

## **LA INHABILIDAD POR INTERVENCIÓN EN LA CELEBRACIÓN DE CONTRATOS SE PREDICA DE QUIEN CELEBRA EL CONTRATO EN CALIDAD DE REPRESENTANTE LEGAL**

El Tribunal Administrativo de Bolívar negó la nulidad contra el acto de elección del señor Joaco Hernando Berrio Villarreal como gobernador del departamento de Bolívar 2008-2011 por la supuesta intervención en la celebración de contratos (num. 4º art. 30 de la Ley 617 de 2000).

La Sección Quinta del Consejo de Estado confirma el fallo de primera instancia ante la falta de prueba de la intervención del demandado como socio o como representante legal de VIMARCO LTDA, en los contratos que dicha empresa suscribió con el Distrito Turístico de Cartagena de Indias y con la Fiscalía General de la Nación

El señor Joaco Hernando Berrio Villarreal únicamente tuvo la calidad de socio gestor de la sociedad Berrio Villarreal e Hijos Cía. S en C, que es socia de Inversiones JHB y Compañía Ltda., que a su vez es accionista de Inversiones Berrio Villarreal Villarreal S.A. En ningún momento fue socio de VIMARCO LTDA, que fue la sociedad que celebró los contratos de los cuales pretende la parte actora derivar la inhabilidad del demandado.

El hecho de que existiera una estructura societaria compleja predicable de VIMARCO LTDA, al estar integrada por personas naturales y varias jurídicas, impedía que, de forma directa, el señor Joaco Hernando Berrio Villarreal, en su calidad de socio gestor de la sociedad Berrio Villarreal e Hijos Cía. S en C., influyera en la toma de decisiones de la empresa contratante, pues para lograr tal propósito tenía primero que influir en las decisiones a adoptar por parte de la sociedad Inversiones JHB y Compañía Ltda., para luego tomar parte en las decisiones de Inversiones Berrio Villarreal S.A, la cual es socia directa de VIMARCO LTDA.

Debe tenerse claro que la mera condición de socio no implica la intervención en la celebración de los contratos de la empresa. Dicha intervención -para efectos de la inhabilidad en estudio- se entiende como una actividad dinámica y externa y, por consiguiente, debe ser probada. No puede presumirse como erróneamente pretende hacer la parte demandante.

**SENTENCIA DE 8 DE MAYO DE 2009. ACCIÓN ELECTORAL. EXPEDIENTE NO. 130012331000 2007-0782-02 (ACUMULADO CON EL 2007-0819). DEMANDANTE: MILTON FERNÁNDEZ GREY Y OTRO. CONSEJERA PONENTE: DRA. SUSANA BUITRAGO VALENCIA. CON ACLARACIÓN DE VOTO DEL CONSEJERO MAURICIO TORRES CUERVO.**

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

**Consejera ponente: SUSANA BUITRAGO VALENCIA**

*Bogotá, D. C., ocho (8) de mayo de dos mil nueve (2009)*

**Expediente N°. 130012331000 2007-0782-02**  
**(acumulado con el 2007-0819)**  
**Demandante: MILTON FERNÁNDEZ GREY Y OTRO**  
**Acción Electoral**

*Procede la Sala a decidir los recursos de apelación interpuestos por la parte actora contra la sentencia del 25 de julio de 2008, proferida por el Tribunal Administrativo de Bolívar, que denegó las pretensiones de las demandas que fueron presentadas en contra del acto de elección del señor Joaco Hernando Berrio Villarreal como gobernado del departamento de Bolívar.*

**I. ANTECEDENTES**

**1. DE LA ACUMULACIÓN DE PROCESOS**

*En primer lugar, la Sala advierte que fueron dos las demandas que se interpusieron en contra de la elección del señor JOACO HERNANDO BERRIO VILLAREAL como gobernador del departamento de Bolívar para el período 2008-2011. Esas demandas fueron tramitadas, en principio, en distintos procesos hasta que, en aplicación del artículo 237 del Código de Contencioso Administrativo, fueron acumulados una vez surtida la etapa probatoria. Esos procesos son:*

## **A. Proceso 2007- 0782**

### **1. Pretensiones de la demanda**

*El señor Milton Fernández Grey, en nombre propio, instauró demanda de nulidad electoral en contra de la elección del señor Joaco Hernando Berrio Villarreal como gobernador del departamento de Bolívar para el periodo 2008-2011, demanda en la que planteó las siguientes pretensiones:*

*“1. Que se declare la nulidad del acto administrativo expedido por la Organización Electoral por medio del cual se declaró la elección del Gobernador del Departamento de Bolívar, Sr. JOACO HERNANDO BERRIO VILLARREAL, para el período que comienza el primero de enero de dos mil ocho (2008) hasta el treinta y uno (31) de diciembre de dos mil once (2011) y por igual se ordene la CANCELACIÓN de la CREDENCIAL, que se le expidió y entregó a dicho candidato electo por haber ganado las elecciones en el Departamento de Bolívar, según consta en el acta de escrutinio de los votos para Gobernación E-26CO cuyas copias auténticas se adjuntan, por cuanto el ciudadano elegido no reunía las condiciones constitucionales y legales para ser elegido y por igual era inelegible por comprenderse en él (sic), causales que lo hacían INHABIL para ser elegido.*

*2. Que, como consecuencia propia de la declaración de nulidad anterior, sírvase H. Magistrados ordenar la realización de nuevos escrutinios a la Comisión Departamental de la Registraduría Nacional del Estado Civil, que realizó los escrutinios, o ustedes mismos, según sea legalmente atendible, en la que se EXCLUYAN, del computo general, los votos emitidos a favor del candidato JOACO HERNANDO BERRIO VILLARREAL, para el cargo de elección popular de Gobernador del Departamento de Bolívar.*

*3. Que realizado el nuevo escrutinio con la exclusión de los votos del candidato arriba mencionado, se declare candidato electo a la Gobernación de Bolívar, al candidato que resulte válidamente elegido, al cual se le debe entregar la respectiva credencial”.*

### **2. Normas violadas y concepto de la violación**

*La norma que la parte demandante invocó como violada y de la que explicó un real concepto de la violación fue artículo 30 de la Ley 617 de 2000, numerales 2º y 4º.*

*En síntesis, considera que la elección del señor Joaco Hernando Berrio Villarreal como gobernador del departamento de Bolívar debe ser declarada nula por cuanto el demandado se encontraba inhabilitado para aspirar a dicho cargo en la medida que, dentro del año anterior a la elección, en su calidad de “socio – en representación de su hija menor Isabela Berrio Villarreal y de representante legal de la empresa VIGILANTES MARÍTIMA COMERCIAL – VIMARCO”, celebró contrato de vigilancia y seguridad privada con la Fiscalía General de la Nación – Seccional Cartagena, que tenía como objeto prestar dicho servicio, entre otros lugares, “en el barrio Crespo, en el barrio Camino Fresco y en el municipio de Magangue”.*

*Además, estima que el demandado no podía ser elegido como Gobernador de Bolívar, pues, a su juicio, el señor Joaco Hernando Berrio Villarreal, en vigencia de la Constitución de 1886, “perdió la nacionalidad colombiana al tiempo en que se hizo ciudadano SUECO”, nacionalidad que bien pudo recuperarla a través de los trámites que prevé la ley para tal efecto y que no tuvieron lugar en el presente caso.*

### **3. Contestación de la demanda**

*El señor Joaco Hernando Berrio Villarreal contestó la demanda por intermedio de apoderado. Se opuso a todas y cada una de las pretensiones de la demanda. De forma concreta, ofreció argumentos de defensa respecto del concepto de la violación, los cuales se resumen a continuación:*

- *Que, contrario a lo dicho por la parte demandante, no tiene la calidad de extranjero, pues su nacimiento fue registrado, en primer lugar, en el consulado diplomático colombiano en Gutemburgo, Suecia y, en segundo lugar, en la Notaria Primera de Bogotá el día 4 de noviembre de 1955, de acuerdo con el acta del libro de registro de nacimiento No. 223 de esa misma fecha. Que esa circunstancia hace que el demandado no tenga nacionalidad extranjera.*
- *Manifestó que desde el 22 de enero de 2007, el señor Joaco Hernando Berrio Villarreal dejó de ser el Gerente General y el representante legal principal de la empresa VIMARCO LTDA.*
- *Sostuvo que el demandado jamás fue socio de la empresa VIMARCO LTDA. Que, por el contrario, fue su hijo, quien tiene los mismos nombres y apellidos del demandado y se identifica con C.C. No. 73.216.209 de Cartagena, el que tiene la calidad de socio de la citada compañía.*
- *Que, dentro de ese contexto, es claro que, en el caso objeto de estudio, no están demostrados los elementos necesarios para que se entienda configurada la causal de inhabilidad prevista en el numeral 4º del artículo 30 de la Ley 617 de 2000. Que, en efecto, la situación del señor Joaco Hernando Berrio Villarreal no encuadra dentro de los supuestos fácticos previstos en la referida norma en cuanto que no celebró contrato estatal, de forma directa o por interpuesta persona, en nombre propio o a nombre de terceros, dentro del año anterior a la elección del 27 de octubre de 2007.*

