

ACTO DE LLAMAMIENTO - Control de legalidad / NULIDAD ELECTORAL - La decisión de llamar al candidato que sigue en lista constituye el acto administrativo enjuiciable ante esta Jurisdicción / ACTO DE LLAMAMIENTO DE CONCEJAL - Reemplazo de titular por falta absoluta / CONCEJO MUNICIPAL - Manera de suplir faltas absolutas / CONCEJAL LLAMADO - Acto de llamamiento lo constituye la decisión de llamar al candidato que sigue en lista

El demandante sostiene que ante las peculiares circunstancias en que se produjo la llegada del señor Lao Herrera Iranzo al Concejo Distrital de Barranquilla, que no fue por elección directa sino por llamamiento a ocupar la vacante dejada por el Concejal Mauricio Gómez Amín, al corresponderle por estar en el orden descendiente de la misma lista del partido liberal, el acto objeto de control de legalidad es la Resolución N° 081 de 7 de marzo de 2013 en la cual el Presidente del Concejo Distrital de Barranquilla dispuso "Posesionar al Dr. Lao Herrera Iranzo (...) como Concejal del Distrito de Barranquilla para el resto del presente período constitucional 2012-2015 por la lista del Partido Liberal" -tesis que acogió el Tribunal-. Sobre el punto la Sala comienza por recordar que las faltas absolutas en las corporaciones públicas de elección popular del nivel territorial se suplen en la forma que dispone el artículo 63 de la Ley 136 de 2 de junio de 1994, esto es, con los candidatos no elegidos que hacen parte de la misma lista del elegido saliente, en orden sucesivo y descendente, para lo cual el Presidente del Concejo Distrital "dentro de los tres (3) días hábiles siguientes a la declaratoria, llamará a los candidatos que se encuentren en dicha situación para que tomen posesión del cargo vacante que corresponde". Entonces el trámite que procede en casos de vacantes que sí pueden ser provistas es que la Mesa Directiva oficie al candidato que sigue en orden sucesivo y descendente dentro de la misma lista a la que pertenecía el elegido que generó la vacante, a fin de convocarlo a que tome posesión del cargo. Esta decisión de llamarlo constituye el acto administrativo enjuiciable ante esta Jurisdicción a través de la acción de nulidad electoral. El artículo 139 del CPACA señala que además de los actos de elección por voto popular o por cuerpos electorales, y de los actos de nombramiento, también se "podrá pedir la nulidad de los actos de llamamiento para proveer vacantes en las corporaciones públicas". El acto de llamamiento en cuestión es reglado y motivado pues se debe dirigir a la persona del candidato no elegido que sigue en el orden descendente de la lista electoral a la que perteneció el saliente. En el presente caso antes de resolver sobre la admisión de la demanda el Tribunal con auto del 8 de abril de 2013 ordenó oficiar al Concejo Distrital de Barranquilla para que remitiera "fotocopia debidamente autenticada del Acto Administrativo de llamamiento que se le hizo al señor Lao Herrera Iranzo para ocupar la vacante absoluta dejada por la renuncia del Concejal doctor Mauricio Gómez Amín". La Oficina Jurídica del Concejo el 15 de abril de 2013 informó que la Registraduría Especial de Barranquilla indicó que el señor Lao Herrera Iranzo era quien debía ocupar la curul. Que éste solicitó a la Mesa Directiva que lo posesionara como concejal, con lo cual "se dio por notificado o llamado". Así las cosas, para la Sala la Resolución N° 081 de 7 de marzo de 2013 en la cual el Presidente del Concejo Distrital de Barranquilla dispuso "Posesionar al Dr. Lao Herrera Iranzo (...) como Concejal del Distrito de Barranquilla para el resto del presente período constitucional 2012-2015 por la lista del Partido Liberal", en este preciso caso hace las veces o equivale al llamamiento, pues fue de este pronunciamiento, que se derivó del informe de la Registraduría del Estado Civil de Barranquilla y de la misma solicitud del interesado, que la Corporación se propuso suplir la falta absoluta que se generó por la renuncia aceptada al concejal Mauricio Gómez Amín. Entonces, aunque el documento (Resolución) no se denomine expresamente acto de llamamiento, es el instrumento que empleó el Concejo

Distrital de Barranquilla para que el señor Lao Herrera Iranzo ocupara la curul dejada por el señor Mauricio Gómez Amín.

FUENTE FORMAL: LEY 1437 DE 2011 - ARTICULO 139 / LEY 136 DE 1994 - ARTICULO 63

CONTRATO - Terminación por mutuo acuerdo / MUTUO DISENSO - Alcances frente a la celebración del contrato / CONTRATO - Puede ser invalidado por mutuo consentimiento, también conocido como mutuo disenso, distracto contractual o resciliación

Atendiendo a que el problema jurídico por resolver en este proceso y el motivo de las apelaciones que ejercieron el demandado y la autoridad que produjo el acto consiste en determinar si ante un contrato que se celebró durante el período inhabilitante, pero que no se ejecutó y se dio por terminado de común acuerdo por las partes, se estructura o no la inhabilitación para ser elegido válidamente Concejal por la causal de que da cuenta el numeral 3 del artículo 43 de la Ley 136 de 1994 (modificado por el art. 40 de la Ley 617 de 2000), es indispensable analizar la figura del mutuo disenso para determinar sus alcances frente a la celebración del contrato. Para comenzar ha de señalar la Sala que aunque lo normal es que un contrato se firme para ser ejecutado, pues suscribirlo genera obligaciones recíprocas, puede suceder que luego de celebrado las mismas partes contratantes convengan deshacerlo o invalidarlo, es decir, en no desarrollarlo, en no ejecutarlo. Así lo autoriza el Código Civil en el artículo 1602 que reza: "Todo contrato legalmente celebrado es una ley para los contratantes, y no puede ser invalidado sino por su consentimiento mutuo o por causas legales". Por su parte el artículo 1625 del Código Civil enlista los modos de extinguir las obligaciones. Señala en primera opción que éstas se acaban o que cesa su exigibilidad por una convención válidamente celebrada de las partes contratantes. Significa que el contrato puede ser invalidado por mutuo consentimiento, también conocido por la doctrina como mutuo disenso, distracto contractual o resciliación, válidamente manifestado por las partes actoras en una relación de índole obligacional. A través de dicha figura se dan por terminadas de manera voluntaria, las prestaciones que se vengán ejecutando o que se van a ejecutar. La estipulación de los contratantes deshacen válidamente el acuerdo. Resulta claro entonces que los sujetos vinculados por un acto voluntario, pueden disponer de su convención celebrada, de tal forma que conforme a sus intereses deshacen, rompen o acaban con esa relación que los une, de la misma forma por medio de la cual la generaron, o sea, con la expresión de su voluntad. Tanto las disposiciones del Código Civil como la doctrina citada utilizan expresiones que indican que uno de los eventos en que puede presentarse la terminación por mutuo acuerdo de un contrato, es cuando éste se encuentra "en vía de ejecución", lo cual trae como consecuencia su invalidación; que se "deshace" lo firmado; que las obligaciones quedan "extinguidas"; que se "desanudan" los vínculos jurídicos; que se "revoque", "disuelva" e "invalide" la disposición de intereses; o que se ponga fin a las "obligaciones emergentes" del contrato. Bajo estos parámetros, concluye la Sala que es válido que los contratos se terminen por mutuo acuerdo válidamente expresado por las partes, lo que ante la doctrina generalizada se conoce con el nombre de mutuo disenso o distracto contractual. Ello implica un desistimiento del "negocio" contenido en el contrato. Las partes involucradas en el acuerdo, de forma voluntaria, retrotraen las cosas al momento anterior a la celebración del mismo. Es la consecuencia que acaece de ello máxime si el acuerdo no se ha ejecutado. Son características generales de la figura del mutuo disenso, en primer lugar, que éste opera sobre relaciones contractuales bilaterales vigentes, ya que el fin primordial del mismo es romper la relación vinculante que cuenta con

prestaciones pendientes por ejecutar a cargo de ambas partes; que no obran vicios de ningún tipo que puedan anular o desequilibrar el contrato o afectarlo de lesión enorme. Si acaeciere alguna de estas circunstancias no se puede sanear por el mutuo consentimiento de las partes. Aunque ni en la Ley 80 de 1993 ni en la Ley 1150 de 2007, marco normativo de la contratación estatal, se tipifica la figura del mutuo disenso como causal de extinción de obligaciones contractuales, no significa que no pueda ser aplicada en ese campo de la contratación.

