

**INHABILIDAD DE CONCEJAL – Intervención en celebración de contratos –
Intervención ante entidades publicas – Desempeño como Representante Legal –
Periodo Inhabilitante**

Con la demanda se solicita la nulidad del acto que declaró electo al señor Olmer Sánchez Duarte como Concejal del municipio de Tuluá, Valle del Cauca, para el período constitucional 2012-2015, con fundamento en que se encontraba inhabilitado conforme a lo dispuesto en la causal 3ª del artículo 43 de la Ley 136 de 1994 que fue modificado por el artículo 40 de la Ley 617 de 2000. La accionante alega que el demandado estaba incurso en la inhabilidad porque dada su calidad de representante legal de «Asofamora», suscribió con el Municipio de Tuluá un contrato que se denominó «Acuerdo de Entendimiento», que tuvo por objeto «establecer una alianza para el desarrollo del proyecto ‘Sociedad Estratégica entre Pequeños Productores Hortifrutícolas del Centro del Valle y la empresa Vitafruit, para el mejoramiento de sus procesos técnico-administrativos certificarlos en BPA y BPM, y crear nuevos productos, que les lleve a posicionarse en el mercado nacional e internacional», y en el que se estableció como tiempo de duración de desarrollo del proyecto el lapso de doce (12) meses. La Sección, en cuanto al factor temporal de la inhabilidad por intervención en celebración de contratos, ha establecido en la jurisprudencia que esa conducta debe ocurrir dentro del preciso término fijado por la norma, y que la etapa poscontractual no es inhabilitante, valga decir, los actos relativos a la ejecución y liquidación del contrato. Así, a efectos de verificar el cumplimiento del presupuesto sub examine, se tendrá en cuenta únicamente la fecha en que se celebró o suscribió el contrato, más no actuaciones posteriores derivadas del mismo. El «Acuerdo de Entendimiento» carece de la fecha en la cual fue suscrito, y por ello no podría, en principio, establecerse si se ajustó o no dentro del año anterior a la elección demandada. Sin embargo, con apoyo en otros documentos válidamente aportados al proceso la Sala logra establecer que dicho Acuerdo se celebró por fuera del término inhabilitante. El «Acuerdo de Entendimiento» estaba sujeto a la aprobación del proyecto y que para la fecha de celebración del Contrato No. 603 de 2008, llevada a cabo el 22 de julio, aquél ya había sido aprobado. Por tanto, dicho Acuerdo es anterior al citado contrato, de lo cual se infiere que el «Acuerdo de Entendimiento» fue suscrito antes del 22 de julio de 2008, es decir, mucho antes del año anterior al acto de elección de 30 de octubre de 2011. En síntesis, la demandante no logró demostrar que el accionado Olmer Sánchez Duarte, quien resultó electo Concejal en las justas electorales llevadas a cabo el 30 de Octubre de 2011 en el municipio de Tuluá - Valle del Cauca, incurrió en la causal de inhabilidad prevista en el numerales 3º del artículo 43 de la Ley 136 de 1994, modificado por el artículo 40 de la ley 617 de 2000, razón por la cual habrá de confirmarse la decisión adoptada por el Tribunal Contencioso Administrativo del Valle del Cauca, pero por las razones anotadas en la parte considerativa de este proveído.

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCION QUINTA

Consejero ponente: ALBERTO YEPES BARREIRO

Bogotá D.C., diez (10) de mayo de dos mil trece (2013)

Radicación número: 76001-23-31-000-2011-01854-01

Actor: JANETH BARON GONZALEZ

Demandado: CONCEJAL DEL MUNICIPIO DE TULUA

La Sala decide el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia dictada por el Tribunal Administrativo del Valle del Cauca, el

pasado 20 de junio de 2012, mediante la cual denegó las pretensiones de la demanda.

I.- DEMANDA

1.- Pretensiones

La accionante solicita que se declare:

“1º. Que son nulos los Actos del 30 de Octubre de dos mil once (2011), según el E-26-CON, hoja 10 pagina (sic) 1 de 2 DECLARATORIA DE ELECCION (sic), por medio de los cuales la Comisión Escrutadora del Municipio de Tuluá Valle del Cauca declaró la elección de OLMER SANCHEZ DUARTE, como concejal del Municipio de Tuluá Valle, para el periodo 2012-2015, como consta en las Actas de Escrutinio General y parcial cuyas copias auténticas adjunto.

2º. Que como consecuencia de lo anterior, el cargo de Concejal del Municipio de Tuluá Valle, para el periodo 2012-2015 deberá ser ocupado, según renglón de la lista respectiva, habida (sic).

3º. se (sic) condene en costas y costo (sic) al Accionado por el presente tramite (sic) de Proceso Electoral”

2.- Fundamentos de Hecho

Con los hechos de la demanda se afirma que:

1º.- El demandado es el representante legal de la Asociación de Familias Productoras de Mora del Valle del Cauca “Asofamora”, según certificado de existencia y representación legal.

2º.- En forma confusa expresa: “Se pone a consideración del Municipio de Tuluá, la Asociación de Familias Productoras de Mora del Valle del Cauca ‘asofamora’ (sic), ‘Vitafruit’ proyecto Mediante (sic) **SOCIEDAD ESTRATEGICA** (sic) **ENTRE PEQUEÑOS PRODUCTORESHORTIFRUTICOLAS** (sic) **DEL CENTRO DEL VALLE, Y LA EMPRESA VITAFRUIT, PARA** (sic) **MEJORAR SUS PROCESOS TECNICO-ADMINISTRATIVOSCERTIFICARLOS** (sic) **EN BPA Y BPM, Y CREAR NUEVOS PRODUCTOS, QUELES** (sic) **LLEVE A POSICIONARSE EN**

EL MERCADO NACIONAL EINTERNACIONAL (sic), se pone a consideración del proyecto” (Negrillas del texto).

