



Radicado: 11001-03-28-000-2018-00080-00 (acumulado)
Demandante: José Manuel Abuchaibe y otros

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

MAGISTRADO PONENTE: ALBERTO YEPES BARREIRO

Bogotá D.C., once (11) de abril de dos mil diecinueve (2019)

Referencia: NULIDAD ELECTORAL
Radicación: 11001-03-28-000-2018-00080-00 (Acumulado)
11001-03-28-000-2018-000127-00
11001-03-28-000-2018-000130-00
Demandante: JOSÉ MANUEL ABUCHAIBE ESCOLAR - PARTIDO OPCIÓN CIUDADANA, VÍCTOR VELÁSQUEZ REYES Y NESLY EDILMA REY CRUZ
Demandado: AURELIJUS RUTENIS ANTANAS MOCKUS SIVICKAS COMO SENADOR DE LA REPÚBLICA - PERÍODO 2018-2022
Temas: Inhabilidad prevista en el artículo 3º del artículo 179 Superior.

Sentencia de única instancia

Surtido el trámite legal correspondiente, la Sala se dispone a proferir sentencia de única instancia dentro del proceso de la referencia.

1. ANTECEDENTES

1.1. Las demandas y sus pretensiones

De manera independiente y separada los ciudadanos José Manuel Abuchaibe Escolar, Víctor Velásquez Reyes, Nesly Edilma Rey Cruz y el Partido Opción Ciudadana interpusieron demanda de nulidad electoral contra la Resolución N° 1596 de 19 de julio de 2018 y el formulario E-26SEN a través de los cuales se declaró la elección de **Aurelijus Rutenis Antanas Mockus Sivickas** como Senador de la República para el período 2018-2022.

Para el efecto, el señor José Manuel Abuchaibe Escolar y el Partido Opción Ciudadana presentaron las siguientes pretensiones:





“PRIMERA: Que se declare la nulidad parcial de la Resolución N° 1596 del 2018 (...) a través del cual se declaró elegido al señor **AURELIJUS RUTENIS ANTANAS MOCKUS SIVICKAS** identificado con (...) avalado por el partido Alianza Verde.

SEGUNDA: Que se declare que son nulos los actos administrativos proferidos por el Consejo Nacional Electoral con los cuales se tramitaron con violación del debido proceso los derechos de peticiones formulados por el partido Opción Ciudadana para que el Consejo Nacional Electoral se abstuviera de declarar la elección de **AURELIJUS RUTENIS ANTANAS MOCKUS SIVICKAS** como senador de la república y que son: Resolución N° 1507 de 2018 y Resolución 1591 de 19 de julio de 2018.”

TERCERA: Que una vez declarada la nulidad de la elección del señor **AURELIJUS RUTENIS ANTANAS MOCKUS SIVICKAS** como senador de la República por el partido Alianza Verde (...) requerimos que la sentencia sea trasladada al proceso que estamos solicitando en otra demanda con causales objetivas para que se proceda a invalidar los votos de **AURELIJUS RUTENIS ANTANAS MOCKUS SIVICKAS**, si lo considera la Sección Quinta ajustando los términos de la Ley y en consecuencia se excluyan del cómputo de votos y del escrutinio los sufragios recibidos por encontrarse incluso el señor **MOCKUS** en una evidente inhabilidad para ser declarado elegido. (...)

CUARTA: que como consecuencia de la declaración de nulidad se ordene la cancelación de la credencial del senador del ciudadano **AURELIJUS RUTENIS ANTANAS MOCKUS SIVICKAS**” (Mayúsculas en original)

Por su parte, el señor Velásquez Reyes solicitó¹:

“Que se declare por el Consejo de Estado:

1. La nulidad parcial de la Resolución N° 1596 de fecha de 19 de julio de 2018, expedida por el Consejo Nacional Electoral en lo relacionado con la declaratoria de elección de **AURELIJUS RUTENIS ANTANAS MOCKUS SIVICKAS** como Senador de la República por el partido Alianza Verde, por hallarse incurso en la inhabilidad de que trata el numeral 3° del artículo 179 de la Constitución Nacional.

(...)

4. que como derivación de las decisiones anteriores se compulsen copias para que se indague la conducta de los dirigentes del partido que avala a personas inhabilitadas.

5. Que como consecuencia de las anteriores declaraciones se compulsen copias para que se indague los posibles delitos de fraude electoral y falsedad testimonial en que pudo incurrir el demandado al jurar no hallarse incurso en la causal de inhabilidad” (...)² (Mayúsculas en original)

¹ Se transcriben las de la subsanación de la demanda y las que fueron finalmente admitidas. .

² Folio 59 del expediente 2018-127



Finalmente, la señora Nesly Edilma Rey Cruz como pretensiones de su demanda solicitó:

“PRIMERA: Que se declare la nulidad parcial de la Resolución No. 1596 del 19 de julio de 2018 "Por medio de la cual se declara la elección de Senado de la República, se asignan unas curules para el período constitucional 2018-2022 y se ordena la expedición de las respectivas credenciales", expedida por el Consejo Nacional Electoral y del acto administrativo contenido en el formulario E-26 de Senado de fecha del diecinueve (19) de julio de 2018 que hace parte integral de esta Resolución", en la que se declaró la elección como Senador a Aurelijus Rutenis Antanas Mockus Šivickas (en adelante Antanas Mockus) y ordenó la expedición de su respectiva credencial para el periodo constitucional 2018 – 2022.

SEGUNDA: Que se declaren nulos los siguientes actos administrativos proferidos por el Consejo Nacional Electoral, los cuales no fueron expedidos con observancia del ordenamiento jurídico, con lo cual se afectaron los resultados que finalmente sirvieron para la declaratoria de elección de los Senadores de la República para el periodo constitucional 2018-2022:

2.1. Resolución No. 1507 del 12 de julio de 2018 expedida por el Consejo Nacional Electoral: "Por medio de la cual se deniegan las solicitudes presentadas por los ciudadanos VÍCTOR VELÁSQUEZ REYES Y EDUARDO CARMELO PADILLA y JOSÉ MANUEL ABUCHAIBE ESCOLAR en contra del ciudadano AURELIJUS RUTENIS ANTANAS MOCKUS SIVICKAS identificado con cédula de ciudadanía No. 19.164.378, avalado por el PARTIDO ALIANZA VERDE., Rad.3686-18 y 8402-18".

2.2. Resolución No. 1591 del 19 de julio de 2018, expedida por el Consejo Nacional Electoral: "Por medio de la cual se decide el recurso de reposición presentado por el doctor JOSÉ MANUEL ABUCHAIBE ESCOLAR en contra de lo dispuesto en la Resolución 1507 de 2018, Rad 9070-18".

TERCERA: Que se ordene la cancelación de la credencial de Antanas Mockus como Senador de la República para el período 2018 - 2022, por estar incurso en una causal de inhabilidad al momento de inscribir su candidatura al Senado de la República de Colombia.

