

PROCESO ELECTORAL - Excepción de falta de legitimación por activa / FALTA DE LEGITIMACION POR ACTIVA - Se configura por la suspensión del ejercicio de los derechos políticos / INTERDICCION DE DERECHOS POLITICOS - Imposibilidad de ejercer acción de nulidad electoral

En relación con esta excepción referida a la imposibilidad de que el señor Alberto Gnecco Arregoces presentara la acción de nulidad electoral por encontrarse purgando una condena penal de prisión de 197 meses y una pena accesoria de interdicción de derechos y funciones públicas por igual período impuesta por el Juez 1° de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Santa Marta. Está acreditado que el accionante de la demanda electoral radicada bajo el N° 2010 - 0038 para el momento de la interposición de la acción se encontraba cobijado por una condena penal que le fue impuesta y como pena accesoria la de interdicción de derechos públicos, dentro de los cuales está el de ejercer acciones públicas como lo es la acción de nulidad electoral. Tal conclusión porque el artículo 227 del C.C.A., habilita a cualquier persona para que vía acción electoral demande de manera directa los actos de contenido electoral, pero para el ejercicio de este derecho es preciso que el ciudadano se encuentre en plenitud del goce de tales derechos políticos, como lo es la presentación de acciones de naturaleza pública, de conformidad con el artículo 40 Superior. En este sentido está claro que el señor Hugo Alberto Gnecco Arregoces no tenía la capacidad de impetrar la acción electoral por cuanto para el momento de la interposición de la demanda tenía suspendido el ejercicio de sus derechos políticos en virtud a la decisión judicial de carácter penal que le impuso esta medida como pena accesoria a la condena principal por los delitos por los cuales se le condenó. Esta situación releva a la Sala de examinar las censuras propuestas en su demanda y la existencia de la violación alegada en contra del acto que declaró la elección del señor Eduardo Diazgranados Abadía, en relación con los planteamientos que este señor adujo. Asimismo no hay lugar a emitir pronunciamiento alguno en relación con las coadyuvancias presentadas por los señores Jorge I. Orjuela Arias y Yesid Villaraga en relación con dicha demanda por carecer el señor Hugo Alberto Gnecco de legitimidad por activa para impetrar esta acción de carácter electoral, como ya se explicó. Por esta razón la Sala se inhibe para decidir de fondo las pretensiones de la demanda radicada bajo el N° interno 2010 - 0038.

NOTA DE RELATORIA: En relación con el derecho a interponer acciones publicas ver sentencia C-536 de 1998 de octubre de 1998, Corte Constitucional.

FUENTE FORMAL: CODIGO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO - ARTICULO 227 / CONSTITUCION POLITICA - ARTICULO 40

INHABILIDAD PARA SER ELEGIDO CONGRESISTA - Ejercicio de autoridad administrativa por ser miembro del Consejo Directivo de Corporación Autónoma Regional / CORPORACION AUTONOMA REGIONAL - Naturaleza jurídica / MIEMBROS DEL CONSEJO DIRECTIVO DE CORPORACION AUTONOMA REGIONAL - Desempeñan funciones públicas transitoriamente pero no tienen el carácter de servidores públicos / INHABILIDAD DE REPRESENTANTE A LA CAMARA - Improcedencia. No se configuró inhabilidad por ejercicio de autoridad administrativa / INHABILIDAD POR EJERCICIO DE AUTORIDAD - Las actuaciones que se cumplen como integrante de una Junta Directiva, son funciones que se impone cumplir a título institucional y no configuran la inhabilidad

El actor alega que el elegido, como miembro de esta Corporación Autónoma Regional del Magdalena, participó de manera regular desde el momento de su designación en calidad de Delegado del Presidente de la República y hasta el 22

de enero de 2010 en las sesiones de esta Corporación donde se autorizó al Director de CORPAMAG para que suscribiera convenios y contratos, y que en general, adoptó decisiones que corresponden al ejercicio de autoridad administrativa. De conformidad con el artículo 23 de la Ley 99 de 1993, las Corporaciones Autónomas Regionales son entes corporativos que tienen una misión de carácter ambiental dentro del territorio en el cual ejerce su jurisdicción. Los integrantes de su órgano colegiado de dirección, denominado "Consejo Directivo", desempeñan funciones públicas transitoriamente pero no tienen el carácter de servidores públicos. En efecto, quien funge como miembro del Consejo Directivo de CORPAMAG, en los términos del artículo 74 de la Ley 489 de 1998, no adquiere la condición de empleado público, pues aunque ejerce funciones públicas su vinculación con la administración no está precedida de una relación legal y reglamentaria como empleado público, o de una contractual, como trabajador oficial, calidades éstas que por tanto no ostenta. Precisamente, por la labor que cumplen los miembros del Consejo Directivo de CORPAMAG que no tienen la condición de servidor público, la Resolución N° 1084 de 1995, le fijó una remuneración a título de honorarios. En este orden de ideas, se concluye que existen varias razones por las cuales no se acredita la causal invocada, así: La participación del señor Diazgranados Abadía en el Consejo Directivo de CORPAMAG no implicó desempeño de empleo público, requisito éste sine quanon que contempla la norma constitucional para la estructuración de la prohibición. La inhabilidad parte del presupuesto: "No podrán ser Congresistas [...] 2. Quienes hubieran ejercido como empleados públicos jurisdicción o autoridad política, civil, administrativa o militar, dentro de los doce (12) meses anteriores a la fecha de la elección". Adicionalmente, las actuaciones que se cumplen en desarrollo de una representación como integrante de una Junta Directiva, son funciones que se impone cumplir a título institucional. En conclusión, este cargo no resulta probado.

FUETE FORMAL: LEY 28 DE 1988 / LEY 99 DE 1993 - ARTICULO 23 / LEY 489 DE 1998 - ARTICULO 74 / CONSTITUCION POLITICA - ARTICULO 179 NUMERAL 2

INHABILIDAD PARA SER ELEGIDO CONGRESISTA - Intervención en gestión de negocios ante entidad pública dentro de los seis meses anteriores a la fecha de elección / INTERVENCION EN GESTION DE NEGOCIOS - Presupuestos configurativos de esta causal de inhabilidad / INTERVENCION EN GESTION DE NEGOCIOS - Es diferente a la intervención en la celebración de contratos ante entidades públicas / INHABILIDAD DE REPRESENTANTE A LA CAMARA - Improcedencia. No se configuro inhabilidad por intervención en gestión de negocios / INHABILIDAD POR INTERVENCION EN GESTION DE NEGOCIOS - No se configura cuando se obtiene el reconocimiento de incentivo fitosanitario

La finalidad que inspiró al legislador a prohibir que el aspirante al Congreso gestione negocios ante entidades de carácter oficial dentro de los 6 meses anteriores a la elección, consiste en evitar que el candidato se beneficie de la circunstancia de acercamiento y de contactos ante tales entidades de carácter público y desarrolle actuaciones que se traduzcan en favorecimientos de doble vía a los cuales no acceden los otros candidatos, lo que desequilibra la igualdad que debe presentarse entre todos los que participan en la contienda electoral. La atribución relativa a que el demandado gestionó negocios en el período inhabilitante cuando era candidato a la Cámara de Representante la fundamenta el actor en el hecho que el señor Diazgranados Abadía en calidad de representante legal de las sociedades: BANEXCO S.A., COBANA S.A. y como miembro de la Junta Directiva de ASBAMA y también en su presunta condición de

propietario de predios localizados en el Departamento del Magdalena fue beneficiado con el "Incentivo Sanitario de Banano 2009" y del "Programa de Coberturas para el año 2009". A partir del examen de la normatividad que reglamenta el programa del incentivo y de las pruebas documentales la Sala considera que en este específico evento, no se configura la causal de inhabilidad planteada, atendiendo a las razones que a continuación se explican: el objeto de la creación del incentivo sanitario por parte del Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural fue el de apoyar el control y manejo de la Sigatoka Negra, enfermedad de importancia económica que, por tanto, necesitaba ser controlada. Entonces, el trámite que el demandado debió surtir ante el Ministerio de Agricultura, el ICA o la Bolsa Nacional Agropecuaria para ser beneficiario del "Incentivo Sanitario", en calidad de representante legal de las sociedades COBANA S.A. y BANEXCO S.A. propietarias de los predios: SINAI, CIRCASIA, PUERTO RICO y BOMBA, no se enmarca en la causal de inhabilidad por gestión de negocios, porque se trató de una postulación a un incentivo para todo el sector productivo del banano, sujeto al cumplimiento de los requisitos establecidos en la Ley 101 de 1993, la Resolución 254 de 2009 y el Reglamento Técnico ISP 2009, emitido con tal propósito. Fue una participación como empresario del sector en un programa misional a cargo del Ministerio del Ramo que tiene entre otras funciones la de proponer un sistema de incentivos para el sector agropecuario, pesquero y de desarrollo rural, con el propósito de controlar la propagación de plagas en los cultivos y de esta manera estimular la producción y el empleo, entre otras actividades. Estas características desvirtúan que se esté en presencia de la prohibición gestión de negocios, puesto que propiamente y en estricto sentido, de lo que se trató fue de "aplicar" a un programa fitosanitario del Ministerio de Agricultura para proteger el cultivo de banano. Los trámites ante entidades públicas que la Constitución Política prohíbe a los aspirantes al Congreso de la República en el artículo 179 numeral 3.º, son aquellos en virtud de los cuales el candidato puede aprovecharse de su condición para lograr una posición de privilegio y de preeminencia ante sus electores, creando en su favor por cuenta de ese trámite, una situación de desigualdad en la contienda electoral frente a los demás candidatos. Una conclusión diferente llevaría al absurdo de considerar que al candidato al Congreso de la República en el período inhabilitante le está vedado absolutamente cualquier tipo de procedimiento ante la administración pública. Es por ello que el alcance de la causal gestión de negocios es preciso analizarla en cada caso, bajo parámetros de razonabilidad y de proporcionalidad, en el enfoque de su teleología. En el asunto bajo examen, se insiste, no es posible predicar debido a la naturaleza y características del programa que el proceso de postulación al reconocimiento del incentivo fitosanitario hubiese dotado al aspirante a la Cámara de Representantes de una condición preeminente y preponderante frente al electorado, pues de un lado, el reconocimiento del apoyo fue para los productores de banano, en su condición de tales, y para acceder al mismo el Ministerio solicitó la acreditación de unos especiales requisitos a los que se hizo mención atrás. Por lo expuesto, no se da por probada entonces esta censura.

NOTA DE RELATORIA: Sobre la intervención en gestión de negocios ver sentencia 3979-3986 de 13 de septiembre de 2007; 3064 de 6 de marzo de 2003, Sección Quinta;

FUENTE FORMAL: CONSTITUCION POLITICA - ARTICULO 179 NUMERAL 3 / LEY 101 DE 1993

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCION QUINTA

Consejera ponente: SUSANA BUITRAGO VALENCIA

Bogotá D. C., veintitrés (23) de febrero de dos mil doce (2012)

Radicación numero: 11001-03-28-000-2010-00038-00(00100)

Actor: HUGO ALBERTO GNECCO ARREGOCES Y HERNANDO JOSE ESCOBAR MEDINA

Demandado: REPRESENTANTE A LA CAMARA POR EL DEPARTAMENTO DEL MAGDALENA

Procede la Sala a decidir de fondo las demandas presentadas por los señores Hugo Alberto Gnecco Arregoces y Hernando José Escobar Medina dirigidas a obtener la nulidad del Acuerdo N° 12 del 19 de julio de 2010 expedido por el Consejo Nacional Electoral que declaró electo al señor Eduardo Agatón Diazgranados Abadía Representante a la Cámara por el departamento del Magdalena, para el período 2010 - 2014.

I. ANTECEDENTES.-

1. LAS DEMANDAS.-

1.1. Expediente N° 11001-03-28-000-2010-00038-00

A. PRETENSIONES.-

El señor Hugo Alberto Gnecco Arregoces actuando en su propio nombre y en ejercicio de la acción electoral, solicita se acceda a las siguientes peticiones:

“Primero: Honorable Magistrado Ponente, en Salvaguarda del Debido Proceso, el cual ha de aplicarse a toda clase de actuaciones ADMINISTRATIVAS, como se identifican los actos de Inscripción de las candidaturas a la H. Cámara de Representantes por la circunscripción electoral del Departamento de Magdalena, para las elecciones desarrolladas el día 14 de marzo de 2010, **solicito** Declare **NULO de NULIDAD ABSOLUTA**, el **acuerdo** número 12, de fecha 19 de Julio de 2010, proferida por el Consejo Nacional Electoral y, a través del cual se declaró electo miembro de la H. Cámara de Representantes, por la circunscripción electoral del Departamento del Magdalena, al Dr. **EDUARDO DIAZGRANADOS ABADIA.**

Segundo: Solicito que en Salvaguarda a la moralidad pública administrativa, así como a una democracia participativa, pluralista e independiente, vigente en Colombia y, a la personería jurídica del partido y/o movimiento político la **U**, al que pertenece el ciudadano cuya nulidad de inscripción de su candidatura depreco a través de estas líneas; que **sean protegidos los patrimonios electorales como propiedad del partido y/o movimiento político** a que pertenece el ciudadano cuya nulidad de inscripción de su candidatura a ocupar una curul en la H, (sic) Cámara de Representantes, por la jurisdicción electoral del departamento del Magdalena, requiero al interior de este libelo.”

B. FUNDAMENTOS DE HECHO.-

El actor sustenta sus pretensiones en los siguientes hechos, que la Sala resume así:

Que en las elecciones parlamentarias desarrolladas el 14 de marzo de 2010 el ciudadano Eduardo Diazgranados Abadía participó bajo el aval del partido político de la U y en razón a que éste superó el umbral el candidato obtuvo una curul.

Refiere que solicitó copia de la respuesta dada al ciudadano Marlon Martínez Hurtado en virtud del derecho de petición que éste elevó ante la Corporación Autónoma Regional de Medio Ambiente - CORPAMAG en la que se certifica que hasta el 27 de noviembre de 2009 el elegido “fungió como miembro del Consejo Directivo de la Corporación Autónoma de Medio Ambiente del Magdalena - CORPORMAG” en nombre y representación del señor Presidente de la República.