3º.- El citado proyecto estableció en su página 24 la siguiente metodología:

1.- Reestructurar jurídicamente a vitafruit (sic), como un (sic) sociedad con participación de los pequeños productores (sic)

Se legalizara (sic) en documento privado la sociedad VITAFRUIT, entre LILIANA TOBOS-ASOFAMORA para proceder luego a su registro en Cámara de Comercio, DIAN, dando cumplimiento a todas las exigencias legales y fiscales que ello implica (sic)

2.- Mejorar el proceso productivo de pulpa de fruta de la empresa vitafruit., (sic) para atender demandas insatisfechas, mediante el mejoramiento de la planta física, la estrategia de comercialización, contratación de nuevo personal y la implementación y certificación de BPM en sus procesos productivos (sic)

La planta de proceso de Vitafruit es un espacio de 40 mts², suficiente para la actual producción, pero no así para la creciente demanda INMEDIATA.

En este caso dado el interés de la Secretaría de Agricultura y Alcaldía municipal de Tuluá - Valle, en apoyar (sic)

Este lugar está ubicado en una propiedad e (sic) la gobernación (sic) del Valle, donde actualmente funciona la sede de la Secretaría de Agricultura Municipal y donde durante los últimos 8 años, se realiza sin falta los fines de semana el mercado campesino, lo que nos facilita hacer de este (sic) un lugar de venta directa para los productos VITAFRUIT.”

4º.- El Municipio de Tuluá y los representantes legales de las Asociaciones Funcevalle, Asofamora y Vitafruit, firmaron un “*Acuerdo de Entendimiento*” para la **“EJECUCION (sic) del PROYECTO SOCIEDAD ESTRATEGICA (sic) ENTRE PEQUEÑOS PRODUCTORESHORTIFRUTICOLAS (sic) DEL CENTRO DEL VALLE, Y LA EMPRESA VITAFRUIT, PARA (sic) MEJORAR SUS PROCESOS TECNICO-ADMINISTRATIVOSCERTIFICARLOS (sic) EN BPA Y BPM, Y CREAR NUEVOS PRODUCTOS, QUELES (sic) LLEVE (sic) A POSICIONARSE EN EL MERCADO NACIONAL EINTERNACIONAL (sic)”**. (Negrillas del original)

4º.- (sic) El señor Olmer Sánchez Duarte, en su calidad de representante legal de “Asofamora”, hace parte del Consejo Nacional de la Cadena de la Mora, del Ministerio de Agricultura.

5º.- El demandado, durante los años 2010 y 2011 ha prestado sus servicios al SENA mediante “*varia (sic) contrataciones.*”.

6º.- El 30 de octubre de 2011 se llevaron a cabo las elecciones para concejales del municipio de Tuluá, a las cuales se presentó el señor Olmer Sánchez Duarte, como candidato por el Partido Conservador.

7º.- La Comisión Escrutadora del Municipio de Tuluá declaró elegido como concejal al señor Olmer Sánchez Duarte.

8º.- Las actas de esa comisión tienen fecha 30 de octubre de 2011, con fecha de generación 5 de noviembre siguiente.

9º.- Según el artículo 226 *in fine* del C.C.A., el cargo deberá ser ocupado por el ciudadano que sigue en la lista del respectivo partido.

3.- Normas Violadas y Concepto de Violación

Cita como vulnerados los artículos 293 y 312 de la Constitución, el artículo 43, numerales 2º y 3º de la Ley 136 de 1994, que fue modificado por el artículo 40 de la Ley 617 de 2000, y el artículo 223 numeral 5º del C.C.A.

Explica el actor que el demandado viola las anteriores disposiciones debido a que en su condición de representante legal de *“Asofamora” “y como contratista con una entidad del Estado llámese Sena”*, firmó un convenio con el Municipio de Tuluá, denominado *“Acuerdo de Entendimiento”*, por el cual esa entidad territorial aporta recursos y un lote de terreno donde funciona la Secretaría de Agricultura y Medio Ambiente, para instalar allí una planta procesadora de alimentos, que todavía existe.

Agrega que el señor Sánchez Duarte igualmente está inhabilitado porque *“en su calidad de contratista del Sena Buga, ha desarrollado actividades de sus funciones en la jurisdicción del municipio de Tuluá Zona Rural”*. Todo lo expuesto configura la causal de nulidad del numeral 5º del artículo 223 del C.C.A., al declararse elegido como concejal a quien no podía serlo.

II.- CONTESTACION DE LA DEMANDA

El accionado, por medio de apoderado, se opuso a las pretensiones de la demanda y frente a los hechos manifestó: El primero, es cierto. El segundo, es

parcialmente cierto, y precisó que (i) El “*Acuerdo de Entendimiento*” fue aprobado en la convocatoria pública Agro Industrial SENA - ILCA No. 1; (ii) El manejo administrativo y financiero se hizo a través del ejecutor, la Fundación para el Desarrollo Integral de Tuluá y el Centro del Valle “*Funcevalle*”, según las cláusulas 5ª a 7ª; (iii) Tanto el Municipio de Tuluá, como “*Asofamora*”, “*Vitafruit*” y “*Funcevalle*”, aportaron recursos al Acuerdo en un 13.39%, 21.76%, 13.17% y 51.68%, respectivamente, como contrapartida por \$373.550.000 a los recursos aprobados por el SENA y el Instituto Interamericano de Cooperación para la Agricultura “*IICA*”; (iv) El Acuerdo establece que se regirá por el derecho privado y por el código de comercio y sus actividades se derivarán de los compromisos contractuales asumidos frente al SENA y al IICA; (v) Suscrito el convenio, “*Funcevalle*” firmó el contrato No. 603 de 2008 con el “*IICA*”, para el desembolso de recursos internacionales por \$278.850.000 el 22 de julio de 2008; y, (vi) El contrato No. 603 en mención, inició el 14 de agosto de 2008 y se liquidó el 30 de diciembre de 2009, según acta de liquidación firmada por las partes el 21 de junio de 2010.

