

**CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCIÓN QUINTA**

Consejera ponente: SUSANA BUITRAGO VALENCIA

Bogotá D. C., veintisiete (27) de noviembre de dos mil ocho (2008).

Radicacion: 680012315000200700684-01

Expedientes: 2007-0684

Actor: HENRY ANTONIO ANAYA ARANGO

Electoral

Procede la Sala a decidir el recurso de apelación interpuesto por el demandante en contra de la sentencia de fecha 4 de junio de 2008, proferida por el Tribunal Administrativo de Santander, que denegó las pretensiones de nulidad de la elección como Concejal por el Municipio de Barrancabermeja para el período 2008 a 2011 de la señora Kelly Zulima Ortiz Calao.

I. ANTECEDENTES

A. LAS PRETENSIONES.-

El Señor Henry Antonio Anaya Arango en ejercicio de la acción pública de nulidad de carácter electoral, presentó demanda para solicitar lo siguiente:

- 1°. Que se declare la nulidad del acto administrativo expedido por la Registraduría Municipal del Estado Civil de Barrancabermeja mediante el cual se declaró la inscripción como candidata al Concejo Municipal de Barrancabermeja de la señora Kelly Zulima Ortiz Calao, por el Partido Cambio Radical y para el período constitucional 2008-2011.
- 2°. Que se declare la nulidad del acto administrativo mediante el cual la Registraduría Municipal del Estado Civil de Barrancabermeja declaró la elección y nombramiento de la señora Kelly Zulima Ortiz Calao como

Concejal del Municipio de Barrancabermeja por el Partido Cambio Radical, para el período constitucional 2008-2011.

- 3º. Que como consecuencia de esas nulidades se proceda a cancelar y dejar sin efecto legal la credencial de concejal expedida a la señora Kelly Zulima Ortiz Calao identificada con cedula de ciudadanía N° 63.464.723 de Barrancabermeja.
- 4º. Que igualmente se decrete la suspensión provisional de la elección de la Concejal Kelly Zulima Ortiz Calao identificada con cedula de ciudadanía N° 63.464.723 de Barrancabermeja, conforme la solicitud realizada en escrito separado y anexa a la presente demanda.
- 5º. Comunicar de la decisión al Registrador Nacional del Estado Civil, al Consejo Nacional Electoral, al Ministerio del Interior y de Justicia, al Alcalde Municipal de Barrancabermeja, a la Mesa Directiva del Concejo Municipal de Barrancabermeja y al Gobernador del Departamento de Santander.

B. LOS HECHOS.-

Se precisa en la demanda que la señora Kelly Zulima Ortiz Calao participó en la constitución de la Cooperativa de Trabajo Asociado COOPSERCONT en su calidad de asociada y en la reforma de los estatutos, y que a su vez era miembro del consejo de administración para la época en que se llevaron a cabo las elecciones para el Concejo Municipal de Barrancabermeja.

Manifiesta que el Representante Legal de la cooperativa es el señor Alexander Arquez Acevedo cónyuge de la señora Zulima Ortiz y que su cuñada la señora Mariluz Arquez Acevedo hace parte de la cooperativa en su calidad de miembro del consejo de administración.

Aduce que la Cooperativa de Trabajo Asociado COOPSERCONT ha suscrito varios contratos a nivel departamental y municipal con acción administrativa y operativa en la ciudad de Barrancabermeja, entre ellos, el contrato N° 0047-06 con la ESE municipal de fecha 27 de noviembre de 2006, por la suma de \$ 47.523.837, cuyo objeto fue el suministro de personal médico para prestar servicios de salud en la respectiva entidad local entre el 1 de diciembre de 2006

hasta el 12 de enero de 2007 como consta en el acta de liquidación de fecha 15 enero de 2007.

Asevera que esta cooperativa durante el año 2007 celebró órdenes de prestación de servicios con el Departamento de Policía del Magdalena Medio, a través del Fondo de Seguridad y Vigilancia Municipal FONSECOM, cuyo objeto fue el suministro de personal de servicios generales en las instalaciones del Comando de Policía de Barrancabermeja, y que las cuentas correspondientes respecto a ese contrato fueron canceladas por la Alcaldía Municipal en virtud del Acuerdo 093 de 1996, de la siguiente manera:

- A. Orden de pago N° 116 y factura de venta N° 0190 de fecha mayo 24 de 2007 correspondiente a servicios prestados en el mes de mayo, firmada por el representante legal de la cooperativa por un valor de \$ 4.399.524 y cancelada a través de comprobante de egreso de la Alcaldía Municipal N° 2906 y cheque N° 1962125 del Banco de Bogotá a la cuenta N° 168-05867-5 en favor de la Cooperativa de Trabajo COOPSERCONT.
- B. Orden de pago N° 137 y factura N° 0198 del 25 de junio de 2007 por valor de \$ 4.399.524 por servicios prestados en el mes de junio, firmada por el representante legal de la cooperativa y cancelada a través de comprobante de egreso de la Alcaldía Municipal N° 4388 de fecha 09 de julio de 2007 por valor de \$ 4.040.114 y cheque N° 1962137 del Banco de Bogota a la cuenta N° 168-05867-5 a favor de la Cooperativa de Trabajo COOPSERCONT.
- C. Orden de pago N° 1150 y factura N° 0203 del 21 de julio de 2007 por valor de \$ 4.339.524 correspondiente al mes de julio y cancelada a través de comprobante de egreso de la Alcaldía Municipal N° 5011 de fecha 1 de agosto de 2007 por valor de \$ 4.213.324 y cheque N° 1962148 del Banco de Bogotá a la cuenta N° 168-05867-5 en beneficio de la Cooperativa de Trabajo COOPSERCONT.
- D. Orden de pago N° 192 y factura de venta N° 0211 del 22 de agosto de 2007 por valor de \$ 4.704.080 correspondiente al mes de agosto de 2007 y cancelada a través de comprobante de egreso de la Alcaldía Municipal N° 5747 de fecha 28 de agosto de 2007 por valor de \$ 4.467.950 y

cheque N° 1962156 del Banco de Bogotá a la cuenta N° 168-05867-5 a nombre de la Cooperativa de Trabajo COOPSERCONT.

