**CONSEJO DE ESTADO**

**SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO**

**SECCIÓN PRIMERA**

**CONSEJERO PONENTE: OSWALDO GIRALDO LÓPEZ**

**Bogotá, D.C., veintisiete (27) de octubre de dos mil diecisiete (2017)**

**Expediente radicación nro.: 25000-23-42-000-2015-06456-01**
**Actor: SERGIO FABIÁN MARTÍNEZ LEAL**

**Demandado: ELVIRA DÍAZ GARCÍA**

**Referencia: MEDIO DE CONTROL DE PÉRDIDA DE INVESTIDURA-APELACIÓN.**

**Tesis: Incurre en causal de inhabilidad la persona que dentro del año anterior a las elecciones, suscribe un convenio de asociación como representante legal de una junta de acción comunal con una empresa industrial y comercial del Estado y éste se ejecuta en el mismo municipio en donde se postula como candidata al concejo municipal.**

**Fuentes: Artículo 55 numeral 2 de la Ley 136 de 1994 y artículo 40 numeral 3 de la Ley 617 de 2000, que modificó el artículo 43 de la Ley 136 de 1994.**

La Sala decide el recurso de apelación interpuesto de manera oportuna por la parte demandante, en contra de la sentencia del 5 de julio de 2016, mediante la cual el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, denegó la pérdida de investidura de la señora Elvira Díaz García, concejal del Municipio de Apulo- Cundinamarca, para el período constitucional 2016-2019.

## I.- SINTESIS DEL CASO

### 1.1.- La causal de pérdida de investidura invocada

El ciudadano Sergio Fabián Martínez Leal, obrando en nombre propio, solicitó que se decretara la pérdida de la investidura de la señora Elvira Díaz García, concejal del Municipio de Apulo, por considerar que incurrió en la causal prevista en el numeral 4 del artículo 40 de la Ley 617 de 2000,[1] en concordancia con el numeral 2 del artículo 55 de la Ley 136 de 1994, por haber celebrado el Convenio 612 de 2015, como presidente y representante legal de la Junta de Acción Comunal de la vereda Naranjalito de dicho municipio, dentro de los 12 meses anteriores a la fecha de la elección.[2]

---

[1] Aunque se cita el numeral 4 del articulo 40 de la Ley 617 de 2000, en realidad se transcribe es el numeral 3 ibídem.
[2] Folios 2 a 4 cuaderno principal.

**1.2.- Los hechos que dan sustento a la causal alegada**

El demandante explicó que mediante la Resolución número 602 de fecha 1974-09-04, fue reconocida la personería jurídica de la junta de acción comunal de la vereda Naranjalito y en asamblea general efectuada el 29 de abril de 2012, los vecinos de la mencionada vereda, eligieron directivos y dignatarios para el periodo 2012-2016, recayendo la designación de presidente en la persona de la señora Elvira Díaz García.

Indicó que la señora Díaz García, en su carácter de representante legal de la junta, suscribió el 21 de septiembre de 2015 el Convenio 612 de 2015, con una entidad pública del nivel departamental, como lo es el Fondo de Desarrollo de Proyectos de Cundinamarca- FONDECUN, en interés y beneficio propio y de terceros, convenio que debía ejecutarse y cumplirse en jurisdicción del municipio, pues el contrato tuvo como objeto la construcción de placa huella en la vereda Naranjalito.

Informó que la señora Elvira Díaz García, fue elegida el 25 de octubre de 2015 como concejal del Municipio de Apulo, Cundinamarca, para el período 2016-2019, por el Partido Liberal Colombiano, conforme con el acta general de escrutinios de votos y el contenido de los formularios E-20, E-23, E-24 y E-26, que acompañó con la demanda.

Consideró que la situación anterior se tradujo en una irregularidad que la inhabilitaba para hacerse elegir como concejal, pues a sabiendas del poder local que durante el año anterior a dicha elección detentaba en su condición de presidente y representante legal de la junta de acción comunal de la vereda Naranjalito, utilizó su especial condición y el manejo político que tenía respecto de la comunidad de dicha vereda, para influir en el querer de la misma al momento de votar en las elecciones del 25 de octubre de 2015, inclinando las decisiones a su favor, en detrimento de los principios de libertad e igualdad, máxime cuando pocos días antes de la elección, esto es, el 17 de octubre de 2015, se había iniciado a la obra de construcción de la placa huella.

**2.- Contestación de la demanda por parte de la concejal Elvira Díaz García:**

En la oportunidad procesal correspondiente y mediante apoderado judicial, la concejal contestó la demanda y se opuso a sus pretensiones, exponiendo como razones de defensa: [3]

Que la Ley 743 de 2002, definió los organismos comunales como la expresión de una organización social, autónoma y solidaria de la sociedad civil, cuyo propósito es promover un desarrollo integral, sostenible y sustentable, construido a partir del ejercicio de la democracia participativa en la gestión del desarrollo de la comunidad.

---

[3] Folios 161 a 168 cuaderno principal.

Indicó que la Ley 1551 de 2012, en su artículo 29, determinó que los municipios podían celebrar convenios con los organismos de acción comunal para el cumplimiento o ejecución de determinadas funciones y con la expedición de dicha ley, se revivió una modalidad de cooperación interinstitucional entre las entidades públicas y las personas jurídicas de derecho privado, que ya estaba prevista en el artículo 355 constitucional y en la propia Ley 136 de 1994.

Consideró que la posibilidad de celebrar convenios de cooperación, de apoyo, de aporte, interinstitucionales o solidarios, viene desde el artículo 355 de la Constitución y su Decreto reglamentario 777 de 1992, con las modificaciones introducidas por el Decreto 1403 del mismo año, contratos que tienen por objeto, impulsar programas o actividades de interés público.

Sostuvo que las únicas exclusiones del ámbito de aplicación para la celebración de convenios solidarios, es que su objeto implique una contraprestación directa a favor de una entidad pública o se desarrolle un proyecto específico por cuenta de una entidad pública bajo sus precisas instrucciones.

Argumentó "*de acuerdo con la jurisprudencia y la doctrina sobre esta materia, tanto la Corte Constitucional como el Consejo de Estado*[4] *han dictaminado que el objeto de los contratos o convenios de que trata el*

[4] Sin citar a cuáles providencias se refiere.