El tercero, es parcialmente cierto, y pese a lo confuso de la demanda, alude a que se instaló una planta procesadora de frutas en los terrenos donde quedan las oficinas de la Secretaría de Agricultura de Tuluá, donde se realiza un mercado campesino cada 8 días, predios que pertenecen a la Gobernación del Valle y que fue entregado en comodato al Municipio de Tuluá. El cuarto, es parcialmente cierto, el cual fue respondido y aclarado en el hecho segundo. El cuarto bis, es parcialmente cierto, dado que el demandado sí es el representante legal de “*Asofamora*” y forma parte del Consejo Nacional de la Cadena de la Mora, que está conformada por productores moreros asociados, comercializadores, centros de investigación, industrias, entidades de apoyo, etc., no reciben honorarios ni manejan recursos públicos y, por tanto, no tienen la calidad de servidores públicos. El quinto, es cierto, y precisa que el demandado suscribió los siguientes contratos de prestación de servicios educativos con el Centro Agropecuario del SENA de Buga, durante los años 2010 y 2011, pero de jurisdicción de ejecución diferente al Municipio de Tuluá, a saber: (i) Contrato No. 00137 de 28 de enero de 2010, (ii) Contrato No. 000114 de 01 de febrero de 2011, y (iii) Contrato No. 000232 de 08 de julio de 2011. El sexto y el séptimo, son ciertos. El octavo, es falso, porque las actas finales de escrutinio son de 5 de noviembre de 2011. El noveno, no es un hecho sino un supuesto.

Propuso como **excepciones**:

1.- Inexistencia de causal de inhabilidad como representante legal de “Asofamora” y como miembro del Consejo Nacional de la Cadena de la Mora. Se sustenta en la naturaleza privada del acuerdo de voluntades suscrito entre el Municipio de Tuluá, “Asofamora” y “Vitafruit”, y en que quien ejecutó el contrato firmado con “IICA” fue “Funcevalle”, del cual reitera que se inició el 14 de agosto de 2008 y fue liquidado el 30 de diciembre de 2009, según acta de liquidación firmada por las partes el 21 de junio de 2010, es decir, el contrato se terminó 10 meses antes de la fecha límite que establece la Ley 136 de 1994 en su artículo 43 numeral 2º. Así mismo, que erróneamente considera el demandante que la sola calidad de miembro del Consejo Nacional de la Cadena de la Mora del accionado lo convierte en servidor público y por ello percibe honorarios, siendo todo lo contrario, puesto que tiene que pagar sus desplazamientos cuando hay reuniones en Bogotá.

2.- Inexistencia de causal de inhabilidad como contratista del SENA Buga. Expresa que si bien el demandado suscribió contratos de prestación de servicios educativos con el Centro Agropecuario SENA de Buga hasta el 8 de diciembre de 2011, su elección como Concejal tuvo lugar en el municipio de Tuluá; contratos cuya liquidación debía surtirse por el Centro Agropecuario de Buga. Además, que su calidad de instructor en el SENA se asimila a la de un docente, para los cuales conforme a jurisprudencia del Consejo de Estado, no se configura inhabilidad.

3.- Insuficiencia probatoria. Señala que el accionante, en demanda confusa y sin precisar los contratos, no aporta pruebas claras para respaldar sus pretensiones.

III.- SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Tribunal Administrativo del Valle del Cauca negó las pretensiones de la demanda mediante sentencia proferida el 20 de junio de 2012, que se apoyó en consideraciones que la Sala sintetiza así:

Se refirió de entrada a la causal de inhabilidad del numeral 3º del artículo 40 de la Ley 617 de 2000, y a las pruebas recaudadas en el proceso, tales como el “Acuerdo de Entendimiento”, el contrato 603 de 2008 derivado del Convenio 378

de 2007 IICA - SENA, el acta de liquidación del contrato anterior, fechada el 21 de junio de 2010, contrato de prestación de servicios 137 de 28 de enero de 2010, firmado entre el SENA y el demandado, el contrato de prestación de servicios 114 de 1º de febrero de 2011, suscrito entre las mismas partes, el contrato de prestación de servicios 232 de 8 de julio de 2011 firmado entre el SENA Centro Agropecuario de Buga y el señor Olmer Sánchez Duarte.

Luego de relacionar las pruebas precisó que para la configuración de la causal de inhabilidad era necesario demostrar los siguientes presupuestos: (i) la elección del demandado como concejal; (ii) la existencia de un contrato en el que haya intervenido el demandado, ya sea en interés propio o de terceros; (iii) la naturaleza del contrato, en el sentido de probarse que se celebró con entidades públicas de cualquier nivel; (iv) que el contrato se haya celebrado dentro del año anterior a la elección; y (v) que el contrato se ejecute en el mismo municipio o distrito donde resultó electo el demandado.

Posteriormente, y con apoyo en el caudal probatorio, halló probado el acto de elección del demandado como concejal de Tulúa (2012-2015). Frente al contrato No. 603 del 22 de julio de 2008, concluyó que se celebró por fuera del año anterior a la elección del demandado como concejal. Igualmente se acreditó que el demandado intervino en la firma del “*Acuerdo de Entendimiento*” pero no en la celebración del contrato No. 603 de 22 de julio de 2008, lo cual no configura la inhabilidad porque se celebraron por fuera del año inhabilitante.

También se probó que el demandado firmó el contrato de prestación de servicios No. 000137, pero que tampoco configura la inhabilidad porque se celebró el 28 de enero de 2010, por fuera del término de la inhabilidad en cuestión.

Igualmente se probó que el demandado suscribió los contratos de prestación de servicios No. 000114 del 1º de febrero de 2011 y No. 000232 del 8 de julio del mismo año, pero concluyó que frente a éstos tampoco se configuraba la causal de inhabilidad, pues pese a que se celebraron con una entidad pública (SENA), dentro del año anterior a la elección, no se ejecutaron en el municipio de Tulúa donde resultó electo el demandado, sino en municipios diferentes.

IV.- RECURSO DE APELACION

Dentro de la oportunidad legal, la demandante presentó y sustentó recurso de apelación contra la decisión adoptada por el Tribunal Administrativo del Valle del Cauca, con escritos radicados el 12 y 16 de julio de 2011 (fls. 218 y 219 y 220 a 228).