*Propuso las excepciones que denominó “INEPTITUD FORMAL DE LA DEMANDA” y “OMISIÓN DE LA EXIGENCIA DE INCLUIR EL CONCEPTO DE LA VIOLACIÓN”.*

## **B. Proceso 2007-0819**

### **1. Pretensiones de la demanda**

*El señor Héctor Manuel Suárez Caraballo, en nombre propio, demandó la nulidad de la elección del señor Joaco Hernando Berrio Villarreal como gobernador del departamento de Bolívar para el período 2008 – 2011. En la demanda formuló las siguientes pretensiones:*

“

*1. Que se declare por esta Corporación la nulidad del acto administrativo expedido por la Organización Electoral, contenido en el acta general de escrutinios por medio del cual se declaró la elección del Gobernador del Departamento de Bolívar, doctor JOACO HERNANDO BERRIO VILLARREAL, para el período comprendido entre el primero de enero de 2008, hasta el 31 de diciembre de 2011, según consta en el acta de escrutinios expedida el día 31 de noviembre de 2007 por los señores Delegados del Consejo Nacional Electoral, formulario E26 GO, cuyas copias auténticas se adjudicaron a la demanda, por cuanto que el Gobernador electo no reunía las condiciones constitucionales y legales para ser elegido, lo que hacía inhábil para ser elegido y que igualmente se ordene la cancelación de la credencial, que se expidió y entregó a dicho candidato electo por haber ganado las elecciones en el Departamento de Bolívar.*

*2. Que como consecuencia directa de la nulidad que se pidió, se servirán Ustedes ordenar la realización de nuevos escrutinios a la Comisión Departamental de la Registraduría del Estado Civil que realizó los escrutinios, o esta Honorable Corporación, de acuerdo a como se ha dispuesto por ustedes y que la ley lo permita, en la que se excluya del cómputo los votos emitidos a favor del señor JOACO HERNANDO BERRIO VILLARREAL, para el cargo de elección popular de Gobernador del Departamento de Bolívar.*

3. Que una vez realizado el nuevo escrutinio con la exclusión de los votos del candidato demandado, se declare candidato electo a la Gobernación de Bolívar, al candidato que resulte válidamente elegido, al cual se le debe entregar la correspondiente credencial.

4. Que subsidiariamente a las pretensiones 2 y 3, se ordene seguir el procedimiento para efecto de convocar y realizar nuevas elecciones para Gobernador Popular del Departamento de Bolívar”.

## **2. Normas violadas y concepto de la violación**

*La parte demandante invocó como violado el numeral 4º del artículo 30 de la Ley 617 de 2000.*

*Sobre el particular, dijo que el demandado estaba inhabilitado para ser elegido como gobernador del departamento de Bolívar, pues, dentro del año anterior a la elección, intervino, en su condición de “socio y representante legal” de la empresa “VILIGANTE MARÍTIMA COMERCIAL LTDA”, en la celebración de contratos en interés propio o de terceros, contratos que fueron ejecutados en ese respectivo departamento.*

*Argumentó que, en concreto, la empresa VIMARCO LTDA, el día 29 de enero de 2007, celebró contrato de vigilancia con la Fiscalía General de la Nación – Seccional Cartagena, fecha en la que el demandado aparecía como representante legal de la sociedad contratante.*

*Que asimismo, VIMARCO LTDA, el 15 de febrero de 2007 y por intermedio del representante legal suplente, celebró contrato de vigilancia y seguridad privada con el Distrito de Cartagena de Indias, contrato que, según afirma el demandante, tiene el carácter de adicional, razón por la cual, a su juicio, el “suscrito por el gobernador electo se encuentra vigente”.*

### **3. Contestación de la demanda**

*El demandado contestó la demanda por intermedio de apoderado. Se opuso a todas y cada una de las pretensiones de la demanda. Ofreció los siguientes argumentos de defensa respecto del concepto de la violación:*

- *Que, de acuerdo con Certificación Especial de la Cámara de Comercio de Cartagena, desde el 22 de enero de 2007, el señor Joaco Hernando Berrio Villarreal dejó de ser el representante legal de VIMARCO LTDA, cargo que fue asumido, de forma temporal, por el señor Efraín Pretelt Román.*
- *Que, contrario a lo dicho por la parte demandante, el señor Joaco Hernando Berrio Villarreal, identificado con C.C. No. 9,094,681, nunca ha figurado como socio de la empresa VIMARCO LTDA, pues quien, en efecto, si es socio de la referida empresa es su hijo, el señor JOACO HERNANDO BERRIO VILLARREAL, identificado con C.C. No. 73,216,209. Que si bien padre e hijo tienen igual nombre y apellido, cada uno puede ser individualizado por sus respectivos números de cédula.*
- *Que, en el presente caso, no se encuentra configurada la causal prevista en el numeral 4º del artículo 30 de la Ley 617 de 2000, pues el demandado, dentro del año anterior a la elección, “no celebró contrato estatal de manera personal, ni por interpuesta persona, ni en representación de VIMARCO”. Que, por tal razón, estaba habilitado para ser elegido como gobernador del departamento de Bolívar.*



*Propuso la excepción que denominó “INEPTITUD FORMAL DE LA DEMANDA”.*

## **2. LOS HECHOS.**

*Los hechos del presente caso giran alrededor de la elección del señor Joaco Hernando Berrio Villarreal como Gobernador del departamento de Bolívar para el periodo 2008-2011.*

*Relatan los demandantes que, en desarrollo de las elecciones populares que tuvieron lugar el 28 de octubre del 2007, la Comisión Escrutadora respectiva declaró elegido al señor Joaco Hernando Berrio Villarreal como gobernador del departamento de Bolívar.*

*Dicen los actores que el demandado no estaba habilitado legalmente para ocupar el cargo de gobernador, pues, dentro del año anterior a la elección, en su condición de socio y representante legal de la empresa “VIGILANTE MARÍTIMA COMERCIAL LTDA”, celebró contratos con entidades públicas que fueron ejecutados en el departamento de Bolívar.*

*Aunado a lo anterior, uno de los demandantes sostiene que el demandado en vigencia de la Constitución de 1886 perdió la calidad de nacional colombiano y que, por tal razón, de acuerdo con lo previsto en el numeral 2º del artículo 30 de la Ley 617 de 2000, no podía ser elegido como gobernador del Departamento de Bolívar.*

*En resumen, los actores afirman que por las citadas razones el señor Joaco Hernando Berrio Villarreal fue elegido como Gobernador Departamental de Bolívar estando incurso en las*

*causales de inhabilidad previstas en los numerales 2º y 4º del artículo 30 de la Ley 617 de 2000.*

### **3. ANTECEDENTES PROCESALES**

*Las referidas demandas fueron presentadas ante el Tribunal Administrativo de Bolívar.*

*En el proceso 2007-00819, mediante auto del 24 de enero de 2008, el A quo admitió la demanda y, a su vez, denegó la solicitud de suspensión provisional del acto de elección.*

*En el proceso 2007-00782, mediante auto del 19 de diciembre de 2007, la demanda fue admitida. En esa misma providencia, se despacho de forma desfavorable la solicitud de suspensión provisional formulada por la parte actora.*

*Una vez cumplida la etapa probatoria en los respectivos procesos electorales, por auto del 27 de mayo de 2008 (Folio 427. Cuaderno 5) fue decretada la acumulación de los procesos radicados con los números 2007-00782 y 2007-00819.*

*Mediante sentencia del 25 de julio de 2008, el Tribunal Administrativo de Bolívar denegó las pretensiones de las demandas.*

### **4. SENTENCIA APELADA**

*La sentencia apelada, como ya se dijo, denegó las pretensiones de la demanda. Como sustento de esta decisión, el A quo expuso las siguientes consideraciones:*

- *Dijo que, en el presente caso, no está probado que el demandado tenga doble nacionalidad. Que, por el contrario, de acuerdo con las pruebas que obran en el expediente, es claro que el señor Joaco Hernando Berrio Villarreal tiene la nacionalidad colombiana, pues, el 4 de noviembre de 1955, fue registrado en la Notaria Primera de Bogotá, como hijo del señor Jorge Berrio Posada y de la señora Mercedes Villarreal de Berrio.*
- *Que el artículo 96 de la Constitución Política establece que los hijos de padre o madre colombianos que hubieren nacido en tierra extranjera y luego se domicilien en Colombia, son considerados como nacionales colombianos por nacimiento, situación que es la que se presenta en el caso objeto de estudio.*
- *Sostuvo que la parte demandante se limitó a afirmar que el señor Joaco Hernando Berrio Villarreal había nacido en el extranjero, más no probó la existencia de la supuesta nacionalidad Sueca.*
- *En lo que tiene que ver con la causal de inhabilidad prevista en el numeral 2º del artículo 30 de la Ley 617 de 2000, expresó que la intervención en la celebración de un negocio jurídico no puede presumirse del hecho de ser socio o directivo de una determinada sociedad. Que en los procesos de nulidad electoral, de acuerdo con lo dicho por el Consejo de Estado, es necesario que la intervención que se alega como sustento de la demanda sea probada.*
- *Que, en el caso sub examine, de acuerdo con el material probatorio (Certificados de la Cámara de Comercio y*