Que en las actas de reunión de dicho Consejo se aprecia que el demandado participó en la gestión de negocios y la celebración de contratos en interés propio y de terceros, con lo que se vulnera el numeral 3° del artículo 179 Superior.

Afirma que con pleno desconocimiento de esta normativa superior el señor Diazgranados Abadía inscribió su candidatura en la lista del partido de la U.

C. NORMAS VIOLADAS Y CONCEPTO DE VIOLACION.-

Considera el actor que el acto demandado es nulo por cuanto desconoce el artículo 179 numeral 3 de la Constitución Política.

Explicó como concepto de la violación en el escrito de corrección de la demanda (fls. 117 a 121), lo siguiente:

*“[...] Que el demandado [...] resultó electo Representante a la Cámara por la jurisdicción electoral del Departamento del Magdalena en las elecciones desarrolladas el día 14 de marzo de 2010, encontrándose inhabilitado verbigracia impedido para someter su nombre a criterio de la opinión pública y mucho más para resultar elegido y tomar posesión, como en efecto sucedió por autorizarlo así el **acuerdo número 12 de fecha Julio 19 de 2010**, en el entendido que se desconoció por parte del mencionado ciudadano, el **numeral tercero del artículo 179** de la Constitución Política de Colombia [...]*

*Obran en los anexos del libelo de la demanda, prueba suficiente que durante los Seis Meses anteriores a las elecciones regionales con el propósito de elegir candidatos a la H. Cámara de Representantes en la jurisdicción electoral del Departamento del Magdalena, que el Sr Eduardo Díazgranados Abadía fungió como representante del Señor (sic) Presidente de Colombia [...] ante el Concejo (sic) directivo (sic) de la Corporación Autónoma Regional de Medio Ambiente del Departamento del Magdalena - **CORPAMAG** - Así mismo que en desarrollo de dicha representación actuó en sesiones cumplidas durante los seis meses previos al día de elecciones y, en ellas participó en la aprobación del presupuesto de rentas y gastos para la vigencia relativa al año 2010 amén de su apoyo en el funcionamiento que con arreglo a derecho le corresponde a estas empresas del Estado.”*

Finalmente transcribe los artículos 23 y 24 de la Ley 99 de 1993, para señalar que con fundamento en estas disposiciones es evidente a “primera vista” que el comportamiento del demandado se encuentra inmerso en la causal de inhabilidad que plantea.

2. TRAMITE DE LA ACTUACION.-

Por auto del 2 de septiembre de 2010 se admitió la demanda y se ordenó notificar personalmente al Ministerio Público, al demandado y a la Presidenta del Consejo Nacional Electoral, esta última en su calidad de autoridad que expidió el acto cuestionado. También se resolvió negar la solicitud de suspensión provisional de los efectos del acto acusado.

Mediante auto del 7 de octubre de 2010 se rechazó por improcedente el recurso de apelación interpuesto contra la decisión que negó la solicitud de suspensión provisional.

El 22 de octubre de 2010 se dispuso mediante providencia que el expediente permaneciera en la Secretaría hasta tanto los demás procesos presentados con idéntico propósito llegaran a la etapa prevista por la norma para decidir sobre la posible acumulación. (fls. 263-264)

3. CONTESTACION DE LA DEMANDA.-

3.1 EDUARDO AGATON DIAZGRANADOS A.-

El demandado actuando por intermedio de apoderado judicial contestó la demanda y en el escrito se opuso a que se declare la nulidad del acto que lo declaró Representante a la Cámara por el departamento del Magdalena, período 2010 - 2014.

Como argumentos de defensa plantea a título de “excepciones de mérito” las siguientes:

- **FALTA DE LEGITIMACION POR ACTIVA.-**

Explica con fundamento en algunos precedentes jurisprudenciales¹ que la acción de nulidad electoral es de naturaleza pública, en razón a que su ejercicio e intervención la puede realizar cualquier persona e incluso el Ministerio Público.

En este contexto, la acción electoral la puede ejercitar cualquier ciudadano, esto es, cualquier persona titular de derechos políticos.

Pese a lo anterior, estima que en este caso, la demanda la presentó una “persona condenada penalmente no solo una sino tres veces por peculado por apropiación que se encuentra purgando una pena de prisión de 197 meses y 21 días, más una pena accesoria de interdicción de derechos y funciones públicas por el mismo período, según se evidencia del fallo del 29 de abril de 2010 expedido por el Juez 1° de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Santa Marta”.

Con fundamento en lo anterior, considera que el actor “tiene en estos momentos sus derechos políticos suspendidos” y no puede exigir el cumplimiento de los mismos mediante los mecanismos judiciales previstos por la ley.

Dice que los derechos y las funciones públicas del ciudadano no se limitan al ejercicio del sufragio pues abarcan otras tareas propias de la concepción del Estado democrático, participativo y pluralista, en el cual los ciudadanos son titulares de derechos y deberes que interaccionan en la dinámica social. Por tal

¹ Consejo de Estado - Sección Quinta Expediente N° 0672. Sentencia del 14 de mayo de 1992 Consejero Ponente. Luis Eduardo Jaramillo Mejía.

motivo, y debido a las “múltiples condenas penales ejecutoriadas” el actor no tiene legitimación para impetrar la acción de la referencia.

- **FALTA TOTAL DE LOS PRESUPUESTOS DE INHABILIDAD DE QUE TRATA EL NUMERAL 3° DEL ARTICULO 179 DE LA CONSTITUCION, EN CUANTO A LA GESTION DE NEGOCIOS.**

Luego de transcribir el texto del artículo 179 Superior y varios extractos de decisiones adoptadas por esta Corporación en relación con la inhabilidad prevista en el numeral 3^o, refiere que la norma indica que la gestión de negocios es la que se “realiza ante entidades públicas” lo que significa que el sujeto de la prohibición no hace parte de éstas sino que es “un tercero” frente a ella.

Explica que el vocablo “ante” tiene dentro de sus acepciones como preposición las de: “frente a” o “en frente de” pero en ningún momento “dentro”.

En esas condiciones estima que en razón a su condición de Delegado del Presidente de la República ante el Consejo Directivo de CORPAMAG, lógico es concluir que su situación es especial en tanto “era estar dentro de la entidad” y no “frente a ella”. Por este motivo considera que la inhabilidad no se configura.

Que en esa medida la labor que desempeñó como delegado del Presidente ante CORPAMAG no estuvo provista de ese “interés particular” que exige la jurisprudencia como elemento esencial de la causal alegada.

Agrega, que en todo caso, no quiso el legislador contemplar la inhabilidad prevista en el numeral 2° del artículo 179 para los particulares que prestan funciones públicas en tanto la restringió a los empleados públicos que además cumplen funciones calificadas.³

Dice que no darse el anterior entendimiento implicaría que todas las demás manifestaciones de “ejercicio de funciones públicas” no incluidas en el numeral 2° del artículo 179 de la C.P., se ubicaran en la prohibición del numeral 3°. Que una situación de esta naturaleza desconocería incluso el principio de coherencia y de efecto útil de la norma.

² Cita entre otras las siguientes: Sentencia del 22 de octubre de 2002. Sala Plena. M.P. Dra. Ligia López de Díaz (PI 046). Sentencia del 6 de marzo de 2003. Sección Quinta Rad. N° 3064. Sentencia del 3 de febrero de 2006. Sección Quinta Rad. N° 3867.

³ Como fundamento de esta conclusión se refiere a la sentencia del 18 de febrero de 2010. M.P. Filemón Jiménez Ochoa. Exp. N° 50001-23-31-000-2007-01129-01.

Así, concluye que la "gestión de negocios" no cobija el ejercicio de funciones públicas por parte de un particular, en tanto este presupuesto no se encuentra incluido en la norma que se dice vulnerar.

- **APLICACION DEL PRINCIPIO DE LA INTERPRETACION RESTRICTIVA DE LAS INHABILIDADES.**

Señala que encuadrar la causal de inhabilidad dentro de su comportamiento sería desconocer el principio de interpretación restrictiva de las inhabilidades e incompatibilidades, en tanto la ocurrencia de éstas no se cumple únicamente con el componente exegético de la norma sino también es preciso que se observe su carga teleológica, que constituye lo más importante para la determinación de si se aplica o no una restricción a los derechos fundamentales a elegir y ser elegido.

- **AUSENCIA ABSOLUTA DE PRUEBAS ACERCA DE LA EXISTENCIA DE LA INHABILIDAD PLANTEADA.**

Dice que de acuerdo con el artículo 177 del C.P.C., aplicable por remisión del artículo 267 del C.C.A., "le incumbe a las partes probar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen".

De esta manera, no basta que en la demanda se hagan afirmaciones sobre la existencia de la inhabilidad planteada, es necesario que las pruebe.

Que en el caso bajo examen el actor "solo lanzó afirmaciones sin sustento fáctico ni jurídico". Además, los documentos aportados son copias simples ante las cuales el Consejo de Estado ha dicho que no tienen el mismo valor probatorio que los documentos originales, razón por la cual al juez contencioso administrativo, le está prohibido suplir la deficiencia de la parte actora, en tanto ésta es una justicia rogada.

1.2. Expediente N° 11001-03-28-000-2010-00100-00

A. PRETENSIONES.-

El señor Hernando José Escobar Medina actuando en su propio nombre y en ejercicio de la acción electoral, solicita se acceda a la siguiente petición:

“SE DECLARE LA NULIDAD PARCIAL DEL ACUERDO N° 12 DEL 19 DE JULIO DE 2010 EXPEDIDO POR EL HONORABLE CONSEJO NACIONAL ELECTORAL O ACTO DE DECLARATORIA DE ELECCION DE LOS REPRESENTANTES A LA CAMARA (SIC) POR LA CIRCUNSCRIPCION (SIC) TERRITORIAL DEL DEPARTAMENTO DEL MAGDALENA PARA EL PERIODO (SIC) 2010-2014, en lo referente a la declaratoria de elección del Señor **EDUARDO AGATON DIAZGRANADOS ABADIA, portador de la cédula de ciudadanía N0. 85.455.695, como Representante a la Cámara por el Departamento del Magdalena avalado por el Partido de Unidad Nacional o Partido de la U e identificado con el número 101 en el tarjetón electoral, debidamente inscrito ante los Señores Delegados Departamentales del Registrador Nacional del Estado Civil en el Magdalena en los comicios celebrados el 14 de marzo próximo pasado, consignada en el ARTICULO (sic) PRIMERO del mencionado ACUERDO N° 12 emanado, como se ha precisado, del H. Consejo Nacional Electoral (sic).” (Mayúsculas y negrillas del texto original)**

B. FUNDAMENTOS DE HECHO.-

El demandante sustenta su pretensión en los siguientes hechos, que la Sala resume así:

El señor Eduardo Agatón Diazgranados Abadía se inscribió como candidato a la Cámara de Representante por la circunscripción electoral del Magdalena para los comicios electorales celebrados el 14 de marzo de 2010, correspondiéndole el número 101 en el tarjetón electoral.

Mediante Acuerdo N° 12 de 2010 el Consejo Nacional Electoral declaró electo al señor Diazgranados como Representante a la Cámara por el departamento del Magdalena.

*Refiere que el elegido se encuentra incurso en las causales de inhabilidad de que tratan los numerales 2° y 3° del artículo 179 de la C.P. porque **intervino en gestión de negocios** ante entidades públicas (ICA MAGDALENA, BOLSA NACIONAL AGROPECUARIA, MINISTERIO DE AGRICULTURA Y DESARROLLO RURAL, PROGRAMA AGRO INGRESO SEGURO AIS PARA EL MAGDALENA) dentro de los seis (6) meses anteriores a la fecha de la elección y al haber **ejercido autoridad administrativa** y cumplir funciones de dirección y mando como miembro del Consejo Directivo de la Corporación Autónoma Regional del Magdalena - CORPAMAG, dentro de los doce (12) meses anteriores a la fecha de la elección.*

Que el elegido en los seis (6) meses anteriores a la inscripción de su candidatura ocupó los siguientes cargos:

CARGO	SOCIEDAD o ENTIDAD	CERTIFICADO DE CAMARA DE COMERCIO
Gerente y Representante Legal	EXPORTADORES BANANEROS DE COLOMBIA S.A. - BANEXCO S.A.	27 de enero de 2010
Miembro de la Junta directiva	EXPORTADORES BANANEROS DE COLOMBIA S.A. - BANEXCO S.A.	27 de enero de 2010
Gerente y Representante Legal	COMPAÑIA BANANERA S.A. - COBANA S.A.	27 de enero de 2010
Miembro principal de la Junta Directiva	ASOCIACION DE BANANEROS DEL MAGDALENA Y LA GUAJIRA ASBAMA	27 de enero de 2010

Igualmente refiere que el elegido intervino en la gestión de negocios seis (6) meses antes de la elección como Representante a la Cámara, en razón a que:

1. Como gerente de COBANA S.A. intervino ante el Instituto Colombiano Agropecuario - ICA en el proceso de la adjudicación del "Incentivo Sanitario para Banano (ISB)", en el Magdalena, vigencia fiscal 2009, cuyo listado preliminar fue publicado entre el 15 y el 25 de septiembre de 2009, de conformidad con lo establecido en el Reglamento Técnico de Adjudicación del Incentivo Sanitario para Banano - ISB 2009, y en el que se reportaron como beneficiarias las fincas: "Circasia y Sara 1" ubicadas en la zona bananera de Santa Marta, **cuyo propietario es el elegido** y/o la compañía Bananera S.A. - Cobana S.A.
2. Como gerente de COBANA S.A. dentro de los seis (6) meses anteriores a la fecha de la elección para la que se inscribió, intervino en la gestión de negocios ante el Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural dentro del proceso de adjudicación de subsidio del programa AGRO INGRESO SEGURO (AIS) - PROGRAMA DE COBERTURAS CAMBIARIAS en el departamento del Magdalena, entre el 5 de septiembre y el 31 de diciembre de 2009 para obtener el pago no reembolsable de \$66.867.663 y resultar beneficiado con los recursos de este programa.