En el primer escrito aduce que los contratos que firmó el demandado con “Asofamora”, si bien fueron suscritos en años anteriores, no han sido cancelados a la fecha, están vigentes y por ende se han ido prorrogando anualmente. Adiciona que la planta donde funciona esa asociación está ubicada en el municipio de Tuluá, en los mismos predios donde funciona la Secretaría de Asistencia Agropecuaria y Medio Ambiente “SEDAMA”.

Señala que los contratos de prestación de servicios No. 000114 y No. 000232 celebrados por el demandado con el SENA, fueron ejecutados en los corregimientos de Monteloro y La Moralia, que pertenecen a la alta montaña del municipio de Tuluá.

En el segundo escrito enfatiza que existen dos contratos distintos, uno, el correspondiente al “Acuerdo de Entendimiento”, en el que el Municipio de Tuluá cede un terreno ubicado en la “Sedama” para la instalación y funcionamiento de la planta de “Asofamora”; y el otro, el contrato 603 de 22 de julio de 2008, derivado del Convenio No. 378/2007 IICA-SENA, en el que pese a la existencia del acta de liquidación de julio 22 de 2010, el permiso para la instalación y funcionamiento de la planta de “Asofamora” no ha sido cancelado sino que por el contrario se ha prorrogado en el tiempo; además, que en los mismos predios, propiedad del Municipio de Tuluá, funciona la sede de la Secretaría de Agricultura, circunstancia que en su sentir configura igualmente la causal de inhabilidad.

Frente al contrato de prestación de servicios No. 000137, observa que si bien se celebró el 28 de enero de 2010 y culminó en diciembre del mismo año, en el fallo apelado se pasó por alto la intervención en gestión de negocios como causal de nulidad, pues a partir de esa fecha “el demandado debió INICIAR GESTION (sic) ANTE LA ENTIDAD PUBLICA (sic) PARA QUE SE LE EFECTUARA EL PAGO, por sus servicios prestados,...” (Subrayas del original).

Por último, solicita que se decreten como pruebas oficiar a la Alcaldía Municipal de Tuluá y al SENA de Buga para que alleguen ciertos documentos, y que se

practique diligencia de inspección judicial a la Secretaría de Agricultura y Medio Ambiente del Municipio de Tuluá.

V.- ALEGATOS EN SEGUNDA INSTANCIA

El término previsto con tal fin feneció sin que ninguna de las partes hiciera pronunciamiento alguno.

VI.- CONCEPTO DEL MINISTERIO PUBLICO EN SEGUNDA INSTANCIA

El Procurador Séptimo Delegado ante el Consejo de Estado, solicita confirmar el fallo apelado. Para ello empleó disquisiciones que la Sala sintetiza así:

Tras referirse a la causal de inhabilidad invocada con la demanda (Ley 617/00 Art. 40 num. 3º), y a los presupuestos requeridos para su configuración, informó que únicamente se pronunciaría sobre dos de ellos, que el contrato se haya celebrado dentro del año anterior a la elección y que su ejecución haya tenido lugar en el mismo municipio por el que resultó electo el demandado.

En cuanto al *“Acuerdo de Entendimiento”*, y a los contratos No. 603 de 22 de julio de 2008 y No. 000137 de 28 de enero de 2010, señala el Agente del Ministerio Público, que fueron firmados con más de 12 meses de antelación a la fecha de la elección. Que el demandado tan solo firmó el citado Acuerdo, pero no el contrato No. 603, que lo firmaron los representantes legales de IICA y *“Funcevalle”*. Agrega que conforme a la jurisprudencia de la Sección, se debe tener como fecha inhabilitante única y exclusivamente la de suscripción del acuerdo de voluntades, sin que pueda *“ser extendido a los actos de ejecución contractual, tales como aquellos actos por medio de los cuales el contratista pretende la cancelación total del contrato por parte de la entidad contratante.”*

Niega que no se haya liquidado o cancelado el *“Acuerdo de Entendimiento”*, puesto que según el mismo su duración se estipuló en 12 meses, tiempo durante el cual se desarrollaría el proyecto. Es decir, que lo afirmado por la apelante son simples conjeturas sin soporte probatorio.

Con respecto a los contratos de prestación de servicios No. 000114 de 1º de febrero de 2011 y 000232 de 8 de julio de 2011, suscritos entre el demandado y el SENA de Buga, coincidió con el *a quo* en que pese a que éstos fueron celebrados dentro del año anterior a la elección, no fueron ejecutados en el mismo municipio para el cual resultó electo el accionado, como así lo evidencian las pruebas visibles a folios 161, 162, 163, 177, 180, 181, 189, 191, 203, 204, 214, 219, 222, 236, 248, 260, 262, 274, 276, 286 y 288 del Cuaderno 2 A.

En síntesis, concluyó el agente del Ministerio Público que las pretensiones de la demanda están llamadas al fracaso, motivo por el cual solicitó la confirmación del fallo apelado.

VII.- TRAMITE DE SEGUNDA INSTANCIA

Con auto del 11 de septiembre 2012, se admitió el recurso de apelación, se ordenó mantener el proceso en secretaría por 3 días a disposición de la parte contraria, se ordenó fijarlo en lista por 3 días más, y luego entregar el expediente al agente del Ministerio Público para que en el término de 5 días rindiera concepto de fondo.

Realizado todo lo anterior ingresó el negocio al Despacho para emitir sentencia de segundo grado.

VIII.- CONSIDERACIONES DE LA SALA

1.- Competencia

La competencia de la Sección Quinta del Consejo de Estado para conocer del recurso de apelación formulado por la parte demandante contra el fallo emitido el 20 de junio de 2012 por el Tribunal Administrativo del Valle del Cauca, está fijada por lo dispuesto en el artículo 129 del C.C.A., subrogado por el artículo 37 de la Ley 446 de 1998, y en el artículo 13 del Acuerdo 58 de 15 de septiembre de 1999 -Reglamento Consejo de Estado-, modificado por el artículo 1º del Acuerdo 55 de 2003.

2.- De la Prueba del Acto de Elección Acusado

La elección del señor Olmer Sánchez Duarte como Concejal del Municipio de Tuluá, período constitucional 2012-2015, por el Partido Conservador Colombiano, se probó con copia auténtica del formulario E-26-CON, expedido por los integrantes de la Comisión Escrutadora Municipal¹.