*escrituras públicas) que obra en el proceso, es claro que el señor Joaco Hernando Berrío Villarreal “sólo fungió como socio gestor en la sociedad denominada “Berrío Villarreal e Hijos S en C, la cual hace parte de la sociedad “Inversiones J.H.B. y CIA Ltda.”, siendo esta última accionista de “Inversiones Berrío Villarreal S.A.”, que es socia de VIMARCO LTDA.*

- *Que, a juicio del A quo, la sociedad “Berrío Villarreal e Hijos S en C” no es socia directa de VIMARCO LTDA, que es la sociedad que celebró los contratos de los cuales se pretende derivar la inhabilidad del demandado. En concreto, para sustentar la anterior afirmación el Tribunal de primera instancia expuso las siguientes razones:*

*“(…)*

*Ahora bien, de acuerdo a lo expuesto por el ilustre tratadista de derecho comercial JOSÉ IGNACIO NARVÁEZ GARCÍA, en su obra “Derecho Mercantil Colombiano Tipo de Sociedades”, se tiene que la representación legal de las sociedades en comandita, le corresponde a todos los socios gestores, sin ser esa una representación con facultades amplias e ilimitadas, pues su labor a de ceñirse a lo expuesto, estipulado y plasmado en los estatutos sociales y sólo podrán usar la firma social y celebrar cualquier tipo de operaciones, en la medida que las mismas se encuentren acordes con el giro ordinario de los negocios.*

*Ahora bien, para que de manera alguna pudiera intervenir el señor Berrío Villarreal en su calidad de socio gestor de la Sociedad Berrío Villarreal S en C, en la contratación realizada por VIMARCO LTDA. debería primero intervenir o gestionar actividades ante la Sociedad “inversiones J.H.B. y CIA Ltda.”, la cual es una sociedad de tipo limitada en la que no le asiste al señor Berrío ningún tipo de Representación Legal.*

*Siguiendo el hilo conductor, Inversiones J.H.B. y Cia Ltda., al ser accionista de Inversiones Berrío Villarreal S.A., no puede intervenir la sociedad mencionada de manera directa en la gestión de la sociedad anónima, pues no debe perderse de vista que se trata de una sociedad eminentemente capitalista o de interés patrimonial, en donde su característica es la ausencia de ese criterio personal, en*

*donde la intervención del socio va ligada eminentemente al aporte societario, es decir su participación en el capital social, es decir, el elemento principal o primordial en este tipo de sociedades anónimas, es el “intuitio rei o intuitio pecuniae”.*

*Al tropezarnos con la existencia de una sociedad anónima, se encuentra la Sala con una excepción a la inhabilidad bajo estudio, pues no está demás recordar que se trata de una sociedad por acciones, eminentemente capitalista, que en nada importa al individuo o el socio, por lo que para que se configure la inhabilidad, se hace necesario que hay por parte del socio del cual se predica la configuración de causal alguna de inhabilidad, una verdadera gestión, ingerencia o participación activa en la gestión y en los negocios de la sociedad, es decir, viene dicho en la sentencia del H. Consejo de Estado transcrita, tal gestión no es objeto de presunción, sin desconocer, eso sí, que la misma puede iniciarse en el seno de las sociedades sin trascender a las entidades públicas, de manera personal o disimulada. Pudiéndose valer para lo último del Gerente o Representante Legal de la sociedad, a quien se puede utilizar como escudo para disfrazar la real intervención del gestor, situación esta que en últimas no se encuentra probada dentro del proceso”.*

- *Aunado a lo anterior, dijo que la sociedad VIMARCO LTDA. tiene una estructura societaria compleja en la medida que es una “sociedad de responsabilidad limitada, que es dominada accionariamente por otra sociedad, que tiene el carácter de anónima, y esta a su vez, es dominada accionariamente por otra sociedad de carácter limitada”. Que, por esa razón, para sostener que el señor Joaco Hernando Berrio Villarreal gestionó en forma directa o indirecta o participó en la celebración de los contratos citados por la parte actora era necesario la “intervención de peritos expertos en varias materias contables, financieras y legales”.*
- *En ese orden de ideas, sostuvo que, de las pruebas que obran en el expediente, saltaba a la vista que “los actores estuvieron muy lejos de analizar y penetrar la compleja estructura que tiene la empresa Vimarco Ltda., pues se limitaron a puntualizar sobre la Representación Legal, cuando se pudo demostrar por el*

*demandado que Vimarco Ltda. cuenta con tres tipos de representación legal y cada uno de dichos representantes o gerentes suplentes, tienen la capacidad de representar a la sociedad y comprometerla con terceros”.*

- *Por otra parte, al analizar el posible beneficio que los contratos celebrados por VIMARCO LTDA pudieron representar para el señor Joaco Hernando Berrio Villarreal como socio gestor de Berrio Villarreal e Hijos Cía. S. en C., concluyó lo siguiente:*
  - *Que, dentro de los 12 meses anteriores a la elección, los socios comanditarios de Berrio Villarreal Cía. S. en C. realizaron una reforma social totalmente oponible a los socios, en la que se aceptó la renuncia del demandando como socio gestor y, por tal razón, el señor Joaco Berrio Villarreal dejó de percibir frutos de dicha sociedad.*
  - *Que, en gracia de discusión de que dicha reforma no era oponible, en el proceso no obran pruebas que demuestren que el demandado en su condición de socio gestor de la referida sociedad recibió utilidades por la celebración de los contratos en cuestión, carga probatoria que, por obvias razones, estaba radicada en cabeza de la parte actora.*
- *Indicó que en el contrato No 1, que adicionó el contrato de prestación de servicios de vigilancia y seguridad privada celebrado entre el Distrito de Cartagena de Indias y la Unión Temporal VIMARCO – S.O.S. – STARPCOOP, no se observaba intervención alguna por parte del demandando, ni tampoco que éste hubiera realizado gestiones previas encaminadas a concretar la referida adición.*

- *Que, en este mismo sentido, en el contrato celebrado el 31 de enero de 2007 entre VIMARCO LTDA y la Fiscalía General de la Nación, que fue suscrito por señor Efraín Pretelt Román, en su condición de segundo gerente suplente, no se evidencia que el demandado hubiese realizada gestión alguna encaminada a la celebración de dicho contrato.*
- *En conclusión, dijo que no estaba probada la intervención del señor Joaco Hernando Berrio Villarreal en la celebración de los contratos invocados por la parte actora, razón suficiente para denegar las súplicas de las demandas acumuladas.*

## **5. LOS RECURSOS DE APELACIÓN**

### **A. La apelación del señor Milton Fernández Grey**

*El señor Milton Fernández Grey, mediante escrito del 29 de julio de 2008 (Folios 507-511), presentó recurso de apelación contra la referida sentencia. En síntesis, reiteró que era cierto que el demandado estaba inhabilitado para ser elegido como gobernador de Bolívar, pues estaba incurso en la causales previstas en los numerales 2º y 4º del artículo 30 de la Ley 617 de 2000. Al respecto, dijo lo siguiente:*

*“Muy a pesar de que el abogado del señor gobernador ha querido negar con subterfugios y largas disquisiciones jurídicas la verdad probatoria que nos ha conllevado a la inequívoca conclusión de que es indiferente si un contrato con una sociedad lo suscribe el gerente principal, el gerente suplente, el apoderado o encargado, porque al fin y al cabo lo que cuenta es que el contrato lo está celebrando es la sociedad y en el caso que nos ocupa es la SOCIEDAD VIMARCO LTDA, que aparece conformada por sus socios y estos pueden ser personas naturales o jurídicas o la mezcla*

de uno u otro, esto lo consagra el artículo 358 del Código de Comercio.

(...)

*INVERSIONES J.H.B. & CIA LTDA se puede demostrar en lo anteriormente dicho en el folio 171, que aparece en el proceso donde recibe el 90% del 94% del rendimiento que recibe INVERSIONES BERRIO VILLARREAL S.A., lo distribuye así:*

<i>OLGA LUCIA DE POMBO</i>	<i>200 CUOTAS</i>
<i>MERCELENA BERRIO VILLARREAL</i>	<i>200</i>
<i>CUOTAS</i>	
<i>JAIRO BERRIO VILLARREAL</i>	<i>200</i>
<i>CUOTAS</i>	
<i>BERRIO VILLAREAL E HIJOS S. EN C.</i>	<i>200 CUOTAS</i>

*Este dato señores magistrados se encuentra condensado y proviene del certificado de Existencia y Representación Legal expedido por la Cámara de Comercio el día 18 de enero de 2008, en el cual figura como última reforma estatutaria, la correspondiente a la escritura pública No. 4100 del 25 de octubre de 2006, en la que consta una cesión de JOACO HERNANDO BERRIO VILLARREAL, hoy gobernador de Bolívar como persona natural en sus 200 cuotas a favor de INVERSIONES BERRIO VILLARREAL E HIJOS & CIA S. EN C.*

*Es decir, aquí se demuestra que la empresa antes referenciada es de propiedad del actual Gobernador del Departamento de Bolívar, sus hijos y socios.*

(...)