*artículo 355 de la Constitución es apoyar por parte del Estado a las entidades privadas sin ánimo de lucro en el logro de sus objetivos de beneficio común."*

Expuso que en el caso concreto, el Convenio de Asociación número 612 del 21 de septiembre de 2015, celebrado entre el Fondo de Desarrollo de Proyectos de Cundinamarca- FUNDECUN y la Junta de Acción Comunal de la vereda Naranjalito del Municipio de Apulo, tuvo como objeto aunar esfuerzos y recursos humanos, técnicos, físicos y económicos para ejecutar el proyecto de construcción de la placa huella en dicha vereda.

Que por lo anterior, existió un error de apreciación del demandante, pues no se ejecutó un convenio para favorecer intereses políticos, y la señora Elvira Díaz con su actuar solo buscó beneficiar a una comunidad estudiantil, a la que se le dificultaba en época de lluvias, el acceso al Colegio Antonio Nariño con sede en esa vereda, debido a las condiciones de la vía.

Manifestó que no solo FUNDECUN hizo aportes para el desarrollo del convenio, si no también los miembros de la comunidad, así como la empresa Cemex de Colombia.

Por último, afirmó que la violación del régimen de inhabilidades no constituye una causal de pérdida de investidura, por no estar comprendida en el articulo 48 de la Ley 617 de 2000, norma que integró y unificó el régimen de diputados, concejales y miembros de juntas administradoras locales y suponía la derogatoria orgánica del artículo 55 de la Ley 136 de 1994, el cual

excluyó intencionalmente la violación del régimen de inhabilidades como causal de pérdida de investidura, pues quedó contemplada como de nulidad electoral, por estas razones solicitó fueran denegadas las pretensiones de la demanda.

**3.- La sentencia de primera instancia proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca**

La Sala Plena del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, mediante providencia del 5 de julio de 2016, denegó la pérdida de la investidura de la señora Elvira Díaz García, como concejal del Municipio de Apulo, Cundinamarca, para el período constitucional 2016-2019.

El problema jurídico a resolver en este proceso, quedó planteado así:[5]

> *"[…] Corresponde a la Sala determinar si se encuentra probada la causal 2º del artículo 55 de la Ley 136 de 1994, que permita declarar la pérdida de investidura del cargo de concejala del Municipio de Apulo, ocupado por la señora ELVIRA DÍAZ GARCÍA, por haber suscrito a nombre de la Junta de Acción Comunal de la Vereda el Naranjalito, el convenio No. 612 con FUNDECUN. […]"*

[5] Folio 241 cuaderno principal.

Con el fin de determinar si la demandada, incurrió en la causal de inhabilidad prevista en el numeral 3 del artículo 40 de la Ley 617 de 2000, para ser elegida concejal, por haber suscrito un contrato con una entidad pública, de cualquier nivel, en interés propio o de terceros, siempre que debiera ejecutarse o cumplirse en el respectivo municipio, el *a quo* verificó lo probado en el proceso, esto es, la condición de concejal de la demandada y el convenio celebrado entre la señora García y FUNDECUN, para concluir que la conducta era atípica.

Para ello analizó lo siguiente:

a. Que en este caso se estaba en presencia de un convenio de asociación al que se refiere la Ley 489 de 1998, figura diferente al contrato estatal y al convenio interadministrativo y aquí se suscribió un convenio interadministrativo entre el Departamento Administrativo para la Prosperidad Social, el Fondo de Inversión para la paz, el Instituto Departamental de acción comunal y participación ciudadana de Cundinamarca y el Fondo de Desarrollo de Proyectos de Cundinamarca, que posibilitó la celebración del Convenio de Asociación 612 de 2015.

Estimó que el convenio de asociación "*comporta entonces la participación de la comunidad beneficiada de la ejecución del objeto contractual, cuya contraprestación no es más que el ofrecimiento de la fuerza de trabajo no pagada por el Estado para satisfacer una obligación que le es propia, pero*

*que en nuestro país constituye el único mecanismo para obtener al menos, la adecuación de una vía de comunicación con la instalación de una placa huella, al mejor estilo de los caminos medievales, para lograr una mejor condición de vida de la comunidad."*

b. En cuanto al plazo, que el convenio de asociación 612 fue celebrado el 21 de septiembre de 2015, es decir, un año antes a la elección de la señora Díaz como concejal.

c. Respecto del interés de terceros, adujo que el convenio de asociación suscrito por la junta de acción comunal de la vereda el Naranjalito del Municipio de Apulo, se sustentó en la Ley 743 de 2002 y en la participación de los líderes comunitarios en las juntas de acción comunal, que son organismos privados, lo que no les impedía hacer parte de los procesos democráticos del país; además que la ley no consagró impedimento alguno para que los miembros de las juntas de acción comunal pudieran ser elegidos como concejales en sus respectivos municipios. Indicó que la propia Ley 743 de 2002, que es norma especial de las juntas de acción comunal, no estableció para sus integrantes, prohibición alguna para participar en los procesos electorales de su municipio.

d. La ejecución del objeto del convenio de asociación número 612 de 2015 en el Municipio de Apulo: señaló que el objeto de dicho convenio, consistió en construir con esfuerzos comunitarios la placa huella y la comunidad

contribuyó física y económicamente, puesto que cooperaron con la suma de $3.755.000, la empresa Cemex Colombia ayudó con la suma de $ 5.821.476 pesos, para un total de $9.576.476 pesos y aportaron trabajo comunitario, pues asumieron los compromisos sociales, técnicos y de vigilancia que comportaba la obra.

Por lo tanto, no solo se suscribió un convenio de asociación con beneficio social, si no que se ejecutó materialmente, para adecuar un espacio público y una vía terciaria conforme a la ley y por ende la causal de inhabilidad invocada no se configuraba.

**4.- El recurso de apelación presentado por el señor Sergio Fabián Martínez Leal:**[6]

Inconforme con la sentencia de primera instancia y dentro de la oportunidad procesal correspondiente, el demandante presentó recurso de apelación, para que se revocara dicha providencia y, en su lugar, se decretara la pérdida de investidura de la concejal.