Por lo anterior, sostiene que la señora Kelly Zulima Ortiz Calao estaba inhabilitada al momento de su inscripción para aspirar al cargo de Concejal de Barrancabermeja, pues desconoció el régimen de inhabilidades al haber intervenido como asociada y miembro del consejo de administración en las gestiones y actuaciones inherentes a la celebración y desarrollo de los contratos celebrados por la Cooperativa de Trabajo Asociado COOPSERCPONT con la ESE del Municipio de Barrancabermeja y el Comando de Policía del Magdalena Medio con sede en la ciudad de Barrancabermeja.

También argumenta que luego de haber obtenido la credencial de Concejal del Municipio de Barrancabermeja sus parientes fueron nombrados como funcionarios de la administración central del municipio en contra de la prohibición de designación de parientes prevista en la Ley 1148 de 2007.

C. NORMAS VIOLADAS Y CONCEPTO DE LA VIOLACIÓN.-

El demandante invoca como normas violadas:

- Constitución Política artículos 1, 3, 4, 13, 89, 90, 95, 99, 103, 107, 112, 123, 124, 258, 311 y 312.
- Ley 136 de 1994 artículos 21, 42 y 43 numeral tercero.
- Código Contencioso Administrativo artículos 83, 84, 132 numeral 8, 134A numeral 9, 223 numeral 5 y 228.
- Ley 617 de 2000 artículos 40 numeral 2, 3 y 4.
- Ley 446 de 1998 artículos 46 numeral 9 y 44 numeral 12.

2. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Sostiene el apoderado de la demandada que el eje central sobre el cual versa la demanda de nulidad radica en la presunta inhabilidad prevista en el numeral 3 del artículo 43 de la Ley 136 de 1994, modificado por el artículo 40 de la Ley 617 de 2000 de la que se desprende tres situaciones distintas para que se configure la respectiva inhabilidad: la Intervención en la gestión de negocios, la

celebración de contratos y el haber sido representante legal de entidades que administren tributos, tasas o contribuciones o presten servicios públicos domiciliarios o de salud en el régimen subsidiado.

Considera que el actor pretende que se configure la hipótesis según la cual la señora Ortiz Calao ha sido representante legal de entidades que administren tributos, tasas o contribuciones o presten servicios públicos domiciliarios o de salud en el régimen subsidiado, por el hecho de que ella es socia hábil y miembro del Consejo de Administración, lo cual no es cierto, pues nunca ha ostentado la representación legal de alguna entidad pública o privada, pues como se desprende del certificado de existencia y representación, la representación legal de la cooperativa COOPSERCONT recae en el señor Alexander Arquez Acevedo.

Sostiene que tampoco se configura la hipótesis prevista en el numeral tercero relacionada con la intervención en la celebración de contratos, puesto que de los documentos aportados por el demandante, entre ellos la copia del contrato N° 0047-06 celebrado con la Empresa Social del Estado de Barrancabermeja, se concluye sin mayor esfuerzo, que la señora Ortiz Calao no celebró ningún contrato con una entidad pública ya que dicho contrato fue celebrado por el representante legal de la cooperativa que es una persona diferente a la señora Kelly Zulima Ortiz.

Aduce que el accionante pretende derivar la referida inhabilidad de dos situaciones: la primera consistente en que la señora Ortiz Calao fue asociada y miembro del Consejo de Administración de la Cooperativa COOPSERCONT y la segunda que su cónyuge es el representante legal de dicha cooperativa.

Respecto a la primera circunstancia, señala que no se dá por cuanto quien representa a la cooperativa es el gerente, y es el quien puede realizar gestiones ante entidades públicas y celebrar contratos con ellas sin ningún limite, y en consecuencia, será este quien al haber celebrado contratos con entidades publicas en representación de la cooperativa pueda quedar incurso en la inhabilidad. De ahí que la causal de inegelibilidad que se le atribuye a la señora Ortiz Calao no se configura por el sólo hecho de ser asociada de la cooperativa y tampoco se estructura por la circunstancia de ser miembro del consejo de administración dado que dicho órgano social no tiene dentro de sus atribuciones ninguna incidencia sobre la gestión o celebración de contratos de ninguna clase.

Por ello, afirma que de los documentos allegados como la copia del contrato N° 0047/06, el acta de finalización y de su liquidación, así como las distintas órdenes de pago y comprobantes de ingreso, es claro que fueron firmadas y gestionadas por el representante legal de la cooperativa. En ninguno de estos documentos aparece que la demandada haya celebrado o gestionado contrato alguno, en nombre propio o de la cooperativa. Además, la señora Kelly Zulima Ortiz Calao presentó renuncia irrevocable, no sólo al Consejo de Administración sino también como asociada a la Cooperativa COOPSERCONT el día 9 de mayo de 2006, la cual fue aceptada el día 13 de mayo de 2006.

Respecto de la segunda situación concerniente al parentesco o la filiación de la candidata elegida con la persona que celebró un contrato con una entidad estatal, considera que las inhabilidades para ser concejales que se derivan de la filiación o parentesco están taxativamente señaladas en el artículo 43 de la Ley 136 de 1994, modificado por el artículo 40 de la Ley 617 de 2000, lo cual implica que dicha situación de parentesco o filiación no se encuentre señalada en el numeral cuarto del artículo en mención.