CUARTA: Que una vez se declare mediante Sentencia Judicial la nulidad del acto de elección del Senador Antanas Mockus y se ordene consecuentemente la cancelación de su credencial como Senador de la República, se dé traslado inmediato de dicha providencia a los Honorables Consejeros Ponentes de las demandas en curso, que se estén adelantando ante esa Honorable Corporación y que sean acumuladas por causales objetivas por la Corporación Senado de la República para que en el nuevo escrutinio derivado del fallo favorable a las pretensiones, se excluya la votación obtenida por él, toda vez que su votación es espuria, y en consecuencia se contabilicen dichos votos como tarjetas no marcadas.”³

³ Folio 1 expediente 2018-130



1.2. Los hechos

Aunque las demandas se presentaron de manera separada, todos los demandantes fundamentaron su escrito introductorio en supuestos fácticos similares, los cuales la Sala sintetiza de la siguiente manera:

1.2.1. El señor Antanas Mockus, previo a su inscripción como candidato al Senado de la República, fungió como presidente y, por ende, a juicio de los demandantes, como representante legal de la entidad sin ánimo de lucro- en adelante ESAL- denominada “CORPORVISIONARIOS”.

1.2.2. En el mes de noviembre de 2017, la citada corporación celebró: i) convenio de asociación N° 10 con la Agencia de Cundinamarca para la Paz y el Posconflicto por un valor de \$ 428.571.429 millones de pesos y ii) convenio de asociación N° 566 con la Unidad Administrativa Especial de Servicios Públicos de Bogotá -en adelante USAEP-.

1.2.3. El día 11 de diciembre de 2017, el señor Antanas Mockus se inscribió como candidato al Senado con el aval del partido Alianza Verde.

1.2.4. El 11 de marzo de 2018 se llevaron a cabo las elecciones al Congreso de la República para el período 2018-2022, fecha en la que resultó electo el hoy demandado.

1.2.5. Surtida la jornada electoral unos ciudadanos, incluidos algunos de los demandantes, presentaron varias peticiones ante el Consejo Nacional Electoral -en adelante CNE- a efectos de que dicha institución se abstuviera de declarar la elección del demandado en calidad de Senador de la República y, por consiguiente, se excluyeran del cómputo de los resultados electorales los votos por él obtenidos, en atención a que, según su criterio, estaba incurso en una inhabilidad para ser elegido.

1.2.6. Mediante Resolución N° 1507 de 12 de julio de 2018, el Consejo Nacional Electoral resolvió de forma negativa las peticiones antes reseñadas, decisión que fue confirmada en Resolución N° 1591 de 19 de julio 2018.

1.2.7. A través de Resolución 1596 de 19 de julio de 2018 y del formulario E-26SEN el Consejo Nacional Electoral declaró la elección de los Senadores de la República, entre ellos, la del señor Antanas Mockus.

1.3. Las normas violadas y el concepto de violación

Conforme con lo expuesto, a juicio de los demandantes, el acto acusado se encuentra viciado, comoquiera que se materializó la causal de nulidad prevista en el numeral 5° del artículo 275 del CPACA, debido a que el demandado violó la prohibición





consagrada en el numeral 3º del artículo 179 Superior, esto es, incurrió en la inhabilidad de gestión de negocios y celebración de contratos. Para el efecto presentaron los siguientes cargos que la Sala resume así:

1.3.1 Expediente 2018-80

Para los demandantes del expediente 2018-80 los actos electorales se encuentran viciados de nulidad, habida cuenta que se materializó la inhabilidad de *“intervención en la celebración de contratos”* con entidades públicas en interés propio y de terceros dentro de los 6 meses anteriores a la elección.

Para sustentar su afirmación aludieron a jurisprudencia sobre la causal invocada, así como de las finalidades con las que se instauró un régimen de inhabilidades de acceso a los cargos públicos.

Paso seguido sostuvieron que el señor Antanas Mockus se encuentra incurso en la citada causal de inhabilidad, ya que tal y como consta en el certificado de existencia y representación legal del 12 de marzo de 2018 expedido por la Cámara de Comercio de Bogotá aquel fungía como Presidente de CORPOVISIONARIOS, sin que en dicho documento conste que aquel estuviese de licencia, tuviere un reemplazo o hubiese renunciado a la dignidad que ostentaba en la citada corporación.

Para la parte actora, es claro que en su calidad de presidente de CORPOVISIONARIOS el demandado *“intervino en la celebración de contratos a su favor”*. A su juicio, prueba de lo anterior es el contrato celebrado en noviembre de 2017 con la Agencia de Cundinamarca para la Paz y el Posconflicto.

Especialmente, para los demandantes la intervención del demandado en el citado negocio jurídico se evidencia porque: i) la propuesta formulada por la citada entidad se dirigió al señor Mockus como cabeza visible de la empresa; ii) en los estudios previos se sostiene que es conveniente contratar con CORPOVISIONARIOS, ya que ahí se encuentra el profesor Mockus al punto que se indica que él será el coordinador de las actividades a desarrollar y iii) en la propuesta presentada por CORPOVISIONARIOS se especifica que el demandado es el presidente de la corporación, de forma que se hace énfasis en su experiencia y en su hoja de vida.

En este contexto, los demandantes indicaron que el certificado de existencia y representación legal es plena prueba de la inhabilidad, debido a que el artículo 43 del Decreto Ley 2150 de 1995 consagró que la representación legal de una entidad sin ánimo de lucro se prueba, únicamente, mediante este escrito.

Por ello, sostuvieron que aunque en el marco del procedimiento adelantando ante el CNE, el demandado aceptó que es presidente de CORPOVISIONARIOS y precisó que delegó sus funciones al señor Henry Samuel Murrain desde el año 2006, esta





afirmación no podía tenerse como cierta, toda vez que la supuesta delegación no fue inscrita en la Cámara de Comercio tal y como se exige en el ordenamiento jurídico.

En consecuencia, para los demandantes el hecho de que el contrato celebrado entre la Agencia de Cundinamarca de Paz y CORPOVISIONARIOS se haya suscrito por el señor Samuel Murrain no impide la configuración de la inhabilidad, de un lado, porque en el contrato se puso de presente que Mockus haría parte fundamental en la ejecución del mismo y de otro, porque aunque el demandado asegure que delegó sus funciones al señor Murrain desde el año 2006, lo cierto es que esta circunstancia no quedó registrada en la Cámara de Comercio.

Igualmente, aseguraron que el contrato celebrado entre CORPOVISIONARIOS y la UAESP también es prueba de la inhabilidad endilgada, pues el demandado para la época de la suscripción del citado negocio jurídico era representante legal de esa entidad.

En este contexto, para los demandantes del expediente 2018-80 se materializó la causal de nulidad prevista en el numeral 3º del artículo 275 del CPACA, así como las generales de nulidad de los actos previstas en el artículo 137 de la misma codificación, ya que *“dicha elección tuvo un desarrollo legal fraudulento en cada una de las fases del escrutinio, revisión y declaratoria de la elección, las cuales desconocieron el debido proceso (...)”*.

1.3.2 Expediente 2018-130

Por su parte, la señora Nesly Edilma Rey, en términos similares a los ya descritos, aseguró que se materializó la inhabilidad de gestión de negocios prevista en el numeral 3º del artículo 179 Superior, toda vez que, a su juicio, en su calidad de presidente y miembro del consejo directivo de CORPOVISIONARIOS el demandado gestionó a favor de la citada entidad:

- i) El convenio de asociación N° 10 de noviembre de 2017 celebrado entre la Agencia de Cundinamarca para la Paz y el Posconflicto y la referida corporación y
- ii) El convenio de asociación N° 566 de 10 de noviembre de 2017 suscrito con la UAESP.

En este contexto, procedió a describir los elementos que, según su criterio, componen la inhabilidad y encontró que esta se encuentra materializada, puesto que el señor Antanas Mockus, en su calidad de presidente de CORPOVISIONARIOS fue determinante para que los contratos antes referenciados se suscribieran y ejecutaran; intervención que se presentó dentro de los 6 meses anteriores a la fecha de la elección y que tenía como propósito generar beneficios para un tercero, en este caso la entidad sin ánimo de lucro.