3. *Que en calidad de miembro principal de la Junta Directiva de ASBAMA dentro de los seis (6) meses anteriores a la fecha de la elección para la que se inscribió, celebró con el Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural y con el ICA convenios para el manejo y la administración de los distritos de riego de la zona bananera de Santa Marta, donde se ubican las fincas: i) Sara 1, ii) Bomba, iii) Circasia y iv) Puerto Rico, entre otras, propiedad de Cobana S.A. y Banexco cuyo gerente es el elegido. Además, que pertenece como miembro principal a “la junta directiva de una empresa que celebros (sic) convenios con entidades del Estado para operar Distritos de Riego que son propiedad del Estado Colombiano, en el Departamento de Magdalena”.*

4. *Que el señor Eduardo Agatón Diazgranados Abadía fue designado mediante Decreto 3604 del 15 de diciembre de 2003 emanado del Ministerio de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial como representante del Presidente de la República ante el Consejo Directivo de la Corporación Autónoma Regional - CORPAMAG en ejercicio de funciones públicas y autoridad administrativa hasta el 22 de enero de 2010, esto es, dentro de “los doce meses anteriores a las elecciones celebradas el 14 de marzo de 2010”.*

Dice que en ejercicio de dicha autoridad administrativa, asistió de manera regular al Consejo de Directivo de esta entidad departamental “aprobandos su presupuesto, entregando autorizaciones y facultades al director de CORPAMAG para celebrar contratos; autorizó traslados dentro del presupuesto de gastos e inversiones de la entidad; modificó, con su voto, la estructura administrativa de la entidad; dirimió controversias con particulares en materia ambiental y en general realizó gestión ante esta entidad pública y ejerció autoridad administrativa y funciones públicas, como miembro de su Consejo Directivo y como superior jerárquico inmediato del Director de la Entidad.”

C. NORMAS VIOLADAS Y CONCEPTO DE VIOLACION.-

Considera el actor que el acto demandado es nulo por cuanto desconoce el artículo 179 numerales 2.º y 3.º de la Constitución Política.

Explicó como concepto de la violación lo siguiente:

Dice que el demandado incurre en tales inhabilidades teniendo en cuenta que adelantó la gestión de negocios ante el Instituto Colombiano Agropecuario ICA - Magdalena, el Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural (MADR - Agro Ingreso Seguro - AIS - Programa de Coberturas Cambiarias para el Magdalena) y ante la Corporación Autónoma Regional del Magdalena - CORPAMAG. Que de igual manera, es miembro principal de la Junta Directiva de ASBAMA, entidad a través de la cual se celebraron convenios con entidades públicas para la administración de Distritos de Riego en el departamento del Magdalena, zona bananera de Santa Marta, lugar donde están ubicadas las fincas propiedad de COBANA y BANEXCO, empresas administradas y gerenciadas por el demandado.

Y también porque el elegido ostentaba la representación integral de un funcionario público: el señor Presidente de la República, en el consejo directivo de CORPAMAG, entidad del orden departamental. Aduce que también cumplía funciones públicas y ejercía autoridad administrativa como superior del Director de la entidad que cumple los mandatos del Consejo Directivo.

De esta forma, estima que se tipificaron las inhabilidades para ser elegido, pues para el momento de su inscripción y la fecha de las elecciones, no era factible que pudiera ser inscrito como aspirante a la h. Cámara de Representantes de la República de Colombia.

Dice que el candidato que resultó electo no se desprendió de la condición de Gerente y representante legal de las empresas COBANA S.A y BANEXCO S.A., bajo la cual valiéndose de la "función de atender a la asignación estatutaria de llevar la vocería de las entidades oficiales, se ubicó en una situación privilegiada" que no tuvieron los demás candidatos, generando una situación de alteración de los principios de igualdad y de equilibrio que debe primar en la elección pública.

Refiere que de conformidad como los estatutos de COBANA S.A. y BANEXCO S.A., su representante legal es el gerente al que le corresponde entre otras funciones las de estar a cargo de la gestión de negocios sociales de las sociedades.

Que el 26 de noviembre de 2009 las referidas sociedades recibieron cuatro pagos por el INCENTIVO FITOSANITARIO 2009 de la Bolsa Nacional Agropecuaria, así:

1. Banexco S.A.
Predio: Bomba
Valor autorizado: \$14.432.458
Valor girado: \$14.432.458 (26 de noviembre de 2009)
2. Cobana S.A.
Predio: Circacia
Valor autorizado: \$17.543.066
Valor girado: \$17.408.009 (26 de noviembre de 2009)
3. Cobana S.A.
Predio: Sinaí 1
Valor autorizado: \$6.028.430
Valor girado: \$5.939.431 (26 de noviembre de 2009)
4. Cobana S.A.
Predio: Puerto Rico
Valor autorizado: \$29.395.830
Valor girado: \$29.213.362 (26 de noviembre de 2009)

Que según los conceptos contenidos en las decisiones proferidas por esta Corporación⁴, para que exista una gestión de negocios debe presentarse una conducta concreta, positiva, efectiva y real para obtener o crear un beneficio, que se convierte en exigible siempre y cuando se cumpla con los requisitos para su existencia, validez y eficacia.

Que no hay duda que fue la presentación del informe técnico de manejo integrado de plagas por parte de los predios BOMBA perteneciente a BANEXCO S.A.; CIRCACIA, SINAI y PUERTO RICO de propiedad COBANA S.A., y luego de acreditar los demás requisitos exigidos, que obtuvo el beneficio en la adjudicación del incentivo sanitario para banano ISB de 2009.

Refiere que la cercanía a dichas entidades públicas realizando o tomando parte en las diligencias que beneficiarían a las sociedades COBANA S.A. y BANEXCO S.A., generó en el candidato la posibilidad de “darse imagen ante la comunidad electora y lo colocó en situación de ventaja frente a los demás candidatos, con lo cual se produjo una alteración de los principios de igualdad y de equilibrio que deben primar en la elección pública en la que participó”

Finalmente transcribe los artículos 23 y 24 de la Ley 99 de 1993, para señalar que con fundamento en estas disposiciones es evidente a “primera vista” que el

⁴ Consejo de Estado – Sala Plena. Sentencia 27 de junio de 2006. C.P. Dr. Ramiro Saavedra Becerra. / Consejo de Estado Sección Quinta – Sentencia del 13 de septiembre de 2007. Radicado N° 3979-3986.

comportamiento del demandado se encuentra inmerso en la causal de inhabilidad que plantea.

2. TRAMITE DE LA ACTUACION.-

Luego de corregirse el escrito introductorio, por auto del 16 de septiembre de 2010 se admitió la demanda y se ordenó notificar personalmente al Ministerio Público, al demandado y a la Presidenta del Consejo Nacional Electoral, esta última en su calidad de autoridad que expidió el acto cuestionado.

El 13 de octubre de 2010 se dispuso que el expediente permaneciera en la Secretaría hasta tanto los demás procesos presentados con idéntico propósito llegaran a la etapa para decidir sobre la posible acumulación. (fls. 99-100)

3. CONTESTACION DE LA DEMANDA.-

3.1 EDUARDO DIAZGRANADOS ABADIA.-

El demandado actuando por intermedio de apoderado judicial contestó la demanda y en el escrito se opuso a la nulidad del acto que lo declaró Representante a la Cámara por el departamento del Magdalena, período 2010 - 2014.

Como argumento de defensa plantea a título de “excepciones de mérito” las siguientes:

1. FALTA TOTAL DE LOS PRESUPUESTOS DE INHABILIDAD DE QUE TRATA EL NUMERAL 3° DEL ARTICULO 179 DE LA CONSTITUCION, EN CUANTO A LA GESTION DE NEGOCIOS.

Sobre el particular y luego de transcribir el texto del artículo 179 Superior y varios extractos de decisiones adoptadas por esta Corporación en relación con la inhabilidad prevista en el numeral 3^o, refiere que la norma considera que la gestión de negocios es la que se “realiza ante entidades públicas” lo que significa que el sujeto de la prohibición no hace parte de éstas sino que es “un tercero”

⁵ Cita entre otras las siguientes. Sentencia del 22 de octubre de 2002. Sala Plena. M.P. Dra. Ligia López Díaz (PI 046). Sentencia del 6 de marzo de 2003. Sección Quinta Rad. N° 3064. Sentencia del 3 de febrero de 2006. Sección Quinta Rad. N° 3867.

frente a ella. Así, reitera los argumentos ya expuestos como respuesta en el expediente N° 2010-0038 al que ya se hizo referencia.

Respecto de las conductas endilgadas como inhabilidad dijo:

1.1. En cuanto a la intervención como delegado del Presidente de la República en el Consejo Directivo de CORPAMAG.-

En esencia reitera todo lo expuesto en relación con esta excepción en la contestación a la demanda radicada bajo el N° 2010 - 0038.

1.2. En cuanto al procedimiento de adjudicación del incentivo sanitario para el banano (ISB)

En relación con esta censura dice que para que se configure la inhabilidad es preciso tener en cuenta que:

a) Los trámites administrativos en cuestión son ejercicio de un derecho y no una gestión de negocios.-

Dice que el trámite de obtención del ISB no es una gestión de negocios sino la ejecución de un procedimiento administrativo para el ejercicio de un derecho objetivo de origen fiscal, disponible en igualdad de oportunidades y condiciones para todas las personas que cumplan las disposiciones fijadas por el respectivo reglamento.

Que el trámite de adjudicación del incentivo sanitario para el banano no configura negocio jurídico alguno pues se trata de la ejecución de programas de fomento del sector agropecuario que tienen sustento en los artículos 64, 65 y 66 de la Constitución Política. Además, del sustento en la Ley y los reglamentos en razón a que se tratan de recursos oficiales dispuestos de conformidad con el ordenamiento jurídico, para hacer efectiva la especial protección del Estado a la producción de alimentos y para dar prioridad al desarrollo integral de las actividades agrícolas.

Considera que acreditar los supuestos reglamentarios ante la Bolsa Nacional Agropecuaria en ningún caso puede considerarse gestión de negocios ante entidades públicas.

b) En la obtención del ISB no existió una intervención personal y activa del elegido.

Dice que no existió una intervención personal y activa del candidato en tanto el registro de la solicitud la realizó por internet sin su "mediación directa". Que lo hizo un asistente y fue con anterioridad al año 2009. Además, refiere que los documentos llevados a la Bolsa Nacional Agropecuaria fueron a través de un corredor y constituyen simplemente los siguientes:

- Una certificación expedida por el demandado sobre el número de empleados de la sociedad, si se encontraba al día en el pago de parafiscales.
- Un formulario diligenciado en relación con información básica de la empresa.
- Una certificación de un banco comercial acerca de la vigencia de una cuenta bancaria.

Refiere que estos documentos no se identifican como dirigidos a impulsar un trámite especial y en todo caso, no existe prueba sobre la intervención directa y que la remisión de tales documentos hayan sido por el demandado, hecho que desvirtúa la inhabilidad prevista en el numeral 3° del artículo 179 de la C.P.

Que el pago del incentivo no prueba la intervención directa del candidato en el trámite. Y en todo caso, no están demostradas las actividades del ciudadano Eduardo Agatón en la que haya solicitado o demandado algo de una entidad pública. Así, no están dados los supuestos normativos y jurisprudenciales de ocurrencia de la inhabilidad alegada.

c) El trámite de adjudicación del IBS no se hizo ante una entidad pública.-

Indica que este trámite de adjudicación se realizó ante la Bolsa Nacional Agropecuaria, sociedad de economía mixta. Insiste en que la solicitud presentada por las aludidas empresas que representa fue hecha a través de un asistente y el trámite se efectuó por medio del correo electrónico: incentivo.banano@ica.gov.co sin que se hiciera una exigencia o petición. Que en ese orden de ideas, no se realizó gestión alguna simplemente se envió una información y ésta estuvo a cargo de otra persona.

d) El origen de los recursos es irrelevante en esta inhabilidad, en cuanto a la definición de ante quien se estaba realizando el trámite.-

Indica que la inhabilidad no prevé la verificación del origen de los eventuales recursos que se obtengan. Por tal motivo, considera irrelevante si el beneficio proviene de dineros del Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural.

e) Las inhabilidades previstas en los numerales (sic) 3 se refieren a situaciones que tengan lugar en la circunscripción en la cual deba efectuarse la respectiva elección.

Explica que la circunscripción electoral por la cual se presentó es del orden territorial y no nacional. Que en esa medida la adjudicación del IBS se realizó por fuera de la circunscripción territorial para la cual se encuentra inscrito el candidato, por lo que es totalmente infundada la ocurrencia de la inhabilidad alegada.

1.3 En cuanto a la supuesta obtención del AIS - coberturas cambiarias.-

Expone que el numeral 3° del artículo 179 Superior delimita la ocurrencia de la inhabilidad a que ésta ocurra dentro “de los seis meses anteriores a la fecha de la elección”. Que el trámite para la obtención del AIS - coberturas cambiarias ocurrió en el año 2008, de manera que el límite temporal fijado por la norma no se encuadra en la conducta así señalada.

2. FALTA TOTAL DE LOS PRESUPUESTOS DE LA INHABILIDAD DE QUE TRATA EL NUMERAL 2° DEL ARTICULO 179 DE LA C.P.

En relación con esta causal explica que en pronunciamiento de la Sección Quinta de la Sala de lo Contencioso Administrativo⁶ se analizó el caso de un representante del sector productivo del Consejo Superior de una Universidad, situación similar al desempeño que como Delegado del Presidente de la República ejerció en el Consejo Directivo de CORPAMAG.

Con apoyo en dicha decisión refiere que “su desempeño correspondió al de un particular que participó en el ejercicio de funciones públicas, más no a un empleado público”. También estima que la “labor que ejercía la realizaba como integrante de un órgano colegiado y no de manera individual, por tanto, su cargo no tenía la responsabilidad del desarrollo o ejecución de funciones o tareas públicas a título individual”.

⁶ Sentencia del 18 de febrero de 2010. Expediente N° 50001-23-31-000-2007-01129-01. C.P. dr. Filemón Jiménez Ochoa.

3. APLICACION DEL PRINCIPIO DE LA INTERPRETACION RESTRICTIVA DE LAS INHABILIDADES.

Señala que encuadrar la causal de inhabilidad dentro de su comportamiento sería desconocer el principio de interpretación restrictiva de las inhabilidades e incompatibilidades, en tanto la ocurrencia de éstas no se cumple únicamente con el componente exegético de la norma sino también es preciso que se observe su carga teleológica, que constituye lo más importante para la determinación de si se aplica o no una restricción a los derechos fundamentales a elegir y ser elegido.