Por otro lado en relación con la tercera situación constitutiva de inhabilidad, esto es, a la intervención en la gestión de negocios ante entidades públicas, indica que no existe en el expediente ninguna prueba que permita demostrar la intervención en la gestión de negocios por parte de la señora Kelly Zulima Ortiz Calao ya que de las pruebas aportadas, como lo es, las copias del contrato N° 0047/06 celebrado entre la ESE Barrancabermeja y la Cooperativa COOPSERCONT, el acta de finalización del mismo contrato, así como las distintas copias de las ordenes de pago, se puede comprobar que la señora Ortiz Calao no ha realizado ninguna actividad, diligencia o acción que pueda constituir una gestión de negocios, y menos aún, edificar la presunta inhabilidad de que la señora Ortiz Calao gestionó los pagos del mencionado contrato, pues a pesar de que se diga por parte del señor Jairo Santamaría Castillo que la demandada realizó gestiones para los pagos derivados del contrato con la ESE de Barrancabermeja cuando él se desempeñó como gerente del hospital para la época en que se celebró el respectivo contrato, tal testimonio sería susceptible de sospecha, pues existe un conflicto judicial anterior y aún no resuelto, por las denuncias penales que han sido instauradas por el señor Alexander Arquez Acevedo, cónyuge de la demandada en este proceso, contra el mencionado señor Santamaría Castillo, lo que hace probable que éste falte a la verdad

movido por sentimientos de retaliación contra la familia de la Concejal Ortiz Calao.

Finalmente, en relación con el reproche consistente en que la demandada luego reobtener su credencial de concejal nombró a sus parientes como funcionarios de la administración municipal de Barrancabermeja, dijo que esta censura no indica quienes son los familiares ni cual el grado de parentesco que tienen con la concejal, luego no se cumple con uno de los presupuestos señalados en el artículo 49 de la Ley 617 de 2000, modificado por el artículo 10 de la Ley 1148 de 2007, sobre las prohibiciones relativas a cónyuges, compañeros permanentes y parientes de los gobernadores, diputados, alcaldes y concejales, ya que el ordenamiento exige que en el caso de los concejales, éstos se desempeñen como tales al momento de los nombramientos, situación que no es la de la señora Ortiz Calao, pues ella fue elegida concejal del municipio de Barrancabermeja para el período constitucional 2008-2011 mientras que los nombramientos que aduce el actor se hicieron en el período 2003 - 2007.

3. SENTENCIA APELADA

El Tribunal Administrativo de Santander mediante sentencia del 4 de junio de 2008, denegó las pretensiones de la demanda.

Para adoptar esa decisión adujo que la intervención en la gestión de negocios ante entidades públicas del nivel municipal o distrital ha sido entendida por la jurisprudencia del Consejo de Estado como la realización de diligencias para la consecución de algo de que pueda derivarse lucro.

Respecto de la intervención en la celebración de contratos con entidades públicas de cualquier nivel en interés propio o de terceros, dice que la misma jurisprudencia ha señalado que tal intervención se refiere a la celebración de contratos con entidades públicas de cualquier nivel en interés propio o de terceros, siempre y cuando la ejecución o cumplimiento del contrato deba darse en la circunscripción del municipio o distrito en el cual se efectúa la respectiva elección y dentro del año anterior a esta.

Expresa que comparte la tesis de que la intervención en la celebración de contratos es una causal que está referida a la fase contractual y no a la

precontractual, es decir, se materializa con la suscripción del contrato, el que por disposición del artículo 39 de la ley 80 de 1993 es solemne, vale decir, debe constar por escrito.

Y que cuando se alude a la intervención en la gestión de negocios ante entidades públicas, ella se configura a través de la participación que se pueda tener en la fase precontractual y en todas aquellas diligencias que se surten con el fin o el propósito de lograr algo, así no se concrete.

Explica que una interpretación teleológica del numeral 3 del artículo 43 de la Ley 136 de 1994, modificado por el artículo 40 de la Ley 617 de 2000 muestra que dicha norma pretende evitar que se otorguen ventajas y prerrogativas a los candidatos que dentro de cierto tiempo, hubiesen intervenido en la gestión de negocios o en la celebración de contratos con entidades públicas, a fin de que no se fragmenten los principios de transparencia e igualdad de acceso a los cargos de elección popular.

Seguidamente y luego de hacer una descripción y análisis de las pruebas allegadas con relación a la celebración de contratos con la ESE de Barrancabermeja y con el Departamento de Policía del Magdalena Medio a través de la Cooperativa de Trabajo Asociado COOPSERCONT y frente a la renuncia presentada por la demandada el 9 de mayo de 2006 como miembro del consejo de administración y como asociada de la cooperativa, sostiene el Tribunal que el actor no logró demostrar que la demandada hubiera intervenido ante la ESE de Barrancabermeja ni ante el Departamento de Policía del Magdalena Medio, a través de alguna actividad personal para que los contratos se celebraran y que tampoco existe una actuación posterior en la etapa de ejecución de los mismos y menos aún que la demandada los hubiera suscrito.

Además, señala que si bien es cierto el cónyuge de la demandada es quien gerencia la cooperativa y como tal suscribe los contratos, le asiste razón a la Agencia Fiscal cuando afirma que estas conductas no estructuran la inhabilidad que se invoca.

Por otro lado, respecto del análisis de los medios probatorios relacionadas con la designación en la administración municipal de personas con vínculo de parentesco con la señora Kelly Zulima Ortiz Calao, precisó que las labores desempeñadas por los designados eran netamente temporales, cuyo

nombramiento además se materializó con anterioridad, sin que haya tenido en ello ninguna incidencia la demandada por cuanto dicho personal ya había laborado en la administración municipal.

4. EL RECURSO DE APELACIÓN

En escrito obrante a folios 618 a 624 el apoderado judicial del demandante interpone recurso de apelación contra la sentencia del Tribunal Administrativo. Lo sustenta con los argumentos siguientes:

Dice que la señora Ortiz Calao es socia activa y miembro del consejo de administración de la cooperativa según se demuestra con la certificación expedida por la Cámara de Comercio, y que la persona que ha representado legalmente a la Cooperativa COOPSERCONT, es el señor ALEXANDER ARQUEZ ACEVEDO, quien es el cónyuge de la señora Ortiz Calao, lo cual permite afirmar, de acuerdo con los estatutos de la cooperativa, que éste tenía funciones amplias para actuar, por determinación de la asamblea de socios y del consejo de administración según lo preceptúa el artículo 58 de los estatutos que señala que el gerente es el ejecutor de las decisiones de la asamblea y del consejo de administración.