Adicionalmente, señaló que la ejecución de dichos contratos desencadenó, además, beneficios electorales para el demandado, pues él fue su cabeza visible.

Explicó que, en el procedimiento administrativo surtido ante el CNE, el señor Mockus reconoció que la fundación está ligada a su reputación y prestigio, razón por la que era claro que su liderazgo fue determinante para que las entidades públicas celebraran contrato con CORPOVISIONARIOS. Para la demandante, no de otra manera se explica que todos los documentos que precedieron la celebración de los contratos hacen hincapié en la participación del demandado en las charlas y seminarios que se dictarían como consecuencia de la suscripción del negocio jurídico.

En consecuencia, concluyó que el hecho de ser presidente y líder de CORPOVISIONARIOS fue la motivación relevante para que el Estado decidiera contratar con esta organización, ya que, según su criterio, es evidente que las entidades públicas no habrían contratado con dicha corporación de no ser porque el demandado se encontraba en su grupo de expertos.

Señaló que ante el CNE, el demandado reconoció que participó en las sesiones del consejo directivo de CORPOVISIONARIOS, de forma que puede entenderse que aquel participó activamente en todas las etapas que precedieron a la celebración de los contratos antes referenciados. Para la demandante, si el señor Mockus presidió las reuniones del consejo directivo en la fecha en la que se gestaron los contratos antes referidos, es claro que sí participó en el proceso para su celebración.

En este contexto, la parte actora adujo que el demandado se encuentra incurso en la inhabilidad prevista en el numeral 3º del artículo 179 Superior, ya que antes y durante el periodo inhabilitante se desempeñó como presidente y representante legal de CORPOVISIONARIOS *“carácter con el cual tomó parte en la realización de diligencias y adelantó actuaciones, intervino en la gestión de negocios ante entidades públicas, con lo cual se produjo a su favor una alteración de los principios de igualdad y equilibrio que deben primar en la elección pública en la que participó”*.

Finalmente, sostuvo que la presunta delegación que el demandado hizo al director ejecutivo no podía tenerse en cuenta, porque en el certificado de existencia y representación legal de CORPOVISIONARIOS expedido por la Cámara de Comercio el 12 de marzo de 2018 constaba que el presidente es el señor Antanas Mockus.

Por ello, para la demandante todo argumento enfocado a sostener que el demandado no tenía la calidad de presidente y representante de la corporación es inoponible, ya que si la *“modificación o delegación de la representación legal no consta en el registro mercantil no procede ningún efecto jurídico frente a terceros o carece de toda fuerza vinculante”*.





En efecto, explicó que según el artículo 639 del Código Civil las personas jurídicas son representadas bien por las personas autorizadas por la ley -representante legal- o por aquella persona a la que los socios expresamente le confieran este carácter, en tanto el artículo 43 del Decreto Ley 2150 de 1995 y el artículo 442 del C. de Co contemplan que la existencia y representación legal se prueba, únicamente, con el registro expedido por la Cámara de Comercio.

En este orden de ideas, para la parte actora como según el artículo 164 del C. de Co si las facultades del representante legal no están limitadas se entiende que estas se ejercen de forma plena y es connatural a la representación legal la gestión de negocios en beneficio de la organización a la cual se representa, es claro que el demandado sí se encuentra incurso en la inhabilidad endilgada.

Para sustentar su postura trajo a colación, además, algunos pronunciamiento de la Superintendencia de Sociedades en los que se explicó que *“mientras no se cancele la inscripción de la persona que asume la condición de representante legal en la cámara de comercio ella conserva tal condición”*, así como apartes de la sentencia C-621 de 2003 que, a su juicio, refuerza la anterior conclusión.

Asimismo, hizo referencia a que en anteriores oportunidades la Sección ha tomado el certificado de existencia y representación legal para dar probada la causal de gestión de negocios y celebración de contratos⁴.

Bajo este panorama, para la señora Rey el acto acusado se encuentra viciado de nulidad por la materialización de las causales generales de anulación y por la prevista en el numeral 5º del artículo 275 del CPACA, debido a que no solo se transgredieron las normas en las que la elección debía fundarse, sino porque, además, el demandado violó la prohibición consagrada en el numeral 3º del artículo 179 Superior, esto es, la inhabilidad de gestión de negocios y celebración de contratos y, por ende, se transgredieron el artículo 40 de la Constitución y los artículos 1º y 2º del Código Electoral.

1.3.3 Expediente 2018-127

El señor Velázquez Reyes en su escrito introductorio, en términos parecidos a los ya anotados, insistió en que se materializó la causal de inhabilidad prevista en el numeral 3º del artículo 179 de la Constitución, pues el señor Mockus en su calidad de Presidente y Representante legal de CORPOVISIONARIOS gestionó, participó y representó a esa empresa en el convenio de asociación N° 10 del 9 de noviembre de 2017 celebrado con la Agencia de Cundinamarca para la Paz y el Posconflicto.

⁴ Al efecto citó: Consejo de Estado, sección Quinta, sentencia del 3 de agosto de 2015, radicación 11001-03-28-000-2015-00051 MP. Lucy Jeannette Bermudez y Consejo de Estado, Sección Quinta, sentencia del 9 de marzo de 2017, radicación 55001-23-33-000-2016-00099-02 MP. Carlos Moreno Rubio.





Para el actor, prueba de la inhabilidad es: i) el hecho de que la citada agencia haya enviado la carta de invitación al señor Mockus y por esa circunstancia, él facultó al señor Samuel Murrain para la firma del convenio y ii) que el demandado haya participado en el comité donde se aprueba el 30% del capital de CORPOVISIONARIOS para la ejecución del contrato.

Finalmente, señaló que la decisión “intempestiva” del CNE de modificar la ponencia que no declaraba la elección del hoy senador se debió a presiones indebidas del anterior gobierno lo que, a su juicio, evidencia que los actos acusados se expidieron irregularmente.

1.4. Trámite Procesal

1.4.1 En el expediente 2018-80, la demanda se admitió mediante auto del 9 de agosto de 2017 en el cual se ordenó, además, las notificaciones de las que trata el artículo 277 del CPACA.

1.4.2 Por su parte, mediante auto del 18 de septiembre de 2018, se admitió la demanda presentada por la señora Nesly Rey y se ordenó las notificaciones de ley.

1.4.3 En auto de 10 de septiembre de 2018 se inadmitió la demanda presentada por el señor Velasquez Rey. Hechas las correcciones exigidas por el Ponente se procedió a admitir el escrito introductorio mediante auto del 24 de septiembre de esa misma anualidad.

1.4.4 Mediante auto de 22 de noviembre de 2018, la Magistrada Lucy Jeannette Bermúdez decidió acumular los procesos de la referencia, todos dirigidos contra la elección del señor **Aurelijus Rutenis Antanas Mockus Sivickas** como Senador de la República.

1.4.4 En diligencia del 30 de noviembre de 2018, resultó sorteado como magistrado ponente de los procesos de la referencia el doctor Alberto Yepes Barreiro.