Adujo que el convenio de asociación suscrito por la demandada con el Fondo de Desarrollo de Proyectos de Cundinamarca, para la ejecución de la

---

[6] Folios 273 a 275 cuaderno principal.

referida huella en la vereda Naranjalito, constituía un típico contrato estatal y generaba la causal de inhabilidad, en la medida que ese beneficio colectivo conllevó a un mayor apoyo de la comunidad a su favor en los comicios efectuados pocos días después de la iniciación de la obra contratada y en detrimento de los demás aspirantes al cabildo municipal de Apulo. Aseveró: *[…] Es que justamente la causal de inhabilidad que invoqué en este proceso, al igual que ocurre con las demás causales señaladas por la Constitución y la ley, persigue como objetivo primordial garantizar la efectividad de los principios de moralidad, transparencia e igualdad en las actuaciones frente a la administración y evitar, en aquellos casos, como el que nos ocupa, que una candidata al concejo municipal se aproveche de la circunstancia de ser presidente de una junta de acción comunal para celebrar un acto o convenio de asociación con una empresa industrial y comercial del Estado como lo es FODNECUN (sic), para la ejecución de una obra en la vereda que representaba en dicha junta, el cual se inició precisamente pocos días antes de los comicios electorales y así obtener el favor popular en el proceso electoral, como en efecto lo obtuvo […]"*

Por lo expuesto, estimó que en ese contexto, estaba plenamente acreditada la configuración de la causal de inhabilidad y se imponía decretar la pérdida de investidura; además solicitó se tuviera en cuenta el gran número de salvamentos de voto de los integrantes de la Corporación que profirió el fallo apelado.

**5.- Alegatos de conclusión en segunda instancia**

Mediante auto de 7 de abril de 2017, el magistrado sustanciador del proceso admitió el recurso de apelación interpuesto y ordenó correr traslado a las partes para que presentaran sus alegatos, así como al señor agente del Ministerio Público para que, si lo consideraba pertinente rindiera concepto, término dentro del cual las partes guardaron silencio.[7]

**6.- Concepto del señor agente del Ministerio Público**

El señor agente del Ministerio Público intervino mediante escrito radicado el 22 de mayo de 2017, en donde luego de hacer referencia a la sentencia apelada, al recurso y a la causal de pérdida de investidura invocada, conceptuó que debía revocarse la sentencia proferida por el Tribunal de instancia.

Explicó que para establecer si la conducta de la concejal acusada vulneró el régimen de inhabilidades, se requería que estuvieran configurados los elementos objetivo, temporal, subjetivo y territorial.

En cuanto al elemento objetivo, recordó luego de citar dos providencias de esta Corporación,[8] el criterio de la Sala, en el sentido de que para deducir la

---

[7] Folio 20 cuaderno apelación.

[8] Sentencias del 23 de junio de 2005, expediente 2004-1401 y del 23 de mayo de 2013 expediente 2012-00114.

ocurrencia de la inhabilidad endilgada, se hacía necesario verificar si dicho contrato no estaba dentro de algunas de las excepciones previstas, ya fuera en el artículo 46 de la Ley 136 de 1994 o en el artículo 10 de la Ley 80 de 1993.

Que en sentencia del 7 de octubre de 2009,[9] esta Corporación analizó la naturaleza y el objeto de los convenios y precisó que se trata de una modalidad contractual, cuya particularidad es su celebración en virtud del principio de cooperación entre entidades públicas.

Expuso que los convenios de cooperación están regulados en el artículo 96 de la Ley 489 de 1998, norma que dispone que deben celebrarse de conformidad con lo dispuesto por el artículo 355 de la Constitución Política, y a su vez, este artículo consagra la posibilidad de que el Estado pueda celebrar contratos con entidades públicas sin ánimo de lucro, con el compromiso de desarrollar programas y actividades de interés público.

Recordó que en cumplimiento del citado mandato constitucional, el Presidente de la República expidió el Decreto 777 de 1992, según el cual, los convenios de asociación y de cooperación institucional son contratos estatales de origen constitucional, con régimen propio, suscritos entre entes públicos y entidades sin ánimo de lucro, que tienen como objeto respaldar financieramente a la administración, en el cumplimiento de actividades de

[9] Expediente radicación 2000-00754. Magistrado ponente Enrique Gil Botero.

interés general, ejecutadas por entidades sin ánimo de lucro, los cuales deben cumplir unas formalidades y en ellos existe la posibilidad de que se incluyan las cláusulas exorbitantes.

Razonó que conforme con lo anterior, en el Convenio 612 de 2015 existieron prestaciones recíprocas, pues cada una de las partes asumió una obligación a favor de la otra, y lo que hace interadministrativo un convenio o contrato no es el procedimiento de selección aplicable, si no la calidad de los sujetos contratantes, además que aunque en este caso el acto suscrito tenía la denominación de convenio de asociación, era sustancialmente un contrato.

Con respecto al elemento temporal, afirmó que las elecciones de concejal del Municipio de Apulo se llevaron a cabo el 25 de octubre de 2015 y el convenio de asociación se celebró el 21 de septiembre de 2015, por lo tanto, también se cumplía el segundo elemento, dado que el contrato se celebró en el término de la inhabilidad.

En lo atinente al elemento subjetivo, afirmó: "[…] *se encuentra que la señora Elvira Díaz García, suscribió el Convenio 612 de 2015 con –FUNDECUN- (una empresa industrial y comercial del Estado), que tuvo como objeto "la construcción de la placa huella vereda Naranjalito del municipio de Apulo departamento de Cundinamarca", es decir, con un interés propio, dado que la concejal al ser representante legal de la Junta de Acción Comunal de Naranjalito, se favoreció de esa figura contractual –que resulta ser un*

*acuerdo de voluntades- al que se denominó "convenio" para obtener un beneficio propio, esto es, ganar las elecciones como concejal del municipio de Apulo […]."*

En lo concerniente al elemento territorial, aseveró que también estaba cumplido y se encontraba definido en el objeto contractual del Convenio 612 de 2015, que según el acta de liquidación del 15 de enero de 2016, se ejecutó en el Municipio de Apulo- Cundinamarca, razones por las que solicitó se revocara la sentencia apelada.