3.- Cuestiones Previas

1º.- La Sala observa que el proceso especial de nulidad electoral se rige, en parte, por el principio de Justicia Rogada consagrado en el numeral 4º del artículo 137 del C.C.A., según el cual las demandas que se dirijan a esta jurisdicción deben expresar *“Los fundamentos de derecho de las pretensiones. [Y que] Cuando se trate de la impugnación de un acto administrativo deberán indicarse las normas violadas y explicarse el concepto de su violación”*².

Este principio, en los procesos en que se pide la nulidad de un acto administrativo, se traduce en que la parte demandante debe cumplir con la carga de indicar con toda precisión las normas que se violaron con su expedición, bien sea por falta de aplicación, por indebida aplicación o por interpretación errónea; e igualmente, expresar los supuestos de hecho y de derecho que en su opinión contribuyen a materializar la infracción al ordenamiento jurídico.

En procesos como éste, si el actor cuestiona la legalidad de un acto electoral, *verbi gratia* de elección por voto popular como en el *sub lite*, por la configuración de la causal de inhabilidad prevista en el numeral 3º del artículo 43 de la Ley 136 de 1994, modificado por el artículo 40 de la Ley 617 de 2000, por intervención en celebración de contratos, la mencionada exigencia procesal no se cumple con sólo citar la causal de inhabilidad y otras disposiciones jurídicas. A ello debe agregarse una exposición clara de los supuestos de hecho que dan lugar a la inhabilidad, para lo cual es menester mencionar los contratos en que según el accionante participó el demandado.

¹ Cuaderno principal folios 40 y 41.

² Lo subrayado fue declarado exequible por la Corte Constitucional mediante sentencia C-197 de 1999, bajo la condición **“de que cuando el juez administrativo advierta la violación de un derecho fundamental constitucional de aplicación inmediata, deberá proceder a su protección, aun cuando el actor en la demanda no hubiere cumplido con el requisito de señalar las normas violadas y el concepto de violación. Igualmente, cuando dicho juez advierte incompatibilidad entre la Constitución y una norma jurídica tiene la obligación de aplicar el art. 4 de la Constitución.”**

Junto al principio que se viene examinando y para no sacrificar el derecho fundamental de acceso a la administración de justicia, debe tomarse en cuenta que por el carácter público de la acción de nulidad electoral y por la prevalencia del derecho sustancial, es necesario que en la valoración de cada caso se tome en cuenta el deber de interpretar la demanda que tienen los jueces de la República, a fin de que cualquier obstáculo, por minúsculo que sea, no termine impidiendo asumir de fondo el estudio de la controversia jurídica, tal como así lo ha indicado la jurisprudencia de esta Sección:

“En esa línea de pensamiento esta Sección ha pregonado la tesis del deber de interpretar la demanda, cuando la misma presente cierta carencia u oscuridad en el acápite de normas violadas y concepto de violación, pues ha considerado que si bien esta jurisdicción debe ejercer el control de legalidad ceñido al marco fijado en dicho acápite, para la aptitud formal de la demanda *“...es suficiente con que refiera argumentos que permitan establecer los alcances de la impugnación que se plantea...”*³. También ha tomado en cuenta la naturaleza especial del proceso electoral para morigerar el examen formal de la demanda, pues por tratarse de una acción pública permite el desarrollo del derecho fundamental a participar en la conformación, ejercicio y control del poder político (C.P. Art. 40), al punto de *“resulta[r] razonable que la Sala prohíje la tesis de que la estrictez en la apreciación de su configuración formal no sea lo predominante”*⁴, con lo que se busca, a toda costa, evitar el proferimiento de sentencias inhibitorias o de carácter meramente formal.”⁵

La armonización del principio de Justicia Rogada y el deber de interpretar la demanda no puede llevar al extremo de suplir omisiones serias a cargo de los sujetos procesales. Si bien es menester ahondar en el sentido y alcance de la acusación formulada con la demanda, a fin de encontrar el propósito y razón de la misma para no dejarla sin respuesta jurisdiccional por opacidades que no son insuperables, ello no puede llevarse al extremo de que sea el juez quien deba identificar o suministrar los hechos que dan cuerpo al concepto de violación, ya que esa labor es exclusiva de la parte demandante, como así lo corrobora el numeral 3º del artículo 137 del C.C.A., al consagrar que la demandas radicadas ante esta jurisdicción debe contener, entre otras cosas, *“Los hechos u omisiones que sirvan de fundamento de la acción.”*, lo cual debe hacerse con la demanda o

³ Sentencia del 29 de abril de 2010. Expediente: 700012331000200700239-02. Actor: Zorobel Jesús Romero Martínez. Demandados: Concejales de Sincelejo.

⁴ Sentencia del 22 de octubre de 2009. Expediente: 110010328000200800014-00. Actor: Margarita Vives Lacouture. Demandado: Gerente ISS Seccional Magdalena.

su corrección y no en fase o instancia posterior, pues por el diseño mismo del proceso electoral, el cabal ejercicio del derecho a la defensa se hace respecto de lo señalado en la demanda.

Ahora, pese a que en la demanda se haya invocado la causal de inhabilidad consagrada en el numeral 3º del artículo 40 de la Ley 617 de 2000, por intervención en celebración de contratos, el desarrollo fáctico y normativo se cumplió por parte del demandante únicamente de cara al “Acuerdo de Entendimiento” firmado por el Municipio de Tuluá, “Asofamora”, “Vitafruit” y “Funcevalle”, sin fecha expresa de celebración, que se identificó cabalmente en la demanda.

Sin embargo, no se cumplió con el principio de Justicia Rogada ni con el deber de determinar el cargo respecto de la misma inhabilidad, en cuanto a ningún otro contrato, puesto que en el hecho 5º el actor tan solo señaló que el señor Olmer Sánchez Duarte “durante el año 2010 y a la fecha del 2011, ha venido prestando sus servicios (sic) al SENA Buga, con varias (sic) contrataciones.”, porque en el concepto de violación reiteró la inhabilidad en el demandado “como contratista con una entidad del Estado llámese Sena”, y porque en el capítulo de pruebas solicitó oficiar al Sena - Buga para “certificar y aportar prueba de Contratos del señor OLMES SANCHEZ (sic) DUARTE con dicha entidad en el año 2010 y 2011.”.