*Ahora entro a decir en el momento en que JOACO HERNANDO BERRIO VILLARREAL (GOBERNADOR) pasa a ser Representante Legal y socio gestor. De manera que a través de BERRIO VILLARREAL E HIJOS S. EN C. JOACO HERNANDO BERRIO VILLARREAL como socio gestor y comanditario recibía dividendos de VIMARCO LTDA, también a través de INVERSIONES BERRIO VILLARREAL S.A. e INVERSIONES J.H.B. & CIA LTDA, esto se encuentra en el Certificado expedido por la Cámara de Comercio con fecha 18 de enero de 2008, visible a folio N0. 188, que prueba que fue registrada el 2 de marzo de 2007, la escritura pública No. 790 del 7 de febrero de 2007 ante la Notaria Tercera de Cartagena, mediante la cual se protocolizó el acta del 1 de octubre de 2006 a través de la cual JOACO HERNANDO BERRIO VILLARREAL (GOBERNADOR) cedió todas sus cuotas a sus hijos en la sociedad BERRIO VILLARREAL E HIJOS CIA S. EN C., cediendo además su condición de socio gestor.*

*(...) con esto estoy dando claridad a lo que se denomina la inhabilidad del señor JOACO HERNANDO BERRIO VILLARREAL porque hasta el 2 de marzo de 2007 fue*



*cuando fue inscrita la Escritura Pública No. 790 del 7 de febrero de 2007 mediante la reforma de esos estatutos, el actual gobernador de Bolívar cedió a sus hijos las cuotas que él tenía en dicha sociedad familiar y en virtud de la cual, hasta ese momento desde el punto de vista jurídico el mencionado Señor hacía parte de la sociedad la cual a su vez recibía utilidades y que como tal intervenía como socio en otras sociedades que a su vez hacía parte o socia de VIMARCO LTDA, estoy demostrando con esto que el Gobernador intervino como parte al ser socio gestor y comanditario en la celebración del Contrato que VIMARCO LTDA. celebró el día 31 de 2007 (sic) con la Fiscalía Seccional de Cartagena para ejecutarse en Bolívar... ”*

### **B. La apelación del señor Héctor Manuel Suárez Caraballo**

*Por intermedio de apoderado, mediante escrito presentado el 4 de agosto de 2008, apeló la sentencia de primera instancia. En resumen, formuló los siguientes motivos de reparo:*

- Que no es posible sostener que dentro de una sociedad los gerentes suplentes pueden actuar al mismo tiempo que el gerente principal, pues tal interpretación “propicia la ocasión para cometer fraude a la ley electoral”, como en el caso objeto de estudio.*
- Que el Tribunal de primera instancia omitió analizar el punto relacionado con la representación del demandado de su hija Isabela Berrio Villarreal en la sociedad VIMARCO LTDA, cargo que fue planteado y acreditado en el proceso.*
- Sostuvo que el hecho de que, el señor Joaco Hernando Berrio Villarreal, a pesar de encontrarse en pleno uso de sus funciones de representante legal y gerente de VIMARCO LTDA, hubiera permitido que el “segundo gerente suplente” suscribiera los contratos en cuestión, significó la*

*configuración de “delegación de autoridad bajo su responsabilidad”, circunstancia que lo dejó incurso en la inhabilidad invocada como sustento de la demanda.*

## **6. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN**

*La Sala entiende que mediante escrito del 26 de septiembre de 2008, el señor Milton Fernández Grey, presentó alegatos de conclusión dentro del trámite de la segunda instancia. En resumen, reiteró los argumentos expuestos en la demanda y en el escrito de apelación. Solicitó que sea revocada la sentencia de primera instancia y que, en su lugar, se decrete la nulidad de la elección del demandado como gobernador del Departamento de Bolívar.*

*Por su parte, el apoderado del señor Héctor Manuel Suárez Caraballo, mediante escrito del 6 de octubre de 2008, alegó de conclusión. En síntesis, insistió en las razones que sirvieron de sustento a la demanda y al recurso de apelación. Además, dijo lo siguiente:*

*“(…)*

*Cuál es el sentido y alcance de las normas citadas frente al caso que se examina. i) En primer lugar, que mientras en el registro mercantil apareció el nombre de JOACO HERNANDO BERRIO VILLARREAL como representante legal y gerente general de VIMARCO LTDA., esto es, hasta el 25 de enero de 2007, fue el responsable de dicha sociedad para todos los efectos legales, al igual o junto con los otros dos gerentes suplentes. ii) Al ser responsable de la sociedad para todos los efectos legales, como no tiene limitantes la ciertos asuntos, se extienda a todos los que puedan resultar; sobre todo, si se tiene en cuenta el alcance de la H. Corte Constitucional al declarar la exequibilidad de dichos artículos, que los declara como garantía de los intereses de terceros y a la seguridad jurídica. Entre otros, a los que resulten de su condición de representante legal y gerente general de VIMARCO9 LTDA. frente a su aspiración al cargo de gobernador de Bolívar para el período 2008 al 2011, cuya inhabilidad empezó a contarse desde el 28 de octubre de 2006. iii) Como la contratación pública en la*

*Fiscalía General de la Nación Seccional Cartagena, se entiende un todo desde la invitación pública No. 001 de enero de 2007 hasta la suscripción del contrato, es indispensable que el gobernador de Bolívar como representante y gerente general de VIMARCO LTDA. hizo parte de esta contratación en las siguientes etapas de la misma: a) Al manifestar VIMARCO LTDA. su querer de participar en la contratación a través del representante legal suplente EFRAÍN PRETELT ROMÁN en comunicación del 12 de enero de 2007, recibida en la Fiscalía el 15 de enero de 2007; b) Al presentar VIMARCO LTDA la propuesta por intermedio de su segundo gerente suplente, también representante legal el 23 de enero del 2007, en el que se incluyó un certificado de la Cámara de Comercio de Cartagena (Ver pruebas de la Fiscalía) donde aparece como gerente general y representante legal de VIMARCO, JOACO HERNANDO VERRIO VILLARREALM, al mismo tiempo que aspirante a la gobernación de Bolívar. Nótese que en el acta de adjudicación del contrato en la Fiscalía tiene fecha 29 de enero de 2007 en el segundo folio se manifiesta que la resolución y fecha de apertura fueron el 16 de enero de 2007; la fecha de cierre del pliego definitivo fue el 22 de enero del 2007 y la evaluación el 26 de enero del 2007; lo que quiere decir sin temor a equívocos que JOACO HERNANDO BERRIO VILLARREAL participó en tres (3) de estas cinco (5) etapas de la contratación con la Fiscalía General de la Nación Seccional Cartagena, ya que era el representante legal y gerente general de VIMARCO LTDA., condición ratificada por los certificados de la Cámara de Comercio de Cartagena aportados por la firma VIMARCO LTDA. por intermedio de su segundo gerente suplente EFRAÍN AMÍN PRETELT durante estas fases de la contratación con la Fiscalía en Cartagena hasta el 25 de enero del 2007, como representante legal y gerente general de VIMARCO LTDA., fecha en la que ya estaba vigente la inhabilidad por su condición de aspirante a la gobernación de Bolívar”.*

*La parte demandada presentó alegatos de conclusión en esta instancia mediante escrito del 6 de octubre de 2008. Después de resumir los cargos propuestos por los demandantes, lo dicho en la sentencia del 25 de julio de 2008 por el Tribunal Administrativo de Bolívar y los motivos de reparo contra la sentencia de primera instancia, concluyó lo siguiente:*

- *Que el demandado, de acuerdo con lo previsto en el artículo 96 de la Constitución Política, reformado por el Acto Legislativo No. 1 de 2002 y con las pruebas que obran en el*

*proceso, es nacional colombiano y, por tal razón, no estaba incurso, como erróneamente sostiene la parte demandante, en la causal prevista en el numeral 2º del artículo 30 de la Ley 617 de 2000.*