## II.- CONSIDERACIONES DE LA SALA

### 1.- Competencia de la Sección y aspecto jurídico a considerar

Esta Sala es competente para conocer del recurso de apelación interpuesto contra las sentencias proferidas en procesos de pérdida de investidura de concejales y diputados, en virtud de lo previsto por el artículo 48 parágrafo 2º de la Ley 617 de 2000, y, con base en la decisión de la Sala Plena de lo

Contencioso Administrativo de enero 25 de 1995, que estableció que las impugnaciones contra las sentencias de pérdida de investidura, proferidas por los Tribunales Administrativos, son de conocimiento de la Sección Primera del Consejo de Estado.

**2.- Procedibilidad de la acción de pérdida de investidura**

Está acreditado con la copia del formulario E-26 CON,[10] del 25 de octubre de 2015, que contiene el resultado del escrutinio municipal para elecciones de concejo, que la señora Elvira Díaz García identificada con la cédula de ciudadanía número 51663815, fue elegida concejal del Municipio de Apulo, Cundinamarca, en representación del partido liberal colombiano, para el periodo 2016-2019.

En consecuencia, la demandada es sujeto pasivo de la presente acción de pérdida de investidura.

**3.- Análisis de la Sala:**

---

[10] Folios 93 y 99 cuaderno principal.

Acorde con lo que es motivo de impugnación, se deberá resolver lo siguiente:

¿Incurre en causal de inhabilidad la persona que dentro del año anterior a las elecciones, suscribe un convenio de asociación como representante legal de una junta de acción comunal con una empresa industrial y comercial del Estado y éste se ejecuta en el mismo municipio en donde se postula como candidata al concejo municipal?

Se le atribuyó a la demandada, la causal de pérdida de investidura prevista en el numeral 3 del artículo 40 de la Ley 617 de 2000, que modificó el artículo 43 de la Ley 136 de 1994 y señaló:

> *"[…]* ***ARTICULO 40. DE LAS INHABILIDADES DE LOS CONCEJALES.*** *El artículo 43 de la Ley 136 de 1994 quedará así:*
>
> *"Artículo 43. Inhabilidades: No podrá ser inscrito como candidato ni elegido concejal municipal o distrital:*
>
> *(…)*
>
> *3. Quien dentro del año anterior a la elección haya intervenido en la gestión de negocios ante entidades públicas del nivel municipal o distrital o en la celebración de contratos con entidades públicas de cualquier nivel en interés propio o de terceros, siempre que los*

*contratos deban ejecutarse o cumplirse en el respectivo municipio o distrito. Así mismo, quien dentro del año anterior haya sido representante legal de entidades que administren tributos, tasas o contribuciones, o de las entidades que presten servicios públicos domiciliarios o de seguridad social en el régimen subsidiado en el respectivo municipio o distrito.*

*[…]".*

**Elementos para la configuración de la precitada causal de inhabilidad:**

Esta Sala ha sostenido que para que se estructure la causal, se requiere que estén reunidos los siguientes requisitos:[11]

a. Que el demandado haya intervenido en la celebración de un contrato con una entidad pública de cualquier nivel;
b. Celebrarlo durante el año anterior a la elección como concejal;
c. Tener interés propio o de terceros; y
d. Ejecutarlo en el mismo municipio

[11] Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Primera. Sentencia del 14 de abril de 2016. Consejero ponente: Guillermo Vargas Ayala. Radicación número: 76001-23-31-000-2012-00633-01(PI). Providencia citada en la sentencia del 6 de abril de 2017, Sala de lo Contencioso Administrativo- Sección Primera. Expediente radicación: 05-001-23-33-000-2016-00444-01. C.P. Roberto Augusto Serrato Valdés. Referencia: pérdida de investidura de concejal.

Con el fin de responder si estos elementos están cumplidos en el caso concreto, se verifica lo siguiente:

3.1. En cuanto a la intervención de la demandada en la celebración de un contrato con una entidad pública de cualquier nivel:

Está acreditado que el 21 de septiembre de 2015, se celebró el Convenio número 612, entre la gerente general del Fondo de Desarrollo de Proyectos de Cundinamarca- en adelante FONDECUN, empresa industrial y comercial del departamento y la señora Elvira Díaz García, quien actuó en representación legal de la Junta de Acción comunal de la vereda Naranjalito del Municipio de Apulo.[12]

En las consideraciones del mismo, se indicó:[13]

> *«[…]1. Que el DEPARTAMENTO ADMINISTRATIVO PARA LA PROSPERIDAD SOCIAL- FONDO DE INVERSION PARA LA PAZ DPS- FIP, EL INSTITUTO DEPARTAMENTAL DE ACCION COMUNAL Y PARTICIPACIÓN CIUDADANA DE CUNDINAMARCA- IDACO Y EL FONDO DE DESARROLLO DE PROYECTOS DE CUNDINAMARCA- FONDECUN, celebraron el Contrato Interadministrativo No. 418 DPS- FIP 2015, FUNDECUN 15-009 con el objeto de: Aunar esfuerzos técnicos, financieros y sociales, con el fin de contribuir a la ejecución y sostenibilidad de obras de intervención social comunitaria e*

[12] Folio 25 cuaderno principal.

[13] Folios 25 y 26 cuaderno principal.