FUENTE FORMAL: CODIGO CIVIL - ARTICULO 1602 / CODIGO CIVIL - ARTICULO 1625

INHABILIDAD DE CONCEJAL LLAMADO - Quien dentro del año anterior a la elección haya intervenido en la celebración de contratos con entidades públicas de cualquier nivel en interés propio o de terceros / INHABILIDAD POR INTERVENCION EN LA CELEBRACION DE CONTRATOS - La no ejecución del contrato impide que pueda materializarse la inhabilidad / INHABILIDAD DE CONCEJAL LLAMADO - El contrato celebrado se terminó por mutuo acuerdo antes de su ejecución

El señor Alfonso Rafael Mercado Lastra demanda la nulidad del llamado al señor Lao Herrera Iranzo para que se posesionara como Concejal del Distrito de Barranquilla, en reemplazo del dimitente Mauricio Gómez Amín, tras afirmar que estaba incurso en la causal de inhabilidad del numeral 3º del artículo 43 de la Ley 136 de 1994, modificado por el artículo 40 de la Ley 617 de 2000. La inhabilidad la hace consistir en que el señor Lao Herrera Iranzo, dentro del año anterior a las elecciones del 30 de octubre de 2011, celebró Contrato de Prestación de Servicios N° 0159-2010-000058 de 3 de diciembre de 2010 con el Distrito de Barranquilla, cuyo objeto era el de “Prestar servicios para la difusión de las actividades, programas y campañas que adelanta la Secretaría Distrital de Movilidad, a través de pautas publicitarias emitidas en programas radiales de contenido informativo”. El demandado se opone a que en su caso se haya configurado tal inhabilidad debido a que el primer día siguiente hábil a la firma de ese contrato, de común acuerdo éste se dio por terminado, como así consta en el Acta de Terminación y Liquidación por Mutuo Acuerdo del Contrato de Prestación de Servicios. El día lunes 6 de diciembre de 2010, esto es, al primer día hábil siguiente a la fecha de suscripción del contrato las partes firmantes de común acuerdo lo deshicieron. Para el efecto suscribieron “acta terminación y de liquidación por mutuo acuerdo al contrato N° 0159-2010-000058. Resulta claro entonces que como consecuencia de este acuerdo bilateral fruto de la libre y autónoma voluntad de cada una de las partes firmantes, el contrato de prestación de servicios cuya ejecución aún no había tenido lugar se terminó y se declararon recíprocamente a paz y salvo. Es decir, que se “desistió” del negocio jurídico. O como lo llaman los tratadistas citados cuando estudian esta situación jurídica: que el acuerdo fue desanudado, rescindido, disuelto, revocado, invalidado, deshecho, extinguido bilateralmente o por mutuo acuerdo. Esta auténtica “descelebración” implica que la situación se retrotrajo al momento anterior a firmarse el contrato. Fue lo que ocurrió frente al contrato motivo de la inhabilidad que el demandante le imputa al demandado. Máxime si se considera que el acuerdo se suscribió un día viernes y al día lunes inmediatamente siguiente se dio por terminado. Las partes quisieron ponerle fin desanudando así las obligaciones que generaría para lo cual expresamente declararon estar “a paz y salvo por todo concepto”. De esta manera frente a un contrato deshecho antes de su ejecución la inhabilidad que se le endilgó al demandado queda sin piso alguno. Tal conclusión impone que se revoque la sentencia de primera instancia en cuanto anuló el acto de llamamiento del señor Lao Herrera Iranzo como Concejal del Distrito de Barranquilla contenido en la

Resolución 081 del 7 de marzo de 2013 del Presidente del Concejo Distrital de Barranquilla. y se confirmarán los demás numerales de la parte resolutive, en los que se declararon no probadas las excepciones y se negaron las demás pretensiones de la demanda, que atañen a que se anulara la inscripción del demandado como candidato al Concejo Distrital de Barranquilla, el formulario E-26CO y el Acta de posesión del demandado como Concejal.

FUENTE FORMAL: LEY 136 DE 1994 - ARTICULO 43 NUMERAL 3 MODIFICADO POR LA LEY 617 DE 2000 - ARTICULO 40

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCION QUINTA

Consejera ponente: SUSANA BUITRAGO VALENCIA

Bogotá D.C., diecinueve (19) de junio de dos mil catorce (2014)

Radicación número: 08001-23-33-000-2013-00882-01

Actor: ALFONSO RAFAEL MERCADO LASTRA

Demandado: CONCEJAL DEL MUNICIPIO DE BARRANQUILLA

La Sala decide los recursos de apelación que formularon los apoderados del demandado y del Concejo Distrital de Barranquilla contra el fallo anulatorio dictado el 13 de diciembre de 2013, por el Tribunal Administrativo del Atlántico - Sala Oral.

I.- ANTECEDENTES

1.- Demanda

a.- Pretensiones:

Con la demanda se solicitó:

“PRIMERO.- Que se declare la NULIDAD del acto de inscripción del candidato LAO HERRERA IRANZO en la lista del Partido Liberal para el Concejo Distrital de Barranquilla periodo 2012-2015, por estar incurso en la causal de inhabilidad de que trata el artículo 43 numeral 3 de la Ley 136 de 1994 modificada por el artículo 40 de la Ley 617 de 2000.

SEGUNDO.- Que se declare la NULIDAD del acto de resultado de escrutinio para elección del Concejo - Elecciones 30 de octubre de 2011 en el Distrito de Barranquilla E-26 CO (Hoja Nº 2 de 23) de fecha 12 de noviembre de 2011

expedido por la Registraduría Especial Distrital de Barranquilla (donde se declara inicialmente la elección), en lo relativo a la lista del Partido Liberal Colombiano, candidato LAO HERRERA IRANZO, quien obtuvo 3.511 votos, por estar incurso en la causal de inhabilidad de que trata el artículo 43 numeral 3 de la Ley 136 de 1994 modificada por el artículo 40 de la Ley 617 de 2000.

TERCERO.- Que se declare la NULIDAD del acto de resultado de escrutinio para elección del Concejo-Elecciones 30 de octubre de 2011 en el Distrito de Barranquilla E-26 CO Expedido por la Delegación Departamental de la Registraduría Nacional del Estado Civil donde se resuelven los reclamos presentados a la Registraduría Especial Distrital de Barranquilla 2011 (donde se declara finalmente la elección), en lo relativo a la lista del Partido Liberal Colombiano, candidato LAO HERRERA IRANZO, quien obtuvo 3.511 votos, por estar incurso en la causal de inhabilidad de que trata el artículo 43 numeral 3 de la Ley 136 de 1994 modificada por el artículo 40 de la Ley 617 de 2000.

CUARTO.- Que se declare LA NULIDAD DEL ACTO DE LLAMAMIENTO Y/O ACTA DE SESION 003 de marzo 07 de 2013, por medio del cual se consigna que la persona siguiente en la lista es el señor LAO HERRERA IRANZO, para ocupar el cargo de concejal.