Fue el demandado quien con la contestación individualizó el cargo, al referirse concretamente a los contratos de prestación de servicios educativos firmados con el Sena - Buga, a saber: Contrato No. 00137 de 28 de enero de 2010, Contrato No. 000114 de 1º de febrero de 2011 y Contrato No. 000232 de 8 de julio de 2011. Con base en esa información fue que el Tribunal *a-quo* examinó y concluyó la improperidad del cargo porque no fueron ejecutados en la misma circunscripción por la que resultó elegido el demandado, y que el Procurador 7º Delegado ante el Consejo de Estado sugirió en su concepto confirmar el fallo apelado.

Por tanto, como el cargo por intervención en celebración de contratos únicamente lo determinó la demandante frente al “Acuerdo de Entendimiento” firmado por el Municipio de Tuluá, “Asofamora”, “Vitafruit” y “Funcevalle”, y como quiera que los

⁵ Consejo de Estado – Sala de lo Contencioso Administrativo – Sección Quinta. Sentencia de 7 de marzo de 2011. Expediente: 110010328000201000006-00. Actor: Herman Gustavo Garrido Prada. Demandado: Rector Universidad Popular del Cesar. C.P. María Nohemí Hernández Pinzón.

Contratos No. 00137 de 28 de enero de 2010, No. 000114 de 1º de febrero de 2011 y No. 000232 de 8 de julio de 2011, sólo vinieron a ser conocidos dentro del proceso gracias a la intervención del concejal Olmer Sánchez Duarte, la Sala únicamente tiene el deber de estudiar el cargo con respecto al citado Acuerdo.

2º.- La Sala observa que al contestar la demanda el apoderado del señor Olmer Sánchez Duarte propuso las excepciones de *“Inexistencia de Causal de Inhabilidad como Representante legal de “Asofamora” y como miembro del Consejo Nacional de la Cadena de la Mora, la de Inexistencia de Causal de Inhabilidad como Contratista del Sena Buga”, y la de “Insuficiencia Probatoria”*. Sin embargo, el *a-quo* nada dijo frente a las mismas en las consideraciones de la sentencia objeto de apelación, pese a que es su deber pronunciarse al respecto, como así lo establece el artículo 164 del C.C.A. al señalar que *“En la sentencia definitiva se decidirá sobre las excepciones propuestas y sobre cualquiera otra que el fallador encuentre probada”*.

Ahora, pese a que el *a-quo* en este caso negó las pretensiones de la demanda, que es adonde apuntan las excepciones, no realizar el estudio de esos medios de defensa del demandado constituye una afrenta al debido proceso, sin importar si las mismas son infundadas o no.

Pues bien, aunque el juez de segunda instancia tiene el deber de pronunciarse frente a las excepciones planteadas que no hayan sido consideradas por el *a-quo*, puesto que *“El silencio del inferior no impedirá que el superior estudie y decida todas la excepciones de fondo, propuestas o no, sin perjuicio de la reformatio in pejus.”* (C.C.A. Art. 164 *in fine*), se observa por la Sala que las excepciones planteadas no constituyen en realidad excepciones, dado que no se trata de la exposición de hechos o circunstancias nuevas frente a lo sostenido en la demanda, sino que es solamente la presentación de las razones que para el accionado impiden la configuración de las causales de inhabilidad alegadas.

Aunque el resultado materialmente puede ser el mismo al que llegó el Tribunal *a-quo*, para la Sala es importante señalar que en todo caso los operadores jurídicos deben referirse a las excepciones planteadas por la defensa, bien sea para desestimarlas, para decir que técnicamente no son excepciones o ya para indicar que su estudio no es menester porque existen otras razones que conducen a la improsperidad de lo pretendido.

3º.- Con el escrito de apelación la demandante solicita se decreten y practiquen pruebas en esta instancia, a lo cual no se accederá toda vez que no se da ninguno de los presupuestos exigidos en el artículo 214 del C.C.A., que señala:

“Artículo 214.- Cuando se trate de apelación de sentencia, las partes podrán pedir pruebas, que se decretarán únicamente en los siguientes casos:

1. Cuando decretadas en la primera instancia, se dejaron de practicar sin culpa de la parte que las pidió, pero sólo con el fin de practicarlas o de cumplir requisitos que les faltan para su perfeccionamiento.
2. Cuando versen sobre hechos acaecidos después de transcurrida la oportunidad para pedir pruebas en primera instancia, pero solamente para demostrar o desvirtuar estos hechos.
3. Cuando se trate de documentos que no pudieron aducirse en la primera instancia por fuerza mayor o caso fortuito o por obra de la parte contraria.
4. Cuando con ellas se trate de desvirtuar los documentos de que trata el numeral anterior.”

En efecto, la solicitud consistente en oficiar tanto a la Alcaldía Municipal de Tuluá como al SENA - Buga, para que alleguen copia del *“acta de liquidación o cancelación por parte del Municipio y de Asofamora, del acuerdo de entendimiento”* y *“de la cuenta de cobro presentada por el señor OLMER SANCHEZ DUARTE, del contrato de prestación de servicios 000137 de 2010, del mes de diciembre de 2010, y copia de orden pago del (sic) expedida por el SENA Buga”* (Subrayas del original), respectivamente, son pruebas que no fueron solicitadas en primera instancia.

Tampoco procede decretar en esta instancia la inspección judicial a las instalaciones de la Secretaría de Agricultura y Medio Ambiente de Tuluá, *“con el fin de verificar la existencia de la planta de la Asociación de Familias Productoras de Mora del Valle del Cauca ‘asofamora’”*, porque esta prueba fue solicitada por la demandante ante el Tribunal *a-quo*, quien la negó con auto de 2 de marzo de 2012 (C. 1º folios 164 y 165), que quedó en firme.