Aduce que la elección de la señora Kelly Zulima Ortiz Calao como Concejal del Municipio de Barrancabermeja se produjo por la contratación pública realizada por la Cooperativa COOPSERCONT con la ESE de Barrancabermeja por el suministro masivo de personal de la respectiva cooperativa de más de 300 personas a la ESE municipal y con el Departamento de Policía del Magdalena Medio con sede en la misma ciudad, cuyos pagos siempre se realizaron con dineros públicos e incluso con dineros de la alcaldía en el caso de los contratos con el comando de policía.

Sostiene que se encontró en el expediente como hechos ciertos y probados los siguientes:

1. La calidad de miembro activo de la señora KELLY ZULIMA ORTIZ CALAO a través de la conformación de la asamblea de socios y junta de administración de la cooperativa.

2. El Consejo de Administración de COOPSERCONT lo conformaban no sólo la concejal sino su cónyuge Alexander Arquez y su cuñada, Mariluz Arquez Acevedo, tal y como lo contempla el certificado de Cámara de Comercio de la ciudad de Barrancabermeja de fecha 13 de noviembre de 2007.
3. El representante legal de la Cooperativa COOPSERCONT es el señor ALEXANDER ARQUEZ ACEVEDO esposo de la Concejal KELLY ZULIMA ORTIZ CALAO según registro civil de matrimonio N° 03624248 de la Notaria Primera del Circulo de Barrancabermeja folios 511-512.
4. El interés de la cooperativa en suscribir contratos y en ejecutarlos, con el documento obrante a folio 453 firmado por el Gerente de la ESE de Barrancabermeja quien certifica que COOPSERCONT sí firmó durante el año anterior a la elección de la concejal 4 ordenes de prestación de servicios profesionales para el suministro del personal en salud, las cuales se pagaron con recursos públicos de la entidad descentralizada del sector salud. Estas órdenes son: El contrato 026 del 2006 de fecha primero de agosto por el término de un mes; el contrato 037 del día primero de octubre del año 2006 por el término de un mes; el contrato 029 del año 2006 de septiembre primero por un mes; el contrato 047 del 2006 de 27 de noviembre de 2006 por 42 días. Todos ellos suscritos cuando la señora KELLY ZULIMA ORTIZ CALAO aun era miembro del consejo de administración de la cooperativa, porque para esa fecha y aún para el 13 de noviembre del 2007, como consta en certificado expedido por la cámara de comercio allegado a la demanda, su vinculación con la cooperativa estaba vigente.
5. La cooperativa COOPSERCONT celebró 4 ordenes de servicios de aseo y limpieza al Comando de Policía del Magdalena Medio con sede en la ciudad de Barrancabermeja en los meses de mayo a agosto del año 2007 con recursos públicos del municipio soportados mediante Acuerdo 039 de 1996, según se desprende de la certificación expedida por el comandante de la Policía obrante a (folio 274). Lo que indica que en pleno proceso político todavía la cooperativa firmaba y recibía recursos públicos municipales incluso aun estando inscrita como candidata.

6. La señora KELLY ZULIMA ORTIZ CALAO se encontraba inhabilitada, pues ella hacía parte del Consejo de Administración de la Cooperativa durante todo el año 2006 y 2007 y, por lo tanto, tenía ingerencia o interés directo en la contratación que realizaba dicha cooperativa en el cumplimiento de su objeto social. De ahí que si la cooperativa contrató con entidades públicas municipales y recibió recursos del erario público, dicha circunstancia favorecía ampliamente a la candidata colocándola en una situación de privilegio frente a los demás electores.

7. Finaliza su impugnación manifestando que nunca se registró modificación alguna respecto de la supuesta renuncia presentada por la demandada que se hizo allegar en la contestación de la demanda, la cual no tiene ningún efecto jurídico frente a terceros por no llevarse a cabo su registro, tal y como lo ordena la ley. Es decir, durante todo el tiempo como candidata fue asociada hábil de la cooperativa y se beneficiaba directamente de la gestión pública y de la contratación que la cooperativa realizó, pues su renuncia nunca se registró debidamente y tampoco tuvo presentación personal ante ninguna Notaría o autoridad judicial respectiva.

5. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN EN SEGUNDA INSTANCIA

5.1. Del apoderado de la demandada.

En escrito obrante a folios 635 y siguientes manifiesta que no le asiste razón al demandante en su pretensión de que se configure la inhabilidad de que trata el numeral 3 del artículo 43 de la Ley 136, pues no existe en el expediente ninguna prueba que permita demostrar la intervención en la gestión de negocios por parte de la señora Ortiz Calao. Ello en consideración a que de las pruebas aportadas tales como la copia del contrato N° 0047/06 celebrado entre la ESE Barrancabermeja y la Cooperativa COOPSERCONT, el acta de liquidación, así como las distintas copias de las ordenes de pago, se puede comprobar que no se realizó ninguna actividad, diligencia o acción directa y personal que pueda constituir una gestión de negocios necesaria, para que se configure la inhabilidad.

Aduce que tampoco se configura la celebración de contratos con entidades públicas ya que del contrato N° 0047-06 celebrado con la Empresa Social del Estado de Barrancabermeja, no fue suscrito por la señora Ortiz Calao, pues el mismo fue firmado por el representante legal de la cooperativa que es una persona diferente a la señora Kelly Zulima Ortiz, toda vez que ni de las copias de los contratos, o de las actas de liquidación o de las copias de orden de pago se desprende que ella haya celebrado un contrato con entidad pública, en interés propio o como representante legal de la cooperativa COOPSERCONT.

Además en lo que se refiere al hecho de que la señora Ortiz Calao ostentara la representación legal de alguna entidad pública o privada, sostiene que el certificado de existencia y representación allegado al expediente muestra claramente que la representación legal de la cooperativa COOPSERCONT recae en el señor Alexander Arquez Acevedo, luego no se puede concluir que la señora Ortiz Calao se encontrara incurso en la inhabilidad que se analiza.