1.5. Contestaciones de la demanda

Aunque las contestaciones de la demanda se presentaron de manera independiente para cada uno de los procesos acumulados; por efectos metodológicos y atendiendo a que los argumentos planteados son idénticos estos se reseñarán de manera conjunta, así:

1.5.1. El demandado

El señor Antanas Mockus, a través de apoderado judicial, contestó la demanda y se opuso a la prosperidad de las pretensiones. Al respecto debe precisarse que el





apoderado del demandado solo aceptó los hechos relacionados con: i) la fecha en la que se realizaron los comicios; ii) la fecha en la que se expidieron los actos acusados y iii) lo relacionado con la actuación administrativa, es decir, aceptó la existencia de la misma y la decisión que el CNE adoptó a través de las resoluciones correspondientes.

Paso seguido sustentó su defensa en el hecho de que las inhabilidades deben interpretarse de forma restrictiva por la limitación a los derechos políticos que estas comportan razón por la que, a su juicio, en la medida de lo posible estas deben interpretarse de acuerdo a su tenor literal y gramatical.

Asimismo, procedió a explicar el alcance que la jurisprudencia del Consejo de Estado le ha dado a la causal de inhabilidad prevista en el numeral 3º del artículo 179 Superior. Especialmente, señaló que respecto a la gestión de negocios esta Sección ha establecido que aquella se materializa cuando se demuestra que el congresista elegido intervino personal y activamente en diligencias o actuaciones tendientes a obtener cualquier interés o beneficio⁵.

Por su parte respecto a la celebración de contratos indicó que la Sala Electoral ha concluido que esta se configura cuando se prueben actuaciones que indiquen la participación personal y activa en los actos conducentes a la celebración del mismo y debe un claro interés sobre el particular⁶, teniendo en claro que la conducta prohibida consiste en celebrar y no en ejecutar el contrato⁷.

Precisado lo anterior, descendió al caso concreto y concluyó que ninguna de las conductas endilgadas al señor Mockus se había materializado. Así, en lo que atañe a la intervención de negocios, sostuvo que esta no se acreditó, habida cuenta que no realizó diligencias o actuaciones tendientes a la celebración de los contratos a los que aluden los demandantes.

En este orden de ideas, señaló que el *“hecho de ser presidente de una fundación que realiza actividades sociales de resonancia nacional”* y que asesora distintas entidades no es un hecho que inhabilite para ser senador, como tampoco lo es el hecho de ser un personaje público de reconocimiento nacional.

Aseguró que de las pruebas aportadas con las demandas no se desprendía que el señor Antanas Mockus hubiese intervenido ante entidades públicas para la consecución de un beneficio, pues no estaba probado que el demandado hubiese realizado gestiones o diligencias personales activas e insistentes ante la Agencia de Cundinamarca para la Paz y el Posconflicto o la UAESP a efectos de obtener la

⁵ Al efecto referenció: Consejo de Estado, Sección Quinta, sentencia del 13 de agosto de 2009, radicación 11001-03-28-000-2006-00011-00

⁶ Para sustentar su posición citó: Consejo de Estado, Sección Quinta, sentencia del 12 de marzo de 2015, radicación 11001-03-28-000-2014-00065-00

⁷ Para reforzar su postura hizo alusión a la sentencia C-618 de 1997.





suscripción de los contratos a los que aluden los actores, ya que lo único que está demostrado es que el demandado es un personaje público de amplio reconocimiento.

En efecto, en especial en lo que atañe a la prueba relacionada con el certificado de existencia y representación legal expedido por la Cámara de Comercio, el demandado sostuvo que aquella no acreditaba la inhabilidad alegada, pues de dicho documento no se desprendía que Antanas Mockus hubiese realizado actuaciones o gestiones que indicaran una participación activa para la celebración de los convenios antes mencionados, toda vez que aquel solo daba cuenta que para la época era presidente de CORPOVISIONARIOS, sin que esta situación implicara, per se, una gestión de negocios.

Indicó que el hecho de que en los estudios previos de los contratos se cite el nombre del señor Antanas Mockus no indica que aquel haya realizado actividades o gestiones tendientes a su celebración, pues tal y como concluyó el CNE la simple mención a un nombre no da cuenta ni de la gestión de negocios, ni de la celebración de contratos.

Por su parte, frente a la celebración de contratos, la parte demandada sostuvo que esta modalidad tampoco se materializó, habida cuenta que incluso los demandantes reconocen que los contratos fueron suscritos por el señor Henry Samuel Murrain.

Explicó que no solo no hay prueba de que el señor Mockus hubiese efectuado diligencias o actuaciones personales tendientes a la celebración de los contratos a los que aluden los demandantes, sino que además, tal y como se acreditó ante el CNE el demandado no los suscribió, ya que desde hace doce años “renunció” a ejercer la representación legal de CORPOVISIONARIOS; facultad que fue delegada mediante Resolución N° 1 del 4 de septiembre de 2006 al director ejecutivo de la corporación.

Indicó que el argumento, según el cual la delegación no podía tenerse en cuenta porque aquella no fue inscrita en la Cámara de Comercio carecía de sustento, toda vez que las menciones normativas que hacían los accionantes estaban por fuera de contexto y desconocían la posibilidad que tiene el representante de delegar la representación.

En este orden de ideas, señaló que la parte actora confunde el acto de “delegación” con el acto de designación de un representante legal, pues esto último es lo que debe inscribirse en la cámara de comercio por ser el resultado de una decisión del consejo directivo de la corporación; en tanto, la delegación es un acto unilateral en ejercicio de las funciones estatutarias.

Igualmente, explicó que desconocer la delegación conllevaría a la paradoja de concluir que los contratos nunca se celebraron porque quien los suscribió fue el señor Murrain, quien según los demandantes no tenía la capacidad para hacerlo. Si esto es así, y



dichos negocios jurídicos no nacieron a la vida, mal podría entenderse configurada la inhabilidad de celebración de contratos.

Por lo anterior, insistió en que no está probada la supuesta participación activa del demandado o la realización de hechos conducentes a la celebración del contrato, razón por la que las pretensiones de la demanda deben negarse. En todo caso, señaló que la inhabilidad alegada por la parte actora es imposible de probar, porque aquella nunca acaeció.

1.5.2. Consejo Nacional Electoral

Por su parte, el **Consejo Nacional Electoral** centró sus argumentos en explicar cuál fue el procedimiento que respecto a la elección del señor Mockus se surtió en el CNE. Por ello, en primer lugar, explicó que dicha entidad solo tiene competencia para revocar la inscripción de una candidatura o en su defecto abstenerse de declarar una elección cuando exista plena prueba de la inhabilidad; decisión que, además, debe estar guiada por los principios del debido proceso.

En este contexto, describió la actuación administrativa surtida e indicó que respecto del demandado se presentó solicitud de abstención de declaratoria de la elección con fundamento en los mismos los hechos narrados en las demandas.

Aseguró que dentro de la actuación administrativa estuvo probado que el señor Mockus no firmó ningún documento del cual pudiera desprenderse la gestión o suscripción de los contratos a los que aluden los demandantes, pues lo que estaba acreditado era que tanto la aceptación de la oferta, como la suscripción del contrato la realizó el señor Henry Samuel Murrain en su calidad de director ejecutivo y representante legal de CORPOVISIONARIOS, razón por la que al no existir plena prueba con el grado de certeza de la inhabilidad, le correspondía al CNE negar las solicitudes de revocatoria de inscripción y de abstención de declaratoria de elección, tal y como hizo en las resoluciones correspondientes.

1.5.3 Registraduría Nacional del Estado Civil

A través de apoderado judicial esta autoridad solicitó ser desvinculada del trámite, toda vez que, a su juicio, se materializó la excepción de falta de legitimación en la causa.