4º.- La apoderada de la demandante, con el escrito de apelación, plantea que el demandado está incurso en la inhabilidad por intervención en gestión de negocios frente al contrato de prestación de servicios No. 000137 de 28 de enero de 2010, que culminó en diciembre del mismo año, puesto que a partir de lo anterior *“el demandado debió INICIAR GESTION (sic) ANTE LA ENTIDAD PUBLICA (sic)*

PARA QUE SE LE EFECTUARA EL PAGO, por sus servicios prestados,...
(Subrayas del original).

La Sala no abordará el estudio de dicho planteamiento en consideración a que se trata de un cargo nuevo, que se pretende introducir al debate extemporáneamente, con el recurso de apelación, cuando ha debido hacerlo con la demanda o su corrección, siempre y cuando la última hubiera llegado al proceso antes de cumplirse el término de caducidad.

En efecto, la demanda en ninguna parte señala que el demandado haya intervenido en gestión de negocios, y menos aún con respecto a los pagos adeudados al señor Olmer Sánchez Duarte por la ejecución del contrato de prestación de servicios No. 000137 de 28 de enero de 2010, que como se dijo arriba no individualizó la parte demandante, pues del mismo sólo se tuvo noticia en el proceso gracias a la contestación que radicó el apoderado del accionado.

En el proceso, en cuanto a la causal de inhabilidad del numeral 3º del artículo 40 de la Ley 617 de 2000, que modificó el artículo 43 de la Ley 136 de 1994, únicamente se menciona de manera puntual el “Acuerdo de Entendimiento” firmado por el Municipio de Tuluá, “Asofamora”, “Vitafruit” y “Funcevalle”, sin fecha expresa de celebración, en torno al cual sí se desarrolla el cargo de nulidad por supuesta intervención del señor Olmer Sánchez Duarte en celebración de contratos, y que por lo mismo será materia de estudio.

5º.- La Sala advierte que el Tribunal *a-quo* al fallar el caso en primera instancia únicamente trató lo concerniente a la causal de inhabilidad consagrada en el numeral 3º del artículo 43 de la Ley 136 de 1994, modificado por el artículo 40 de la Ley 617 de 2000, pero pasó por alto que la accionante también acudió a la causal de inhabilidad del numeral 2º de la misma disposición, frente a la cual la única referencia que existe en la demanda está en el hecho 4º que dice “Que [el demandado] en su calidad de representante legal de... ‘asofamora’, hace parte del consejo (sic) Nacional de la Cadena de la Mora, del Ministerio de Agricultura”.

Sin embargo, como la parte demandante, quien obra como apelante único, no hizo ningún reparo a dicha omisión en el escrito de impugnación, se considera por la Sala que ese planteamiento no puede abordarse en esta instancia, pues de hacerlo se desbordaría el marco que fijó la accionante con la alzada.

4.- Pruebas relevantes

En el caso *sub examine*, de conformidad con los medios de convicción allegados al proceso, se encuentran plenamente acreditados los siguientes hechos:

1.- Que el demandado Olmer Sánchez Duarte fue designado como Representante Legal de la Asociación de Familias Productoras de Mora del Valle del Cauca “*Asofamora*”, desde el 19 de junio de 2002, conforme al certificado de existencia y representación legal expedido por la Cámara de Comercio de Buga (C. 1º folios 42 a 44).

2.- Que entre el Municipio de Tuluá - Valle del Cauca, la Fundación para el Desarrollo Integral de Tuluá y el Centro del Valle “*Funcevalle*” representada legalmente por Gonzalo Espinosa Giraldo, la Asociación de Familias Productoras de Mora del Valle del Cauca “*Asofamora*” representada legalmente por Olmer Sánchez Duarte y “*Vitafruit*” cuyo representante legal es Liliana Alexandra Tobos, suscribieron un “*Acuerdo de Entendimiento*”, que figura sin fecha, cuyo objeto fue el de establecer una alianza para el desarrollo del proyecto “*Sociedad Estratégica entre Pequeños Productores Hortifrutícolas del Centro del Valle y la empresa Vitafruit para el mejoramiento de procesos técnico administrativos certificarlos en BPA y BPM y crear nuevos productos que les lleve a posicionarse en el mercado nacional e internacional*” (C. 1º folios 94 a 96 y 132 a 134).

5.- De la intervención en celebración de contratos por parte del demandado

Con la demanda se solicita la nulidad del acto que declaró electo al señor Olmer Sánchez Duarte como Concejal del municipio de Tuluá, Valle del Cauca, para el período constitucional 2012-2015, con fundamento en que se encontraba inhabilitado conforme a lo dispuesto en la causal 3ª del artículo 43 de la Ley 136 de 1994 que fue modificado por el artículo 40 de la Ley 617 de 2000, en los siguientes términos:

“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.”

La accionante alega que el demandado estaba incurso en la inhabilidad porque dada su calidad de representante legal de “Asofamora”, suscribió con el Municipio de Tuluá un contrato que se denominó “Acuerdo de Entendimiento”, que tuvo por objeto “establecer una alianza para el desarrollo del proyecto ‘Sociedad Estratégica entre Pequeños Productores Hortifrutícolas del Centro del Valle y la empresa Vitafruit, para el mejoramiento de sus procesos técnico-administrativos certificarlos en BPA y BPM, y crear nuevos productos, que les lleve a posicionarse en el mercado nacional e internacional”, y en el que se estableció como tiempo de duración de desarrollo del proyecto el lapso de doce (12) meses.

La causal de inhabilidad se configura cuando se cumplen los siguientes presupuestos: (i) Que el demandado haya intervenido en celebración de contratos con una entidad pública de cualquier nivel, (ii) Que la ejecución del contrato haya tenido lugar en la misma circunscripción electoral en la que se produjo la elección acusada, (iii) Que la celebración del contrato se haya realizado en interés propio o de terceros, y (iv) Que la celebración del contrato haya tenido lugar dentro del año anterior a la elección acusada.

Con todo, como es menester que se cumplan la totalidad de los presupuestos indicados, la ausencia de uno de ellos hace innecesario el estudio de los restantes. Como esa es la situación del presente caso, por razones de economía procesal la Sala centrará su análisis en lo atinente al presupuesto que exige que el respectivo contrato se haya celebrado dentro del año anterior a la fecha de la elección impugnada.