- *Que, en el presente caso, no está demostrada la configuración de la causal de inhabilidad prevista en el numeral 4º del artículo 30 de la Ley 617 de 2000, pues el señor Joaco Hernando Berrio Villarreal, dentro del período inhabilitante, “no celebró contrato estatal de manera personal, ni por interpuesta persona, ni en representación de VIMARCO”.*
- *Que los actores, en los respectivos escritos de apelación, plantearon un nuevo cargo, que no fue expuesto en las demandas y que consiste en afirmar que el demandado estaba inhabilitado para ser gobernador del departamento de Bolívar por recibir “dividendos de sociedades derivadas de VIMARCO LTDA”, cargo que, a juicio de la parte demandada, no puede ser analizado en segunda instancia.*

*Además solicitó que esta Corporación se pronunciara sobre la excepción que propuso en la contestación de la demanda y que denominó INEPTITUD FORMAL DE LA DEMANDA (por indebida petición y por omisión de la exigencia de incluir el concepto de la violación), solicitud que será resuelta a continuación.*

## **7. CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO**

*En esta instancia, la Procuradora Séptima Delegada ante el Consejo de Estado rindió concepto sobre el asunto de la referencia. Luego de reseñar los fundamentos de la demanda y las actuaciones*

*relevantes de la primera instancia, solicitó que esta Corporación confirmara el fallo de primera instancia.*

*Sobre el particular dijo:*

*“Dado que la demanda constituye el marco dentro del cual se desarrolla el debate litigioso y que la justicia en este evento es rogada, el juicio que corresponde hacer es frente a lo señalado por los actores, tanto en lo fáctico como en lo jurídico.*

*Se observa que los actores no son claros en la exposición de los supuestos fácticos y que los mismos no se relacionan directamente con la causal que se pretende demostrar, la que les imponía probar en el curso del debate probatorio, que el elegido gobernador había intervenido en la gestión de negocios ante entidades públicas del nivel departamental, o había celebrado contratos con entidades públicas de cualquier nivel en interés propio o de terceros; que los contratos debían ejecutarse o cumplirse en el respectivo departamento, y que tal hecho se había sucedido dentro del año anterior a la elección.*

*(...)*

*Pues bien, de conformidad con este antecedente jurisprudencial, se tiene que en el asunto sub examen no está probado en debida forma que el elegido gobernador haya intervenido en la gestión de negocios ante la alcaldía del Distrito de Cartagena de Indias para obtener la adjudicación del contrato y su posterior celebración a que hace alusión el demandante; esta intervención, como claramente lo advierte la jurisprudencia, no se puede inferir, debe estar demostrada en debida forma; por tal razón, no se puede admitir la tesis sobre la cual el actor basa la configuración de la causal por este presupuesto, que es presumir la intervención en la gestión del negocio, por el hecho de que el señor Berrío Villarreal, para la fecha de la suscripción del contrato adicional con la Alcaldía de Cartagena fuera el representante legal de la firma Vimarco, se requiere demostrar, como atrás se indicó, que se realizó por parte del elegido “una conducta dinámica, positiva y concreta que tiene que estar adecuadamente comprobada, que permita determinar el elemento temporal que contiene la inhabilidad y precisar el momento en el que se lleva a cabo la intervención, porque a partir de este preciso momento opera la inhabilidad que se comprende dentro del tiempo durante el año anterior a la elección.*

*(...)*

*Como se observa en los contratos de los cuales pretende derivar la existencia y configuración de la causal de inhabilidad son suscritos por el señor Pretelt Román, en*

*nombre y representación de la empresa Vimarco; en ningún caso aparece figurando, como suscriptor del contrato el elegido gobernador, y este es el hecho generador de la inhabilidad: la celebración de contratos con entidades públicas de cualquier nivel dentro del año anterior a la elección.*

*Para efectos de la configuración de la inhabilidad, esta delegada es del criterio de que no importa el carácter con el que actúe quien haya suscrito los contratos, porque como se ha redactado la norma, la inhabilidad no se genera por razón del testaferrato; se reitera y precisa: la inhabilidad no se genera por la celebración del contrato por interpuesta persona sino por la celebración directa y personal; así debe ser entendida la causal de inhabilidad; más, si se considera que se trata de un régimen de excepción que restringe el ejercicio de derechos fundamentales, razón por la cual la interpretación se ha de efectuar de conformidad con la regla de hermenéutica que enseña que en la interpretación de las leyes prohibitivas no deben buscarse analogías o razones para hacerlas extensivas a casos no comprendidos claramente en la prohibición”.*

## **II. CONSIDERACIONES**

### **Cuestión Previa**

*Si bien el apoderado del demandado, en el escrito de alegatos de conclusión en la segunda instancia, solicita que esta Corporación se pronuncie sobre las excepciones que propuso, en su debido momento, con la contestación de la demanda y que, valga la pena aclarar, fueron resueltas por el A quo, esta Sala considera que tal petición no es de recibo.*

*El marco de competencia del juez de segunda instancia está delimitado por los argumentos expuestos en la respectiva apelación, de acuerdo con lo previsto en el artículo 357 del Código de Procedimiento Civil.*

*Como quiera que la referida petición no hace parte de los recursos de alzada interpuestos por los demandantes, es claro que esta*

*Corporación no tiene competencia para pronunciarse sobre dicho asunto.*

### **Competencia**

*De conformidad con lo establecido en los artículos 129 y 231 del Código Contencioso Administrativo, esta Sala es competente para conocer los recursos de apelación interpuestos contra la sentencia dictada en primera instancia por el Tribunal Administrativo de Bolívar.*

*Los recursos de apelación se propusieron dentro del término que para el efecto señala el artículo 250, inciso primero, del Código Contencioso Administrativo.*

*En este caso se pretende la nulidad del acto que declaró la elección del señor Joaco Hernando Berrio Villarreal como gobernador del departamento de Bolívar para el período 2008 – 2011.*

*Esta Corporación anticipa que la sentencia de primera instancia será confirmada.*

*Para efectos de sustentar esta decisión, la Sala se ocupará de analizar los siguientes temas que, de acuerdo con lo expuesto en los recursos de apelación, constituyen los principales motivos de reparo contra el fallo de primera instancia.*

*En efecto, en primer lugar, será analizado el cargo relacionado con la supuesta violación del numeral 2º del artículo 30 de la Ley 617 de 2000.*

*Luego, la Sala abordará el tema de los requisitos de configuración de la causal de inhabilidad prevista en el numeral 4º del artículo 30 de la Ley 617 de 2000, que modificó la Ley 136 de 1994, para después analizar el caso concreto.*

### ***1. De la inhabilidad por doble nacionalidad – Violación del numeral 2º del artículo 30 de la Ley 617 de 2000***

*Uno de los recurrentes insiste en que el demandado no podía ser elegido como Gobernador de Bolívar, pues, a su juicio, el señor Joaco Hernando Berrio Villarreal, en vigencia de la Constitución de 1886, “perdió la nacionalidad colombiana al tiempo en que se hizo ciudadano SUECO”. En concreto, sostiene que el demandado tiene doble nacionalidad y que, por tal razón, estaba inhabilitado para ser Gobernador del Bolívar.*

*La nacionalidad es el vínculo político y jurídico que tiene una persona con respecto a un Estado determinado. En virtud de este vínculo nacen derechos y deberes recíprocos de suma importancia entre el Estado y las personas.*

*Para determinar la nacionalidad de una persona existen dos sistemas principales: el del ius sanguinis y el del ius soli y otros que son la combinación de estos dos o de cualquiera de ellos con el llamado ius domicili.*

*Según el sistema del ius sanguinis, el hijo debe tener la nacionalidad de sus padres, cualquiera que sea el país donde haya nacido. En cambio, según el sistema del ius soli un individuo debe tener la nacionalidad del Estado en cuyo territorio haya nacido, cualquiera que sea en este caso la nacionalidad de sus padres, es decir, que el elemento determinante es el lugar de nacimiento.*



*De acuerdo con lo previsto en el artículo 96 de la Constitución Política, son nacionales por nacimiento:*

- a) Los nacidos en Colombia, cuyo padre o madre hayan sido nacionales colombianos.*
- b) Los nacidos en Colombia, cuyos padres sean extranjeros, uno de los cuales estuviere domiciliado en la República en el momento del nacimiento.*
- c) Los hijos de padre o madre colombianos que hubieran nacido en tierra extranjera y luego se domiciliaren en Colombia.*
- d) Los hijos de padre o madre colombianos que hubieren nacido en tierra extranjera y se registraren en una oficina consular de Colombia.*

*Para el caso en particular, está demostrado que el señor Joaco Hernando Berrio Villarreal es colombiano por nacimiento, pues su situación encuadra dentro de una de las hipótesis transcritas en líneas anteriores.*

*En efecto, es hijo de padre colombianos, los señores Jorge Berrio Posada y Mercedes Villarreal Araujo y nació en tierra extranjera el día 26 de septiembre de 1955, específicamente en Gotemburgo – Suecia, pero su nacimiento fue registrado en la oficina consular de Colombia en dicho lugar (Folio 345. Cuaderno 5). Es decir, el demandado es colombiano por nacimiento.*

*Bajo esta premisa, es claro que la causal de inhabilidad prevista en el numeral 2º del artículo 30 de la Ley 617 de 2000 no se configura,*