QUINTO.- Que se declare la NULIDAD DEL ACTO DE POSESION incorporado en el Punto No. 5 del orden del día de sesión ordinaria 003 de marzo 7 de 2013 del Honorable Concejo Distrital de Barranquilla (Toma de Juramento y Posesión del Doctor LAO HERRERA IRANZO por el Partido Liberal Colombiano) por estar incurso en la causal de inhabilidad de que trata el artículo 43 numeral 3 de la Ley 136 de 1994 modificada por el artículo 40 de la Ley 617 de 2000.

SEXTO.- Que se declare la NULIDAD de la Resolución No. 081 del 07 de marzo de 2013 por la cual se posesiona al Doctor LAO HERRERA IRANZO como Honorable Concejal del Distrito de Barranquilla, por estar incurso en la inhabilidad de que trata el artículo 43 numeral 3 de la Ley 136 de 1994 modificada por el artículo 40 de la Ley 617 de 2000, **AL CELEBRAR CONTRATO DENTRO DE LOS DOCE MESES ANTERIORES A LAS ELECCIONES DE FECHA 30 DE OCTUBRE DE 2011.**

SEPTIMO.- Que se comunique el fallo al Consejo Nacional Electoral, al Registrador Nacional del Estado Civil, a los Delegados del Registrador del Estado Civil en el Departamento del Atlántico, a la Registraduría Distrital del Estado Civil de Barranquilla, para que proceda a la cancelación de la credencial de Concejal del señor LAO HERRERA IRANZO.

OCTAVO.- Que se ordene al Concejo Distrital de Barranquilla o a quien corresponda, suplir la vacante dejada por el señor MAURICIO GOMEZ AMIN, por el candidato siguiente en el orden descendiente (sic) de votación, es decir al señor FREDDY BARON OROZCO, conforme a la lista con voto preferente del Partido Liberal Colombiano al tenor de lo dispuesto en el Artículo 135 de la Constitución Política de Colombia.”¹

¹ El capítulo de pretensiones fue modificado por el demandante con escrito del 16 de abril de 2013, visible a folios 260 y 261 del cuaderno principal. Además, con auto del 29 de abril de 2013 el Tribunal Administrativo del Atlántico - Sala de Oralidad admitió la demanda junto con su adición, ordenó las notificaciones y comunicaciones del caso, y negó la suspensión provisional deprecada sobre el acto acusado.

b.- Fundamentos de hecho

Como supuestos fácticos relevantes se informó que en las elecciones del 30 de octubre de 2011 el Partido Liberal Colombiano obtuvo 3 de las 21 curules al Concejo Distrital de Barranquilla, asignadas a Mauricio Gómez Amín, Oscar David Galán y Eugenio Díaz Peris. El primero de ellos ejerció como tal hasta el 1º de marzo de 2013, por renuncia aceptada.

Que ante ello el Presidente de la Mesa Directiva solicitó al Registrador del Estado Civil de Barranquilla, con oficio de 4 de marzo de 2013, que suministrara el nombre de la persona que seguía en votación por la misma lista, ante lo cual esa entidad, con oficio 0393 del mismo día, indicó que correspondía al señor Lao Herrera Iranzo.

Según el demandante, esta persona estaba inhabilitada, por haber celebrado un contrato dentro del año anterior a las elecciones. Explica que no obstante haberse pedido la intervención de la Procuraduría General de la Nación para impedir la posesión del funcionario inhabilitado, la misma se surtió el 7 de marzo de 2013, motivo por el cual se produjo “un acto administrativo tácito de llamamiento”.

3.- Normas violadas y concepto de violación

Se invocan como infringidos los artículos 179, 180 y 183 de la Constitución; el 40 de la Ley 617 de 2000; y, el artículo 43 numeral 3º de la Ley 136 de 1994. Se explicó que el demandado está incurso en esa causal de inhabilidad porque dentro de los 12 meses anteriores a la jornada electoral del 30 de octubre de 2011, celebró con el Distrito de Barranquilla el contrato de prestación de servicios profesionales N° 0159-2010-000058 de 3 de diciembre de 2010, para ejecutarse en esa ciudad y cuyo objeto consistió en la difusión de actividades, programas y campañas de la Secretaría de Movilidad del Distrito.

Con fundamento en jurisprudencia del Consejo de Estado señaló que el régimen de inhabilidades no se cuenta hacia atrás desde la fecha en que se produce el llamado, sino desde el día de las elecciones.

Que si bien el 6 de diciembre de 2010 el señor Lao Herrera Iranzo radicó ante la Alcaldía Distrital escrito mediante el cual renunció a la ejecución del mencionado contrato y pidió su liquidación bilateral, ya había quedado incurso en la causal de

inhabilidad en cita, pues lo relevante es la celebración más no la ejecución del contrato, frente al cual participó incluso desde sus fases previas.

Agregó que ese contrato contó con el certificado de disponibilidad presupuestal N° 54.674, el registro presupuestal N° 107.194 publicado en la Gaceta Distrital N° 364-2 y ciertamente se liquidó a pesar de lo cual el 10 de diciembre de 2010 se pagaron los impuestos departamentales pro estampilla y pro ciudadela según liquidación N° 241.962 con una base gravable de \$3.000.000. Es decir, el contrato existió y no figura en la relación de contratos anulados durante las vigencias presupuestales 2010 a 2012.

2.- Contestaciones a la demanda

a.- Del demandado

A través de apoderado se opuso a lo pretendido. Calificó de imprecisas las pretensiones porque no se individualizó el acto de inscripción ni los actos de llamamiento y posesión y, porque estaría caducada la acción en cuanto a la pretensión anulatoria del formulario E-26 del 4 de noviembre de 2011. En cambio, señaló que sí procedía el estudio de la Resolución N° 081 de 7 de marzo de 2013 que ordenó la posesión del demandado, así como del punto N° 5 del orden del día de la sesión ordinaria del Concejo Distrital de Barranquilla del mismo día.

En defensa de la legalidad del acto acusado señaló que según los artículos 63 de la Ley 136 de 1994 y 139 del CPACA, en estos casos deben distinguirse dos actos: el llamamiento y la posesión. En cuanto al primero sostuvo que puede producirse en forma verbal o escrita y es pasible de control jurisdiccional. En cambio, la posesión, que no es un acto definitivo, no es susceptible de dicho control.

Agregó que si bien el accionante sabía de la inexistencia de un acto de llamamiento escrito, tenía la posibilidad de probar su existencia por otros medios para someterlo a control judicial. Que el acto verbal de llamado se prueba con lo que acaeció en el Consejo Distrital de Barranquilla durante los días 4, 5 y 6 de marzo de 2013, cuando se presentó la renuncia del concejal Mauricio Gómez Amín, se solicitó a la Registraduría Especial de Barranquilla que informara el nombre de la persona que debía ocupar esa curul, se pidió a la Procuraduría

General de la Nación para que constatará si el demandado estaba inhabilitado para asumir ese cargo y se expidió la Resolución N° 081 de 7 de marzo de 2013 que finalmente, ordenó la posesión.

Que lo relevante no es la celebración del contrato sino su ejecución. Que además debe tenerse en cuenta el principio de la carga de la prueba a cargo del demandante, quien debe establecer el beneficio electoral que reporta un contrato estatal, así como el principio in dubio pro elector, que protege la decisión popular.

Señaló que el contrato en cuestión nunca nació a la vida jurídica, no se perfeccionó, porque no se cumplió su cláusula 15 que ordenaba su publicación (Ley 80 de 1993², art. 41 par. 3º) y el pago de los impuestos previstos en el artículo 6º de la Ley 1106 de 2006 y su Decreto Reglamentario 3461 de 2007.