*infraestructura, entre el Departamento Administrativo para la Prosperidad Social DPS- FIP, el Instituto Departamental de Acción comunal y Participación comunitaria- IDACO y el Fondo de Desarrollos de Proyectos de Cundinamarca- FUNDECUN, con el propósito de ejecutar el proyecto "CONSTRUCCIÓN DE PLACA HUELLAS EN COMUNIDAD PARA LA SUPERACIÓN DE LA POBREZA Y LA CONSOLIDACIÓN DE LOS TERRITORIOS EN EL DEPARTAMENTO DE CUNDINAMARCA". 2. Que la cláusula cuarta del contrato interadministrativo en mención, señaló como "Obligaciones de FUNDECUN" entre otras, "(…) Adelantar bajo su exclusivo riesgo y responsabilidad los trámites contractuales a que haya lugar para adelantar los procesos de selección y contratación de las personas naturales y jurídicas que se requieran para ejecutar el proyecto objeto del presente contrato. (…)". 3. Que el artículo 23 del Decreto Ordenanzal 275 de 2008, modificado por el artículo sexto del Decreto Departamental 0005 del 4 de enero de 2013, establece el régimen de contratación del Fondo de Desarrollos de Proyectos de Cundinamarca, en los siguientes términos: "Los contratos que celebre el Fondo de Desarrollo de Proyectos de Cundinamarca- FONDECUN- se regirán por lo dispuesto en el artículo 14 de la Ley 1150 de 2007, modificado por el artículo 93 de la Ley 1474 del 2011 y el decreto 734 de 2012 o las normas que lo modifiquen, adicionen o sustituyan. FONDECUN deberá aplicar en desarrollo de su actividad contractual, acorde con su régimen legal especial, los principios de la función administrativa y de la gestión fiscal de que tratan los artículos 209 y 267 de la Constitución Política respectivamente, según sea el caso, y estará sometido al régimen de inhabilidades e incompatibilidades previsto legalmente para la contratación estatal. (…) 4. Que de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 96 de la Ley 489 de 1998, a las entidades públicas para trabajar con las entidades sin ánimo de lucro con el objeto de impulsar actividades de interés público, les está permitido suscribir convenios de asociación con estas personas jurídicas, (…).5. Que el artículo 1 del Decreto 777 de 1992 dispone: "Los contratos que en desarrollo de lo dispuesto en el segundo inciso del artículo 355 de la Constitución Política celebren la Nación, los Departamentos, Distritos y Municipios con entidades privadas sin ánimo de lucro y de reconocida idoneidad, con el propósito de impulsar programas y actividades de interés público, deberán constar por escrito y se sujetarán a los requisitos y formalidades que exige la ley para la contratación entre los particulares, salvo lo previsto en el presente Decreto (…)." 6. Que el artículo sexto de la Ley 743 de 2002 define las juntas de acción comunal así: "acción comunal, es una expresión social organizada, autónoma y solidaria de la sociedad civil, cuyo propósito es promover un desarrollo integral, sostenible y sustentable construido a partir del ejercicio de la democracia participativa en la gestión del desarrollo de la comunidad […]».*

Se colige de lo extractado, que inicialmente, se suscribió el contrato interadministrativo nro. 418 DPS-FIP 2015, entre el Departamento Administrativo para la Prosperidad Social, el Fondo de Inversión para la Paz,

el Instituto Departamental de Acción comunal y participación ciudadana-IDACO y el Fondo de Desarrollo de Proyectos de Cundinamarca – FUNDECUN[14] y, en desarrollo de éste, se facultó a FUNDECUN, para que bajo su exclusiva responsabilidad adelantara el proceso de selección y contratación para la ejecución del respectivo proyecto.

A su vez, FUNDECUN celebró con la junta de acción comunal de la vereda Naranjalito, un convenio de asociación, con base en el artículo 96 de la Ley 489 del 29 de diciembre de 1998,[15]norma que dispuso:

> *"[…]* ***Artículo 96º.-*** *Constitución de asociaciones y fundaciones para el cumplimiento de las actividades propias de las entidades públicas con participación de particulares. Las entidades estatales, cualquiera sea su naturaleza y orden administrativo podrán, con la observación de los principios señalados en el artículo 209 de la Constitución, asociarse con personas jurídicas particulares, mediante la celebración de convenios de asociación o la creación de personas jurídicas, para el desarrollo conjunto de actividades en relación con los cometidos y funciones que les asigna a aquéllas la ley.*
>
> *Los convenios de asociación a que se refiere el presente artículo se celebrarán de conformidad con lo dispuesto en el artículo 355 de la Constitución Política, en ellos se determinará con precisión su objeto, término, obligaciones de las partes, aportes, coordinación y todos aquellos aspectos que se consideren pertinentes.*

---

[14] Folios 27 y 29 cuaderno principal.

[15] "*Por la cual se dictan normas sobre la organización y funcionamiento de las entidades del orden nacional, se expiden las disposiciones, principios y reglas generales para el ejercicio de las atribuciones previstas en los numerales 15 y 16 del artículo 189 de la Constitución Política y se dictan otras disposiciones.*

*Cuando en virtud de lo dispuesto en el presente artículo, surjan personas jurídicas sin ánimo de lucro, éstas se sujetarán a las disposiciones previstas en el Código Civil para las asociaciones civiles de utilidad común.*

*En todo caso, en el correspondiente acto constitutivo que de origen a una persona jurídica se dispondrá sobre los siguientes aspectos:*

*a. Los objetivos y actividades a cargo, con precisión de la conexidad con los objetivos, funciones y controles propios de las entidades públicas participantes;*

*b. Los compromisos o aportes iniciales de las entidades asociadas y su naturaleza y forma de pago, con sujeción a las disposiciones presupuestales y fiscales, para el caso de las públicas;*

*c. La participación de las entidades asociadas en el sostenimiento y funcionamiento de la entidad;*

*d. La integración de los órganos de dirección y administración, en los cuales deben participar representantes de las entidades públicas y de los particulares;*

*e. La duración de la asociación y las causales de disolución.*

*[…].” (se destaca)*

En el respectivo convenio de asociación, se indicó que se regiría por lo establecido por el artículo 355 de la Constitución Política, el cual fue reglamentado por el Decreto 777 del 16 de mayo de 1992.[16]

---

[16] Decreto que fue derogado por el artículo 11 del Decreto 92 del 23 de enero de 2017, el cual entró a regir a partir del 1 de junio de 2017, sin embargo para la fecha de los hechos estaba vigente.

El artículo 355 de la Constitución previó: "*Ninguna de las ramas u órganos del poder público podrá decretar auxilios o donaciones en favor de personas naturales o jurídicas de derecho privado. El Gobierno, en los niveles nacional, departamental, distrital y municipal podrá, con recursos de los respectivos presupuestos, celebrar contratos con entidades privadas sin ánimo de lucro y de reconocida idoneidad con el fin de impulsar programas y actividades de interés público acordes con el Plan Nacional y los planes seccionales de Desarrollo. El Gobierno Nacional reglamentará la materia.*"

A su vez, el Decreto 777 del 16 de mayo de 1992 "*Por el cual se reglamenta la celebración de los contratos a que se refiere el inciso segundo del artículo 355 de la Constitución Política*"[17] en su artículo 1° señaló que los contratos que los entes territoriales celebraran con entidades privadas sin ánimo de lucro, debían (i) estar destinados a impulsar programas y actividades de interés público, (ii) constar por escrito y (iii) estaban sujetos a los requisitos exigidos por la ley para la contratación entre los particulares.