Manifiesta que los elementos de prueba recaudados a lo largo del proceso no permiten comprobar la configuración de la causal de inhabilidad en que el demandante basa su acción electoral. Dice que las pruebas recaudadas fueron valoradas correctamente por el A quo en la sentencia de primera instancia, que le permitieron concluir que no se logró demostrar que la demandada hubiera intervenido en la celebración de contratos ante la ESE Barrancabermeja ni ante el Departamento de Policía Magdalena Medio a través de alguna actividad personal para efectos de que se celebraran, ni posteriormente la señora Ortiz Calao interviniera en su ejecución.

Que la afirmación según la cual la votación obtenida por ella fue posible debido a la empresa de su propiedad, de su marido y de su familia nunca fue probada en el expediente.

Que en ninguna parte del proceso se discutió la naturaleza jurídica de la Cooperativa COOPSERCONT, y que según el certificado de existencia y representación, las Cooperativas de Trabajo Asociado son personas jurídicas sin ánimo de lucro, cuya función de inspección y vigilancia se encuentra adscrita a la Superintendencia de la Economía Solidaria, luego no es cierto que se trate de una empresa con ánimo de lucro, ni mucho menos que exista reparto de utilidades para sus socios o accionistas dado que los beneficios que se obtienen por parte de la cooperativa se predicen para sus asociados y no hay lugar a señalar que existan unas ventajas mayores para unos asociados

que para otros.

Así mismo, considera que la contratación estatal hace parte de las actividades que puede desarrollar la cooperativa para el logro de sus objetivos, tal como se señala en el certificado de existencia y representación, en cumplimiento del Acuerdo Cooperativo. De manera que la sola circunstancia de que la señora Ortiz Calao haya sido asociada fundadora de la cooperativa, o que haya sido miembro del Consejo de Administración o que su cónyuge sea el representante legal, no es suficiente para pretender configurar la inhabilidad.

5.2. Del apoderado del demandante.

En escrito obrante a folios 652 y siguientes plantea que según el Decreto 4588 de 2006 en su artículo 3 las cooperativas de trabajo asociado son organizaciones sin ánimo de lucro pertenecientes al sector solidario de la economía cuyos socios son personas naturales que simultáneamente son gestoras, contribuyen económicamente a la cooperativa y son aportantes directos de su capacidad de trabajo para el desarrollo de actividades económicas, profesionales o intelectuales, con el fin de producir en común bienes, ejecutar obras o prestar servicios para satisfacer las necesidades de sus asociados y de la comunidad en general.

Que el objeto social de estas cooperativas es generar y mantener trabajo para los asociados en forma autogestionaria, con autonomía, autodeterminación y autogobierno, circunstancia que excluye la posibilidad de que se configuren relaciones laborales con el tercero contratante, quien debe contratar directamente con la cooperativa y es ésta la que se encarga de definir los trabajadores con los que realizará la labor encomendada, el valor de los servicios y el horario correspondiente.

Sostiene que para interpretar el alcance de la inhabilidad que subsiste en contra de la demandada, es preciso anotar que las cooperativas de trabajo asociado se diferencian de las demás en que los asociados son simultáneamente los dueños de la entidad y los trabajadores de la misma, es decir, que existe identidad entre asociado y trabajador. Que si ello es así, existe un claro y legítimo interés para la demandada en la obtención de todo contrato que se suscriba con una entidad pública.

De otro lado, argumenta que la simulación de la renuncia a COOPSERCONT, hace parte de la dinámica familiar, mediante el cual se burla la ley pues a folio 169, se observa la renuncia al consejo de administración y a su condición de asociada, con fecha 13 de mayo de 2006 la cual no se le dió el trámite legal correspondiente.

Precisa que el alcance de la gestión de negocios a través de una Cooperativa de Trabajo Asociado es la que se encamina al logro de un lucro el cual aparece reflejado en los contratos referenciados que se celebraron ante una entidad pública y que otorgaron beneficios a la sociedad conyugal pues ésta contrató a su arbitrio, personas de su causa política, en interés propio de su patrimonio personal y político.

Que, por consiguiente, de conformidad con el artículo 43 de la ley 136 de 1994, modificado por el artículo 40 de la ley 617 de 2000, debe entenderse que la intervención en la gestión de negocios la constituyen aquellas actuaciones que indiquen una participación personal y activa en los actos conducentes a la celebración que permitan dejar ver en claro un interés sobre el particular. Luego existe una clara evidencia de participación y de beneficio de la demandada por la gestión de negocios realizada ante las entidades contratantes, esto es, la ESE del Municipio de Barrancabermeja y el Departamento de Policía del Magdalena Medio con sede en la misma localidad. Que la demandada se ha beneficiado de manera directa por cuanto intervino personalmente para que la ESE Barrancabermeja y el Departamento de Policía del Magdalena Medio le adjudicaran la contratación a su Cooperativa, con lo cual logró la triangulación entre: COOPSERCONT-PATRIMONIO CONYUGAL y CAMPAÑA POLITICA.

Esta contratación con las entidades mencionadas, favoreció su imagen como candidata, la cual le posibilitó de manera privilegiada el favor electoral, pues examinado el acervo probatorio, se advierte que está demostrada la gestión de negocios por parte suya ante las entidades contratantes y, a pesar de que el contrato lo suscribió su esposo como representante legal, el beneficio derivado del mismo lo obtuvo la concejal al haber ingresado dinero del erario público a la cooperativa, y de allí se reorientaron los recursos para dirigirlos no sólo a acrecentar el patrimonio personal de la sociedad conyugal, sino también los recursos para la campaña política a favor de la demandada.

6. CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO

No presentó concepto de fondo.

II. CONSIDERACIONES

1. Competencia.

La Sala es competente para conocer y decidir en segunda instancia de las apelaciones de las sentencias relativas a procesos de nulidad electoral proferidas en primera instancia por los Tribunales Administrativos, de conformidad con el artículo 129 del CCA modificado por el artículo 37 de la ley 446 de 1998.