1.6. La Audiencia Inicial

El día 28 de enero de 2019 se celebró la audiencia inicial en la cual se decidió sobre las excepciones previas y mixtas propuestas, se saneó el proceso, se fijó el objeto del litigio en el sentido que será expuesto más adelante y se decretaron pruebas.





En efecto, en dicha diligencia se resolvió la excepción mixta de falta de legitimación en la causa por pasiva formulada por la Registraduría Nacional del Estado Civil y se concluyó que esta estaba probada, ya que según la postura de esta Sección, la participación de dicha entidad no era necesaria en el proceso si la causal de nulidad alegada en la demanda no tenía conexidad con la labor de la Registraduría; circunstancia que se materializó en el caso concreto.

La anterior decisión fue notificada en estrados, sin que las partes hicieran manifestación alguna, **razón por la que aquella quedó en firme.**

Paso seguido, el Ponente saneó el proceso y en consecuencia, excluyó todas aquellas pretensiones que buscaban mutar la naturaleza del proceso electoral subjetivo al del proceso electoral de carácter objetivo o darle los efectos de este último. En este sentido, precisó que en caso de acceder a las pretensiones de la demanda, la Sección fijaría los efectos de la declaratoria de nulidad según lo previsto en el artículo 288 del CPACA.

Asimismo, conforme a los hechos aceptados, el concepto de la violación y las contestaciones de la demanda el director del proceso fijó el litigio, en los términos que se expondrán más adelante.

Respecto a los medios de convicción se concedió a los documentos aportados por las partes el valor que les asignara la ley y se decretaron las demás pruebas solicitadas. Asimismo, se decretaron algunas pruebas de oficio. En este mismo momento, se decidió prescindir de la audiencia de pruebas para en su lugar dar traslado de los documentos a las partes por el término de 5 días, igualmente y de conformidad con el artículo 181 del CPACA, se ordenó la presentación por escrito de los alegatos de conclusión.

De todas estas decisiones se corrió traslado a los asistentes, los cuales no interpusieron recurso alguno, **por lo que las mismas quedaron en firme.**

1.7. Alegatos de conclusión

Durante el lapso concedido para alegar de conclusión se presentaron los siguientes escritos:

1.7.1 La parte demandante

a) El señor José Manuel Abuchaibe Escolar- Opción Ciudadana

Mediante escrito visible a folios 388 a 398, los demandantes presentaron alegatos de conclusión en los que solicitaron se accediera a las pretensiones de la demanda. Para el efecto, reiteraron los argumentos de la demanda, en el sentido de que según





constaba en el certificado de existencia y representación legal de CORPOVISIONARIOS el demandado fungía como Presidente y Representante legal de esa organización; circunstancia que evidenciaba su inhabilidad.

Indicaron que pese a que los contratos celebrados con CORPOVISIONARIOS y la Agencia de Cundinamarca para la Paz y el Posconflicto fueron firmados por el señor Henry Samuel Murrain, lo cierto es que aquel actuó como simple delegado de su Presidente, esto es, del señor Antanas Mockus, sin que quepa ninguna duda de que al momento de la suscripción era éste y no el director ejecutivo quien ostentaba la representación legal de la citada organización sin ánimo de lucro, máxime cuando el Consejo de Estado ha sido enfático en sostener que solo se delegan las funciones más no la responsabilidad.

Reiteraron que estaba demostrada la participación personal y activa del demandado en actos conducentes a la celebraciones de los contratos tales como: i) la propuesta de convenio formulada por la agencia para la paz y el posconflicto estuvo dirigida al señor Mockus en su condición de representante de CORPOVISIONARIOS; ii) en los estudios previos de los convenios se menciona la hoja de vida del demandado; iii) en la propuesta enviada por CORPOVISIONARIOS se indica que Antanas Mockus será el coordinador general; entre otros.

Manifestaron que la delegación hecha por el demandado no podía tenerse en cuenta, toda vez que, según se certificó por la Cámara de Comercio la resolución en la que se hizo esa delegación no fue inscrita en esa organización, de forma que aquella no es oponible a los terceros y permite concluir que *“legalmente el responsable de la contratación en todo momento fue Antanas Mockus”*.

b) El señor Víctor Velásquez Reyes

El escrito presentado por el citado ciudadano no será tenido en cuenta, comoquiera que aquel se presentó una vez vencido el término para alegar. En efecto, según la constancia secretarial obrante a folio 387 del expediente principal, el término para alegar de conclusión estuvo comprendido entre el 14 y el 27 de febrero de 2019 en tanto, según el sello impuesto en el folio 442, el escrito del señor Velasquez fue radicado el 28 de febrero de 2019, es decir, por fuera del término concedido para el efecto.

c) La señora Nesly Edilma Rey Cruz

A través de escrito radicado el 27 de febrero de 2019, la demandante alegó de conclusión en similares términos a los expuestos en la demanda, razón por la que insistió que el demandado al momento de su inscripción como candidato representaba legalmente a CORPOVISIONARIOS. A su juicio, está demostrado, según la certificación allegada al proceso por la Cámara de Comercio, que no se registró la





modificación o delegación de la representación legal, de forma que debe entenderse que el señor Antanas Mockus continuaba en cumplimiento de sus obligaciones y funciones inherentes al cargo.

Señaló que como la delegación no fue registrada, debe entenderse que al momento de la celebración de los convenios el demandado “gozaba plenamente de sus facultades como representante legal de CORPOVISIONARIOS”, condición que ostentó al menos entre el periodo comprendido en el 1º de noviembre de 2017 y el 22 de marzo de 2018.

Insistió en que en el curso de la actuación administrativa surtida ante el CNE, el demandado reconoció: i) que CORPOVISIONARIOS está unida a su prestigio y reputación; ii) que se mantiene al tanto de sus gestiones económicas y iii) preside su consejo directivo y en especial presidió las sesiones que se llevaron a cabo con ocasión de los contratos celebrados con las entidades públicas; circunstancia que, a su juicio, da cuenta de la gestión de negocios.

Igualmente, reiteró que al analizar los estudios previos que precedieron la suscripción de los convenios tanto con la Agencia para Paz y el Posconflicto como con la USAEP se puede evidenciar que la participación de Antanas Mockus fue un factor determinante para la selección de CORPOVISIONARIOS como contratista; circunstancia que, según su criterio, evidencia la gestión, y como esa calidad fue utilizada por el demandando para promocionar su candidatura a los votantes⁸.

Adujo que en otras ocasiones para el Consejo de Estado⁹, el nombre de una persona en el certificado de existencia y representación legal ha sido suficiente para entender acreditada la causal de gestión de negocios, ya que se ha colegido que el mero hecho de ejercer como representante legal de una sociedad materializa la inhabilidad endilgada.

Finalmente, sostuvo que el demandado *“se vio beneficiado al gestionar negocios a favor de CORPOVISIONARIOS con el Estado, puesto que con la ejecución de dichos convenios, obtuvo mucha más cercanía y visibilidad con la comunidad y el electorado, desconociendo el derecho a la igualdad, y afectando a los demás candidatos de las elecciones para congreso del año 2018.”*

⁸ Al efecto realizó un estudio detallado de cada situación presentada en los estudios previos que, a su juicio, evidenciaban la gestión del demandado.

⁹ Para sustentar su dicho citó: Consejo de Estado, sección Quinta, sentencia del 3 de agosto de 2015, radicación 11001-03-28-000-2015-00051 MP. Lucy Jeannette Bermudez y Consejo de Estado, Sección Quinta, sentencia del 9 de marzo de 2017, radicación 55001-23-33-000-2016-00099-02 MP. Carlos Moreno Rubio.