4. AUSENCIA ABSOLUTA DE PRUEBAS ACERCA DE LA EXISTENCIA DE LA INHABILIDAD PLANTEADA.

Dice que de acuerdo con el artículo 177 del C.P.C., aplicable por remisión del artículo 267 del C.C.A., “le incumbe a las partes probar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen”.

De esta manera, no basta que en la demanda se hagan afirmaciones sobre la existencia de la inhabilidad planteada, es necesario que la pruebe.

Que en el caso bajo examen el actor “solo lanzó afirmaciones sin sustento tanto fáctico como jurídico”. Además, los documentos aportados son copias simples ante las cuales el Consejo de Estado ha dicho que no tienen el mismo valor probatorio que el original.

5. DE LA ACUMULACION DE PROCESOS.-

Por auto del 8 de noviembre de 2010 el Despacho conductor del expediente N° 2010 - 0038 decretó la acumulación de este proceso con el N° 2010 - 0100, por estar dirigidas las demandadas a atacar la declaratoria de la elección del Representante a la Cámara por el departamento del Magdalena, señor Eduardo Agatón Díazgranados y ser motivo de la controversia la presunta ocurrencia de una causal de nulidad de la elección de índole subjetiva. (fls. 267 - 272)

En esta providencia además se aceptaron las coadyuvancias presentadas a las pretensiones de las demandadas acumuladas por parte de los señores Jorge I. Orjuela Arias y Yesid Villarraga Flórez.

6. ALEGATOS DE CONCLUSION.-

Vencida la etapa probatoria y allegadas las pruebas solicitadas, se corrió el traslado a las partes para alegar de conclusión en los términos del artículo 263 del C.C.A. En esta oportunidad, las partes acudieron a presentar sus conclusiones finales, así:

6.1. El demandante en el expediente acumulado N° 2010 - 0100.-

El actor reitera los argumentos de la demanda. En relación con las pruebas aportadas refiere lo siguiente:

- *Insiste en que el señor DIAZGRANADOS ABADIA no podía ser inscrito ni elegido Representante a la Cámara por el Departamento del Magdalena en consideración a las inhabilidades que lo acompañan por haber intervenido en gestión de negocios ante entidades públicas como el ICA en el Magdalena, a través de la postulación del Programa Incentivo Fitosanitario para Banano - ISB 2009, al tramitar tales beneficios en calidad de representante legal y gerente de sociedades COBANA S.A. y BANEXCO S.A. y ante el Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural - Programa Agro Ingreso Seguros - AIS, programas coberturas cambiarias - 2009 - Magdalena, dentro de los 6 meses anteriores a las fechas de la elección para la cual fue inscrito como puede colegirse de las certificaciones que expidieron el señor Ministro de Agricultura y Desarrollo Rural y el señor Gerente General del ICA, violentando el artículo 179 Superior. En igual sentido dice que incurre en la inhabilidad prevista en el artículo 179 numeral 2° porque se desempeñó como miembro del Consejo Directivo de la Corporación Autónoma Regional del Magdalena.*
- *Que en razón a que el demandado "jamás se desprendió de la condición de gerente y representante legal de las empresas COBANA S.A. y BANEXCO S.A." se ubicó en "situación privilegiada" y se aprovechó de esta oportunidad para adelantar actuaciones y asuntos ante autoridades públicas dentro de los 6 meses anteriores a su elección, hecho que produjo desequilibrio y alteración en el principio de igualdad que debe primar en la contienda electoral.*

Explica que con las pruebas se acreditó que:

1. *Entre el 29 de septiembre y el 2 de octubre de 2009, el demandado reclamó ante el ICA Magdalena certificado sobre el estado fitosanitario con respecto a la enfermedad de sigatoka negra en el área registrada de las fincas Circacia y Sara 1. Entre el 5 y el 16 de octubre de 2009 COBANA S.A., radicó ante la Bolsa Nacional Agropecuaria (BNA) los documentos descritos en el reglamento técnico para la adjudicación del incentivo sanitario para banano en el Magdalena, para efectos del pago del apoyo económico.*
2. *El 23 de octubre de 2009 el Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural publicó en su página web el listado preliminar de los beneficiarios del ISB 2009 y el valor del apoyo a otorgar por hectárea debidamente registrada e inscrita ante el ICA, en las que se relaciona los predios de "propiedad" del demandado o de las sociedades que representa.*
3. *El 19 de noviembre de 2009 el Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural publicó en su página de internet el listado definitivo de beneficiarios del ISB 2009 y el valor de los mismos.*

Estima que los predios de propiedad de COBANA S.A. y BANEXCO S.A., empresa de la cual el elegido era representante legal recibieron "pagos con recursos del presupuesto nacional del Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural asignado a las fincas ubicadas en el Magdalena".

Refiere que el elegido pertenecía en su calidad de miembro principal a la Junta Directiva de una empresa que celebró convenios con entidades del Estado para operar "Distritos de Riego propiedad del Estado Colombiano" en el Departamento del Magdalena y que se desempeñó como superior inmediato del Director de CORPAMAG, gestionando a favor de si mismo decisiones ambientales con relación al uso de las aguas de los distritos de riego de la zona bananera de los que se sirven sus fincas.

Indica que los beneficios que gestionó ante el ICA - Seccional Magdalena fueron efectivamente depositados en las cuentas N°s 779-4511750-1 y 77945116938 del Banco de Colombia por parte de la Bolsa Nacional Agropecuaria, en virtud de la certificación expedida el 02 de octubre de 2009 por el Supervisor del programa de control y erradicación de riesgos Fitosanitarios del ICA - Seccional Magdalena.

Así, considera que existió una conducta “concreta, positiva, efectiva y real ejercida por EDUARDO DIAZGRANADOS ABADIA, en representación de las empresas BANEXCO S.A. y COBANA S.A. ante el Instituto Colombiano Agropecuario ICA - Seccional Magdalena, para obtener el beneficio del subsidio Fitosanitario para Banano ISB de 2009, el cual se gestionó con posterioridad al 14 de noviembre de 2009 y se finiquitó con el pago de dicho beneficio el 26 de noviembre del mismo año”

Concluye que de los documentos allegados se prueba que el demandado intervino en la gestión de negocios ante entidades públicas en el Departamento del Magdalena en interés de sus representadas dentro de los seis (6) meses anteriores a su elección obteniendo un beneficio económico en dicha gestión.

Por lo expuesto solicita se acceda a declarar la nulidad de la elección acusada.

6.2. Por el demandado

A través de su apoderado judicial reitera los argumentos jurídicos y probatorios que expuso en la contestación de la demanda y con fundamento en ellos, solicita se denieguen las pretensiones de la demanda.

Insiste en relación con el tema de la “adjudicación del incentivo sanitario para banano ISB” que no se probó la existencia de la inhabilidad en tanto la afirmación del actor no tiene soporte fáctico ni jurídico, en razón a que la totalidad de los documentos aportados son copias simples, específicamente aquellas que tienen que ver con la adjudicación del incentivo sanitario, motivo por el cual tales documentos deben someterse al mandato del artículo 254 del C.P.C.

6.3. Coadyuvantes

El señor Jorge I. Orjuela Arias estima que está demostrado conforme a las pruebas allegadas que el demandado fue elegido en forma irregular, en razón a que se encontraba inhabilitado para ejercer el cargo en los términos del artículo 179 numeral 3.º de la Constitución Política, por su desempeño como miembro del Consejo Directivo de CORPAMAG y por la gestión de negocios que realizó como representante legal de la sociedades bananeras para lograr la adjudicación del incentivo sanitario para el banano ISB. (fls. 390 y s.s.)

6. CONCEPTO DEL MINISTERIO PUBLICO.-

El Procurador Séptimo Delegado ante el Consejo de Estado en su concepto manifiesta en relación con las excepciones que:

***[...] la única que ha de ser considerada como tal, es la referida con la falta de legitimidad por activa del ciudadano Gnecco Arregoces para incoar la acción** dado que, según se manifiesta se encontraba suspendido para el ejercicio de sus derechos políticos como consecuencia de la pena que padeció y que le fuera impuesta por sentencia como responsable de hecho punible y para ejercer esta acción se requiere, con carácter sine quanon, la condición de ciudadano.*

[...] Por lo demás el carácter público de la acción y por lo tanto su ejercicio reservado a los ciudadanos no ha sido ajeno a la jurisprudencia del h. Consejo de Estado, así se dijo en la sentencia que se profiriera por la Sección Cuarta de 19 de febrero de 1999, cuando al referirse al artículo 40 dijo que

[...] El mismo regula una materia específica, totalmente distinta, como lo es “la conformación, ejercicio y control del poder político”, para cuyo efecto se le concede al ciudadano (único legitimado para ejercer los derechos políticos) una serie de prerrogativas para mejor ejercer tal actividad. Con este fin el texto citado, advierte en forma meridiana que solo “para hacer efectivo este derecho puede:” (el ciudadano), entre otras prerrogativas, “6. Interponer acciones públicas en defensa de la constitución y la ley”.

*De los apartes transcritos se deduce, de suyo y necesariamente, que el derecho conferido a los ciudadanos, con exclusión de las demás personas, para el ejercicio de **las citadas acciones públicas, sólo se predica respecto de aquellos relativos a la “conformación, ejercicio y control del poder político”**, que demás está decirlo, nada tiene que ver con la acción que se plantea en el presente proceso, que se adelanta en desarrollo del artículo 84 del código contencioso administrativo, texto que expresamente legitima a “**toda persona**” (natural o jurídica, mayor o menor, capaz o incapaz, nacional o extranjero) para que ejerza, directamente o a través de representante, la acción pública de nulidad contra los actos administrativos, según lo estime pertinente. En este evento, tanto la constitución (art. 237) como la ley, código contencioso administrativo (arts. 84, 128 y ss.), habilitan a “toda persona” para incoar las referidas acciones [...]*

*Así las cosas, dado que conforme a la sentencia proferida por el Juzgado Primero de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad del Circuito Penitenciario y Carcelario de Santa Marta, las penas accesorias de interdicción de derechos y funciones públicas se fijó en 197 meses y 21 días (16 años, 5 meses y 21 días) y no se demostró que las medidas accesorias hayan sido objeto de levantamiento, **considera esta Agencia del Ministerio Público que la excepción propuesta está llamada a prosperar, razón por la cual, se relevará de estudiar los argumentos***

que señalara en su demanda el señor Hugo Alberto Gnecco Arregoces, así mismo la de los terceros intervinientes que coadyuvaron las pretensiones señaladas en el libelo.

[...] EL ASUNTO DE FONDO

• **Primer cargo:**

La inhabilidad del numeral 2° del artículo 179 de la Carta Política.

[...]

Siguiendo los lineamientos del pronunciamiento que se ha dejado transcrito, se concluye por esta Delegada que la condición de miembro del Consejo Directivo de la Corporación Autónoma Regional del Magdalena - CORPAMAG - **no hace estar incurso al elegido Representante, [...] en la causal de inhabilidad del numeral 2°, pues no obstante ejercer funciones públicas no tiene la condición de empleado público que es exigida por la norma y que constituye requisito sine quanon para configurarse la misma, por tal razón el cargo no está llamado a prosperar.**

• **Segundo cargo:**

**La inhabilidad del numeral 3° del artículo 179 de la Carta Política-
Gestión de negocios ante entidades públicas.**

[...]

Ha dicho el demandante que por razón de sus funciones como gerente y representante legal de las empresas Cobana S.A. y Banexco S.A., el elegido representante a la Cámara señor Eduardo Agatón Díazgranados Abadía, adelantó gestiones ante entidades oficiales, en concreto el ICA - Seccional Magdalena - para efectos de beneficiarse del programa denominado Incentivo para el Banano, el cual fue establecido por el Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural mediante la Resolución número 17 de enero 20 de 2006, programa que comprendía también al sector de los floricultores.

[...] la actuación que se hubiere realizado con el otorgamiento del beneficio derivado del programa de "Incentivo sanitario para banano" ya hubiere sido en interés directo o de terceros **NO PUEDE SER CONSIDERADA GESTION DE NEGOCIOS QUE INHABILITE PARA SER ELEGIDO CONGRESISTA, pues el programa comprende una generalidad de beneficiarios que atienden un sector de la producción agrícola del país que constituye uno de los renglones de exportación significativos en la economía del país.**

Pero además de lo anterior, no se puede desatender cuál fue el propósito, la finalidad del incentivo establecido por el gobierno.

En efecto, en el programa en principio tuvo como finalidad "apoyar el control y manejo de la sigatoka negra" una enfermedad que afecta las plantaciones de banano y que "limita la actividad bananera disminuyendo el ingreso

esperado por los productores” y en la última de las regulaciones el fundamento lo constituían los problemas económicos “por fuera del control de la política agropecuaria como la acentuada revaluación de la tasa de cambio continúan amenazando la sostenibilidad financiera de las unidades productivas del campo colombiano” por manera que de no aceptar los beneficios del programa y en general tales incentivos conforme a las consideraciones de los actos administrativos citados el empresario dedicado a esta actividad agrícola debía asumir el costo como propia la contingencia de una eventual ruina, derivada de la plaga o de la problemática económica.

[...] todas las actuaciones que se realizaron en forma posterior por los beneficiarios del inventivo no son más que actuaciones para efectos de acceder al mismo, pues la nota esencial de este beneficio no vario (sic), como lo señala la última de las resoluciones citadas “se hace necesario continuar implementando el programa de incentivos sanitarios con ajustes, a fin de mitigar los efectos negativos que continúan generando los factores macroeconómicos por fuera del control de la política agropecuaria, políticas que tienen fundamento constitucional y conforme a las cuales se ha de proteger y dar un tratamiento prioritario a las personas o entidades dedicadas a la producción de alimentos.

[...] para esta Delegada, las actuaciones que se han señalado y todas aquellas que se derivan del hecho de ser elegido representante productor de fruta fresca para la exportación y de su condición de representante legal de empresas que se dedican a esta actividad, no pueden ser catalogadas como “intervención en la gestión de negocios, **aquella actuación o diligencia que se impone con carácter obligatorio por una disposición que regula una actividad productiva o comercial en especial como acontece en el caso en examen, en donde la actuación se hace por parte del elegido en cumplimiento de un mandato legal, norma que regula con carácter general abstracto e impersonal la actividad productora de fruta fresca destinada para la exportación.**

[...] en cuanto al supuesto fáctico expuesto por el actor y en el que afirma que el elegido Representante realizó para “acceder a los recursos de los programas Agro Ingreso Seguro - AIS - Programas Coberturas Cambiarias 2009 - Departamento del Magdalena ...” este hecho carece de sustento probatorio y es infirmado por el certificado que obra a (sic) 923 del cuaderno anexo número 2, conforme a la cual (sic) para el año que se indica por el actor el programa a que alude en su demanda no fue implementado por el Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural

Con fundamento en la anterior argumentación solicita se denieguen las pretensiones del actor.