Con apoyo en lo dispuesto en los artículos 13, 40 y 41 de la Ley 80 de 1993 y 1602 y 1625 del C.C., sostuvo que el Distrito de Barranquilla y el señor Lao Herrera Iranzo acordaron “declarar extinguidas las obligaciones que nacerían del futuro contrato resciliado, es decir, por mutuo acuerdo decidieron retrotraer las cosas al estado anterior a su rúbrica, como si nunca hubiese mediado la voluntad de intentar celebrar un negocio jurídico, reputándose, en consecuencia, su inexistencia e invalidez...”. Por lo mismo, el Contrato N° 0159-2010-000058 sólo estuvo vigente un día hábil, entre el 3 y el 6 de diciembre de 2010, porque este día dicho contrato “fue invalidado por mutuo acuerdo de las partes”.

Consideró que “la nulidad del intento de contrato” no pudo producir ningún efecto jurídico en materia electoral porque su ejecución se subsumió en el mutuo acuerdo de las partes, sin que se produjera ventaja alguna frente a los electores, que surge de la ejecución del contrato.

Insistió en que el demandante no cumplió con la carga de probar que se aprobaron las garantías, que existía disponibilidad presupuestal; que se pagaron los servicios prestados y que se rindieron los informes de interventoría. Por último, pidió declarar la excepción de inepta demanda, sin que en esa parte expusiera razón alguna (fls. 359 a 379).

b.- Del Concejo Distrital de Barranquilla

² “Por la cual se expide el Estatuto General de la Contratación de la Administración Pública”.

La apoderada judicial³ designada por el Presidente de esa Corporación contestó la demanda; admitió como ciertos algunos hechos, en tanto que otros los negó. Precisó que la renuncia del concejal Mauricio Gómez Amín se aceptó el 4 de marzo de 2013, y que ante solicitud del ahora demandante, la Procuraduría General de la Nación intervino en el trámite, sin que advirtiera la existencia de alguna inhabilidad o irregularidad.

Señaló que la inhabilidad debe computarse a partir del 7 de marzo de 2013, cuando se posesionó el demandado, y no con antelación a la fecha de las elecciones. Pero como para entonces habían pasado más de los 12 meses a que se concreta la inhabilidad en estudio, no se configura el aspecto temporal de la inhabilidad.

Propuso la excepción de inepta demanda, con sustento en que la posesión no es un acto pasible de control jurisdiccional, como así lo indicó la Sección Primera del Consejo de Estado en fallo de 29 de julio de 2010 (exp. N° 2008-00694-01); que no se indica cuál es la causal de nulidad que se configura, que la analogía está proscrita en este tipo de acciones y que por ello resultan inaplicables los artículos 179, 180 y 181 de la Constitución, que conciernen a congresistas.

También formuló la excepción de caducidad de la acción que fundó en que la pretensión de nulidad de la inscripción y elección del señor Lao Herrera Irazo, se planteó luego de agotarse el término de 30 días señalado en el literal a) del numeral 2º del artículo 164 de la Ley 1437 de 2011 (folios 331 a 343).

c.- Terceros intervinientes

El señor Edwig Jabeth Arteaga Padilla intervino en el proceso para coadyuvar las pretensiones del demandante, escrito en el que básicamente reiteró los argumentos del actor (fls. 402 a 412).

3.- Audiencia inicial

Se llevó a cabo por el Tribunal A Quo el 9 de septiembre de 2013, en la que al fijar

³ Si bien el memorial de contestación no está firmado por la abogada, ello no le resta autenticidad porque se presentó junto con el poder otorgado a esa profesional del derecho, que fue firmado y presentado por la misma ante el Tribunal a-quo.

el litigio, se precisaron los hechos en que estaban de acuerdo las partes y en los que no existía consenso, así como los siguientes problemas jurídicos que debían abordarse: a) En el caso de los llamados, el momento desde el cual debe contabilizarse la inhabilidad por celebración de contratos, y b) Si el demandado se encontraba o no inhabilitado para ser elegido Concejal del Distrito de Barranquilla. Enseguida se resolvió sobre pruebas, auto en el que se decretaron la mayoría de las solicitadas por las partes, y se negaron algunas de las pedidas por el demandado, decisión que quedó en firme al ser rechazado el recurso de apelación que se formuló en su contra.

En auto del 28 de octubre de 2013 se prescindió de la audiencia de alegaciones y juzgamiento, se ordenó correr traslado para alegar y se advirtió que el fallo se emitiría en un término máximo de 20 días. Contra esa decisión el apoderado del demandado formuló recursos; en auto del 22 de noviembre de 2013 se desestimó el de reposición y se rechazó el de apelación, y se advirtió al abogado que no insistiera en peticiones impertinentes porque sería sancionado.

4.- Fallo de primera instancia

El Tribunal Administrativo del Atlántico en fallo del 13 de diciembre de 2013 declaró no probadas las excepciones que propuso el demandado. Anuló la Resolución N° 081 de 7 de marzo de 2013, por medio de la cual el Presidente del Concejo Distrital de Barranquilla ordenó posesionar al señor Lao Herrera Iranzo en esa corporación; y negó las demás pretensiones, atinentes a que se anulara la inscripción del demandado como candidato al Concejo Distrital de Barranquilla, el formulario E-26CO y del Acta de posesión del demandado como Concejal. No impuso condena en costas.

Cuando analizó la excepción de inepta demanda precisó que conforme al artículo 139 del CPACA puede pedirse que se anule el acto de llamado para proveer vacantes en corporaciones públicas. Señaló que en el caso se demandó, entre otros, la Resolución N° 081 del 7 de marzo de 2013 mediante la cual el Presidente del Concejo Distrital de Barranquilla dispuso la posesión del señor Herrera Iranzo, acto pasible de ser demandado y el cual se individualizó correctamente. Que el actor cumplió la carga del numeral 4° del artículo 162 del CPACA, al invocar las normas violadas y explicar la forma como se produjo su violación.

También desestimó la excepción de caducidad por encontrar que no se había excedido el término de 30 días previsto en el literal a) numeral 2º del artículo 164 del CPACA, puesto que el acto impugnado se expidió en la audiencia de 7 de marzo de 2013 y la demanda se radicó el 8 de abril siguiente, mucho antes del 23 de abril, cuando expiraba el plazo para ello.

Al referirse a la inhabilidad atribuida al demandado, acudió a su acepción y finalidad. Señaló que la causal consagrada en el numeral 3º del artículo 43 de la Ley 617 de 2000 por celebración de contratos, en lo que respecta a los llamados a ocupar curules por falta absoluta del titular, se configura durante el año anterior a la fecha de la elección y no del llamamiento, como lo determinó la Sección Primera en la sentencia de 13 de agosto de 2009 (exp. 2009-00010-01).

Halló probado que el demandado celebró con el Distrito de Barranquilla el Contrato de Prestación de Servicios N° 0159-2010-000058 de 3 de diciembre de 2010, para la difusión de actividades, programas y campañas que adelanta la Secretaría Distrital de Movilidad, por medio de pautas publicitarias radiales. Le pareció irrelevante que el contrato se hubiera terminado por mutuo acuerdo 3 días después de celebrado, porque el juez no puede crear excepciones que la norma no prevé, y porque las fases subsiguientes del contrato no pueden tomarse en cuenta en este tipo de discusiones, como así lo precisó la Sección Quinta del Consejo de Estado en los fallos de 6 de octubre de 2005 (exp. 3557) y de 10 de mayo de 2013 (exp. 2011-01854-01).

Que como el contrato se celebró dentro del año anterior a la elección, en interés propio del señor Herrera Iranzo, y su lugar de ejecución era la ciudad de Barranquilla, estaban acreditados los presupuestos de la inhabilidad y por ello procedía invalidar el acto acusado.

Uno de los Magistrados del Tribunal a-quo se apartó de la decisión mayoritaria, pues consideró que si bien se había probado el referido contrato, igualmente se acreditó que ese acuerdo de voluntades no se ejecutó, por mutuo disenso de las partes, expresado 3 días después de celebrado, lo cual impide que se configure la mencionada causal de inhabilidad, ya que ningún beneficio electoral se pudo derivar del contrato.