1.7.2 El congresista elegido

A través de apoderado judicial, el señor Antanas Mockus alegó de conclusión en similares términos a los expuestos en la contestación de la demanda. En este sentido, insistió en que:

1.7.2.1 No se demostró que hubiese intervenido personal o activamente ante entidades públicas en diligencias o actuaciones tendientes a obtener cualquier interés o beneficio, razón por la que no era posible entender acreditada la causal de gestión de negocios. En especial, porque: i) las inhabilidades tienen que tener origen en los actos de la persona natural y no de una persona jurídica, de forma que no se pueden confundir con los actos efectuados por CORPOVISIONARIOS y en especial con los adelantados por el director ejecutivo de esa organización; ii) los actos llevados a cabo por la citada entidad sin ánimo de lucro fueron ejecutados por el director ejecutivo en razón de la delegación de funciones efectuada por el Presidente y iii) el hecho de ser presidente no equivale a ejercer activa y personalmente actividades para obtener beneficios.

1.7.2.2 No se configuró la inhabilidad de celebración de contratos, habida cuenta que está demostrado que no suscribió los contratos a los que alude la parte actora, para lo cual insistió en que hace más de 10 años renunció a ejercer la representación legal de CORPOVISIONARIOS, ya que la delegó en el Director Ejecutivo de la corporación de conformidad con la Resolución N° 1 del 4 de septiembre de 2006 que fue reconocida y aceptada por las entidades públicas contratantes.

1.7.2.3 Los demandantes confunden las reglas establecidas para inscripción en el registro mercantil de los representantes legales, con los actos de delegación de funciones que, según los términos de los estatutos, es una facultad unilateral del representante legal. En este sentido indicó que no se logró demostrar que el demandado suscribió los contratos a los que alude la parte actora, comoquiera que en el año 2006 aquel delegó sus funciones de representación al director ejecutivo de la corporación, y por consiguiente, no adelantó ninguna actividad relacionada con diligencias, visitas, mensajes o reuniones que pudieran ser indicativos de su personal intervención en la celebración de contratos.

Indicó que las pruebas no probaban la inhabilidad endilgada y que en todo caso estas deberían valorarse de forma restrictiva de acuerdo a lo establecido para la inhabilidad. En especial frente a la certificación allegada al proceso por la Cámara de Comercio en donde consta que Resolución n° 01 de 2006 no se registró, adujo que no podía concluirse que la “delegación” careciera de validez jurídica o que esta estuviese prohibida en la legislación mercantil.





Finalmente, sostuvo que para entender acreditada la inhabilidad debía demostrarse de manera indudable, incuestionable e inobjetable la real y activa participación en la gestión y no por interpuesta persona como pretenden los demandantes.

1.7.3 EI CNE

En sus alegatos, dicha autoridad volvió a describir la actuación administrativa que respecto a la elección del demandado se surtió en esa entidad y reiteró que en ese momento no se encontró plena prueba de la inhabilidad, pero que en todo caso acatarían la decisión que se profiriera dentro del proceso de la referencia.

8. Concepto del Ministerio Público

La Procuradora 7° Delegada ante el Consejo de Estado, solicitó que se negaran las pretensiones de la demanda.

Para fundamentar su petición el Ministerio Público en primer lugar definió la inhabilidad de gestión negocios como la *“realización de actividades directa e inequívocamente encaminadas a proponerle expresamente a una entidad la celebración específica de determinados negocios, bajo condiciones concretas que le permitan al destinatario sopesar las ventajas que le reportaría aceptar el negocio (...).”* Paso seguido aludió a la inhabilidad en la modalidad de celebración de contratos y señaló que esta esta ceñida a la celebración, entendida como la concreción del negocio jurídico que genera obligaciones entre las partes.

8.1 Con fundamento en estas definiciones abordó el caso concreto y coligió que aunque estaba demostrado que las entidades públicas decidieron contratar con CORPOVISIONARIOS en razón de la participación del señor Antanas Mockus, lo cierto era que por esa circunstancia no podía predicarse que aquel gestionó negocios tal y como lo exige el numeral 3° del artículo 179 Superior.

Lo anterior, toda vez que la jurisprudencia reiterada y pacífica de esta corporación ha concluido que la gestión implica la realización por parte del gestor de actividades directa e inequívocamente encaminadas a la proposición del negocio jurídico; sin que del acervo probatorio se desprendiera que el demandado adelantó esa clase de actividades.

En este contexto, señaló que pese a que *“no se discute que posiblemente el nombre de Mockus Sivickas motivó a la Agencia de Cundinamarca para la Paz y el Posconflicto y la UAESP a suscribir convenios con la fundación que este presidía. Sin embargo esa circunstancia no fue la que el constituyente proscribió (...).”* Por ello, para la vista fiscal el presidir o ser cabeza visible de una determinada entidad, así como el contar con cierto prestigio o experiencia no puede entenderse como una gestión efectiva en los términos inhabilitantes, pues ello derivaría en una mutación de la inhabilidad.





Indicó que de las pruebas obrantes en el expediente se desprendía que quien adelantó todas las gestiones para la suscripción efectiva de los contratos fue el señor Henry Samuel Murrain sin que la mención del nombre del demandado se pudiera entender como un acto positivo e inequívoco para permitiera tener como acreditada esta conducta.

8.2 Por su parte, respecto a la celebración de contratos, la delegada de la Procuraduría indicó que estaba demostrado que los contratos los suscribió el señor Henry Samuel Murrain en su calidad de Director Ejecutivo de CORPOVISIONARIOS; aspecto que sería suficiente para negar el cargo por esa circunstancia.

Sin embargo, como el reproche de los demandantes estaba relacionado con la representación legal de la citada corporación, la vista fiscal conceptuó sobre esta situación y concluyó que en los estatutos de la referenciada persona jurídica se observaba que su representación podía ser ejercida por el director ejecutivo, de forma que si bien en el certificado de existencia y representación se lee que el demandado era presidente de CORPOVISIONARIOS, lo cierto es que según la Resolución N° 1° de 4 de septiembre de 2006 la representación fue delegada en el director ejecutivo.

Por lo anterior, concluyó que no resultaba acertado asegurar que para efectos de la suscripción de los convenios a los que se refieren los demandantes era el señor Mockus quien ejercía la representación legal de la fundación, ya que eso contradecía la delegación que, además no fue refutada o controvertida. En este orden de ideas, señaló que el certificado de existencia y representación legal, únicamente, daba cuenta el demandado era presidente de CORPOVISIONARIOS lo cual no constituía plena prueba de que aquel ejercía la representación de la corporación, ni menos que adelantó gestiones para concretar la celebración de convenios.

2. CONSIDERACIONES DE LA SALA

2.1. Competencia

De conformidad con lo establecido en el numeral 3° del artículo 149 del CPACA¹⁰ y en el artículo 13 del Acuerdo 58 de 1999 proferido por la Sala Plena del Consejo de Estado, esta Sala es competente para conocer en única instancia del proceso de la referencia, toda vez que, las demandas atacan la legalidad de los actos a través del

¹⁰ ARTÍCULO 149. COMPETENCIA DEL CONSEJO DE ESTADO EN ÚNICA INSTANCIA: “El Consejo de Estado, en Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, por intermedio de sus Secciones, Subsecciones o Salas especiales, con arreglo a la distribución de trabajo que la Sala disponga, conocerá en única instancia de los siguientes asuntos (...) 3° **De la nulidad del acto de elección del Presidente y el Vicepresidente de la República, de los Senadores, de los Representantes a la Cámara, de los Representantes al Parlamento Andino, del Alcalde Mayor de Bogotá, de los miembros de la Junta Directiva o Consejo Directivo de las entidades públicas del orden nacional, de los entes autónomos del orden nacional y de las Comisiones de Regulación**”





cual se eligió al señor **Aurelijus Rutenis Antanas Mockus Sivickas** como Senador de la República para el período 2018-2022.