II. CONSIDERACIONES DE LA SALA

1. COMPETENCIA

Según lo dispuesto en el Código Contencioso Administrativo, artículo 128, numeral 3° - modificado por el artículo 36 de la Ley 446 de 1998 - y el artículo 13 del Acuerdo 58 del 15 de septiembre de 1999⁷ Reglamento de esta Corporación, expedido por la Sala Plena del Consejo de Estado, la Sección Quinta del Consejo de Estado es competente para conocer en única instancia del presente proceso de nulidad electoral.

2. EL ACTO ACUSADO

Lo constituye el Acuerdo N° 12 del 19 de julio de 2010 expedido por el Consejo Nacional Electoral, por medio del cual se declaró elegido como Representante a la Cámara para el Departamento del Magdalena al señor Eduardo Agatón Díazgranados Abadía, para el período 2010 - 2014.

3. DEL PROBLEMA JURIDICO

Se trata de definir si el elegido violó la prohibición que se le endilga en la demanda, porque para el momento en que se declaró su elección, se encontraba incurso en las causales de inhabilidad previstas en los numerales 2° y 3° del artículo 179 de la C.P. Tales imputaciones por haber ejercido dentro de los seis (6) meses anteriores a la elección autoridad administrativa en su calidad de miembro del Consejo Directivo de la Corporación Autónoma Regional del Magdalena - CORPAMAG y, así mismo, porque según lo manifiesta el demandante (Exp. N° 2010 - 0100), el elegido gestionó negocios ante entidades públicas al tramitar en su nombre y en representación de sociedades agrícolas el reconocimiento del incentivo fitosanitario 2009, y porque asegura celebró con el ICA y el Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural convenios para el manejo y la administración de los distritos de riego en la zona bananera.

4. CUESTION PREVIA

Corresponde en primer lugar a la Sala resolver sobre las excepciones planteadas por el apoderado del demandado para lo cual su estudio se abordará así:

4.1. Falta de legitimación por activa

⁷ modificado por el Acuerdo 55 del 5 de agosto de 2003, artículo 1°

En relación con esta excepción referida a la imposibilidad de que el señor Alberto Gnecco Arregoces presentara la acción de nulidad electoral por encontrarse purgando una condena penal de prisión de 197 meses y una pena accesoria de interdicción de derechos y funciones públicas por igual período impuesta por el Juez 1° de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Santa Marta, la Sala estima que:

1. El señor Hugo Alberto Gnecco Arregoces presentó demanda en ejercicio de la acción de nulidad electoral el 2 de agosto de 2010 en esta Corporación aduciendo su condición "ciudadano" (fls. 101 y s.s.).

2. Obra al folio 350 del expediente copia autenticada de la decisión adoptada el 29 de abril de 2010 por el Juzgado primero de ejecución de Penas y Medidas de Seguridad - Circuito Penitenciario y Carcelario de Santa Marta, notificada al señor Hugo A. Gnecco el 3 de mayo de 2010, por medio de la cual se resolvió:

*"(...) Decretar [...] la acumulación jurídica de las penas privativas de la libertad dentro de los procesos fallados contra el señor **HUGO ALBERTO GNECCO ARREGOCES**, por el JUZGADO PRIMERO y SEGUNDO PENAL DEL CIRCUITO DE SANTA MARTA - MAGDALENA, en razón de los delitos de CELEBRACION DE CONTRATOS SIN EL CUMPLIMIENTO DE LOS REQUISITOS LEGALES Y PECULADO POR APROPIACION.*

*SEGUNDO: Como consecuencia de lo anterior se impone como pena única al sentenciado **HUGO ALBERTO GNECCO ARREGOCES** por los tres (3) procesos arriba detallados **197 MESES 21 DIAS DE PRISION**, en igual proporción se fijarán las penas accesorias de interdicción de derechos y funciones públicas."*

3. Está acreditado que el accionante de la demanda electoral radicada bajo el N° 2010 - 0038 para el momento de la interposición de la acción se encontraba cobijado por una condena penal que le fue impuesta y como pena accesoria la de interdicción de derechos públicos, dentro de los cuales está el de ejercer acciones públicas como lo es la acción de nulidad electoral.

Tal conclusión porque el artículo 227 del C.C.A., habilita a cualquier persona para que vía acción electoral demande de manera directa los actos de contenido electoral, pero para el ejercicio de este derecho es preciso que el

ciudadano se encuentre en plenitud del goce de tales derechos políticos, como lo es la presentación de acciones de naturaleza pública, de conformidad con el artículo 40⁸ Superior.

En relación con este tema la Corte Constitucional en sentencia C-536 de 1998 del 1° de octubre de 1998 al referirse al derecho para interponer acciones públicas, precisó:

“El derecho que sustenta la posibilidad de instaurar acciones públicas de inconstitucionalidad es de naturaleza política, y tiene por objeto la preservación del orden institucional en sí mismo, con independencia de intereses individuales propios o ajenos, lo que significa que está reservada a los nacionales colombianos y, entre éstos, a quienes hayan alcanzado la ciudadanía y estén en el ejercicio de ella. El artículo 40 de la Constitución reconoce a todo ciudadano el derecho a participar en la conformación, ejercicio y control del poder político y manifiesta que, para hacer efectivo ese derecho, puede “interponer acciones públicas en defensa de la Constitución y de la ley”, PERO ES EVIDENTE QUE TAL DERECHO NO PUEDE SER EJERCIDO CUANDO, AUN TRATANDOSE DE UN CIUDADANO, ESTE HA SIDO AFECTADO POR LA PENA ACCESORIA DE INTERDICCION DE DERECHOS Y FUNCIONES PUBLICAS SEGUN DECISION JUDICIAL. No otra cosa surge del artículo 241 de la Constitución cuando se refiere al ciudadano como sujeto activo único de las acciones de inexequibilidad que ante la Corte Constitucional pueden intentarse. Luego si quien sufre la pena de interdicción de derechos y funciones públicas presenta una demanda ante la Corte Constitucional, ésta no puede resolver (sic) por falta de legitimación del accionante, de lo cual resulta que la demanda debe ser rechazada de plano, o proferir la Sala Plena sentencia inhibitoria.” (Subrayas y resaltas fuera de texto)

En este sentido está claro que el señor Hugo Alberto Gnecco Arregoces no tenía la capacidad de impetrar la acción electoral por cuanto para el momento de la interposición de la demanda tenía suspendido el ejercicio de sus derechos políticos en virtud a la decisión judicial de carácter penal que le impuso esta medida como pena accesoria a la condena principal por los delitos por los cuales se le condenó.

Esta situación releva a la Sala de examinar las censuras propuestas en su demanda y la existencia de la violación alegada en contra del acto que declaró la

⁸ARTICULO 40. Todo ciudadano tiene derecho a participar en la conformación, ejercicio y control del poder político. Para hacer efectivo este derecho puede:

1. [...]

6. Interponer acciones públicas en defensa de la Constitución y de la ley.

elección del señor EDUARDO DIAZGRANADOS ABADIÀ, en relación con los planteamientos que este señor adujo.

Asimismo no hay lugar a emitir pronunciamiento alguno en relación con las coadyuvancias presentadas por los señores Jorge I. Orjuela Arias (fls. 203-208) y Yesid Villaraga (fls. 251-256) en relación con dicha demanda por carecer el señor Hugo Alberto Gnecco de legitimidad por activa para impetrar esta acción de carácter electoral, como ya se explicó.

Por esta razón la Sala se inhibe para decidir de fondo las pretensiones de la demanda radicada bajo el N° interno 2010 - 0038.

4.2. Otras excepciones.-

El apoderado del elegido al dar respuesta al escrito de demanda radicada bajo el N° 2010 - 0100, propone a título de excepciones argumentos que en realidad constituyen planteamiento de defensa de la legalidad del acto acusado, por tal motivo se tendrán en consideración al resolver las censuras planteadas y respecto de las cuales se procederá a su estudio a continuación.

5. DEL CASO CONCRETO.-

5.1. Las causales de inhabilidad alegadas.-

El actor señor Hernando José Escobar en su demanda radicada bajo el N° 2010 - 0100 plantea que la elección como Representante a la Cámara por el Departamento del Magdalena del señor Eduardo Diazgranados Agatón es nula porque a su juicio el elegido incurre en las causales de nulidad que contemplan los numerales 2° y 3° del artículo 179 de la Constitución Política, que prohíben a quienes aspiren a ser congresistas:

“ARTICULO 179. No podrán ser congresistas:

1. (...)
2. **Quienes hubieren ejercido, como EMPLEADOS PUBLICOS,** jurisdicción o autoridad política, civil, administrativa o militar, dentro de los doce meses anteriores a la fecha de la elección.
3. Quienes hayan intervenido en **GESTION DE NEGOCIOS** ante entidades públicas, o en la celebración de contratos con ellas en interés propio, o en el de terceros, o hayan sido representantes legales de entidades que administren

tributos o contribuciones parafiscales, dentro de los seis meses anteriores a la fecha de la elección.”

De esta manera, la Sala abordará el análisis de cada una de las causales invocadas, así:

5.2 Del presunto ejercicio de autoridad administrativa por parte del elegido en su condición de miembro del Consejo Directivo de la Corporación Autónoma del Magdalena - CORPAMAG.-

El actor alega que el elegido, como miembro de esta Corporación Autónoma Regional del Magdalena, participó de manera regular desde el momento de su designación en calidad de Delegado del Presidente de la República y hasta el 22 de enero de 2010 en las sesiones de esta Corporación donde se autorizó al Director de CORPAMAG para que suscribiera convenios y contratos, y que en general, adoptó decisiones que corresponden al ejercicio de autoridad administrativa.

En el proceso se encuentra acreditado que:

- 1. El señor Diazgranados Abadía fue miembro ante el Consejo Directivo de la Corporación Autónoma Regional del Magdalena - CORPAMAG - desde el 15 de septiembre de 2003 y hasta el 28 de enero de 2010, según certificación que obra al folio 001 del cuaderno de pruebas.*
- 2. También se aportaron al proceso entre otros el Acuerdo 08 de 2008, “Por el cual se aprobó el presupuesto de Ingresos y gastos de la Corporación Autónoma Regional del Magdalena correspondiente a la vigencia 2009 con recursos propios y se adopta el presupuesto con Recursos de la Nación” y las actas de la Junta Directiva desde el 30 de marzo de 2009 hasta el 14 de marzo de 2010, de las cuales el demandado solo estuvo ausente en la octava reunión celebrada el 22 de diciembre de 2009 (fl. 078 cuaderno de pruebas).*

Ahora bien, mediante la Ley 28 de 1988 se creó la “Corporación Autónoma Regional del Magdalena y de la Sierra Nevada de Santa Marta, CORPAMAG”, y por la Resolución N° 1024 del 14 de septiembre de 1995, proferida por el Viceministro del Medio Ambiente, se aprobaron los Estatutos de la Corporación Autónoma Regional del Magdalena - CORPAMAG. En relación con la

conformación y las funciones asignadas al Consejo Directivo, esta última resolución prevé lo siguiente:

“Artículo 21. CONFORMACION DEL CONSEJO DIRECTIVO. Es el órgano de administración de la Corporación y estará conformado por:

1. El Gobernador del Departamento del Magdalena ó su delegado quien lo presidirá.
2. **Un representante del Presidente de la República.**
3. Un representante del Ministerio del Medio Ambiente.
4. Cuatro (4) alcaldes municipales, comprendidos dentro del territorio de la jurisdicción de la Corporación, de manera que queden representadas todas las subregiones que la integran.
5. Dos (2) representantes del sector privado.
6. Un (1) representante de las comunidades indígenas o etnias tradicionalmente asentadas en el territorio de jurisdicción de la Corporación.
7. Dos (2) representantes de las entidades sin ánimo de lucro, que tengan su domicilio en el área de jurisdicción de la Corporación y cuyo objeto principal sea la protección del medio ambiente y los recursos naturales renovables.

PARAGRAFO 1. El Director General deberá asistir a las reuniones del Consejo Directivo, con derecho a voz pero sin voto.

PARAGRAFO 2. Para la conformación del Consejo Directivo de la Corporación, se tendrá en cuenta lo dispuesto en la ley 70 de 1993, siempre y cuando existan comunidades negras tradicionalmente asentadas en el área de jurisdicción de la Corporación.

ARTICULO 24. FUNCIONES DEL CONSEJO DIRECTIVO. Son funciones del Consejo Directivo las siguientes:

1. Proponer a la Asamblea Corporativa la adopción de los estatutos y de sus reformas.
2. **Determinar la planta de la Corporación.**
3. Disponer la participación de la Corporación en la constitución y organización de sociedades o asociaciones y fundaciones o el ingreso a las ya existentes.
4. Dictar normas adicionales, a las legalmente establecidas, sobre el estatuto de contratación de la entidad.
5. Disponer de la contratación de créditos externos.
6. **Determinar la estructura interna de la Corporación para lo cual podrá crear, suprimir y fusionar dependencias y asignarles responsabilidades conforme a la ley.**
7. Aprobar la incorporación o sustracción de áreas de que trata el numeral 16 del artículo 31 de la ley 99 de 1993.
8. Autorizar la delegación de funciones de la entidad.
9. **Aprobar el plan general de las actividades y el presupuesto anual de inversiones.**
10. Nombrar o remover al Director General de la Corporación de conformidad con el artículo 22 del Decreto 1768 de 1994 y demás normas que lo modifiquen.

11. Establecer su propio reglamento para su funcionamiento.
12. Las demás que de acuerdo con la ley y los estatutos le competen⁹.