5.- Recursos de apelación

El apoderado del demandado afirmó que no es cierto que el contrato suscrito por el señor Lao Herrera y el Distrito de Barranquilla se hubiese publicado en la Gaceta Distrital N° 364-2 y que haya pagado los impuestos del mismo.

Que el acto anulado (Res. 081 de marzo 7/13) no es el que contiene el llamamiento efectuado al señor Herrera Irazo. Que según los artículos 63 de la Ley 136 de 1994 y 139 del CPACA, el acto que hace el llamado puede ser escrito o verbal, y le incumbía al actor probar su existencia. Que durante los días 4, 5 y 6 de marzo de 2013 “se produjeron los actos escritos y verbales inherentes y necesarios al llamado del [demandado]”, efectuados por el Presidente del Concejo de Barranquilla, sin que el actor se esforzara por individualizarlos.

Que según la sentencia proferida por la Sección Primera en el expediente 2008-00017-01(PI) -sin fecha-, lo relevante para la configuración de la causal de inhabilidad sub examine no es la celebración del contrato sino su ejecución. Insistió en que el referido contrato no nació a la vida jurídica porque no se cumplieron todas las formalidades, en particular porque según la cláusula 15ª del mismo, debía publicarse y ser pagados los impuestos correspondientes⁴, nada de lo cual ocurrió. Que además, conforme a lo previsto en los artículos 13 y 40 de la Ley 80 de 1993, y en los artículos 1602 y 1625 del C.C., el contrato en cuestión fue terminado y liquidado por mutuo acuerdo, “invalidado por mutuo acuerdo de las partes”, apenas pasado un día hábil de su celebración, lo que impidió que se afectara el equilibrio en la contienda electoral.

La apoderada del Concejo Distrital de Barranquilla también apeló la sentencia, escrito en el que coincidió con los argumentos del demandado.

7.- Alegatos de conclusión en segunda instancia

El demandante citó varios pronunciamientos del Consejo de Estado, en torno a que a los llamados se aplica el mismo régimen de inhabilidades que para los elegidos y reiteró lo dicho en la demanda. Agregó que al haber adelantado la **gestión** y posteriormente **celebrar** el contrato en mención había quedado inhabilitado para ser elegido o llamado, pues el demandado “hizo uso legal de los dos verbos rectores que gobiernan el párrafo, GESTIONO, cuando por sus propios

⁴ Conforme al artículo 6º de la Ley 1106 de 2006, al Decreto Reglamentario 3461 de 2007 y al párrafo 3º del artículo 41 de la Ley 80 de 1993.

medios participó de la licitación pública, concurriendo de manera personal a cada uno de los actos rituales del contrato. Y CELEBRO porque de manera consensual concurrió a la firma del mismo aceptando las cláusulas y condiciones del contratista”.

Que el citado contrato surgió con todas las formalidades, contaba con disponibilidad presupuestal, con registro presupuestal y se publicó en la Gaceta Distrital No. 364-2. Todo indica que el contrato sí existió, aunque extrañamente el 6 de diciembre de 2010 se terminó y liquidó el contrato, pero luego se pagaron los impuestos departamentales de pro estampilla y pro ciudadela, y en el CD que emitió (no dice a quién) la Secretaría General del Distrito de Barranquilla no figura el mencionado contrato dentro de la lista de anulados (fls. 594 a 604).

8.- Concepto del Ministerio Público en segunda instancia

El Procurador 7º Delegado ante el Consejo de Estado recomendó confirmar el fallo apelado. Sus razones bien pueden resumirse así:

Frente a la discusión de que la Resolución N° 081 de 7 de marzo de 2013, que se anuló, no es susceptible de control jurisdiccional por tratarse de un acto de posesión, sostuvo el Procurador Delegado que el señor Lao Herrera Iranzo arribó al Concejo Distrital de Barranquilla en virtud de la figura del llamamiento prevista en el artículo 63 de la Ley 136 de 1994, sin que formalmente se expidiera un acto en tal sentido, como lo informó la oficina jurídica de esa corporación pública. Pero dadas las especiales circunstancias de este caso, consideró que esa Resolución hace las veces de acto de llamamiento, pues sería desproporcionado pedirle al accionante que allegue un acto inexistente, y si se le impusiera esa carga se estaría auspiciando que ciertos actos de la Administración escaparan al control jurisdiccional, lo cual contrariaría el principio pro actione. Por último, sobre este punto invocó la sentencia dictada por la Sección Quinta el 21 de junio de 2012 en el expediente N° 2011-00890-01.

Consideró que la causal no requiere para su configuración de la ejecución del contrato, dado que las fases subsiguientes a su celebración no son tomadas en cuenta para esos fines. Tampoco compartió la tesis de que el contrato no nació a la vida jurídica por el hecho del mutuo disenso y por no publicarse o pagarse los impuestos respectivos. Señaló que el contrato nació con su firma y que los demás

elementos mencionados por el apelante aluden a su eficacia o ejecutividad más no a su existencia.

En relación con la forma como debe contabilizarse el término de la inhabilidad señaló que en la jurisprudencia de esta Sección ese cómputo opera por igual para elegidos y para llamados (sentencia de 21 de junio de 2012 exp. 050012331000201100890-01). Por lo mismo, no había duda que el hecho inhabilitante sí había tenido lugar dentro del año anterior a la elección (fls. 632 a 643).

9.- Trámite en segunda instancia

Con auto de 11 de febrero de 2014 el despacho del Consejero de Estado doctor Alberto Yepes Barreiro a quien le fue repartido, ordenó corregir un error en el número de radicación. Posteriormente profirió el auto de 24 de febrero de 2014, con el cual admitió el recurso de apelación. Ordenó mantener el proceso en Secretaría por tres días, dar traslado por un término igual para formular alegatos y conceder cinco días al agente del Ministerio Público para que rindiera concepto. Cumplido lo anterior, dictó el auto de 21 de marzo de 2014 con el que se negó la nulidad propuesta por el apoderado del demandado, basada en que en primera instancia no se practicó audiencia de pruebas, lo que considera lesivo del derecho de defensa; y se le advirtió que no insistiera en conductas dilatorias so pena de ser sancionado conforme a derecho.

Ingresado el expediente al despacho para fallo, proyectó decisión que se repartió y se llevó a Sala de Sección⁵ sin obtener la mayoría requerida. Se ordenó sorteo de dos conjuces. La diligencia tuvo lugar el 6 de mayo siguiente. Discutido el mismo proyecto en Sala con los conjuces sorteados, el mismo no resultó aprobado, razón por la que en auto de la misma fecha se pasó el proceso a la magistrada que sigue en turno que sostiene la posición mayoritariamente acogida.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

1.- Competencia

⁵ Se discutió en las Salas ordinarias de los días 24 de abril y xxx de 2014.

La competencia de esta Sección para conocer del recurso de apelación formulado por la parte demandada contra el fallo de 13 de diciembre de 2013 proferido por el Tribunal Administrativo del Atlántico, está fijada por lo que dispone el artículo 150 del CPACA, y 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.- Acto demandado

El demandante sostiene que ante las peculiares circunstancias en que se produjo la llegada del señor Lao Herrera Iranzo al Concejo Distrital de Barranquilla, que no fue por elección directa sino por llamamiento a ocupar la vacante dejada por el Concejal Mauricio Gómez Amín, al corresponderle por estar en el orden descendiente de la misma lista del partido liberal, el acto objeto de control de legalidad es la Resolución N° 081 de 7 de marzo de 2013 en la cual el Presidente del Concejo Distrital de Barranquilla dispuso “Posesionar al dr. LAO HERRERA IRANZO (...) como Concejal del Distrito de Barranquilla para el resto del presente período constitucional 2012-2015 por la lista del Partido Liberal” -tesis que acogió el Tribunal-. La parte demandada en cambio niega que el acto de llamado esté contenido en dicha resolución, pues sostiene que el llamamiento ocurrió en forma verbal, y que el accionante tenía la carga de probarlo.