2.2. El acto acusado

Se tiene como tal la Resolución N° 1596 de 19 de julio de 2018 y el formulario E-26SEN visible a: i) folios 7-14 del expediente 2018-80; ii) documento digital del disco compacto visible a folio 24 del expediente 2018-130 y iii) folios 23-37 expediente 2018-127.

2.3. Problema jurídico

Conforme con la fijación del litigio corresponde a esta Sala de decisión establecer si:

1. ¿El señor Antanas Mockus se encuentra incurso en la causal de inhabilidad prevista en el numeral 3° del artículo 179 Superior por la gestión de negocios ante entidades públicas. Específicamente, por la gestión de: i) El convenio de asociación N° 10 de noviembre de 2017 celebrado entre la Agencia de Cundinamarca para la Paz y el Posconflicto y Corpovisionarios y ii) El convenio de asociación N° 566 de 10 de noviembre de 2017 suscrito entre la UAESP y la referida corporación?

2. ¿El señor Antanas Mockus se encuentra incurso en la causal de inhabilidad prevista en el numeral 3° del artículo 179 Superior por la celebración de contratos. Específicamente, por la celebración de: i) El convenio de asociación N° 10 de noviembre de 2017 celebrado entre la Agencia de Cundinamarca para la Paz y el Posconflicto y Corpovisionarios y ii) El convenio de asociación N° 566 de 10 de noviembre de 2017 suscrito entre la UAESP y la referida corporación?

Para absolver estos cuestionamientos y por efectos metodológicos el análisis se realizará de la siguiente manera: en primer lugar, se expondrá una cuestión previa respecto al presunto acaecimiento de la cosa juzgada; en segundo lugar, se expondrá de manera general las finalidades de la inhabilidad objeto de estudio, así como sus distintas modalidades; para finalmente, examinar el caso concreto.

2.4 Respecto a la materialización de la cosa juzgada

No escapa a esta Sección, que en esta Corporación además del proceso de la referencia cursa demanda de pérdida de investidura contra el señor Antanas Mockus, la cual se funda en similares supuestos fácticos y jurídicos a los que aquí se analizarán. En este contexto, antes de examinar las inhabilidades endilgadas al demandado corresponde establecer si es viable dar aplicación al parágrafo del artículo 1° de la Ley 1881 de 2018, el cual dispone:

“ARTÍCULO 1o. *El proceso sancionatorio de pérdida de investidura es un juicio de responsabilidad subjetiva. La acción se ejercerá en contra de los Congresistas que, con su*





conducta dolosa o culposa, hubieren incurrido en una de las causales de pérdida de investidura establecidas en la Constitución.

Se observará el principio del debido proceso, conforme al artículo 29 de la Constitución Política.

PARÁGRAFO. *Se garantizará el non bis in ídem. Cuando una misma conducta haya dado lugar a una acción electoral y a una de pérdida de investidura de forma simultánea, el primer fallo hará tránsito a cosa juzgada sobre el otro proceso en todos los aspectos juzgados, excepto en relación con la culpabilidad del Congresista, cuyo juicio es exclusivo del proceso de pérdida de investidura. En todo caso, la declaratoria de pérdida de investidura hará tránsito a cosa juzgada respecto del proceso de nulidad electoral en cuanto a la configuración objetiva de la causal.” (Negritas fuera de texto)*

Según la norma en cita cuando una conducta de lugar tanto a la pérdida de investidura como a la nulidad electoral, el primer fallo que se produzca en alguno de estos medios de control hará tránsito a cosa juzgada -en lo compatible- respecto del otro. Así las cosas y como la presunta inhabilidad del señor Antanas Mockus dio origen tanto a una demanda de nulidad electoral como a una de pérdida de investidura es menester establecer si debe decretarse el acaecimiento de esta situación.

Consultado el Sistema de Gestión Judicial Siglo XXI se encontró que el día 19 de febrero de 2019, la Sala especial de pérdida de investidura del Consejo de Estado profirió sentencia de primera instancia dentro del radicado N° 11001-03-15-000-2018-02417-00 (acumulado) adelantado contra el señor Antanas Mockus, la cual fue notificada a las partes el día 4 de marzo de 2019. Igualmente, en dicho sistema consta que los accionantes presentaron recurso de apelación contra esa decisión, el cual fue concedido el día 20 de marzo de 2019¹¹ y fue admitido el 29 de ese mismo mes y año, sin que a la fecha se encuentre resuelto¹².

En este contexto, la Sala estima que no es posible decretar la ocurrencia de la cosa juzgada en el caso de la referencia, comoquiera que la sentencia antes aludida aún no se encuentra en firme, toda vez que la pérdida de investidura está a la espera de la resolución del recurso de apelación presentado.

Debe recordarse que la cosa juzgada presupone la existencia de una sentencia en firme y debidamente ejecutoriada, ya que solo en ese escenario puede predicarse que determinado caso ya fue objeto de “juicio por parte de un tribunal con competencia para ello y en aplicación de las normas procedimentales y sustantivas pertinentes.”¹³

¹¹Información disponible en: http://anterior.consejodeestado.gov.co/testmaster/nue_actua.asp?numero=1100103150002018024170 Q consultado el 8 de abril de 2019.

¹² Información disponible en http://anterior.consejodeestado.gov.co/testmaster/nue_actua.asp?mindice=20182417 con el número de radicación 11001-03-15-000-2018-02417-01. Consultado el 8 de abril de 2019.

¹³ Corte Constitucional Sentencia C-462 de 2013 reiterado en sentencia C-007 de 2016.





Así lo ha reconocido el máximo tribunal constitucional al definir este principio, en los siguientes términos:

“La cosa juzgada es una cualidad inherente a las sentencias ejecutoriadas, por la cual aquéllas resultan inmutables, inimpugnables y obligatorias, lo que hace que el asunto sobre el cual ellas deciden no pueda volver a debatirse en el futuro, ni dentro del mismo proceso, ni dentro de otro entre las mismas partes y que persiga igual objeto. Como institución, la cosa juzgada responde a la necesidad social y política de asegurar que las controversias llevadas a conocimiento de un juez tengan un punto final y definitivo, a partir del cual la sociedad pueda asumir sin sobresaltos la decisión así alcanzada, destacándose la sustancial importancia para la convivencia social al brindar seguridad jurídica, y para el logro y mantenimiento de un orden justo, que pese a su innegable conveniencia y gran trascendencia social no tiene carácter absoluto.”¹⁴

En consecuencia, como en el caso concreto la sentencia que resolvió la pérdida de investidura está a la espera de que se resuelva la segunda instancia y, por ende, no se encuentra ejecutoriada, es claro para la Sala Electoral que no puede predicarse la existencia de la cosa juzgada lo que en efectos prácticos significa que es totalmente viable para esta Sección examinar de fondo el asunto de la referencia.

En otras palabras, como a la fecha no existe sentencia en firme que obligue a la Sala Electoral a estarse a lo resuelto en la pérdida de investidura, la Sección Quinta está facultada para proceder al análisis de las inhabilidades endilgadas al demandado con total autonomía.