2. Del recurso de apelación.

Considera el apelante que el acto de elección de la señora Kelly Zulima Ortiz Calao debe anularse por cuanto se encontraba inhabilitada para ser elegida como Concejal del Municipio de Barrancabermeja para el período 2008-2011, puesto que en su condición de asociada y miembro del Consejo de Administración de la Cooperativa de Servicios y Construcción COOPSERCONT, intervino en la celebración de contratos con la Empresa Social del Estado de Barrancabermeja y con el Departamento de Policía del Magdalena Medio con sede en la misma ciudad.

3. El problema jurídico.

Lo representa resolver si la señora Ortiz Calao intervino en la celebración de contratos con entidades públicas, durante el período inhabilitante o, si por el contrario, como lo sostuvo el Tribunal, no se logró demostrar que incurriera en tal prohibición pese a los contratos que se suscribieron por la Cooperativa con la Empresa Social del Estado de Barrancabermeja y con el Departamento de Policía del Magdalena Medio con sede en la ciudad de Barrancabermeja cuando ella era asociada y miembro del Consejo de Administración durante el período inhábil, y cuando la representación legal recaía en su cónyuge.

La Sala hará inicialmente unas precisiones de rigor acerca de los supuestos previstos en la causal de inhabilidad que se invoca y de sus implicaciones frente a la naturaleza de las cooperativas de trabajo asociado. Luego abordará el caso concreto.

3.1. De la Inhabilidad de los asociados a cooperativas de trabajo asociado por intervenir en la celebración de contratos o en la gestión de negocios ante Entidades Públicas.

El régimen de inhabilidades tiene como finalidad la preservación de la integridad del proceso electoral, el equilibrio en la contienda política y la igualdad de oportunidades entre los competidores en una elección.

La regla prevista en el numeral 3° del artículo 40 de la Ley 617 de 2000 que modificó el artículo 43 de la Ley 136 de 1994, esto es, la intervención en la celebración de contratos, es la consagración normativa del interés del legislador en preservar estos valores que deben caracterizar la máxima expresión de la democracia, representada para este caso en la elección de los miembros del Concejo Municipal.

La Corte Constitucional justamente al referirse a la causal de inhabilidad de intervención en la celebración de contratos en el caso de los alcaldes, realizó unas precisiones en torno al fin que buscaba el legislador frente a la prohibición a los candidatos de intervenir en la celebración de contratos con entidades públicas que deban ejecutarse en el respectivo municipio dentro del año anterior a la elección.

Al respecto dijo:

(...) la inhabilidad también puede cumplir otra finalidad constitucionalmente relevante, pues obstaculiza el aprovechamiento de recursos públicos para desfigurar los procesos electorales. En efecto, un contratista, por el hecho de adelantar obras de utilidad para la comunidad, puede llegar a ejercer una cierta influencia local, que podría aprovechar en los procesos electorales municipales, con lo cual se viola la igualdad en este campo y se altera la propia dinámica de la participación política. (...)¹
(Resaltas de la Sala).

¹ Corte Constitucional, Sentencia C-618 de 1997, M.P. Alejandro Martínez Caballero.

Ahora bien, precisada la finalidad del régimen de inhabilidades y de la causal de intervención en la celebración de contratos, esta se encuentra consagrada en el artículo 43, numeral tercero, de la Ley 136 de 1994, modificado por el artículo 40 de la ley 617 de 2000, que a la letra dice:

ARTICULO 40. DE LAS INHABILIDADES DE LOS CONCEJALES. El artículo 43 de la Ley 136 de 1994 quedará así:

"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.

Como se puede apreciar de la norma transcrita es claro que son dos las situaciones prohibidas durante el período inhabilitante para quienes aspiran a ser elegidos Concejales. Una, referida a abstenerse de intervenir en la celebración de contratos con entidades públicas en interés propio o de terceros durante el año anterior que preceda a la elección.

Bajo este supuesto la inhabilidad se configura con todas aquellas actuaciones que el candidato realizó de manera directa y concreta, dirigidas a la celebración de un contrato con entidad pública de cualquier nivel en interés propio o en el de terceros, siempre que el contrato deba ejecutarse o cumplirse en el respectivo municipio.

La segunda hipótesis de la norma corresponde a la prohibición de intervenir en la gestión de negocios y se refiere a todas aquellas intervenciones de otros sujetos diferentes al contratista mismo, en actividades consistentes en trámites negociales de su interés.

Ahora bien, en cuanto a la presencia de la primera modalidad de inhabilidad la Sala ha sostenido que también se configura cuando el contrato se celebró a través de personas naturales que prestan su nombre en la suscripción de un

contrato que en realidad es de otra persona (testaferrato²), o *“mediante sociedades de personas o de familia de las que sea socio quien interviene en la negociación, de tal manera que la interpuesta persona es la propia sociedad. En otras palabras, la celebración de contratos bajo esta modalidad implica que quien aparece como contratista, aunque formalmente y en forma aparente, figure como tal, en realidad no es la persona que lo celebra y ejecuta”*³.

Esta situación debe ser verificada por el juez para efectos de determinar que realmente la persona jurídica se utilizó para encubrir la intervención personal del socio candidato.

Las Cooperativas de Trabajo Asociado tienen como objetivo la producción y distribución de bienes y servicios para sus asociados a través de la generación y mantenimiento de trabajo para los mismos. Las personas afiliadas a la cooperativa son, a la vez, asociados, aportantes y gestores de la empresa. La calidad de asociado y de gestor les otorga el derecho de participar en la administración de la cooperativa por medio del desempeño de cargos sociales. Así, entre otras cosas, pueden participar en el consejo de administración, que es el cuerpo permanente de gestión o de administración de la cooperativa, cuyas atribuciones, de conformidad con la ley, serán las consagradas en el respectivo estatuto, las cuales tendrán como criterio orientador el cumplimiento del objeto social de la cooperativa.⁴

En la medida que el consejo de administración es el órgano permanente de administración, está llamado a cumplir funciones administrativas que busquen la realización del objeto social de la cooperativa, que, en términos generales, es la producción de bienes y servicios para los asociados.