Sobre el punto la Sala comienza por recordar que las faltas absolutas en las corporaciones públicas de elección popular del nivel territorial se suplen en la forma que dispone el artículo 63 de la Ley 136 de 2 de junio de 1994 “Por la cual se dictan normas tendientes a modernizar la organización y el funcionamiento de los municipios”, esto es, con los candidatos no elegidos que hacen parte de la misma lista del elegido saliente, en orden sucesivo y descendente, para lo cual el Presidente del Concejo Distrital “dentro de los tres (3) días hábiles siguientes a la declaratoria, llamará a los candidatos que se encuentren en dicha situación para que tomen posesión del cargo vacante que corresponde”.

Entonces el trámite que procede en casos de vacantes que sí pueden ser provistas es que la Mesa Directiva oficie al candidato que sigue en orden sucesivo y descendente dentro de la misma lista a la que pertenecía el elegido que generó la vacante, a fin de convocarlo a que tome posesión del cargo. Esta decisión de llamarlo constituye el acto administrativo enjuiciable ante esta Jurisdicción a través

de la acción de nulidad electoral. El artículo 139 del CPACA señala que además de los actos de elección por voto popular o por cuerpos electorales, y de los actos de nombramiento, también se “podrá pedir la nulidad de los actos de llamamiento para proveer vacantes en las corporaciones públicas”.

El acto de llamamiento en cuestión es reglado y motivado pues se debe dirigir a la persona del candidato no elegido que sigue en el orden descendente de la lista electoral a la que perteneció el saliente.

En el presente caso antes de resolver sobre la admisión de la demanda el Tribunal con auto del 8 de abril de 2013 ordenó oficiar al Concejo Distrital de Barranquilla para que remitiera “fotocopia debidamente autenticada del Acto Administrativo de llamamiento que se le hizo al señor Lao Herrera Iranzo para ocupar la vacante absoluta dejada por la renuncia del Concejal doctor Mauricio Gómez Amín” (fl. 211). La Oficina Jurídica del Concejo el 15 de abril de 2013 informó que la Registraduría Especial de Barranquilla indicó que el señor Lao Herrera Iranzo era quien debía ocupar la curul. Que éste solicitó a la Mesa Directiva que lo posesionara como concejal, con lo cual “se dio por notificado o llamado”. Que después de pedirle los documentos pertinentes para verificar que no estuviera inhabilitado, “se procedió a posesionar al mencionado concejal, en fecha marzo 7 de 2013, según consta en el acta respectiva, la cual se anexa en (sic) este escrito y consta en resolución N° 081 de la misma fecha.” (fls. 214 a 216).

Así las cosas, para la Sala la Resolución N° 081 de 7 de marzo de 2013 en la cual el Presidente del Concejo Distrital de Barranquilla dispuso “Posesionar al dr. LAO HERRERA IRANZO (...) como Concejal del Distrito de Barranquilla para el resto del presente período constitucional 2012-2015 por la lista del Partido Liberal”, en este preciso caso hace las veces o equivale al llamamiento, pues fue de este pronunciamiento, que se derivó del informe de la Registraduría del Estado Civil de Barranquilla y de la misma solicitud del interesado, que la Corporación se propuso suplir la falta absoluta que se generó por la renuncia aceptada al concejal Mauricio Gómez Amín.

Entonces, aunque el documento (Resolución) no se denomine expresamente acto de llamamiento, es el instrumento que empleó el Concejo Distrital de Barranquilla para que el señor Lao Herrera Iranzo ocupara la curul dejada por el señor Mauricio Gómez Amín.

3.- Cuestión previa

El demandado señor Lao Herrera Iranzo afirma en la apelación con el propósito de reforzar su argumento principal para que se revoque el fallo de primera instancia pues no le puede ser imputable que esté inhabilitado por causa de haber celebrado un contrato, que se deshizo, que se dio por terminado, que tachó de falsas la copia del documento "Liquidación de Contratos Distritales N° 241.962 de 10 de diciembre de 2010" (fls. 109 a 113) y la copia de la Gaceta Distrital No. 364-2 de 31 de enero de 2012 (fls. 114 a 119), pero que al respecto el Tribunal a-quo no hizo pronunciamiento.

Sobre el punto la Sala considera que como los documentos en cuestión fueron anexados con la demanda, la oportunidad para tacharlos de falsos era en la contestación, a las voces del artículo 289 del CPC Entonces tal y como lo advirtió el Procurador 7º Delegado ante el Consejo de Estado, debido a que en las contestaciones a la demanda (del demandado y del Concejo Distrital) nada se dijo frente a la tacha de éstos, que sólo viene a plantearse en el escrito de alegato de conclusión en primera instancia y que se reitera con el recurso de alzada, lo hizo por fuera de la oportunidad que consagra el artículo 289 del CPC. Esta extemporaneidad impide que se pueda abordar.

4.- Pruebas relevantes

1.- Copia auténtica del Contrato de Prestación de Servicios N° 0159-2010-000058 de fecha viernes 3 de diciembre de 2010, celebrado entre el Distrito de Barranquilla y el señor Lao Herrera Iranzo, cuyo objeto se definió en estos términos: "Prestación de servicios para la difusión de las actividades, programas y campañas que adelanta la Secretaría Distrital de Movilidad, a través de pautas publicitarias emitidas en programas radiales de contenido informativo" (fls. 100 a 105).

2.- Copia auténtica del Acta de Terminación y Liquidación por Mutuo Acuerdo del Contrato de Prestación de Servicios N° 0159-2010-000058, firmada el lunes 6 de diciembre de 2010 por el Secretario General del Distrito de Barranquilla y por el señor Lao Herrera Iranzo (fls. 107 y 108).

5.- Asunto de fondo

El señor Alfonso Rafael Mercado Lastra demanda la nulidad del llamado al señor Lao Herrera Iranzo para que se posesionara como Concejal del Distrito de Barranquilla, en reemplazo del dimitente Mauricio Gómez Amín, tras afirmar que estaba incurso en la causal de inhabilidad del numeral 3º del artículo 43 de la Ley 136 de 1994, modificado por el artículo 40 de la Ley 617 de 2000, que prescribe:

“Artículo 43.- Inhabilidades. No podrá ser inscrito como candidato ni elegido concejal municipal o distrital:

(...)

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

La inhabilidad la hace consistir en que el señor Lao Herrera Iranzo, dentro del año anterior a las elecciones del 30 de octubre de 2011, celebró Contrato de Prestación de Servicios N° 0159-2010-000058 de 3 de diciembre de 2010 con el Distrito de Barranquilla, cuyo objeto era el de “Prestar servicios para la difusión de las actividades, programas y campañas que adelanta la Secretaría Distrital de Movilidad, a través de pautas publicitarias emitidas en programas radiales de contenido informativo”.

El demandado se opone a que en su caso se haya configurado tal inhabilidad debido a que el primer día siguiente hábil a la firma de ese contrato, de común acuerdo éste se dio por terminado, como así consta en el Acta de Terminación y Liquidación por Mutuo Acuerdo del Contrato de Prestación de Servicios N° 0159-2010-000058 que se firmó el lunes 6 de diciembre de 2010 entre él y el Secretario General del Distrito de Barranquilla.