En ese sentido, la Sala estima que el convenio de asociación celebrado entre FUNDECUN, empresa industrial y comercial del departamento de Cundinamarca y la representante de la junta de acción comunal de la vereda

---

[17] Derogado por el artículo 11 del Decreto 92 de 2017, pero vigente para la fecha de los hechos.

Naranjalito del Municipio de Apulo, indistintamente de su denominación, cumple con el primer elemento anunciado en el numeral 3 del artículo 40 de la Ley 617 de 2000, esto es, que el demandado haya intervenido en la celebración de un contrato con una entidad pública, el cual que contó con recursos públicos, así: $18.938.162, provenientes del Departamento Administrativo para la Prosperidad Social- Fondo de Inversión para la Paz- DPS- FIS y $20.271.283 del Instituto Departamental de Acción Comunal y Participación Ciudadana de Cundinamarca- IDACO (folio 29 cuaderno principal).

La Sala se ha pronunciado con antelación frente a esta clase de contratos y para ello es menester traer en cita la sentencia del 23 de mayo de 2013, en donde dijo:[18]

> *"[…] El problema se reduce, a establecer si ese acto bilateral tiene carácter de contrato o no y si la intervención en él por parte del demandado se encuadra en la inhabilidad transcrita.*
>
> *En sentencia 23 de junio de 2005,*[19] *la Sala analizó una situación similar a la presente, relacionada con la celebración de un convenio de transporte escolar entre el municipio y la Junta de Acción Comunal representada por un concejal. A esos efectos, la Sala precisó que si bien es cierto que el acto suscrito entre*

[18]Consejo de Estado- Sala de lo Contencioso Administrativo- Sección Primera. Sentencia del 23 de mayo de 2013. Expediente 41001233100020120014401. C.P. María Claudia Rojas Lasso.

[19]Expediente 2004-1401. Actor: RUBEN DARÍO RIVAS POLO. M.P. Dr. Rafael E. Ostau De Lafont Pianeta.

*las partes tiene la denominación de convenio, dicho acto es sustancial o materialmente un contrato por cuanto tiene los elementos esenciales del mismo. La Sala sostuvo:*

> *"Sobre lo primero la Sala observa que si bien tiene la denominación y visos de convenio, dicho acto es sustancial o materialmente un contrato por cuanto tiene los elementos esenciales del mismo, tales como el libre acuerdo de voluntades, la estipulación de obligaciones mutuas, incluso un carácter pecuniario, no obstante que éstas se encaminan a hacer efectivo un beneficio económico de carácter social dispuesto por la ley de manera general e indeterminada, a favor de terceros que no son parte de dicho acuerdo; hay objeto lícito, que es justamente ejecutar las partidas o el dinero asignado para esa prestación, de modo que las partes adquirieron obligaciones en función de hacer efectiva a favor de terceros esa prestación".*
>
> *[…]"*

Por lo tanto, este elemento se cumple, pues en este caso, aunque al acto suscrito por las partes se le denominó convenio, es materialmente un contrato.

3.2. Que el contrato se haya celebrado durante el año anterior a la elección como concejal: este requisito también se cumple, puesto que el convenio se suscribió el 21 de septiembre de 2015, el acta de inicio es del 17 de octubre del mismo año y la demandada resultó elegida como concejal el 25 de octubre de 2015.

3.3. En cuanto al interés propio o de terceros: si bien el objeto del convenio de asociación fue aunar esfuerzos y recursos humanos, técnicos, físicos y económicos para construir la placa huella en la vereda Naranjalito del Municipio de Apulo, en beneficio de la comunidad, también se tradujo en el beneficio propio de la demandada, pues es innegable que dicha situación le generó frente a su electorado una ventaja en relación con los demás candidatos, con inversiones a cargo de recursos públicos.

Conforme lo ha explicado la Corporación, con esta causal se pretende evitar que se otorguen ventajas a los candidatos que dentro del lapso al que se refiere la norma, hayan intervenido en la celebración de contratos con entidades públicas:[20]

> *"[…] se debe tener en cuenta que las inhabilidades constitucionales o legales para ser elegido, aunque limitan el derecho a la participación política y a ser elegido consagrado en el artículo 40 de la Carta Política, tienen la finalidad de proteger la imparcialidad y moralidad de la administración pública y la de evitar que se otorguen ventajas a los candidatos a elecciones populares derivadas de la actividad de aquella. […]"*

3.4. Por último, se comprueba que el lugar de ejecución del contrato fue la vereda Naranjalito del Municipio de Apulo, Cundinamarca.

---

[20] Consejo de Estado- Sala de lo Contencioso Administrativo- Sección Quinta. Sentencia del 9 de septiembre de 2004. Radicación número: 85001-23-31-000-2003-1200-01(3452).C.P. María Nohemí Hernández Pinzón.

Esta Corporación ha expresado lo siguiente, frente al alcance de la causal estudiada:[21]

> *"[…] Una interpretación teleológica de la disposición transcrita muestra que ella pretende evitar que se otorguen ventajas y prerrogativas a los candidatos que, dentro de cierto término, hubiesen intervenido en la celebración de contratos con entidades públicas, a fin de que no se fragmenten los principios de transparencia e igualdad de acceso a los cargos de elección popular.*
>
> *(…)*
>
> *La simple lectura de la norma transcrita en precedencia muestra que para que se configure esa causal de inhabilidad es necesario demostrar cinco supuestos: i) la elección, esto es, que el demandado ha sido elegido Concejal; ii) el objeto, es decir, que existe un contrato en cuya celebración el elegido hubiere intervenido, ya sea en interés propio o en interés de terceros; iii) la entidad pública contratante, puesto que se debe probar que éste se celebró con entidades públicas de cualquier nivel; iv) el tiempo en que fue celebrado, es decir, que el contrato se haya celebrado dentro del año anterior a la elección; y v) el lugar de ejecución, pues se exige que el contrato deba ejecutarse en el mismo municipio o distrito donde resultó electo el demandado. […]"*

Así las cosas, se verifica que en el caso bajo examen, se cumplen los requisitos para que se configure la inhabilidad y por ello, corresponde

---

[21] Consejo de Estado- Sala de lo Contencioso Administrativo- Sección Quinta. Sentencia del 21 de abril de 2005. Expediente radicación: 05001-23-31-000-2003-04231-01 (3605). C.P. Darío Quiñones Pinilla.

determinar si también se reúne el elemento subjetivo.

