interés de índole personal, **estando proscrita la analogía y la extensión de causales a casos no previstos en la ley.** (...)”⁴.*

D.- Caso concreto

Al demandado se le imputaron las causales de inhabilidad de que tratan los numerales 5 y 8 del original artículo 95 de la Ley 136 de 1994, modificados por los numerales 3 y 4 del artículo 37 de la Ley 617 de 2000. La Sala estudiará sólo la causal referida al numeral 3 del artículo 37 de la Ley 617 de 2000, por cuanto el Tribunal desestimó el otro cargo y este punto no fue objeto de apelación, causal que se analizará frente a la posible gestión o intervención del demandado en la suscripción de los contratos entre el SENA y la sociedad QUESSEP DE FERNANDEZ & CIA S EN C., y entre la Fiscalía General de la Nación y la sociedad MAJESTIC & CIA LTDA.

Unica causal a estudiar: Inhabilidad del numeral 3 del artículo 37 de la Ley 617 de 2000, que modificó el numeral 5 del artículo 95 de la Ley 136 de 1994:

“INHABILIDADES PARA SER ALCALDE. El artículo 95 de la Ley 136 de 1994, quedará así:

² Consejo de Estado, Sección Quinta, sentencia de 31 de julio de 2009, exp. 2007-00244-02, MP.: Susana Buitrago Valencia.

³ Sentencia del 19 de febrero de 2009, rad. 2007-00700, MP. Susana Buitrago Valencia.

⁴ Sentencia del 5 de noviembre de 2009, rad. 2008-00127, MP. Filemón Jiménez Ochoa.

Artículo 95. Inhabilidades para ser alcalde. No podrá ser inscrito como candidato, ni elegido, ni designado alcalde 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 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. Así mismo, quien dentro del año anterior a la elección, 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 municipio”.

En la demanda se pretende estructurar esta causal a partir de las siguientes situaciones, que se analizarán en forma separada, de conformidad con las pruebas, para determinar si se encuentra probado el hecho en el cual se hace descansar la inhabilidad.

➤ *Celebración del contrato de arrendamiento entre MAJESTIC & CIA LTDA y la Fiscalía General de la Nación*

En la demanda no se explicó en detalle, en qué consistía la inhabilidad. Sólo que la Dirección Administrativa y Financiera Seccional Sincelejo de la Fiscalía General de la Nación firmó en el año 2011 contrato de arrendamiento con MAJESTIC & CIA LTDA., sociedad ésta de la cual es accionista la señora Carmen Quessep de Fernández, madre del alcalde demandado.

*Ante petición del Tribunal, el Director (E) de la Fiscalía Seccional de Sincelejo remitió copia auténtica del contrato de arrendamiento N° 0013 del **16 de noviembre de 2011**, que se firmó entre Iván Morales Jiménez en representación de la Fiscalía General de la Nación - Dirección Seccional Administrativa y Financiera de Sincelejo (arrendatario) y ALFREDO QUESSEP MARABY como representante legal de la sociedad MAJESTIC & CIA LTDA (arrendador), cuyo objeto fue el arrendamiento de los pisos 2 y 3 del Hotel Majestic de Sincelejo, por un término inicial de un mes y medio (fls. 154 a 159).*

Según Certificado de existencia y representación legal expedido por la Cámara de Comercio de Sincelejo, la sociedad MAJESTIC & CIA. LIMITADA se constituyó el 31 de marzo de 1987 y se registró en esa Cámara el 6 de abril del mismo año. Sus socios son William Alejandro Quessep Maraby, Alfredo Quessep Maraby, Carlos Alfonso Payares Quessep, Alfredo Payares Quessep y Carmen Quessep de Fernández. El gerente de la empresa es Alfredo Quessep Maraby y el subgerente Alfredo Payares Quessep. Esa persona jurídica tiene matriculado el establecimiento denominado "Hotel Majestic" (fls. 38 y 39).

Según copia auténtica del registro civil correspondiente expedida por la Notaría Segunda de Sincelejo, Jairo Alfredo Fernández Quessep nació el 2 de diciembre de 1959 en Sincelejo, y es hijo de la señora Carmen Quessep y el señor Fortunato Fernández (fls. 86 y 95).

Con tales documentos se demuestra que la sociedad MAJESTIC & CIA. LIMITADA dio en arrendamiento a la Dirección Seccional de Fiscalías de Sincelejo un bien de su propiedad; que dicho contrato se firmó el 16 de noviembre de 2011 por un término inicial de un mes y medio y debía ejecutarse en Sincelejo; que la señora Carmen Quessep de Fernández es socia de la citada sociedad, y que la misma señora Carmen Quessep de Fernández es la madre del aquí demandado, señor JAIRO FERNANDEZ QUESSEP.

Pero la acreditación de tales hechos no implica, per se, que el demandado, **dentro del año anterior** a ser electo como Alcalde de Sincelejo, hubiese celebrado dicho contrato "en interés propio o de terceros", o hubiese hecho gestión alguna con tal propósito.

Sobre la celebración de contratos como inhabilidad para ser elegido alcalde la jurisprudencia del Consejo de Estado, a partir del texto de la norma que la contiene, ha establecido que resulta "claro que la causal de inhabilidad se configura no sólo por la celebración de contratos con la entidad, sino que además se **exige la ocurrencia del presupuesto temporal**, es decir, que dicho contrato se haya celebrado durante el año anterior a la elección"⁵.

Basta con el solo documento del contrato de arrendamiento para corroborar que en el mismo no intervino el demandado, pues aquél se suscribió entre personas distintas a él. Además, se firmó el 16 de noviembre de 2011, fecha que no puede

⁵ Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección B, sentencia del 23 de febrero de 2011, M.P. Gerardo Arenas Monsalve.

ubicarse “dentro del año anterior a la elección”, pues ésta se produjo el 30 de octubre de 2011, por lo que la celebración del contrato fue POSTERIOR a la elección. Inclusive el acto con el que se declaró la elección del demandado (del 14 de noviembre de 2011) también es anterior a la firma del contrato.