A su juicio, por virtud de este mutuo disenso que se acordó entre las partes contratantes antes de la ejecución del contrato, debe tenerse como “invalidado”, “inexistente” o que “nunca nació a la vida jurídica”; además, porque ni siquiera se perfeccionó pues no se surtió la publicación del mismo de que trata el artículo 41 parágrafo 3º de la Ley 80 de 1993, ni se pagaron los impuestos respectivos. Que la no ejecución impide que pueda materializarse la inhabilidad. Sostiene que la

sola firma del contrato no le reportó ventaja electoral. Y que tampoco le puede ser imputada la inhabilidad contando hacia atrás el año a partir del día en que se llevaron a cabo las elecciones del 30 de octubre de 2011, sino hacia atrás desde su posesión como Concejal del Distrito de Barranquilla, con lo cual, por el aspecto temporal, tampoco se estructuraría.

a.- De la terminación de los contratos por mutuo acuerdo

Atendiendo a que el problema jurídico por resolver en este proceso y el motivo de las apelaciones que ejercieron el demandado y la autoridad que produjo el acto consiste en determinar si ante un contrato que se celebró durante el período inhabilitante, pero que no se ejecutó y se dio por terminado de común acuerdo por las partes, se estructura o no la inhabilidad para ser elegido válidamente Concejal por la causal de que da cuenta el numeral 3 del artículo 43 de la Ley 136 de 1994 (modificado por el art. 40 de la Ley 617 de 2000), es indispensable analizar la figura del mutuo disenso para determinar sus alcances frente a la celebración del contrato.

Para comenzar ha de señalar la Sala que aunque lo normal es que un contrato se firme para ser ejecutado, pues suscribirlo genera obligaciones recíprocas, puede suceder que luego de celebrado las mismas partes contratantes convengan deshacerlo o invalidarlo, es decir, en no desarrollarlo, en no ejecutarlo.

Así lo autoriza el Código Civil en el artículo 1602 que reza: "Todo contrato legalmente celebrado es una ley para los contratantes, y no puede ser invalidado sino por su consentimiento mutuo o por causas legales".

Por su parte el artículo 1625 del Código Civil enlista los modos de extinguir las obligaciones. Señala en primera opción que éstas se acaban o que cesa su exigibilidad por una convención válidamente celebrada de las partes contratantes.

Significa que el contrato puede ser invalidado por mutuo consentimiento, también conocido por la doctrina como mutuo disenso, distracto contractual o resciliación, válidamente manifestado por las partes actoras en una relación de índole obligacional. A través de dicha figura se dan por terminadas de manera voluntaria, las prestaciones que se vengán ejecutando o que se van a ejecutar. La estipulación de los contratantes deshacen válidamente el acuerdo.

Para el tratadista BOFFI BOGGERO, el mutuo disenso es:

"(...) el acto jurídico multilateral mediante el cual las partes dejan sin efecto el contrato celebrado. Así, mientras un contrato anuda vínculos jurídicos, **el mutuo disenso desanuda los mismos**. Es el **fenómeno jurídico opuesto al contrato**, en cuanto a la dirección o finalidad, pero que se mueve en el mismo clima de autonomía de la voluntad por conducto del consentimiento. Es decir, que las partes han anudado y luego desanudado el vínculo jurídico dentro de los límites fijados por el orden público y las buenas costumbres"⁶.

Al respecto, el doctor FERNANDO HINESTROSA en su "Tratado de las Obligaciones, Concepto, Estructura, Vicisitudes", considera en cuanto a la terminación de los contratos de mutuo acuerdo entre las partes, que:

"(...)

lo que ha de resaltarse es el poder dispositivo reconocido por el ordenamiento y la sociedad a los particulares, que llega a aceptar la destrucción de su obra; los autores del contrato pueden "revocar", "disolver", "invalidar" su disposición de intereses.... "sino por el mutuo consentimiento de ellos o por las causas legales".

Los tratadistas Garrido Falla, Palomar Olmeda y Losada González, señalan como una de las causas de extinción anormal de los contratos, el mutuo acuerdo entre la Administración y el contratista, en aplicación el Derecho Común, siempre que no concorra otra causa de resolución imputable al contratista, como lo señalan las leyes y la jurisprudencia españolas⁷.

En igual sentido se pronuncia el tratadista Roberto Dromi, para quien la rescisión

"Es el modo de extinción por el que se pone fin a un contrato en vías de ejecución. En este sentido, es una forma de finalización anormal de la relación contractual. Cabe distinguir la rescisión bilateral de la rescisión unilateral.

En la rescisión bilateral o convencional, las partes resuelven por mutuo consentimiento poner fin a las obligaciones emergentes del contrato y a los derechos reales que se hubiesen transferido, en virtud del principio contenido en el art. 1200 del CC. Así como el acuerdo de voluntades dio origen al contrato, del mismo modo puede ponerle fin, determinando los efectos que producirá la rescisión respecto del pago de prestaciones e indemnizaciones convencionales"⁸.

Resulta claro entonces que los sujetos vinculados por un acto voluntario, pueden

⁶ BOFFI BOGGERO, Luis María. *Tratado de las Obligaciones*. Buenos Aires, 1988.

⁷ GARRIDO FALLA, Fernando; PALOMAR OLMEDA, Alberto y LOSADA GONZÁLEZ, Herminio. *Tratado de Derecho Administrativo; Volumen II, Parte General: Conclusión*, duodécima edición, Tecnos, Madrid, 2005, pag. 132.

⁸ DROMI, Roberto. *Derecho Administrativo*. 12ª edición, Buenos Aires, 2009, p. 548.

disponer de su convención celebrada, de tal forma que conforme a sus intereses deshacen, rompen o acaban con esa relación que los une, de la misma forma por medio de la cual la generaron, o sea, con la expresión de su voluntad.

Tanto las disposiciones del Código Civil como la doctrina citada utilizan expresiones que indican que uno de los eventos en que puede presentarse la terminación por mutuo acuerdo de un contrato, es cuando éste se encuentra “en vía de ejecución”, lo cual trae como consecuencia su invalidación; que se “deshace” lo firmado; que las obligaciones quedan “extinguidas”; que se “desanudan” los vínculos jurídicos; que se “revoque”, “disuelva” e “invalide” la disposición de intereses; o que se ponga fin a las “obligaciones emergentes” del contrato.

Bajo estos parámetros, concluye la Sala que es válido que los contratos se terminen por mutuo acuerdo válidamente expresado por las partes, lo que ante la doctrina generalizada se conoce con el nombre de mutuo disenso o distracto contractual.

*Ello implica un desistimiento del “negocio” contenido en el contrato. Las partes involucradas en e acuerdo, de forma voluntaria, **retrotraen** las cosas al momento anterior a la celebración del mismo. Es la consecuencia que acaece de ello máxime si el acuerdo no se ha ejecutado.*

A propósito de esta connotación de desistimiento para estos eventos, que también puede adoptar el nombre de resciliación, el Consejo de Estado en sentencia del 4 de mayo de 2000 de la Sección Tercera, en la cual a su vez se citó sentencia de la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia del 1º de diciembre de 1993 (C.P.: Carlos Esteban Jaramillo Schloss), sostuvo lo siguiente:

*“(…) En ese orden de ideas y de configurarse a cabalidad el supuesto de hecho en que ninguno de los contratantes cumple sin tener al propio tiempo la debida justificación, forzoso es descartar el derecho legal de resolución que cualquiera de ellos pretenda invocar con fundamento en el artículo 1546 del Código Civil, pero es necesario así mismo, hacer ver (...) que por obra de aquella circunstancia no siempre ha de quedar atascada la relación derivada del negocio (...). A la disolución de dicho nexo es posible llegar por el camino del mutuo disenso o “distracto contractual” que la doctrina científica de inspiración francesa acostumbra a denominar “**resiliación**”, refiriéndose así, con vista sin duda alguna en los textos de los artículos 1602 y 1625 del Código Civil, a la prerrogativa de la que son titulares las partes en un contrato para convenir prescindir del mismo y dejarlo sin efectos, resultado éste que... puede*

tener origen una (sic) declaración de voluntad directa y concordante en tal sentido -caso en el cual se dice que el mutuo disenso es expreso- o bien en la conducta desplegada por los contratantes en orden a desistir del negocio celebrado y además concluyente en demostrar ese inequívoco designio común de anular su fuerza obligatoria, evento en el que el mutuo disenso es tácito; se trata, pues, de una figura singular cuyos perfiles institucionales, muy precisos por cierto dentro de la variada gama de circunstancias que pueden dar lugar a la **extinción sobreviniente de relaciones jurídicas de fuente contractual** dotadas de plena validez, no permiten mezclarla en ninguna forma con la resolución ex artículo 1546 del Código Civil, toda vez que en tanto esta última se produce por razón del cumplimiento de una condición a la cual el ordenamiento positivo le atribuye ese alcance, vale decir por una causa legal, en la hipótesis del **mutuo disenso, por definición, esa causa radica exclusivamente en la voluntad coincidente de las partes interesadas**, expresada ella en el **abandono recíproco** de las prestaciones debidas, fruto de un acuerdo expreso o tácito en el sentido de consentir la disolución que de semejante estado de cosas se desprende, es decir, emergente de una auténtica convención extintiva con contenido negativo y por lo mismo contrario al del contrato desatendido.