- De conformidad con el artículo 23¹⁰ de la Ley 99 de 1993, este tipo de ente corporativo tiene una misión de carácter ambiental dentro del territorio en el cual ejerce su jurisdicción. Los integrantes de su órgano colegiado de dirección, denominado "Consejo Directivo", desempeñan funciones públicas transitoriamente pero no tienen el carácter de servidores públicos.
- En efecto, quien funge como miembro del Consejo Directivo de CORPAMAG, en los términos del artículo 74¹¹ de la Ley 489 de 1998, no adquiere la condición de empleado público, pues aunque ejerce funciones públicas su vinculación con la administración no está precedida de una relación legal y reglamentaria como empleado público, o de una contractual, como trabajador oficial, calidades éstas que por tanto no ostenta.
- Precisamente, por la labor que cumplen los miembros del Consejo Directivo de CORPAMAG que no tienen la condición de servidor público, la Resolución N° 1084 de 1995, le fijó una remuneración a título de honorarios, así:

ARTICULO 30. HONORARIOS. Los honorarios de los Miembros del Consejo Directivo de la Corporación, que asistan en forma efectiva, QUE NO TENGAN LA CALIDAD DE SERVIDORES PUBLICOS, serán equivalentes al cincuenta (50%) del salario mínimo mensual vigente por cada sesión.

En este orden de ideas, se concluye que existen varias razones por las cuales no se acredita la causal invocada, así:

- La participación del señor Diazgranados Abadía en el Consejo Directivo de CORPAMAG no implicó desempeño de empleo público, requisito éste sine

⁹ Para el caso la Ley 28 de 1988 establece en el artículo 8° otras funciones a cargo de la Junta Directiva.

¹⁰ **ARTICULO 23. NATURALEZA JURIDICA.** Las Corporaciones Autónomas Regionales son entes corporativos de carácter público, creados por la ley, integrado por las entidades territoriales que por sus características constituyen geográficamente un mismo ecosistema o conforman una unidad geopolítica, biogeográfica o hidrogeográfica, dotados de autonomía administrativa y financiera, patrimonio propio y personería jurídica, encargados por la ley de administrar, dentro del área de su jurisdicción, el medio ambiente y los recursos naturales renovables y propender por su desarrollo sostenible, de conformidad con las disposiciones legales y las políticas del Ministerio del Medio Ambiente.

¹¹ **ARTICULO 74. CALIDAD DE LOS MIEMBROS DE LOS CONSEJOS DIRECTIVOS.** Los particulares miembros de los consejos directivos o asesores de los establecimientos públicos, AUNQUE EJERCEN FUNCIONES PUBLICAS, NO ADQUIEREN POR ESE SOLO HECHO LA CALIDAD DE EMPLEADOS PUBLICOS. Su responsabilidad, lo mismo que sus incompatibilidades e inhabilidades, se regirán por las leyes de la materia y los estatutos internos del respectivo organismo.

cuando que contempla la norma constitucional para la estructuración de la prohibición. La inhabilidad parte del presupuesto: “No podrán ser Congresistas [...] 2. Quienes hubieran ejercido como empleados públicos jurisdicción o autoridad política, civil, administrativa o militar, dentro de los doce (12) meses anteriores a la fecha de la elección”.

- Adicionalmente, las actuaciones que se cumplen en desarrollo de una representación¹² como integrante de una Junta Directiva, son funciones que se impone cumplir a título institucional.

En conclusión, este cargo no resulta probado.

5.3. De la inhabilidad por haber intervenido en la gestión de negocios ante entidades públicas.-

Para analizar la ocurrencia de esta causal de inhabilidad es preciso traer a colación el siguiente pronunciamiento de esta Corporación¹³ en relación con la noción y los alcances de esta prohibición para los candidatos, en este caso a corporaciones públicas de elección popular, Congreso de la República, porque ilustra sobre sus principales componentes y alcances:

“3.2.1. Noción conceptual y su teleología.

En el precedente jurisprudencial de la Sección Quinta, la causal ha sido entendida **“como la realización de diligencias para la consecución de algo que pueda derivar lucro”**¹⁴.

Al respecto es conveniente transcribir el aparte pertinente de varias providencias donde se ha desarrollado este concepto:

“Por otra parte, es gestión de negocios ante entidades públicas la realización de diligencias para la consecución de algo de que pueda derivarse lucro (...).”¹⁵

“1. Haber intervenido el aspirante en la gestión de negocios, entendida esta, de manera general en el genuino sentido de gestionar, esto es, de “hacer las diligencias conducentes al logro de un negocio o de un deseo cualquiera”, y en materia contractual, como aquellas diligencias o actuaciones personales de carácter preparatorio tendientes al perfeccionamiento y celebración del

¹² Entre otras: i) la adición del presupuesto de ingresos y gastos y el compromiso de recursos con vigencia futura, ii) aprobó una reforma a la estructura administrativa y iii) autorizó la suscripción de contratos de obra pública. (fl. 108)

¹³ CONSEJO DE ESTADO - SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO SECCION QUINTA Consejera ponente: SUSANA BUITRAGO VALENCIA. Sentencia del 13 de septiembre de 2007. Exp. N° 11001-03-28-000-2006-00045-00(3979-3986) Actor: HUMPHREY ROA SARMIENTO Y OTRO. Demandado: REPRESENTANTES A LA CAMARA POR EL DEPARTAMENTO DE BOYACA.

¹⁴ Sentencia del 6 de marzo de 2003, expediente número 3064.

¹⁵ Ver entre otros los Expedientes Rad. N° 3656 de 2005 y 3581 de 2005.

contrato, que para efectos de la inhabilidad cobija por tanto, no solo a quien interviene directamente en la celebración del contrato (contratista), sino también a quienes han intervenido en los trámites precontractuales, no sin precisar que dicha intervención debe haberse efectuado ante entidades Públicas del nivel municipal o distrital. (...).¹⁶

“(...) 2.2. Las definiciones jurisprudenciales de intervención en la gestión de negocios y en la celebración de contratos.

La jurisprudencia de la **Sección ha definido y distinguido los conceptos de intervención en la gestión de negocios** y de intervención en la celebración de contratos. En efecto, en la sentencia del 30 septiembre de 2005, expediente 3656, expresó:

(...) la Sala considera pertinente **distinguir lo que debe entenderse por intervención en la gestión de negocios y por intervención en la celebración de contratos, pues, a diferencia de lo planteado por los impugnantes, no se trata de hipótesis asimilables,** siendo, por el contrario, excluyentes.

En relación con la primera hipótesis de inhabilidad, baste señalar que la intervención en la gestión de negocios ha sido entendida por la jurisprudencia de esta Sección como **“la realización de diligencias para la consecución de algo de que pueda derivar lucro”**. En ese sentido, para la configuración de la inhabilidad que se analiza basta demostrar que, ante entidades del nivel municipal y distrital y dentro del año anterior a su elección, el elegido intervino personal y activamente en diligencias y actuaciones tendientes a obtener un resultado lucrativo.

(...)¹⁷

La conceptualización de la causal inhabilitante en examen que hace el precedente judicial de esta Sección, permite llegar a dos conclusiones:

1. Que da a entender que para su configuración, las diligencias ante entidades públicas realizadas por el candidato, necesariamente deben estar orientadas a la consecución de lucro, ésto es, a la obtención de una ganancia de naturaleza económica.

2. Que se trata de una causal independiente y autónoma de la inhabilidad por intervención en la celebración de contratos (segunda hipótesis del numeral tercero del artículo 179 de la Carta), definida como **la realización de diligencias** conducentes al logro de un negocio o de un deseo cualquiera. **Que acorde con tal concepto se configura con la sola realización de cualquier tipo de diligencias ante entidad pública, porque no se exige para que el candidato quede incurso en ella, que las actuaciones que adelante ante organismos oficiales necesariamente estén atadas a una pretensión de tipo contractual lucrativo, porque el propósito a lograrse con la gestión bien puede corresponder a una finalidad cualquiera.**

[...]

¹⁶ C.E. sentencia del 28-09-06, Exp N° 2005-00712-01 (4052).

¹⁷ C.E. sentencia del 3-02-06, Exp. N° 2003-02974-01 (3867).

Ahora bien, indiscutible resulta que la inhabilidad está cimentada en la garantía de los principios que rigen el campo electoral público, en especial el del equilibrio en la contienda política y el de la igualdad de condiciones y de oportunidades en campaña entre los que compiten por una elección.

Tiene que ver con la necesidad de prevenir que quien siendo candidato al Congreso de la República y de manera simultánea se desempeñe laboralmente en el manejo de asuntos y de temas que impliquen participar o tomar parte en actuaciones ante entidades públicas en la realización de cualquier diligencia ya en nombre propio, ya en nombre de la persona jurídica que representa, pueda valerse de tal situación para obtener prevalentemente sobre los demás candidatos la concreción o la materialización del asunto de interés que tramite ante dichas entidades oficiales. Igualmente, impedir que el aspirante que se encuentre en estas circunstancias de acercamiento a organismos Estatales, por cuenta de las diligencias que adelante ante éstas, se beneficie, porque las mismas pueden traducirse en prestigio para su candidatura.

Acudiendo al significado gramatical de las palabras o términos que comprenden esta causal inhabilitante: - Intervención - Gestión - Negocio -, se tiene lo siguiente:

Según el diccionario de la Real Academia de la Lengua Española, vigésima primera edición, año 1992, páginas 834, 732 y 1015. Las acepciones “intervención”, “gestión” y “negocio”, tienen el siguiente significado:

Intervención. (Del lat. Interventio, -onis.) f. Acción y efecto de intervenir.

Intervenir. (Del latín intervenire). **Tomar parte en un asunto.**

Gestión. (Del lat. Gestio. -onis.) Acción y efecto de gestionar.

Gestionar. (De gestión). tr. **Hacer diligencias conducentes al logro de un negocio o de un deseo cualquiera.**

Negocio. (Del lat. Negotium). 1. Cualquier ocupación, que hacer, o trabajo. 2. Dependencia, pretensión, tratado o agencia. 3. Todo lo que es objeto o materia de una ocupación lucrativa **o de interés.** 4. **Acción y efecto de negociar.** 5. **Utilidad o interés que se logra en lo que se trata, comercia o pretende.**

Negociar. (Del lat. Negotiari) Tratar y comerciar, comprando y vendiendo o cambiando géneros, mercaderías o valores para aumentar el caudal. 2. **Tratar asuntos públicos o privados procurando su mejor logro.**

Las anteriores definiciones terminológicas permiten entender, sintetizando, que “Intervenir” es participar, que “Gestionar” es realizar diligencias dirigidas a obtener cualquier clase de objetivo (un deseo cualquiera), y que “Negocio” no se circunscribe al aspecto netamente económico, sino que también implica la obtención de cualquier interés o utilidad en lo que se lleva a cabo. Tratar asuntos públicos o privados procurando su mejor logro.

Así, es claro, en el entendido que cuando la ley no distingue no le es dable distinguir al intérprete¹⁸, que la prohibición de gestionar negocios dentro de los

¹⁸ Artículo 27 Código Civil- Cuando el sentido de la ley sea claro, no se desatenderá su tenor literal a pretexto de consultar su espíritu. (...).

(6) meses anteriores a la elección, **no se limita o se restringe a la consecución de lucro, ésto es, de ganancia o de beneficio patrimonial. El propósito o la intención del que gestiona bien puede consistir también en el logro de otra clase de interés o de beneficio, incluso de naturaleza extrapatrimonial**: “Un deseo cualquiera”. Es de resaltar que la causal no contempla la expresión “lucro” sino **“negocio”**, acepción amplia según su etimología.

Este entendimiento de la prohibición está en consonancia con el alcance que en sesión del 29 de abril, la Comisión Tercera de la Asamblea Nacional Constituyente le otorgó a la causal:

“En cuanto al tema de por qué la gestión de negocios inhabilita para presentarse como candidato y para ser elegido, es un tema que muchos de los presentes han tratado y algunos no entienden la razón de ser, básicamente tiene dos cuestiones, uno, es el hecho de evitar que una persona con dineros del Estado, si es contratista, haga las labores de la campaña o a través de hacer la obra en una comunidad que se siente beneficiada, adquiera la influencia necesaria para ser elegida, muchas veces a una comunidad le interesa mas que le hagan una obra que cualquier otra cosa y si el contratista atiende esta necesidad insatisfecha de esta comunidad podrá lograr que a través de esa atención, la comunidad estuviera predispuesta a elegirlo, y con eso estaría logrando el efecto con contratos del Estado, incluso con bienes del Estado; adicionalmente no hay duda de que la eventualidad de ser elegido a una corporación crea una situación de ventaja frente a la entidad o empleado publico ante la cual una persona está gestionando, si un abogado para poner a cualquier persona, está haciendo una gestión ante cualquier empleado público que considera que muy pronto va a ser elegido, por ejemplo senador, y por consiguiente va tener una influencia sobre su labor en el Estado, es indudable que el ánimo de ese empleado que atiende a quien gestiona es muy distinto que si es un hijo de vecino cualquiera, de tal manera que aquí hay efecto de doble vía, es además de impedir que se utilice la gestión, el contrato, la capacidad a nombre del Estado para actuar sobre la gestión, también se trata de impedir que la hipotética posibilidad de ser elegido cree a su favor unas condiciones frente al Estado que no tendrían los demás de tal manera que hay una razón de equilibrio de una vía y otra.”¹⁹ (Subrayas y resaltas fuera del texto)

Con fundamento en este enfoque, la Sala estudiará si en el caso bajo examen, se estructura esta causal de inhabilidad.

Como se dijo, la finalidad que inspiró al legislador a prohibir que el aspirante al Congreso gestione negocios ante entidades de carácter oficial dentro de los 6 meses anteriores a la elección, consiste en evitar que el candidato se beneficie de la circunstancia de acercamiento y de contactos ante tales entidades de carácter público y desarrolle actuaciones que se traduzcan en favorecimientos de doble vía a los cuales no acceden los otros candidatos, lo que desequilibra la igualdad que

¹⁹ Antecedentes artículo 179 Asamblea Nacional Constituyente, Pág. 28 y 29.

debe presentarse entre todos los que participan en la contienda electoral. Así lo precisó la sentencia en cita:

“En una vía, impedir que a consecuencia de participar en diligencias ante organismos oficiales dentro de los 6 meses anteriores a la elección, se dote de preeminentes condiciones respecto de los demás candidatos, porque adquiere preponderancia como buen negociador, persona con cualidades de gestor para la consecución de beneficios comunitarios o como ejecutor de acuerdos bilaterales, o incluso simplemente de buen tramitador de propuestas y de peticiones, situación que indiscutiblemente beneficia la promoción de su candidatura ante el electorado.