Se recuerda que la inhabilidad constituye un “defecto, **impedimento** o prohibición para ser nombrado o elegido en un cargo o empleo y para desempeñarlo, se trata de **situaciones preexistentes** que se constituyen en limitación del derecho fundamental consagrado en el artículo 40 Superior”⁶, y que es preciso separar dos actividades distintas cuales son la celebración del contrato y su ejecución.

En consecuencia el supuesto que se alega en la demanda como constitutivo de la **inhabilidad**, es de imposible cumplimiento, pues la celebración del contrato no se produjo dentro del año anterior.

➤ Celebración del contrato entre el SENA - Regional Sucre y la empresa ALMACEN CARMENCITA QUESSEP DE FERNANDEZ

Señala la demanda que la sociedad QUESSEP DE FERNANDEZ “no sólo participó en el proceso de selección y firmó contrato [de] selección abreviada de menor cuantía con [el] SENA Seccional Sucre, que opera en el municipio de Sincelejo, a que nos venimos refiriendo, sino que intervino en la etapa precontractual, contractual y postcontractual, como lo acreditan las evaluaciones jurídicas, financieras y acta N° 0018 del Comité Asesor y Evaluador de fecha 24 de junio de 2011 y al final del mismo, **resultó favorecida con la adjudicación del contrato, lo cual no es posible, sino por la intervención y buena gestión del socio gestor y socio comanditario, en nuestro caso del ALCALDE elegido por el MUNICIPIO DE SINCELEJO - SUCRE**” (fl. 5).

El demandante no aportó el contrato del que pretende derivar la inhabilidad del demandado, y el coadyuvante Juan Carlos Suárez⁷, anexó fotocopia de la Resolución 239 del 1 de julio de 2011 expedida por el Director SENA Regional Sucre en la que adjudica un contrato dentro de la convocatoria pública DRS N° 015 de 2011; del contrato N° 621 del 19 de julio de 2011 suscrito entre el SENA (Centro de la Innovación, la Tecnología y los Servicios del SENA Regional Sucre) y CARMENCITA QUESSEP DE FERNANDEZ CIA S EN C; y de dos certificados

⁶ Sección Quinta, sentencia del 31 de julio de 2009, exp. 2007-00244-02, MP.: Susana Buitrago Valencia.

⁷ El término de fijación en lista venció el 17 de febrero de 2012 y en esa misma fecha presentó el escrito de coadyuvancia.

de disponibilidad presupuestal (fls. 124 a 134).

Sin embargo, como lo señaló el a-quo, estos documentos no podrán ser tenidos como pruebas ni podrá hacerse alguna valoración a partir de los mismos, teniendo en cuenta que se aportaron en copias simples. La jurisprudencia de esta Sección ha señalado que las copias simples no son medios de convicción que puedan tener la virtualidad de hacer constar o demostrar los hechos que con las mismas se pretendan hacer valer ante la jurisdicción, en cuanto su estado desprovisto de autenticación impide su valoración probatoria, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 254 del C. P.C.

Pero así se tuviesen en cuenta tales documentos, tampoco demostrarían el hecho constitutivo de la inhabilidad, cual es la intervención del demandado en la celebración de dicho contrato, pues ello no puede deducirse del solo hecho de que uno de los contratistas tenga algún vínculo familiar con el demandado.

Además, con la contestación a la demanda se anexó original del oficio 2012-105 del 17 de febrero de 2012 en el que el señor Director del SENA Regional Sucre certificó lo siguiente:

*“(...) me permito manifestar a Usted que revisado(s) los archivos correspondientes a la convocatoria CITS N° 015 de 2011, se pudo constatar que **dentro del proceso precontractual y contractual de la mencionada convocatoria, no intervino, ni gestionó a su nombre ni de un tercero la persona de JAIRO ALFREDO FERNANDEZ QUESSEP**, ni en la adjudicación del contrato de suministro de materiales de dotación personal y seguridad industrial para funcionarios y trabajadores oficiales del SENA REGIONAL SUCRE” (fl. 118).*

La afirmación del demandante de que la sociedad Carmencita Quessep de Fernández C&A S en C resultó favorecida con la adjudicación de dicho contrato por parte del SENA, gracias a la “intervención y buena gestión” del demandado, es una aseveración carente de prueba.

Para que se estructure esta causal debe demostrarse que la participación del demandado fue en forma directa y personal, y no como lo pretenden los apelantes cuando señalan que “Si bien no lo hizo directamente o a nombre personal; **sí se infiere** del acervo probatorio” (fl. 269), pues tratándose de inhabilidades, que implica la restricción al ejercicio de un derecho fundamental constitucional, no bastan las inferencias, sino que deben existir pruebas que demuestren sin duda alguna la ocurrencia de la inhabilidad.

Así las cosas, tampoco se demostró este otro hecho atribuido al demandado como constitutivo de la causal del numeral 3 del artículo 37 de la Ley 617 de 2000.

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

F A L L A

PRIMERO.- CONFIRMAR la sentencia de fecha 23 de agosto de 2012 dictada por el Tribunal Administrativo de Sucre, en la que se negaron las pretensiones de la demanda.

SEGUNDO.- DEVOLVER el expediente al Tribunal de origen, dejando las anotaciones pertinentes.

COPIESE, NOTIFIQUESE Y CUMPLASE. PUBLIQUESE.

SUSANA BUITRAGO VALENCIA

Presidente

MAURICIO TORRES CUERVO

ALBERTO YEPES BARREIRO