Resumiendo, entre la disolución de un contrato sinalagmático por efecto del llamado incumplimiento resolutorio y la que acontece como consecuencia de la resiliación por mutuo disenso, existen radicales diferencias que nunca los jueces de instancia pueden ignorar para, a su talante, modificar pretensiones deducidas en juicio que con la claridad necesaria aparecen fundadas en otro instituto. A través del primero..., se pide de manera unilateral por el contratante libre de culpa que el negocio se resuelva con restituciones e indemnización por daños a su favor, mientras que en el segundo lo solicitado ha de ser que, sobre la base insustituible de rendir la prueba de aquella convención extintiva..., el acto jurídico primigenio se tenga por desistido, sin que haya lugar, desde luego, a resarcimiento de ninguna clase, (...)⁹ (se resaltó y se subrayó).

Son características generales de la figura del mutuo disenso, en primer lugar, que éste opera sobre relaciones contractuales bilaterales vigentes, ya que el fin primordial del mismo es romper la relación vinculante que cuenta con prestaciones pendientes por ejecutar a cargo de ambas partes; que no obran vicios de ningún tipo que puedan anular o desequilibrar el contrato o afectarlo de lesión enorme. Si acaeciere alguna de estas circunstancias no se puede sanear por el mutuo consentimiento de las partes.

Aunque ni en la Ley 80 de 1993 ni en la Ley 1150 de 2007, marco normativo de la contratación estatal, se tipifica la figura del mutuo disenso como causal de extinción de obligaciones contractuales, no significa que no pueda ser aplicada en ese campo de la contratación.

⁹ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 4 de mayo de 2000, exp. 16.766, Actor: José Antonio Castro, Ref.: Recurso de anulación de laudo arbitral, M.P.: Alier E. Hernández Enríquez.

b.- Caso concreto

El demandado, señor LAO HERRERA IRANZO suscribió con el Distrito de Barranquilla el día 3 de diciembre de 2010 el Contrato de Prestación de Servicios N° 0159-2010-000058 con el objeto de difundir “las actividades y campañas que adelanta la Secretaría Distrital de Movilidad, a través de pautas publicitarias emitidas en programas radiales de contenido informativo”, esto es durante el año anterior a las elecciones para Concejal de Barranquilla que se celebraron el 30 de octubre de 2011, en las que él participó como candidato y no resultó elegido. Así se acredita con la copia auténtica del mismo.

El día lunes 6 de diciembre de 2010, esto es, al primer día hábil siguiente a la fecha de suscripción del contrato las partes firmantes de común acuerdo lo deshicieron. Para el efecto suscribieron “ACTA (DE) TERMINACION Y DE LIQUIDACION POR MUTUO ACUERDO AL CONTRATO N° 0159-2010-000058”, en el cual señalaron lo siguiente:

“Acordamos:

- 1.- Terminar y liquidar de mutuo acuerdo el contrato N° N° 0159-2010-000058 de fecha 03 de diciembre de 2010, celebrado entre el DISTRITO y LAO HERRERA IRANZO, del cual hará parte integral la presente acta.
- 2.- Las partes declaran, encontrarse a paz y salvo por todo concepto respecto de las obligaciones mutuas pactadas en el contrato N° 0159-2010-000058 de 03 de diciembre de 2010, por lo cual el DISTRITO queda exento de cualquier reclamación presente o futura con el mismo” (fls. 107 y 108 c. ppal.).

Resulta claro entonces que como consecuencia de este acuerdo bilateral fruto de la libre y autónoma voluntad de cada una de las partes firmantes, el contrato de prestación de servicios N° 0159-2010-000058 cuya ejecución aún no había tenido lugar se terminó y se declararon recíprocamente a paz y salvo.

Es decir, que se “desistió” del negocio jurídico.

O como lo llaman los tratadistas citados cuando estudian esta situación jurídica: que el acuerdo fue desanudado, rescindido, disuelto, revocado, invalidado, deshecho, extinguido bilateralmente o por mutuo acuerdo.

Esta auténtica “descelebración” implica que la situación se retrotrajo al momento anterior a firmarse el contrato. Fue lo que ocurrió frente al contrato motivo de la

inhabilidad que el demandante le imputa al demandado. Máxime si se considera que el acuerdo se suscribió un día viernes y al día lunes inmediatamente siguiente se dio por terminado.

Las partes quisieron ponerle fin desanudando así las obligaciones que generaría para lo cual expresamente declararon estar “a paz y salvo por todo concepto”.

De esta manera frente a un contrato deshecho antes de su ejecución la inhabilidad que se le endilgó al demandado queda sin piso alguno. Tal conclusión impone que SE REVOQUE la sentencia de primera instancia en cuanto anuló el acto de llamamiento del señor Lao Herrera Iranzo como Concejal del Distrito de Barranquilla contenido en la Resolución 081 del 7 de marzo de 2013 del Presidente del Concejo Distrital de Barranquilla. Y SE CONFIRMARAN los demás numerales de la parte resolutive, en los que se declararon no probadas las excepciones y se negaron las demás pretensiones de la demanda, que atañen a que se anulara la inscripción del demandado como candidato al Concejo Distrital de Barranquilla, el formulario E-26CO y el Acta de posesión del demandado como Concejal.

Por último, la Sala señala que no hará pronunciamiento alguno sobre el argumento que el demandante agregó en el alegato de segunda instancia, referido a que el demandado también incurrió en gestión de contratos, por tratarse de un cargo nuevo que no se propuso ni se debatió en la primera instancia y por tanto tampoco se incluyó en la sentencia apelada.

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: SE REVOCA el numeral segundo de la parte resolutive de la sentencia de 13 de diciembre de 2013 proferida en este proceso, que declaró la nulidad de la Resolución N° 081 del 7 de marzo de 2013, por medio de la cual el Presidente del Concejo Distrital de Barranquilla ordena posesionar al señor Lao Herrera Iranzo,

para ejercer como Concejal del Distrito de Barranquilla para el resto del período constitucional 2012-2015, por la lista del Partido Liberal.

SEGUNDO: SE NIEGAN las pretensiones de la demanda.

TERCERO: SE CONFIRMA el fallo en lo demás.

CUARTO: SE ORDENA devolver el expediente al Tribunal de origen.

COPIESE, NOTIFIQUESE Y CUMPLASE. PUBLIQUESE

ALBERTO YEPES BARREIRO

Presidente

Con salvamento de voto

SUSANA BUITRAGO VALENCIA

Consejera ponente

LUCY JEANNETTE BERMUDEZ BERMUDEZ

Consejera de Estado

Con salvamento de voto

DOLLY PEDRAZA DE ARENAS

Conjuez

MARTIN GONZALO BERMUDEZ MUÑOZ

Conjuez