**El elemento subjetivo:**

Tal como lo sostuvo la Corte Constitucional en la sentencia SU-424 del 11 de agosto de 2016,[22] "[…] *La pérdida de investidura es una acción pública de carácter sancionatorio prevista en la Constitución y la ley, que tiene como finalidad castigar a los miembros de las corporaciones públicas que incurran en conductas consideradas reprochables por ser incompatibles con la dignidad del cargo que ostentan*." Siguiendo esta sentencia, la Sala ha dicho lo siguiente:[23]

> *"[…] el abordaje del aspecto subjetivo requiere el análisis de dolo y de culpa, entendido el primero como la intención positiva de lesionar un interés jurídico, entretanto la segunda atañe a un concepto que está ligado a la diligencia debida para el desarrollo de determinada actividad.*
>
> *Para llegar a definir si una conducta se cometió con dolo o con culpa, deben analizarse los elementos que constituyen el aspecto subjetivo de la misma, los cuales corresponden al conocimiento tanto de los hechos como la ilicitud, esto es, si el sujeto* ***conocía o debía conocer*** *que su comportamiento resultaba*

[22] M.P. Gloria Stella Ortíz Delgado.

[23] Consejo de Estado- Sala de lo Contencioso Administrativo- Sección Primera. Sentencia del 25 de mayo de 2017. Expediente radicación número: 81001-23-39-000-2015-00081-01.

*contrario al ordenamiento jurídico.*

> *En los casos en los cuales se pruebe que el demandado conocía plenamente que su comportamiento era constitutivo de una causal de pérdida de investidura, estaríamos ante una situación de total intención en la realización de la misma y, por ende, de un grado de culpabilidad doloso. En aquellos eventos en los que se concluya que el sujeto no conocía la ilicitud de su conducta, pero que en virtud de la diligencia requerida para el desarrollo de su actividad debía saber que la misma resultaba contraria a derecho, se está ante un comportamiento culposo, de no mediar sólidas circunstancias que se lo hubieran impedido. […]" (destacado en la providencia)*

Para la Sala es un deber que quien pretende acceder a un cargo de elección popular, deba conocer cuáles son los requisitos del mismo, así como el régimen de inhabilidades e incompatibilidades que lo cobija.

El artículo 42 de la Ley 136 de 1994, dispone que para ser elegido concejal, se requiere ser ciudadano en ejercicio y haber nacido o ser residente del respectivo municipio durante los seis (6) meses anteriores a la fecha de inscripción o durante un periodo mínimo de tres (3) años consecutivos en cualquier época.

Por su parte, el artículo 43 de la misma Ley 136, modificado por la Ley 617 de 2000, establece que no podrá ser inscrito como candidato ni elegido concejal, quien dentro del año anterior a la elección haya celebrado contratos con entidades públicas de cualquier nivel en interés propio o de terceros, que deban ser ejecutados en el respectivo municipio.

En el caso concreto, en el formulario E-6,[24] figura inscrita la señora Elvira Díaz García, dentro de la lista de candidatos que manifestaron bajo la gravedad de juramento no estar incursos en ninguna causal de inhabilidad o incompatibilidad establecida en la Constitución o la ley, inscripción que se produjo el 25 de julio de 2015,[25] por consiguiente, para ese momento la demandada no estaba inhabilitada para aspirar al cargo, sin embargo, para la fecha en que fue elegida concejal -25 de octubre de 2015- la causal ya estaba configurada y así debió advertirlo, pues el convenio 612, se suscribió con una entidad estatal y con recursos públicos, el 21 de septiembre del mismo año 2015.

Como lo ha destacado esta Sección[26] *"[…] el artículo 9° del Código Civil, según el cual, "la ignorancia de las leyes no sirve de excusa," fue objeto de examen de constitucionalidad por la Corte Constitucional, que en dicha ocasión explicó lo siguiente, que ahora [s]e prohíja:* [27] *"[…] Precisamente la disposición que hoy se cuestiona, fue demandada*

---

[24] Que corresponde a la solicitud para la inscripción de listas de candidatos y constancias de aceptación de candidatura, para las elecciones del concejo del 25 de octubre de 2015, por el municipio de Apulo (Cundinamarca) y por el partido liberal colombiano. Folio 100 cuaderno principal.

[25] Folio 42 cuaderno principal.

[26] Consejo de Estado- Sala de lo Contencioso Administrativo- Sección Primera. Sentencia del 25 de mayo de 2017. Expediente radicación número: 81001-23-39-000-2015-00081-01.

[27] Corte Constitucional. Sentencia C-651 del 3 de diciembre de 1997. M.P. Carlos Gaviria Díaz.

*como contraria al contenido del artículo 16 de la Carta anterior, que implícitamente recogía el principio de igualdad. Y al desechar el cargo, dijo la Corte Suprema, en el fallo elaborado por el Magistrado Luis Carlos Sáchica: "Es la igualdad jurídica, que otorga iguales facultades e impone idénticos deberes, y da igual protección a unos y a otros. Esto es, se repite, una igualdad de derechos y no de medios. Si no se acepta este principio, se rompe la unidad y uniformidad del orden jurídico (…), […]."*

En la misma sentencia antes citada por la Sala, esto es, la C- 651 de 1997, la Corte Constitucional también señaló:

*"[…]*

***2.3.1. Desconocimiento de la presunción de buena fe y, consiguientemente, de la presunción de inocencia consagrada, en los artículos 83 y 29 de la Constitución que, conforme al artículo 4, es "norma de normas".***

*El contenido de la disposición demandada no quebranta las presunciones previstas en los artículos referidos, por las razones siguientes:*

***a) Presunción de inocencia (art. 29).*** *El sentido de dicha presunción es éste:*

*Si a una persona se le imputa una conducta jurídicamente ilícita, quien hace la imputación es quien debe probarla. Ahora bien: el artículo 9 demandado no releva de esa prueba. Lo que establece es algo bien distinto: que si a una persona se le atribuye una conducta ilícita y se prueba que en realidad la observó, no es admisible la excusa de que ignoraba la norma que hace ilícita la conducta. Cosa bien distinta es que el agente haya incurrido en la hipótesis de la conducta ilícita sin que le haya sido dado evitarla (conozca o no la norma que contempla el supuesto). Se trataría allí de un caso fortuito o de una fuerza*

*mayor, perfectamente diferenciables de la ignorancia de la ley, y con efectos jurídicos significativamente distintos. […]"*

En consecuencia, la búsqueda del mejoramiento de las condiciones de la vereda, no era óbice para que la demandada desconociera que estaba incursa en una causal de inhabilidad para celebrar el respectivo convenio asociación, el cual, pese a que se intituló de esa manera, comportaba la intervención en la celebración de un contrato con una entidad pública del orden descentralizado del nivel territorial.