El cumplimiento de esas funciones administrativas tiene injerencia en la gestión social de la cooperativa, pues, a pesar de que el consejo de administración no la representa y su gestión no tiene eficacia frente a terceros, como si ocurre con el gerente, es el órgano de administración permanente y de intermediación entre la asamblea general y el gerente. Así mismo, sus decisiones deben ser cumplidas por el representante legal como lo establecen los artículos 35 y 37 de la ley 79 de 1988, que actualizó la reglamentación para las cooperativas.

² CE Sec. 5ª, Sentencia del 2-11-01, Exp. N° 2697, CP Reinaldo Chavarro Buriticá.

³ CE Sec. 5ª, Sentencia del 19-01-06, Exp. N° 3875, CP Darío Quiñónez Pinilla.

⁴ Artículo 4, 23, 26, y 35 de la Ley 79 de 1988 y artículo 3 del Decreto 4588 de 2006.

De manera que cuando una persona es miembro del consejo de administración que, se repite, es el órgano de permanente de administración de la cooperativa, dicha calidad, *per se*, representa una clara influencia en las gestiones que realiza el gerente para el cumplimiento del objeto social de la cooperativa, pues este es el ejecutor, no solo de las decisiones de la asamblea general, sino de las del consejo de administración.

3.2. Del caso concreto

Precisado lo anterior, se ocupara la Sala de la verificación, en el caso concreto, de los supuestos fácticos necesarios para que se configure la causal ya analizada. Se advierte, antes que todo, que no se analizará la supuesta intervención de la demandada en la celebración de los contratos de la cooperativa en cuestión con el Comando de Policía del Magdalena Medio con sede en Barrancabermeja, pues en el expediente únicamente obran como prueba las facturas de venta, las órdenes de pago y las certificaciones de recibo a satisfacción del servicio (fl 87 a 95, 274 a 290 y 478 a 502), que se dictaron en ejecución de dichos contratos de prestación de servicios de aseo, documentos que, a juicio de esta Sala y de acuerdo con reiterada jurisprudencia de esta Corporación, no son idóneos para demostrar la celebración del contrato, que es el punto central de la inhabilidad que el demandante invoca como sustento de la apelación. La citada inhabilidad, según la norma y lo dicho por la jurisprudencia de esta Sección, se deriva de la celebración del contrato y no de su ejecución. Por esta razón el demandante estaba llamado a probar en concreto la celebración de los contratos, entonces, los documentos que allegó dirigidos a demostrar que existieron actuaciones concernientes a la ejecución del contrato presuntamente suscrito por la cooperativa con el Comando de Policía de Barrancabermeja, no pueden ser tenidos en cuenta como acreditantes de la celebración de éste en orden a estructurar la inhabilidad.

Al respecto, obran en el expediente las siguientes pruebas:

1. A folio 24 y 472 aparece el contrato N° 047 de fecha 27 de noviembre de 2006 celebrado dentro del período inhabilitante, por un valor de \$ 47'523.837, por parte del señor Alexander Arquez Acevedo como Gerente de la Cooperativa de Servicios y Construcción COOPSERCONT con la Empresa Social del Estado de Barrancabermeja cuyo objeto y

obligaciones a cargo del contratista, consistían en el suministro de personal médico para la prestación de servicios de salud con el perfil exigido para desarrollar el objeto del contrato.

2. A folio 17, 18 y 21 a 23 se encuentra el certificado de existencia y representación legal de la entidad sin ánimo de lucro denominada Cooperativa de Trabajo Asociado COOPSERCONT, expedido por la Cámara de Comercio de Barrancabermeja de fecha 13 de noviembre de 2007 cuyo objeto social es desarrollado a través de varios programas entre ellos el previsto en el literal E, servicios de suministro de personal a otras entidades del sector solidario, público y privado, que se ejecuta a través de varias actividades entre ellas el suministro de personal de servicios generales y de profesionales de la salud.

También se puede apreciar de este certificado que para el 13 de noviembre de 2007 la señora Kelly Zulima Ortiz Calao todavía, al menos formalmente, hacía parte del Consejo de Administración de la Cooperativa de Trabajo Asociado COOPSERCONT, pese a haber presentado renuncia el 9 de mayo de 2006 como miembro del Consejo de Administración y como asociada de la cooperativa, y que se le hubiere aceptado el día 13 de mayo de 2006 (folios 167, 168 y 169). Acorde con lo que registra el certificado expedido en tal fecha, para la época en que se efectuó la elección, esto es, el 28 de octubre de 2007, la señora Ortiz Calao figuraba como integrante del Consejo de Administración y solo vino a ser reemplazada hasta el 15 de noviembre de 2007 fecha de la inscripción del señor Gustavo Enrique Garrido Arenas. Así se aprecia del contenido del certificado expedido por la Cámara de Comercio de Barrancabermeja calendado 22 de enero de 2008 (folios 186 a 189).

3. A folio 56 y siguientes obra el acta de constitución de la cooperativa de trabajo asociado COOPSERCONT de fecha 5 de mayo de 2004 en la que se nombra como dignatarios de la Asamblea de Constitución al señor Alexander Arquez Acevedo en calidad de presidente y a la señora Kelly Zulima Ortiz Calao como Secretaria.
4. Se encuentra a folios 61 y siguientes la normatividad que contiene los estatutos que regulan la Cooperativa de Trabajo Asociado COOPSERCONT del que se puede destacar lo siguiente:

Artículo 5. OBJETO SOCIAL. La cooperativa de Trabajo Asociado sigla COOPSERCONT tiene como objeto social principal:

(...)

2. Promover proyectos productivos y de vida que jalonen un desarrollo integral para los asociados, conservando el espíritu empresarial y humanitario utilizando la tecnología más adecuada hasta lograr una empresa cooperativa sostenible y rentable al servicio de todos.