Y en otra vía, evitar que el candidato que realiza, participa o toma parte en diligencias o ejecuta actuaciones pre o post-negociales de cualquier índole ante entidades públicas, utilice o se valga de su condición de candidato al Congreso de la República para conseguir mejor atención, agilidad en los trámites, o materialización y concreción del objeto pretendido, ya para sí o ya para la persona jurídica que representa, recibiendo un tratamiento preferencial de parte del servidor público quien al conocer que se trata de un presunto congresista, considere que en el evento de llegar a ser elegido, le represente la posibilidad de obtener alguna contraprestación.

La exposición de motivos que se expuso por la Comisión de la Asamblea Nacional Constituyente para la consagración de la inhabilidad en examen en la Constitución de 1991 **confirma que en efecto se trata de una causal autónoma de la prohibición de intervenir en la celebración de contratos, razón por la cual se configura independientemente de que exista o no contrato, con la sola participación en la realización de diligencias ante entidades públicas conducentes al logro de un negocio o deseo cualquiera, y en el entendido que negociar es tratar asuntos públicos o privados procurando su mejor logro.**

La intervención en la gestión de negocios consiste entonces **EN LA PARTICIPACION (TOMAR PARTE) O REALIZACION POR EL CANDIDATO ANTE ENTIDADES PUBLICAS, DE DILIGENCIAS TENDIENTES A OBTENER PARA SI O PARA UN TERCERO UN PROPOSITO CON O SIN CARACTER LUCRATIVO. SIGNIFICA ELLO QUE EL INTERES TAMBIEN PUEDE SER, EN PRINCIPIO, DE CARACTER EXTRAPATRIMONIAL QUE PUEDE CONSISTIR, ENTRE OTRAS MODALIDADES, EN EL PROVECHO O LA VENTAJA QUE PUEDE REPRESENTARLE TOMAR PARTE EN DILIGENCIAS Y EN TRAMITES ANTE ORGANISMOS PUBLICOS, EN TANTO LE POSIBILITAN PROPICIARSE UNA IMAGEN PREPONDERANTE ANTE EL ELECTOR.**

La inhabilidad, insiste la Sala, tiene un sentido eminentemente preventivo orientado a preservar la igualdad de los aspirantes enfrentados en una contienda electoral, bajo el propósito doble de precaver de una parte, la indebida utilización de la condición de candidato en las diligencias que éste adelanta ante entidades oficiales y de la otra, la utilización por el candidato de sus vínculos y relaciones con estos entes para acreditarse ante el electorado.

De esta característica surge, como lo ha entendido la jurisprudencia de la Sala Plena al ocuparse del estudio de esta causal en tesis expresada en las providencias que adelante se citan, que para su configuración no se requiere que el deseo o la intención se logren en la práctica, como consecuencia de las diligencias o de las actuaciones adelantadas. Lo relevante es la potencialidad que la participación en diligencias ante entidades públicas le otorga al aspirante en la obtención de ventajas respecto de los demás candidatos, quienes no tienen posibilidades para relacionarse con entidades públicas a ese nivel.

*Permitir al aspirante valerse dentro de los 6 meses anteriores a su elección, de esta condición preferencial en cuanto a cercanía y a trato con servidores públicos, participando en actuaciones y/o adelantando diligencias ante ellos, daría al traste con la transparencia y con el equilibrio que deben primar en la contienda electoral, en la cual es preciso que ningún candidato derive privilegios a costa de sus vínculos oficiales.*²⁰

La atribución relativa a que el demandado gestionó negocios en el período inhabilitante cuando era candidato a la Cámara de Representante la fundamenta el actor en el hecho que el señor Diazgranados Abadía en calidad de representante legal de las sociedades: BANEXCO S.A., COBANA S.A. y como miembro de la Junta Directiva de ASBAMA y también en su presunta condición de propietario de predios localizados en el Departamento del Magdalena fue beneficiado con el "Incentivo Sanitario de Banano 2009" y del "Programa de Coberturas para el año 2009".

Para efectos de establecer si se configura la causal alegada, es preciso analizar los documentos aportados al expediente, así:

1. *REGLAMENTO TECNICO PARA LA ADJUDICACION DEL INCENTIVO SANITARIO PARA PLATANO - ISP 2009. Al folio 357 del expediente obra copia de dicho reglamento del cual se extracta lo siguiente:*

1. **"PROPOSITO DEL PROGRAMA: El Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural (en adelante MADR), de acuerdo con lo establecido por los artículos primero (1°) y séptimo (7°) de la Ley 101 de 1993, la Resolución MADR N° 254 del 11 de septiembre de 2009 y demás normas concordantes o aplicables, otorgará a los productores de plátano como fruta fresca para exportación (en adelante productores) UN INCENTIVO SANITARIO con el objeto de apoyar el control y manejo sanitario de la Sigatoka Negra, por considerarse una enfermedad de importancia económica que de no controlarse adecuadamente, puede limitar la actividad platanera disminuyendo el ingreso esperado de los productores.**

²⁰ *Ibídem 12*

2. **PRESUPUESTO DEL PROGRAMA:** El MADR destinará hasta \$1.500 millones para la ejecución de este programa y sufragará sus costos administrativos sin perjuicio de que pueda adicionarse, de acuerdo con lo descrito en el presente Reglamento.
3. **VALOR ECONOMICO DEL APOYO:** El MADR reconocerá a los productores UN APOYO equivalente al resultado de dividir el presupuesto descrito en el numeral 2 del presente Reglamento, descontando los gastos inherentes a la administración de estos recursos, sobre el número total de hectáreas sembradas de plátano debidamente inscritas ante el Instituto Colombiano Agropecuario (en adelante ICA).

El valor del apoyo descrito anteriormente se otorgará en un solo contado, a partir de octubre de 2009.”

Precisa la Sala que de acuerdo con la anterior transcripción es en la Ley 101 de 1993 “Ley General de Desarrollo Agropecuario y Pesquero” y en la Resolución 254 de 2009 “Por la cual se establecen incentivos sanitarios para banano, flores, follajes, plátano y camarón del año 2009.” en las que se funda el programa del incentivo sanitario para el plátano, y no en la Ley 1133 de 2007 “Por medio de la cual se crea e implementa el programa “Agro, Ingreso Seguro - AIS.”. Tal aclaración, porque aunque ambas priorizan los apoyos a título de incentivos para el sector agropecuario, la participación del sector y su regulación es diferente.

2. Según informe rendido por la Directora de Comercio y Financiamiento del Ministerio de Agricultura²¹ de acuerdo con el listado de “beneficiarios del Incentivo Sanitario de Banano 2009” se encontró que a nombre de un señor “EDUARDO DIAZGRANADOS A. identificado con la cédula de ciudadanía N° 4975264” se reconocieron los siguientes apoyos:

“Listado Definitivo de Productores Beneficiarios del Incentivo Sanitario para Banano 2009

El monto del incentivo aquí establecido por hectárea es indicativo y por tanto se encuentra sujeto a variación. Lo anterior, en caso de verificarse por parte del ICA alguna inconsistencia en la información.
Valor del apoyo por hectárea (\$) 304.620

No. INSCRIP	NOMBRE	MUNICIPIO	DEPARTAMENTO	IDENTIFICACION	PROPIETARIO	HECTAREAS
-------------	--------	-----------	--------------	----------------	-------------	-----------

²¹ folio 326 C. ppal

CION DE PREDIO ICA	PREDIO					CERTIFICADAS
479800823	SAN JOSE	ZONA BANANERA	MAGDALENA	4975264	EDUARDO DIAZGRANADOS A.	18,06
479800821	FLORESTA	ZONA BANANERA	MAGDALENA	4975264	EDUARDO DIAZGRANADOS A.	29,91
79800822	GOLONDRINA VIEJA	ZONA BANANERA	MAGDALENA	4975264	EDUARDO DIAZGRANADOS A.	36,00

No obstante tal información, vale la pena aclarar que corresponde a otra persona diferente del demandado, pues pese a la similitud en su nombre, el beneficiario directo de tales incentivos se identifica con un número de cédula de ciudadanía diferente a la del Representante a la Cámara, aquí demandado.

3. *En el referido listado a nombre de las empresas que representó el elegido según certificados de la Cámara de Comercio de Santa Marta del 20100127 (BANEXCO S.A. Y COBANA S.A.) (fls. 050-057 Cuaderno de Anexos N° 1), figura la siguiente información:*

No. INSCRIPCION DE PREDIO ICA	NOMBRE PREDIO	MUNICIPIO	DEPARTAMENTO	IDENTIFICACION	PROPIETARIO	HECTAREAS CERTIFICADAS
479800359	SINAI	ZONA BANANERA	MAGDALENA	819004786	COMPAÑIA BANANERA S. A. (COBANA S. A.)	19,79
479800337	CIRCASIA	ZONA BANANERA	MAGDALENA	819004786	COMPAÑIA BANANERA	57,59

		ERA			A S. A. (COBANA S. A.)	
4798002 11	PUER TO RICO	ZONA BANAN ERA	MAGDALE NA	819004786	COMPANÍA BANANER A S. A. (COBANA S. A.)	96,50
4798003 40	BOMB A	ZONA BANAN ERA	MAGDALE NA	819004781	EXPORTA DORES BANANER OS DE COLOMBIA S. A. BANEXCO S.A.	48,81

4. Igualmente obra en el cuaderno de pruebas anexo N° 2 las siguientes Resoluciones expedidas por el ICA - MAGDALENA que tuvieron por objeto actualizar el registro con el que debe contar un predio dedicado a la producción de fruta fresca para exportación en los términos de la Resolución ICA 1806 de 2004, y que era necesario para efectos de acceder al incentivo sanitario.

SOLICITUD ELEVADA POR EL DEMANDADO	DECISION DEL GERENTE SECCIONAL MAGDALENA DEL INSTITUTO COLOMBIANO AGROPECUARIO, ICA
16 de septiembre de 2009 elevada por el señor Eduardo Diazgranados Abadía en representación de la compañía Bananera S.A. (COBANA S.A.)	Resolución N° 000085 del 18 de septiembre de 2009 "POR LA CUAL SE MODIFICA LA RESOLUCION N° 00211 ²² DE JUNIO 22 DE 2005, POR CAMBIO DE PROPIETARIO Y ASISTENTE TECNICO DEL PREDIO PUERTO RICO" (fls. 508 y s.s.)
8 de junio de 2005 elevada por el señor Eduardo Diazgranados Abadía en representación de la compañía Exportadores Bananeros de Colombia.	Resolución N° 00340 del 30 de agosto de 2005 "POR LA CUAL SE ORDENA EL REGISTRO DEL PREDIO BOMBA COMO PRODUCTOR DE FRUTA FRESCA PARA EXPORTACION, CUYO PROPIETARIO ES EXPORTADORES BANANEROS DE COLOMBIA" (fls. 511 y s.s.)

²² "POR LA CUAL SE ORDENA EL REGISTRO DEL PREDIO PUERTO RICO COMO PRODUCTOR DE FRUTA FRESCA PARA EXPORTACION, CUYO PROPIETARIO ES BANANOS DE SARA BRETAÑA S.A."

16 de septiembre de 2009 elevada por el señor Eduardo Diazgranados Abadía en representación de la compañía Bananera S.A. (COBANA S.A.)	Resolución N° 000086 del 18 de septiembre de 2009 "POR LA CUAL SE MODIFICA LA RESOLUCION N° 000048 DE MAYO 08 DE 2007, POR NOMBRE DEL PREDIO, PROPIETARIO Y ASISTENTE TECNICO DEL PREDIO SARA 1" (fls. 561 y s.s.)
3 de mayo de 2007 elevada por el señor Eduardo Diazgranados Abadía en representación de la compañía Bananera S.A. (COBANA S.A.)	Resolución N° 0047 del 08 de mayo de 2007 "POR LA CUAL SE MODIFICA LA RESOLUCION N° 00243 DE ENERO 30 DE 2006, POR CAMBIO DE ASISTENTE TECNICO DEL PREDIO CIRCASIA" (fls. 708 y s.s.)

A partir del examen de la normatividad que reglamenta el programa del incentivo y de las pruebas documentales la Sala considera que en este específico evento, no se configura la causal de inhabilidad planteada, atendiendo a las razones que a continuación se explican:

- Lo primero que hay que advertir es que no existe frente a la causal "gestión de negocios", criterios absolutos aplicables como reglas universales para todas las situaciones en las que el demandante haga consistir la imputación de esta prohibición.
- En este caso, el objeto de la creación del incentivo sanitario por parte del Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural fue el de apoyar el control y manejo de la Sigatoka Negra, enfermedad de importancia económica que, por tanto, necesitaba ser controlada.
- Entonces, el trámite que el demandado debió surtir ante el Ministerio de Agricultura, el ICA o la Bolsa Nacional Agropecuaria para ser beneficiario del "**INCENTIVO SANITARIO**", en calidad de representante legal de las sociedades COBANA S.A. y BANEXCO S.A. propietarias de los predios: SINAI, CIRCASIA, PUERTO RICO y BOMBA, no se enmarca en la causal de inhabilidad por gestión de negocios, porque:
- Se trató de una postulación a un incentivo para todo el sector productivo del banano, sujeto al cumplimiento de los requisitos establecidos en la Ley 101 de 1993, la Resolución 254 de 2009 y el Reglamento Técnico ISP 2009, emitido con tal propósito.

- Fue una participación como empresario del sector en un programa misional a cargo del Ministerio del Ramo²³, que tiene entre otras funciones²⁴ la de proponer un **sistema de incentivos** para el sector **agropecuario**, pesquero y de desarrollo rural, con el propósito de controlar la propagación de plagas en los cultivos y de esta manera estimular la producción y el empleo, entre otras actividades.
- Estas características desvirtúan que se esté en presencia de la prohibición gestión de negocios, puesto que propiamente y en estricto sentido, de lo que se trató fue de “aplicar” a un programa fitosanitario del Ministerio de Agricultura para proteger el cultivo de banano. El programa estaba “preestablecido” bajo parámetros respecto de los cuales para acceder al mismo no existía posibilidad de margen alguna de variación de los requisitos por cuenta de su condición de candidato al Congreso de la República, pues en todo caso debía cumplir las exigencias del Reglamento²⁵, ni que esta calidad le pudiera propiciar preeminencia alguna. El demandante no demostró lo contrario.