La Sección, en cuanto al factor temporal de la inhabilidad por intervención en celebración de contratos, ha establecido en la jurisprudencia que esa conducta debe ocurrir dentro del preciso término fijado por la norma, y que la etapa poscontractual no es inhabilitante, valga decir, los actos relativos a la ejecución y liquidación del contrato. Sobre el particular se dijo:

“Por consiguiente, cuando el motivo que se esgrime como factor inhabilitante alude a la celebración del contrato, es necesario que la parte demandante, en satisfacción a la carga de la prueba que a

él incumbe, acredite dentro del informativo que el demandado, dentro del año anterior a su elección, celebró o suscribió un contrato estatal, con cualquier entidad pública, para ser cumplido o ejecutado en la comprensión municipal por la que el accionado resultó electo. El factor temporal contenido en la inhabilidad lleva a pregonar que es dentro de ese interregno que debe haberse suscrito el contrato estatal, puesto que si desborda sus límites la jurisdicción debe mantener la legalidad del acto acusado, por falta de configuración de la inhabilidad.

Ahora, **las etapas subsiguientes a la celebración del contrato estatal, como son su ejecución o cumplimiento y su liquidación, no pueden ser tenidas en cuenta para materializar la inhabilidad que se examina, ciertamente porque lo que allí sanciona el legislador es la celebración del contrato y no su ejecución,** posición esta que ya ha sido decantada por la jurisprudencia de la Sección.”⁶ (Resalta la Sala).

Así, a efectos de verificar el cumplimiento del presupuesto *sub examine*, se tendrá en cuenta únicamente la fecha en que se celebró o suscribió el contrato, más no actuaciones posteriores derivadas del mismo. El “*Acuerdo de Entendimiento*” carece de la fecha en la cual fue suscrito, y por ello no podría, en principio, establecerse si se ajustó o no dentro del año anterior a la elección demandada. Sin embargo, con apoyo en otros documentos válidamente aportados al proceso la Sala logra establecer que dicho Acuerdo se celebró por fuera del término inhabilitante, según pasa a explicarse.

El “*Acuerdo de Entendimiento*” señala en su cláusula 10^a que se podrá liquidar, “*en caso de no ser aprobado el Proyecto ‘Sociedad Estratégica Pequeños Productores Hortifrutícolas del Centro del Valle y la empresa Vitafruit para el mejoramiento de procesos técnico administrativos certificarlos en BPA y BPM y crear nuevos productos, que les lleve a posicionarse en el mercado nacional e internacional’*”⁷, en tanto que el Contrato No. 603 de 2008 consigna en el literal f) de sus consideraciones “*que de conformidad con los criterios y procedimientos establecidos para la evaluación de los proyectos en la Convocatoria, se aprobó la cofinanciación del proyecto ‘Sociedad Estratégica entre Pequeños Productores Hortifrutícolas del Centro del Valle y la empresa Vitafruit para el mejoramiento de*

⁶ Sentencia del 6 de octubre de 2005. Expediente: 3557. Actor: Unaldo José Rocha Ojeda y otros. Citada en Sentencia de esta Sección del 17 de octubre de 2008. Expediente 2007-00640. Actor: Marcel Roberto Larios Arrieta y Otra. Demandado: Concejal Municipal de Girón. C.P. Dra. María Nohemí Hernández Pinzón.

⁷ Cdno Ppal Fl. 134

procesos técnico administrativos certificarlos en BPA y BPM y crear nuevos productos...”⁸.

Lo anterior deja ver que el “*Acuerdo de Entendimiento*” estaba sujeto a la aprobación del proyecto y que para la fecha de celebración del Contrato No. 603 de 2008, llevada a cabo el 22 de julio, aquél ya había sido aprobado. Por tanto, dicho Acuerdo es anterior al citado contrato, de lo cual se infiere que el “*Acuerdo de Entendimiento*” fue suscrito antes del 22 de julio de 2008, es decir, mucho antes del año anterior al acto de elección de 30 de octubre de 2011.

Lo discurrido lleva a la Sala a afirmar que no es cierto que se configure en el señor Olmer Sánchez Duarte la causal de inhabilidad prevista en el numeral 3º del artículo 43 de la Ley 136 de 1994, que se modificó con el artículo 40 de la Ley 617 de 2000, por intervención en celebración de contratos, puesto que el “*Acuerdo de Entendimiento*” no se celebró dentro del año anterior a la elección. Por ende, otros argumentos derivados del citado Acuerdo, tales como que en el mismo sitio donde funciona la Secretaría de Agricultura y Medio Ambiente “*Sedama*”, se instaló una planta procesadora de fruta de “*Asofamora*”, no cambian la conclusión a la que ha llegado la Sala, toda vez que corresponden a hechos fruto de la ejecución de ese concierto de voluntades.

6.- Conclusión

En síntesis, la demandante no logró demostrar que el accionado Olmer Sánchez Duarte, quien resultó electo Concejal en las justas electorales llevadas a cabo el 30 de Octubre de 2011 en el municipio de Tuluá - Valle del Cauca, incurrió en la causal de inhabilidad prevista en el numerales 3º del artículo 43 de la Ley 136 de 1994, modificado por el artículo 40 de la ley 617 de 2000, razón por la cual habrá de confirmarse la decisión adoptada por el Tribunal Contencioso Administrativo del Valle del Cauca, pero por las razones anotadas en la parte considerativa de este proveído.

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,

⁸ Cdno Ppal. Fl. 135

FALLA:

PRIMERO: Confirmar la sentencia desestimatoria de 20 de junio de 2012, proferida por el Tribunal Administrativo del Valle del Cauca, dentro del Proceso Electoral No. 201101854, seguido por Janeth Barón González.

Segundo. Devuélvase el expediente al Tribunal de origen dejando las constancias del caso.

COPIESE Y NOTIFIQUESE

SUSANA BUITRAGO VALENCIA

Presidenta

**MAURICIO TORRES CUERVO
BARREIRO**

ALBERTO YEPES