Para encaminar este objeto social de la cooperativa COOPSERCONT pondrá en práctica los siguientes programas:

e. Ofrecer servicios de obra civil, servicios generales, suministro de personal a otras entidades del sector solidario, público y privado.

Artículo 6. ACTIVIDADES. Para el logro de sus objetivos la cooperativa sigla COOPSERCONT desarrollara las siguientes actividades en cumplimiento del acuerdo cooperativo:

- Suministro de personal, obra civil, servicios generales, equipos de oficina.
- Suministro de profesionales de la salud.

Artículo 14. DERECHOS DE LOS ASOCIADOS.

- Participar y beneficiarse de las actividades que realice la cooperativa de acuerdo a su objeto.
- Participar en las actividades de la cooperativa y en su administración mediante el desempeño de cargos sociales.

Artículo 48. CONSEJO DE ADMINISTRACION. Es el órgano permanente de administración subordinado a las directrices y políticas de la asamblea general. Esta conformado por tres (3) asociados principales, elegidos por un período de un (1) año.

Artículo 58. EL GERENTE. Será el representante legal y el ejecutor de las decisiones de la asamblea general y del consejo de administración, sus funciones serán precisadas en el estatuto. Será elegido por el consejo de administración, sin perjuicio de ser removido libremente en cualquier tiempo por dicho organismo.

Artículo 60. FUNCIONES DEL GERENTE.

(...)

- *Mantener las relaciones y la comunicación de la administración con los órganos directivos, asociados y terceros.*
- *Elaborar y someter a la aprobación del consejo de administración, los reglamentos de carácter interno relacionados con el cumplimiento del objeto social de la cooperativa. (...)*

5. Finalmente, a folios 512 a 514 del expediente reposa el registro de matrimonio civil expedido por la Registraduría Nacional del Estado Civil en el cual se observa que la señora Kelly Zulima Ortiz Calao y el señor Alexander Arquez Acevedo contrajeron matrimonio en la Notaria Primera del Círculo de Barrancabermeja.

Las anteriores pruebas documentales demuestran, en primer lugar, que la Cooperativa de Trabajo Asociado COOPSERCONT celebró contrato con la Empresa Social del Estado de Barrancabermeja y, de otro lado, que la señora Ortiz Calao, dentro del período inhabilitante, ostentó la condición de asociada y de miembro del Consejo de Administración de la Cooperativa de Trabajo Asociado COOPSERCONT. Además, está probado que su esposo, durante ese mismo periodo, fue Gerente de la Cooperativa en cuestión.

De lo anterior, la Sala concluye que la señora Ortiz Calao, en su condición de asociada y como integrante del Consejo de Administración de la cooperativa - órgano permanente de administración-, participó en la consolidación del señalado negocio. En la época en la que, además, su cónyuge se desempeñaba como gerente. Esta es razón suficiente para afirmar que, por cuenta de ello, la demandada se benefició particular y personalmente, pues dicha circunstancia la puso en una situación aventajada respecto de los demás candidatos que participaron en la contienda política al Concejo Municipal de Barrancabermeja. Es claro que el objeto del contrato celebrado por la Cooperativa fue suministrar personal a la citada entidad pública, situación que propició que por cuenta de ello, favoreciera su campaña.

De igual manera, la circunstancia de que el cónyuge de la demandada tuviera la condición de representante legal de la cooperativa durante el tiempo en que fue suscrito el aludido contrato y, en especial, el hecho de que el cargo de gerente se encontrara legal y estatutariamente supeditado a las decisiones que tomara el órgano de administración permanente del cual precisamente ella formaba parte, permiten, a juicio de la Sala, concluir que, en efecto, la entonces

candidata al Concejo Municipal de Barrancabermeja intervino en la celebración de ese contrato, dada la condición bajo la cual ella fungía en el seno de la cooperativa como asociada y como fundadora y miembro del consejo de administración, que le concedían influencia en las actuaciones de la cooperativa, poniéndola en situación de ventaja en relación con los demás candidatos al concejo. Es evidente que, en aplicación de dicho poder, la cooperativa, en realidad, sirvió para encubrir la intervención personal de la candidata en la celebración del referido contrato, contrato que, se repite, le permitió obtener un provecho que, en concreto, se manifestó en la potencialidad de obtener ventajas frente al electorado poniendo con ello en situación de desigualdad a los demás candidatos.

Por lo expuesto, la Sala concluye que la señora Kelly Zulima Ortiz Calao estaba inhabilitada para ser elegida como Concejal del Municipio de Barrancabermeja. En consecuencia, la sentencia de primera instancia será revocada y, en su lugar, se declarará la nulidad de dicha elección.

III. LA DECISION

Por 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.- REVOCAR la sentencia de primera instancia proferida por el Tribunal Administrativo de Santander de fecha 4 de junio de 2008, mediante la cual se denegó las pretensiones de la demanda y, en su lugar, declarar nula la elección como Concejal por el Municipio de Barrancabermeja para el período 2008 a 2011 de la señora Kelly Zulima Ortiz Calao.

SEGUNDO.- CANCELAR la credencial que la Registraduría Nacional del Estado Civil expidió a la señora Kelly Zulima Ortiz Calao, identificada con la cedula de ciudadanía N° 63'464.723, para actuar como concejal del Municipio de Barrancabermeja por el período constitucional 2008-2011.

TERCERO.- COMUNICAR este fallo al Consejo Nacional Electoral, a la Registraduría Nacional del Estado Civil y al Presidente del Concejo Municipal de Barrancabermeja para lo de su competencia.

CUARTO.- Ejecutoriada esta providencia devuélvase el expediente al Tribunal de origen.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

SUSANA BUITRAGO VALENCIA
Presidenta

MARIA NOHEMÍ HERNANDEZ PINZON
Consejera

FILEMÓN JIMÉNEZ OCHOA
Consejero

MAURICIO TORRES CUERVO
Consejero

VIRGILIO ALMANZA OCAMPO
Secretario