*pues el sólo hecho de que el demandado tenga la condición de nacional colombiano por nacimiento impide que se estructure la referida inhabilidad en cuanto que la norma en comento, de forma expresa, consagra que la prohibición aplica para “quienes tengan doble nacionalidad”, excepto los colombianos por nacimiento, que, se reitera, es el atributo que ostenta el demandado.*

*Aunado a lo anterior, la Sala verifica que el demandante no probó que, en efecto, el señor Joaco Hernando Berrio Villarreal tenga la nacionalidad Sueca. Contrario a lo que afirma la parte actora, el sólo hecho de que en la cédula de ciudadanía aparezca que el demandado nació en Gotemburgo – Suecia no acredita que sea nacional de ese país. En conclusión, no cumplió con la carga de demostrar el hecho que servía de sustento al cargo propuesto y, por consiguiente, no está llamado a prosperar.*

***2. De los requisitos necesarios para que se configure la causal de inhabilidad prevista en el numeral 4° del artículo 30 de la Ley 617 de 2000, modificadorio de la Ley 136 de 1994***

*El artículo 30, numeral 4° de la Ley 617 de 2000, que es otra de las normas que, en el presente caso, la parte actora invoca como sustento de la demanda, a la letra dice:*

***“Artículo 30.- De las inhabilidades de los gobernadores. No podrá ser inscrito como candidato, elegido o designado como gobernador:***

*(...)*

*4. Quien dentro del año anterior a la elección haya intervenido en la gestión de negocios ante entidades públicas del nivel departamental o en la celebración de contratos con entidades públicas de cualquier nivel en*

*interés propio o de terceros, siempre que los contratos deban ejecutarse o cumplirse en el respectivo departamento. Así mismo, quien dentro del año anterior haya sido representante legal de entidades que administren tributos, tasas o contribuciones, o de las entidades que presten servicios públicos domiciliarios o de seguridad social de salud en el régimen subsidiado en el respectivo departamento”.*

*En reiterada jurisprudencia de esta Corporación se ha dicho que la referida disposición consagra dos hechos generadores de inhabilidad:*

- El referido a la intervención en la gestión de negocios ante las entidades públicas del nivel departamental dentro del año anterior de la elección, que sean cumplidos en el respectivo departamento.*
- Aquel relacionado con la intervención en la celebración de contratos con entidades públicas de cualquier nivel en interés propio o de terceros en el año anterior a la elección, siempre y cuando sean ejecutados en el respectivo departamento.*

*La Sala precisa que, en el caso sub examine, los demandantes sólo imputaron al demandado la inhabilidad relacionada con la intervención en la celebración de contratos.*

*En efecto, ninguna de las demandas trata sobre la intervención en la gestión de negocios. A pesar de que el A quo haya analizado la causal de inhabilidad relacionada con la intervención en la gestión de negocios, que, se repite, no fue planteada en las respectivas demandas, el pronunciamiento de esta Corporación sólo se circunscribirá a resolver el tema de la intervención en la celebración de contratos que constituye el argumento central de las demandas presentadas en contra del acto de elección del gobernador de Bolívar y respecto del cual el demandado tuvo la*

*oportunidad de ejercer, de forma efectiva y real, su derecho de defensa. La demanda constituye el marco dentro del cual debe proferirse la decisión judicial y, por tal razón, no le está dado al juez proferir sentencia “por causa diferente a la invocada en ésta”. En este sentido, mal haría esta Corporación si resolviese un punto que no fue propuesto por los demandantes y que fue erróneamente tratado por el Tribunal de primera instancia.*

*Dentro de este contexto, la Sala procederá a analizar si, en efecto, en el presente caso, está estructurada la causal de inhabilidad de intervención en la celebración de contratos.*

*Ahora bien, para que se entienda la causal de inhabilidad en comento, es necesario que se verifiquen los siguientes presupuestos:*

*a.- Que la persona elegida como gobernador hubiese celebrado o intervenido en la celebración de contratos con entidades públicas de cualquier nivel.*

*b.- Que la intervención o la celebración de dichos contratos hubiera ocurrido dentro del año anterior a la elección.*

*c.- Que dicha intervención se hubiera realizado en interés propio o de terceros.*

*d.- Que los contratos se deban ejecutar el respectivo departamento. Se anticipa que, entonces, no serán objeto de estudio contratos que fueron celebrados por fuera del departamento de Bolívar, tales como los referentes a las ciudades de Montería y Pereira, pues es claro que la causal inhabilitante únicamente se refiere a los contratos*

*que se ejecuten en el departamento para el cual resultó electo el demandado.*

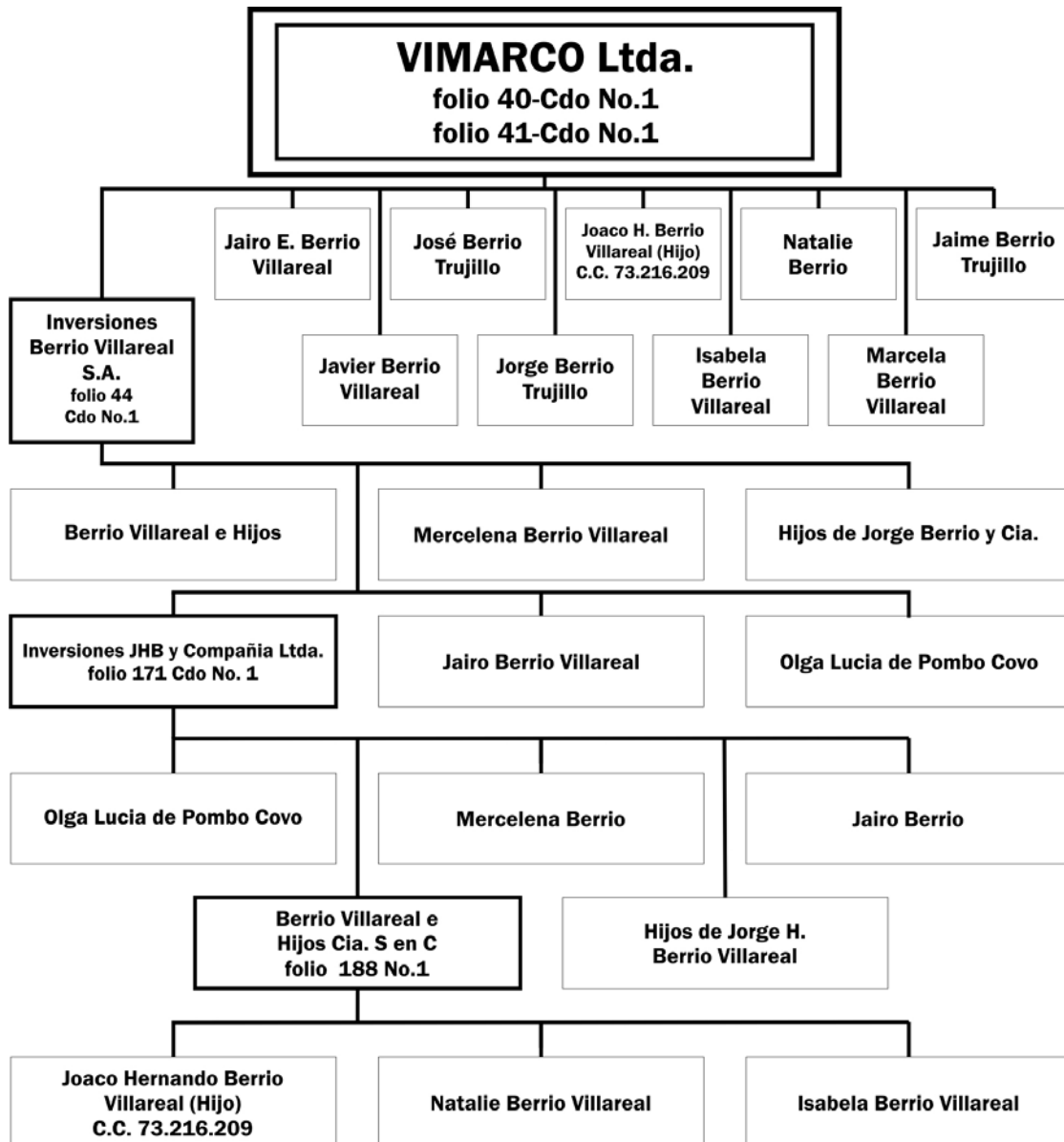
*Para la Sala no cabe duda de que en el caso sub examine no está probada la intervención del demandado, sea en condición de potencial socio de la sociedad VIMARCO LTDA. o de representante legal de ésta, en los contratos que dicha empresa suscribió con el Distrito Turístico de Cartagena de Indias y con la Fiscalía General de la Nación y que sirven de sustento a la demanda, requisito necesario para se configure la causal prevista en el numeral 4º del artículo 30 de la Ley 617 de 2000.*