²³ ARTICULO 2o. OBJETO. El Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural tiene como objetivos primordiales la formulación, coordinación y adopción de las políticas, planes, programas y proyectos del Sector Agropecuario, Pesquero y de Desarrollo Rural.

²⁴ ARTICULO 3o. FUNCIONES. <Artículo aclarado por el artículo 1 del Decreto 967 de 2001. El nuevo texto es el siguiente:> El Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural tendrá, además de las que determina el artículo 59 de la Ley 489 de 1998, las siguientes funciones:

4. Fijar la política de cultivos forestales, productores y protectores con fines comerciales, de especies introducidas o autóctonas, en coordinación con la política nacional ambiental y de recursos naturales renovables establecida por el Ministerio del Medio Ambiente.

11. Crear, ajustar y promocionar instrumentos, incentivos y estímulos para el financiamiento, la inversión, la capitalización, fomento a la producción, comercialización interna y externa en las áreas de su competencia, así como para promover la asociación gremial y campesina.

²⁵ El numeral 5. del citado Reglamento prevé los requisitos que debe cumplir el postulante para el pago del mismo; así:

5. REQUISITOS PARA EL PAGO DEL APOYO:

5.1. Entrega del Informe Técnico ante el ICA: Entregar entre el 21 de septiembre y el 28 de septiembre de 2009 al correo electrónico incentivo.banano@ica.gov.co, un informe técnico de acuerdo con los requisitos previstos en el literal f del artículo tercero de la Resolución ICA No. 001806 de 2004. Para este reglamento se tendrá en cuenta lo concerniente al nivel epidemiológico de la Sigatoka Negra, tomado del reporte que mensualmente presentan al ICA los productores. Este nivel posicionado hasta un grado 2 del necrosamiento posicionado hasta en la quinta hoja más joven de un promedio de 20 plantas próximas a parir y hasta dos semanas de parido el racimo, evaluadas por hectárea, sobre el total del área registrada.

Se considera como hoja número 1 la hoja bandera abierta en 2/3 partes o más de su superficie. En virtud de lo anterior las hojas 1, 2, 3 y 4 deben presentar un nivel de control de la enfermedad superior al de la 5 hoja más joven.

En caso de aspersión aérea, se debe anexar al informe técnico un reporte emitido por la empresa de aspersión o quien haga sus veces, sobre el área asperjada de acuerdo con el geoposicionador de la aeronave de aspersión por productor y por predio.

Así mismo, en los casos en que aplique, se deberá adjuntar un reporte de la aspersión terrestre y de las actividades asociadas con el control cultural de la Sigatoka Negra, incluyendo la mano de obra.

Para el caso de predios o empresas que se encuentren inactivas, el informe técnico debe detallar los planes de prevención, contingencia y control de la Sigatoka Negra durante el periodo inactivo.

Sin perjuicio de lo anterior, el ICA podrá en cualquier momento de manera selectiva verificar in situ la veracidad de los informes técnicos presentados por el productor. En caso de encontrar inconsistencias en la información proporcionada, no se procederá al pago del ISB 2009. En caso de que éste haya sido pagado, se procederá a adelantar los trámites tendientes a la recuperación de los recursos, sin perjuicio de las acciones administrativas, civiles y penales a que haya lugar.

5.2. Reclamar Certificación del ICA sobre manejo fitosanitario del predio: Una vez cumplido el requisito establecido en el numeral 5.1, el productor reclamará entre el 29 de septiembre y el 2 de octubre de 2009, en la seccional del ICA en la cual

- *Casi podría afirmarse que como productor de este región agrícola, al tratarse de un programa de carácter sanitario, se constituía cercano a un deber de un empresario prudente vincularse al mismo, en aras de impedir una posible expansión de la enfermedad a controlar, que es la finalidad del incentivo.*
- *Los trámites ante entidades públicas que la Constitución Política prohíbe a los aspirantes al Congreso de la República en el artículo 179 numeral 3.º, son aquellos en virtud de los cuales el candidato puede aprovecharse de su condición para lograr una posición de privilegio y de preeminencia ante sus electores, creando en su favor por cuenta de ese trámite, una situación de desigualdad en la contienda electoral frente a los demás candidatos.*
- *Una conclusión diferente llevaría al absurdo de considerar que al candidato al Congreso de la República en el período inhabilitante le está vedado absolutamente cualquier tipo de procedimiento ante la administración pública. Es por ello que el alcance de la causal gestión de negocios es*

se hizo el registro de su cultivo, una certificación sobre el estado fitosanitario con respecto a la enfermedad de la Sigatoka Negra en el área registrada.

5.3. Elaborar Certificación sobre Empleos y Aportes a la Seguridad Social y Parafiscales: De conformidad con lo establecido en la Ley y utilizando el formato dispuesto en la página de la Bolsa Nacional Agropecuaria (<http://www.bna.com.co/>), el revisor fiscal o el representante legal de la empresa debe elaborar una certificación en la cual conste:

[..]

5.4 Registro de Facturas Control Sanitario: Los productores elegibles deben registrar de manera obligatoria en la Bolsa Nacional Agropecuaria (BNA) (celebrar una Operación de Registro de Factura – ORF) las facturas que soportan el pago de los costos de control sanitario, por intermedio de una firma comisionista de la BNA, quien realizará los trámites de registro. Los funcionarios de la BNA brindarán orientación para llevar a cabo este procedimiento.

Estas facturas incluyen las compras de insumos y/o el pago de servicios (incluida la mano de obra), utilizadas en el manejo sanitario del cultivo.

En caso de contratos de producción conjunta o similares, en los cuales la Comercializadora Internacional asume directamente los costos de aspersión sin generar facturación, se debe anexar una certificación del revisor fiscal de la Comercializadora Internacional en la cual consten los costos del control de la Sigatoka Negra en la empresa en aspectos tales como aspersión aérea o terrestre, agroinsumos, labores, entre otras.

Las facturas deben tener una vigencia menor o igual a 180 días calendario contados a partir de la fecha de expedición de la factura. Por último, el registro de las facturas deberá ser realizado a través de una firma comisionista de la BNA y el costo del mismo debe ser asumido por el productor.

5.5 Formulario de Información Básica: los productores elegibles deberán diligenciar el Formulario de Información Básica publicado en la página web de la BNA (www.bna.com.co), el cual se deberá encontrar debidamente firmado.

5.6 Radicar la Documentación en la BNA: Para el pago del apoyo, los productores válidamente inscritos deben radicar físicamente en la Bolsa Nacional Agropecuaria (BNA), en cualquier oficina nacional o en los puntos establecidos por dicha entidad, entre el día 5 de octubre de 2009 y el 16 de octubre de 2009, los documentos descritos en los numerales 5.2, 5.3, 5.4 y 5.5.

Será responsabilidad del participante radicar físicamente en la BNA la anterior documentación en las fechas establecidas. Si el participante no radica la totalidad de la documentación anteriormente descrita en el plazo establecido, perderá totalmente el derecho al pago el apoyo."

preciso analizarla en cada caso, bajo parámetros de razonabilidad y de proporcionalidad, en el enfoque de su teleología.

- *En el asunto bajo examen, se insiste, no es posible predicar debido a la naturaleza y características del programa que el proceso de postulación al reconocimiento del incentivo fitosanitario hubiese dotado al aspirante a la Cámara de Representantes de una condición preeminente y preponderante frente al electorado, pues de un lado, el reconocimiento del apoyo fue para los productores de banano, en su condición de tales, y para acceder al mismo el Ministerio solicitó la acreditación de unos especiales requisitos a los que se hizo mención atrás.*

Por lo expuesto, no se da por probada entonces esta censura.

- *Ahora bien, en cuanto al otro cargo atinente a que el demandado incurrió en “gestión de negocios” ante el ICA alegado en el acápite concepto de violación de la demanda, (folio 11), el cual se explica de manera vaga e indeterminada, la Sala logra advertir con las pruebas documentales allegadas al proceso que el cargo se refiere a diligencias que llevó a cabo el demandado en condición de representante legal de COBANA S.A. ante el ICA - MAGDALENA, concernientes a que esa entidad expidiera las Resoluciones N° 000085 y 000086. Con estos actos administrativos se actualizaron los datos que la entidad reporta al Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural respecto de productores de fruta fresca para exportación. Se verifica que consistió en un trámite indispensable respecto de predios inscritos como productores de banano, exigencia requerida a fin de postularlos a obtener el incentivo sanitario. Por tanto, para este reproche aplican los mismos razonamientos en relación con el trámite de incentivos para los productores de banano, en el sentido de no tipificar dentro de la prohibición “gestión de negocios”, por los motivos explicados cuando se analizó el cargo principal.*
- *No es la teleología de la inhabilidad que se impida al candidato realizar actuaciones administrativas con el propósito de obtener o reclamar un derecho, sino evitar que éste se aproveche de la condición de aspirante al Congreso de la República para acceder a beneficios que le reportan provecho y preeminencia frente al electorado que lo percibe, por cuenta de*

acciones que le permitan ser calificado como un efectivo gestor de reclamos comunitarios, de una parte, o, de la otra, que en virtud del trámite del ante el Estado pueda obtener ventajas que produzcan desequilibrio en la contienda electoral respecto de los demás candidatos.

- No es ésta la situación que se presente en el sub examine. En el expediente reposan algunas facturas de venta en las que se certifica que los predios beneficiarios del incentivo y de propiedad de BANEXCO S.A. y COBANA S.A. acreditaron la realización de fumigaciones a sus terrenos para controlar el manejo de la enfermedad de la sigatoka negra, lo que permite inferir que respecto de ello hay claridad sobre la destinación del apoyo económico otorgado. Además, en el propio reglamento se prescribe que:

*“[...] el ICA podrá en cualquier momento de manera selectiva verificar in situ la veracidad de los informes técnicos presentados por el productor. En caso de encontrar inconsistencias en la información proporcionada, **no se procederá al pago del ISP 2009. En caso de que éste haya sido pagado, se procederá a adelantar los trámites tendientes a la recuperación de los recursos, sin perjuicio de las acciones administrativas, civiles y penales a que haya lugar**”.*

- De esta manera, con la expedición de los mencionados actos administrativos, ningún riesgo en contra del equilibrio electoral entre los aspirantes, que la prohibición de gestionar negocios ante Entidades Públicas pretende evitar, fueron demostrados por el demandante a quien concierne la carga de la prueba.
- En relación con el reproche que al folio 10²⁶ del resumen de los hechos se efectúa en la demanda, consistente en que el demandado en su condición de miembro principal de la Junta Directiva de ASBAMA, celebró convenios con el “Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural y el ICA” para el “manejo y la administración de los distritos de riego de la zona bananera”, que dice el demandante beneficiaron a los predios de su propiedad, respecto del cual en el memorial de alegatos de conclusión estima se acreditó, porque como integrante del Consejo Directivo se desempeñó

²⁶ numeral 3°

como “superior inmediato del Director CORPAMAG²⁷, la Sala declarará no probada esta censura. Lo anterior, por cuanto del certificado de representación y existencia visible a los folios 058 a 063 del cuaderno número 1° de anexos de la demanda no se acredita: i) la calidad de miembro de la Junta Directiva de ASBAMA (Asociación de bananeros del Magdalena y La Guajira), ii) la celebración de los convenios a los que alude de “administración de distritos de riego” y iii) tampoco que ostentará la representación legal de dicha Asociación.

- Ahora bien, la documental que remitió CORPOMAG frente a los contratos que celebró durante los meses de julio a diciembre del 2009 y que obran a los folios 129 y s.s. del cuaderno N° 1 de pruebas, permite identificar que están referidos a: i) “reducción del riego de desabastecimiento de agua para el consumo humano y la interrupción de los servicios de acueducto y alcantarillado en las cuencas de los ríos Manzanares, Gaira, Ariguani y Fundación; ciénagas de Buena Vista, Zapayan y Cerro de San Antonio; y Caños Plato Y Schiller.” (contrato de obra pública N° 001 de 2009 celebrado con la unión temporal DRAGADOS DEL MAGDALENA) y ii) “La recuperación de la cuenca baja del río manzanares del K 15 + 200 al km 32 + 000” (contrato de obra pública N° 002 de 2009 celebrado con el CONSORCIO RECUPERACION DEL RIO MANZANARES 2010). Ninguno de ellos concierne al objeto que manifiesta el actor en el escrito de demanda relativo a la “administración distritos de riego” como constitutivo de la inhabilidad que plantea.
- En lo que se refiere a los presuntos beneficios recibidos por el demandado en calidad supuestamente de “propietario” de las fincas LA BOMBA, CIRCASIA y SARA del Programa de Coberturas del año 2009, el Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural, certificó al folio 346 del expediente, lo siguiente:

“[...] me permito informar que el Ministerio de Agricultura y Desarrollo no abrió el programa de coberturas para el año 2009. Adicionalmente, se buscó en los registros del programa de los años 2006, 2007 y 2008, sin encontrar al señor Eduardo Días (sic) Granados Abadía como beneficiario del mismo”

²⁷ Ver folio 21 y 22 de esta providencia.

Para la Sala, las anteriores consideraciones son motivo suficiente para despachar negativamente las pretensiones de la demanda en virtud a que no se lograron demostrar las censuras de inhabilidad endilgadas por el accionante Hernando José Escobar Medina. Por tanto no se desvirtuó la presunción de legalidad que ampara el acto administrativo acusado.

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

F A L L A

PRIMERO.- *Declarar probada la excepción de falta de legitimación por activa, respecto de la demanda presentada por el señor Hugo Alberto Gnecco Arregoces. En consecuencia, la Sala se **INHIBE** para analizar de fondo la demanda radicada bajo el N° 2010 - 0038, conforme se expuso en la parte motiva de la providencia.*

SEGUNDO.- *Negar las pretensiones de la demanda radicada bajo el N° 2010 - 0100.*

TERCERO.- *En firme esta sentencia y previas las comunicaciones del caso, archívese el expediente.*

COPIESE, NOTIFIQUESE Y CUMPLASE.

SUSANA BUITRAGO VALENCIA

Presidente

MAURICIO TORRES CUERVO

Aclara voto

ALBERTO YEPES BARREIRO