Frente a la estructuración de la causal, para los contratos de índole estatal que se celebren con organizaciones comunales y que implican recibir una contraprestación, esta Sección ha señalado:[28]

*"[…] está probado dentro del proceso que el demandado en calidad de representante legal de la Junta de Acción Comunal de PORCE, vereda del Municipio de Santo Domingo, celebró los contratos estatales simplificados de mano de obra visibles a los folios 7,11,16, y 21, cuyo objeto fue el mantenimiento de caminos veredales; construcción de obras de alcantarillado; construcción y adecuación de acueducto y mantenimiento de caminos veredales, en los cuales claramente se lee la estipulación del precio ($103.000.; $240.000; 320.933.oo y $188.033.oo,) y están acompañados del respectivo registro presupuestal y la correspondiente orden de pago.*

[28] Consejo de Estado- Sala de lo Contencioso Administrativo- Sección Primera. Sentencia del 8 de mayo de 2006. Expediente radicación número: 05001-23-31-000-2005-06466-01(PI). M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo.

*Tales contratos, fueron suscritos, respectivamente, el 1º de diciembre de 2002; el 28 de febrero de 2003; el 5 de mayo de 2003 y el 1º de junio de 2003, esto es, dentro del año anterior a la elección, que lo fue el 26 de octubre de 2003.*

*(…)*

*La Sala en sentencia de 5 de mayo de 2005 (Expediente núm. 2004-01327, Consejero ponente doctor Camilo Arciniegas Andrade), expresó:*

*"No desconoce la Sala que según lo preceptuado por los artículos 141 de la Ley 136 de 1994 y 55 de la Ley 743 de 2002 «las organizaciones comunales podrán vincularse al desarrollo y mejoramiento municipal, mediante su participación en el ejercicio de sus funciones, la prestación de servicios o la ejecución de obras públicas a cargo de la administración central o descentralizada.»* ***En tales hipótesis, la integridad y probidad ética y moral de la investidura queda debidamente salvaguardada por la causal de inhabilidad para ser concejal en que, según lo preceptuado en el numeral 4º del artículo 43 de la Ley 136 de 1994, incurriría el miembro de la Junta de Acción Comunal que hubiera «intervenido en la celebración de contratos con entidades públicas en interés propio o de terceros, dentro de los doce (12) meses anteriores a la fecha de la inscripción.» (****Negrilla fuera de texto).*

*Es decir, que el hecho de que el demandado en su carácter de representante legal de la Junta de Acción Comunal maneje dineros de la comunidad a través de los cuales se busque el mejoramiento del municipio o vereda, por sí* ***solo*** *no constituye violación de los regímenes de inhabilidades e incompatibilidades, sino que es menester que dicho manejo se concrete a través de la celebración de contratos con el Estado.*

*Estando probado dentro del proceso la celebración de los mencionados contratos dentro del término inhabilitante,* ***forzoso*** *es concluir que se configuró la causal de alegada en la demanda por lo que procedía decretar la pérdida de su investidura, conforme lo dispuso el a quo, sin que resulte relevante que no se haya ocasionado daño o perjuicio al orden público o a la función pública. […]" (se destaca)*

Así las cosas, el régimen de inhabilidades, como causal de pérdida de investidura de concejales está vigente[29] y con la causal que se configuró lo que se pretende es resguardar la integridad y probidad de la investidura, que no puede traducirse en que so pretexto de procurar beneficios para la comunidad, quien aspire a un cargo de elección popular obtenga ventajas frente a su electorado, con respecto a quienes aspiren a ocupar el mismo cargo.

**4.- Conclusiones**

Corolario de lo explicado y contrario a lo establecido por el Tribunal de instancia, el convenio de asociación suscrito por FUNDECUN con la señora Elvira Díaz García en calidad de representante de la junta de acción comunal de la vereda Naranjalito del Municipio de Apulo, permite colegir que aquella infringió el régimen de inhabilidades de los concejales y su conducta dio lugar a la configuración de la inhabilidad prevista en el numeral 3° del artículo 40 de la Ley 617 de 2000, señalada como causal de pérdida de investidura en el numeral 6 del artículo 48 de la Ley 617 de 2000[30], en concordancia con

---

[29] Consejo de Estado- Sala de lo Contencioso Administrativo- Sección Primera. Sentencia del 6 de abril de 2017. Expediente radicación: 05-001-23-33-000-2016-00444-01. C.P. Roberto Augusto Serrato Valdés. Referencia: pérdida de investidura de concejal.

[30] Artículo 48.- Pérdida de investidura de diputados, concejales municipales y distritales y de miembros de juntas administradoras locales. Los diputados y concejales municipales y distritales y miembros de juntas administradoras locales perderán su investidura:

el núm. 2 del artículo 55 de la Ley 136 de 1994 y por ello, se revocará la decisión recurrida.

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

**F A L L A:**

**PRIMERO: REVOCAR** la sentencia del 5 de julio de 2016, proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, según las razones explicadas en la parte motiva de esta decisión judicial y en su lugar, decretar la pérdida de investidura de concejal del Municipio de Apulo a la señora Elvira Díaz García.

**SEGUNDO:** Ejecutoriada esta providencia, devuélvase el expediente al Tribunal de origen.

**CÓPIESE, NOTIFÍQUESE, COMUNÍQUESE Y CÚMPLASE**,

---

(…)

6. Por las demás causales expresamente previstas en la ley.

Se deja constancia que la anterior providencia fue leída, discutida y aprobada por la Sala en la sesión de la fecha.

**ROBERTO AUGUSTO SERRATO VALDÉS** **MARÍA ELIZABETH GARCÍA GONZÁLEZ**

**Presidente** **Consejero de Estado**

**Consejero de Estado**

**OSWALDO GIRALDO LÓPEZ**

**Consejero de Estado**