*A efectos de sustentar esta afirmación, se tiene lo siguiente:*

***A. De la supuesta intervención derivada de la calidad de socio gestor del demandado de Berrio Villarreal e Hijos Cía. S en C.***

*En la medida que la parte actora sostiene que el demandado es socio de VIMARCO LTDA y que, debido a tal calidad intervino en la celebración de los referidos contratos, la Sala se permite dilucidar la estructura societaria que se predica de la sociedad VIMARCO LTDA con el propósito de desvirtuar tal afirmación.*

*La empresa Vigilantes Marítima Comercial - VIMARCO LTDA, de acuerdo con los documentos que obran como pruebas en el proceso (en especial, el certificado de la Camara de Comercio de Cartagena y las respectivas escrituras públicas de constitución societaria), es una sociedad comercial de responsabilidad limitada, que está constituida de la siguiente manera:*



*Es decir, VIMARCO LTDA tiene como socios a:*

- 1. Inversiones Berrio Villarreal S.A.*
- 2. Javier Berrio Villarreal.*
- 3. José Berrio Trujillo.*
- 4. Jorge Berrio Trujillo.*
- 5. Joaco Hernando Berrio Villarreal (hijo).*
- 6. Isabella Berrio Villarreal.*
- 7. Natalie Berrio.*
- 8. Merселena Berrio Villarreal.*
- 9. Jaime Berrio Villarreal.*

*A su vez, Inversiones Berrio Villarreal S.A., que es una sociedad anónima, tiene como accionistas a:*

- 1. Berrio Villarreal e Hijos.*
- 2. Marcelena Berrio Villarreal.*
- 3. Inversiones JHB y Compañía Ltda.*
- 4. Hijos de Jorge Berrio y CIA.*
- 5. Jairo Berrio Villarreal.*
- 6. Olga Lucia de Pombo Covo.*

*De igual forma, Inversiones JHB y Compañía Ltda., cuenta con los siguientes socios*

- 1. Olga Lucia de Pombo Covo.*
- 2. Marcelena Berrio.*
- 3. Jairo Berrio.*
- 4. Berrio Villarreal e Hijos CIA (Sociedad en Comandita).*
- 5. Hijos de Jorge H Berrio Villarreal.*

*Por último, Berrio Villarreal e Hijos CIA, que es una sociedad en comandita, cuenta con los siguientes socios:*

- 1. Joaco Berrio Villarreal (hijo)*
- 2. Natalie Berrio Villarreal*
- 3. Isabela Berrio Villarreal*

*Las anteriores precisiones permiten concluir que de la sociedad VIMARCO LTDA., que, valga la pena aclarar fue la empresa contratante, se deriva una estructura societaria compleja, en la cual convergen tres clases de sociedades: una anónima (Inversiones Berrio Villarreal Villarreal S.A.), otra de responsabilidad limitada (Inversiones JHB y Compañía Ltda.) y otra en comandita (Berrio Villarreal e Hijos Cía. S en C).*

*Es preciso aclarar que el señor Joaco Hernando Berrio Villarreal únicamente tuvo la calidad de socio gestor de la sociedad Berrio Villarreal e Hijos Cía. S en C, que es socia de Inversiones JHB y Compañía Ltda.), que a su vez es accionista de Inversiones Berrio Villarreal Villarreal S.A. Más en ningún momento fue socio de VIMARCO LTDA.*

*Entonces, es claro que la sociedad Berrio Villarreal e Hijos Cía. S en C, en razón a la estructura societaria compleja ya referida, no es socia directa de la empresa VIMARCO LTDA, que fue la sociedad que celebró los contratos de los cuales pretende la parte actora derivar la inhabilidad del demandado.*

*Sobre este punto, resalta la Sala que las sociedades en comandita son consideradas como formas asociativas mixtas, en la medida en que se integran por dos categorías de asociados sujetos a regímenes jurídicos distintos. Por disposición legal, la sociedad en comandita se compone de uno o varios socios que comprometen su responsabilidad solidaria e ilimitadamente por las operaciones sociales y otro o varios que limitan la responsabilidad a sus respectivos aportes. Los primeros se denominan socios gestores o colectivos y los segundos, socios comanditarios o capitalistas.*

*En esta clase de sociedades, los socios gestores detentan el privilegio exclusivo de la administración de los negocios sociales, mientras que los comanditarios están separados definitivamente de la administración de la sociedad. Es decir, a los socios gestores les corresponde, por regla general, la representación legal de la sociedad en comandita, la cual debe ser ejercida dentro del marco previsto en los respectivos estatutos y de conformidad con el giro ordinario de los negocios de la sociedad.*



*Sin perjuicio de lo anterior, en el caso objeto de estudio, a pesar de que el demandado detentara la calidad de socio gestor de la sociedad Berrio Villarreal e Hijos Cía. S en C y, por consiguiente, tuviera a su cargo la administración de los negocios sociales, es lo cierto que tal calidad no tenía la potencialidad de lograr una intervención directa en las actividades adelantadas por VIMARCO LTDA.*

*El hecho de que existiera una estructura societaria compleja predicable de VIMARCO LTDA impedía que, de forma directa, el señor Joaco Hernando Berrio Villarreal, en su calidad de socio gestor de la sociedad Berrio Villarreal e Hijos Cía. S en C., influyera en la toma de decisiones de la empresa contratante, pues para lograr tal propósito tenía primero que influir en las decisiones a adoptar por parte de la sociedad Inversiones JHB y Compañía Ltda., para luego tomar parte en las decisiones de Inversiones Berrio Villarreal S.A, la cual es socia directa de VIMARCO LTDA.*

*En efecto, la sociedad Berrio Villarreal e Hijos Cía. S en C. es socia de Inversiones JHB y Compañía Ltda., que, como se dijo, es una sociedad de responsabilidad limitada. Sobre la administración y representación legal de esta sociedad, si bien, como acentuada característica personalista se encuentra el principio legal supletivo, en virtud del cual tanto la administración como la representación legal corresponde a los socios, es lo cierto que tales funciones son susceptibles de ser delegadas en gestores temporales o revocables. Así los socios tienen la posibilidad lícita de sustraerse al régimen legal supletivo que implica su participación directa en la administración y representación legal de la compañía, sustracción que tuvo lugar en Inversiones JHB y Compañía Ltda., pues, de acuerdo con el certificado de existencia y de representación legal que obra a folio 171 del cuaderno No. 1, la representación legal de la sociedad fue radicada en cabeza del Gerente General, quien está*

*facultado, entre otras cosas, para “celebrar todos los actos y contratos acordes con la naturaleza de su cargo y que se relacionen directamente con el giro ordinario de los negocios sociales”.*

*En conclusión, al demandado no le asistía ningún tipo de representación de la sociedad Inversiones JHB y Compañía Ltda.*

*Aunado a lo anterior cabe resaltar que Inversiones JHB y Compañía Ltda. es accionista de Inversiones Berrio Villarreal S.A., que, se reitera, es una sociedad anónima, la cual es el prototipo de las sociedades de capital. En esta sociedad el elemento intuitu rei es predominante y se refleja en diversos rasgos de su regulación normativa, tales como la limitación del riesgo de los accionistas y la relativa separación de la gestión de los negocios sociales. Así, en esta clase de sociedades, los accionistas no participan, en principio, en la administración de los negocios sociales, excepto cuando hacen parte del órgano de administración en calidad de directores. Incluso, la circunstancia de que los accionistas, por imperio de la ley, no participen en la administración de la sociedad ni estén sujetos a una responsabilidad subsidiaria por las obligaciones sociales, hace innecesaria la fiscalización permanente sobre los libros y demás documentos sociales.*

*La existencia de la referida sociedad dentro de la estructura societaria compleja objeto de análisis, a juicio de la Sala, también constituye razón suficiente para sostener que la potencial línea de injerencia o de intervención que se podría predicar de la sociedad Berrio Villarreal e Hijos Cía. S en C. respecto de VIMARCO LTDA., se encuentra interrumpida.*

*De esta forma, contrario a lo dicho por uno de los recurrentes, para nada importa la fecha en que la cesión de derechos del señor Joaco Hernando Berrio Villarreal en favor de sus hijos en la sociedad*

*Berrio Villarreal e Hijos Cía. S en C. surtió efectos, pues la presencia de Inversiones Berrio Villarreal S.A , como sociedad anónima ayuda a desvirtuar la posible injerencia del socio gestor de la sociedad en comandita en la empresa VIMARCO LTDA.*

*En este orden de ideas, no cabe duda de que, en el caso bajo estudio, no existió por parte del demandado intervención en la celebración de los contratos suscritos por VIMARCO LTDA. debido a su condición de socio gestor de Berrio Villarreal e Hijos Cía. S en C.*

*Además, de acuerdo con la composición de cuotas sociales, que figura en la escritura pública No. 5102 de 2006 (Folio 83. Cuaderno 1), es evidente que el señor Joaco Hernando Berrio Villarreal no es socio de la empresa VIMARCO LTDA.*

*Tampoco existió intervención en razón de que el demandado fuera el representante legal de su hija Isabela Berrio Villarreal, pues, reitera la Sala, la mera condición de socio no implica la intervención en la celebración de los contratos de la empresa. Dicha intervención se entiende como una actividad dinámica y externa y, por consiguiente, es susceptible de ser probada. No puede presumirse como erróneamente pretende hacer la parte demandante en el presente caso.*

*De esta forma, el primero de los presupuestos necesarios para que se configure la causal de inhabilidad prevista en el numeral 4º del artículo 30 de la Ley 617 de 2000, en relación con la supuesta calidad de socio, no está demostrado.*

*Por último, sería del caso entrar a analizar si pudo haberse presentado por parte del demandado intervención en la celebración de los contratos en cuestión, por interpuesta persona, en atención al grado de influencia que sobre la empresa contratante pudieron*

*representar los porcentajes de participación societaria ostentados por el socio Joaco Berrio en las diferentes sociedades que integran la compleja estructura de VIMARCO LTDA. La razón por la cual tal aspecto no se aborda es porque, aunque tangencialmente fue tratado por el Tribunal, como bien lo puso de presente la parte demandada en los alegatos de conclusión en segunda instancia, tal censura no fue propuesta en la demanda, que constituye el marco de referencia del alcance del concepto de violación que se formula por el actor. El planteamiento que en tal sentido esboza la parte demandante en la apelación resulta excedido y extemporáneo al no haber hecho parte del concepto de violación de la demanda.*

*Esta Sala como juez ad-quem carece de competencia para pronunciarse al respecto. La censura relacionada con la supuesta intervención directa del demandado en la celebración de contratos, que representa la esencia de la apelación ya fue resuelta en este acápite.*

***B. De la supuesta celebración de contratos derivada de la calidad de representante legal de VIMARCO LTDA por parte del demandado***

*Ahora bien, en lo que tiene que ver con la representación legal de VIMARCO LTDA, sea lo primero señalar que, de acuerdo con el Certificado Histórico (folio 115 Cuaderno 1) de la sociedad VIMARCO LTDA., expedido por la Cámara de Comercio de Cartagena, el señor Joaco Hernando Berrio Villarreal fue nombrado por acta No. 149 de 2004 como representante legal y gerente de la dicha empresa. Así mismo fueron nombrados los señores Jairo Velez de la Espriella y Efraín Pretelt Román como primer y segundo gerente respectivamente. De conformidad con el certificado de existencia y representación legal que obra a folios 40 – 43 del Cuaderno No. 1, tales Gerentes suplentes, así como el*

*Gerente General, “son los representantes legales de la sociedad y en tal carácter disponen de las facultades amplias y suficientes para ejecutar todos aquellos actos y contratos que sean conformes con la naturaleza de su cargo y que se relacionen directamente o indirectamente con el giro ordinario de los negocios sociales”.*

*Mediante Acta No. 198 de fecha 22 de enero de 2007 de la junta de socios de la sociedad VIMARCO LTDA, inscrita en la Cámara de Comercio el 25 de enero de 2007 bajo el No. 51391, se acepta la renuncia del señor Joaco Berrio Villarreal al cargo de representante legal y Gerente de la referida sociedad y se nombra provisionalmente en dicho cargo al señor Efraín Pretelt Román (Folio 396, Cuaderno 5).*

*Posteriormente, por acta No. 199 del 14 de febrero de 2007, fue nombrado como Representante Legal y Gerente General de la Sociedad VIMARCO LTDA al señor Jorge Berrio Trujillo y como segundo gerente suplente al señor Efraín Pretelt Román.*

*Está demostrado que el contrato No. 1 adicional al contrato de prestación de servicios de vigilancia y seguridad privada suscrito entre el Distrito Turístico y Cultural de Cartagena de Indias y la Unión Temporal VIMARCO – S.O.S. – STARCOOP. fue celebrado el 15 de febrero de 2007. (Folio 147-149. Cuaderno No. 1). Esto es, cuando el señor Joaco Hernando Berrio Villarreal ya no se desempeñaba como Gerente General de la empresa en cuestión.*

*Del referido documento no se desprende que el señor Joaco Hernando Berrio Villarreal hubiera celebrado el negocio jurídico contractual antes referido, porque para la época de suscripción del contrato adicional no ostentaba la calidad de Gerente de VIMARCO LTDA.*

*La Sala recuerda que si bien el proceso contencioso de nulidad electoral corresponde a una acción pública, es lo cierto que este no es ajeno al principio de la carga de la prueba y, por tanto, recae en la parte demandante el onus probandi, pues como lo dice el artículo 177 del C. de P. C., “Incumbe a las partes probar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen”, postulado que adquiere mayor vigor si se advierte que el acto atacado está amparado con la presunción de legalidad, de la que solamente puede ser despojado si la parte actora prueba los supuestos de hecho inmersos en la causal de inhabilidad invocada, situación que no se presenta en el caso objeto de estudio.*

*En lo que tiene que ver con el contrato No. 008 de 2007, celebrado el 31 de enero de 2007 entre la Fiscalía General y VIMARCO LTDA, la Sala verifica que dicho contrato fue suscrito por el señor Efraín Pretelt Román en su condición de segundo gerente suplente y de representante legal de la empresa contratante. No obstante es preciso advertir que para la fecha de suscripción del contrato el señor Pretelt Román ostentaba el carácter de representante legal de la referida sociedad.*

*Así mismo, está demostrado que en el procedimiento previo, que culminó con la adjudicación del referido contrato, fue el señor Efraín Pretelt Román quien intervino en nombre y representación de la empresa VIMARCO LTDA. con el propósito de lograr la adjudicación del contrato.*

*En efecto, a folio 2 del Cuaderno de Pruebas No. 2, obra escrito suscrito por Efraín Pretelt Román, en el que manifiesta su interés de participar en la invitación pública No. 001 de enero de 2007, para la prestación del servicio de vigilancia para las instalaciones de la Fiscalía General de la Nación, Seccional Cartagena.*

*También, a folio 3 y siguientes, obra la propuesta de VIMARCO LTDA para hacerse con el contrato de prestación de los servicios de seguridad y vigilancia en las citadas instalaciones. Esa propuesta esta firmada por el señor Efraín Pretelt Román en su condición de representante legal. De igual forma, las declaraciones bajo juramento sobre la validez de dicha propuesta, respecto al “compromiso de la vigencia de la licencia de funcionamiento de VIMARCO LTDA” y sobre el “compromiso de la vigencia de la licencia de comunicaciones”, fueron hechas por el señor Pretelt Román. (Folios 12 y 60, Cuaderno No. 2).*

*En conclusión, como se dijo, fue el señor Efraín Pretelt Román quien intervino ante la Fiscalía General de la Nación – Seccional Cartagena para lograr la adjudicación del contrato de prestación de servicios de seguridad y vigilancia para las instalaciones ubicadas en la ciudad de Cartagena. A juicio de la Sala, tal representación, contrario a lo dicho por la parte actora, no constituye suplantación alguna, pues, de acuerdo con el certificado de existencia y representación legal de la sociedad VIMARCO LTDA y de conformidad con los estatutos de esta empresa, tanto el Gerente General, como el Primer Gerente Suplente y el Segundo Gerente Suplente, tienen la representación legal de la sociedad y, por tanto, pueden comprometerla en asuntos que tengan que ver con el giro ordinario de los negocios. Entonces, no cabe duda de que el señor Pretelt Román gestionó y suscribió el contrato en cuestión estando debidamente autorizado para ello. Tal situación impide que, en relación a este contrato, se configure la causal de inhabilidad invocada en cuanto que el demandado no intervino en la celebración del contrato y tampoco lo celebró. Es decir, no están demostrados los presupuestos necesarios para se configure la causal de inhabilidad prevista en el numeral 4º del artículo 30 de la Ley 617 de 2000.*

*Las anteriores son razones suficientes para concluir que, ante la falta de acreditación de los supuestos que prevé el numeral 4º del artículo 30 de la Ley 617 de 2000, que modificó la Ley 136 de 1994, no existe configuración de la causal de inhabilidad invocada por la parte actora. Por consiguiente, lo que se impone, como se anticipó, es confirmar la sentencia de primera instancia.*

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

**F A L L A:**

***PRIMERO. CONFÍRMASE*** la sentencia del 25 de julio de 2008, proferida por el Tribunal Administrativo de Bolívar.

***SEGUNDO.*** En firme esta providencia, vuelva el expediente al Tribunal de origen.

***COPIESE, NOTIFIQUESE Y CUMPLASE.***

**FILEMÓN JIMÉNEZ OCHOA**

*Presidente*

**SUSANA BUITRAGO**

**VALENCIA**

**MARÍA NOHEMÍ**

**HERNÁNDEZ PINZÓN**

*Ausente con permiso*

**MAURICIO TORRES CUERVO**