2.5. La inhabilidad contemplada en el numeral 3° del artículo 179 Constitucional

El régimen de inhabilidades contemplado en la Constitución busca limitar el derecho a elegir y ser elegido con el propósito de salvaguardar otros derechos y principios transversales al Estado Democrático de Derecho tales como la igualdad y la transparencia. Especialmente, para precaver que los negocios con el Estado pudieran erigirse como catapulta de los candidatos que los gestionaren o celebraren, el Constituyente previó la inhabilidad mayoritariamente conocida como “*gestión de negocios o celebración de contratos*” en los siguientes términos:

“ARTICULO 179. *No podrán ser congresistas:*

(...)

3. *Quienes hayan intervenido en gestión de negocios ante entidades públicas, o en la celebración de contratos con ellas en interés propio, o en el de terceros, o hayan sido representantes legales de entidades que administren tributos o contribuciones parafiscales, dentro de los seis meses anteriores a la fecha de la elección.*

¹⁴ Corte Constitucional Sentencia C-522 de 2009.





(...)

Las inhabilidades previstas en los numerales 2, 3, 5 y 6 se refieren a situaciones que tengan lugar en la circunscripción en la cual deba efectuarse la respectiva elección. La ley reglamentará los demás casos de inhabilidades por parentesco, con las autoridades no contemplados en estas disposiciones.

Para los fines de este artículo se considera que la circunscripción nacional coincide con cada una de las territoriales, excepto para la inhabilidad consignada en el numeral 5.”

La jurisprudencia ha justificado la existencia de esta inhabilidad “de una parte, en la necesidad de evitar que el particular que gestiona o celebre el negocio, saque provecho de su aspiración popular para obtener un tratamiento privilegiado ante la entidad pública destinataria de las gestiones y, de otra, que la persona se muestre frente a la comunidad como una hábil negociadora de intereses con la Administración, en detrimento de la igualdad entre los candidatos a una elección popular”¹⁵.

Ahora bien, del tenor literal de la norma se desprende que dicha causal contiene en su redacción tres inhabilidades, de forma tal que, según esta disposición y a groso modo, no podrán ser elegidos Congresistas quienes:

- i) Hayan intervenido durante los seis meses anteriores a la elección en la gestión de negocios ante entidades públicas en interés propio o favor de terceros.
- ii) Durante ese mismo lapso [seis meses anteriores a la elección] hayan celebrado, con un interés propio o favor de terceros, contratos con entidades públicas.
- iii) En el citado término hayan ejercido como representantes legales de entidades que administren tributos o contribuciones parafiscales.

Específicamente, en las demandas se argumenta la materialización de los eventos consagrados en la primera y segunda parte del numeral 3º del artículo 179 Superior, esto es de la gestión y la celebración de contratos, de lo cual se ocupará la Sala a continuación:

2.6 Respecto de la celebración de contratos

Corresponde a la Sala analizar si el demandado se encuentra incurso en la inhabilidad de celebración de contratos conforme al problema jurídico antes fijado. Ahora bien, de

¹⁵ Consejo de Estado. Sección Quinta. Sentencia del 5 de marzo de 2012. Radicación N 11101-03-28-000- 2010-00025-00.MP. Alberto Yepes Barreiro reiterado en Consejo de Estado. Sección Quinta. Sentencia del 12 de marzo de 2015. Radicación N° 11101-03-28-000- 2014-00065-00.MP Alberto Yepes Barreiro.





la redacción se está inhabilidad se pueden extraer los siguientes elementos configurativos:

- i) Un **elemento temporal** limitado a los seis meses anteriores a la fecha de la elección.
- ii) Un **elemento material u objetivo** consistente en intervenir en la celebración de contratos con entidades públicas. Sobre el punto, la Sección ha establecido que aquella incluye la participación directa de las partes del contrato, es decir, para que se entienda configurada esta inhabilidad debe existir intervención directa y personal del candidato, es decir, debió haber participado en la celebración del negocio jurídico¹⁶. En este sentido, expresamente, se ha asegurado:

“La Sala ha entendido por intervención en la celebración de contratos “aquellas gestiones o actuaciones que indiquen una participación personal y activa en los actos conducentes a la celebración del mismo y permitan develar un claro interés sobre el particular”¹⁷. De esta manera, la intervención en la celebración de contratos comprende un concepto amplio que no solamente involucra a terceros que participan personal y activamente en las actividades precontractuales, sino también a las partes del contrato, en donde la participación personal se entiende directa.”^{18,19}

Asimismo, se ha señalado que la conducta prohibida es “celebrar”; por ello, actividades relacionadas con la ejecución y/o liquidación del contrato se entienden ajenas a la inhabilidad.

- iii) Un **elemento subjetivo** relacionado con el interés propio o de terceros. Es necesario acreditar que la intervención en el contrato estatal aportó beneficios patrimoniales o extra patrimoniales a sí mismo, es decir, al candidato o a terceros.

- iv) Un **elemento territorial**, el cual según el inciso final del artículo 179 Superior corresponde al lugar donde la situación acaeció.

Para entender materializada la inhabilidad **todos** estos elementos deben confluir en el caso concreto, razón por la que la ausencia de alguno de ellos impedirá la configuración de la conducta prohibida. En este contexto, corresponde a la Sala establecer si el demandado dentro de los 6 meses anteriores a la elección celebró contratos con entidades públicas de cualquier orden en beneficio personal o de terceros. Veamos:

¹⁶ En este sentido consultar, entre otras, Consejo de Estado, Sección Quinta, sentencia de 12 de marzo de 2015, radicación 1101-03-28-000-2014-00065-00, M.P. Alberto Yepes Barreiro y Consejo de Estado, Sección Quinta, sentencia del 25 de octubre de 2018, radicación 11001-03-28-000-2018-00018-00 MP. Lucy Jeannette Bermúdez.

¹⁷ Sentencia del 28 de septiembre de 2001, expediente 2674.

¹⁸ Sentencia del 19 de octubre de 2001, expediente 2654.

¹⁹ Consejo de Estado, Sección Quinta, sentencia de 12 de marzo de 2015, radicación 1101-03-28-000-2014-00065-00, M.P. Alberto Yepes Barreiro.





2.6.1 Pruebas Relevantes

Sobre esta inhabilidad obran en el expediente las siguientes pruebas relevantes:

- i. Copia del convenio de Asociación N° 10 de 9 noviembre de 2017 celebrado entre la Agencia de Cundinamarca para la Paz y el Posconflicto y CORPOVISIONARIOS²⁰.
- ii. Prorroga N° 001 al contrato de asociación celebrado entre CORPOVISIONARIOS y la Agencia de Cundinamarca para la Paz y el Posconflicto (sin fecha). A nombre de la corporación suscribe el señor Murrain Knudson²¹.
- iii. Prorroga N° 002 al contrato de asociación celebrado entre CORPOVISIONARIOS y la Agencia de Cundinamarca para la Paz y el Posconflicto suscrito el 26 de enero de 2018, a nombre de la corporación suscribe el señor Murrain Knudson²².
- iv. Copia del convenio de asociación N° 566 de 10 de noviembre de 2017 suscrito entre la UAESP y la referida corporación²³.
- v. Certificado de existencia y representación legal de CORPOVISIONARIOS del 12 de marzo de 2018²⁴ y del 5 de septiembre de 2017²⁵.
- vi. Estatutos de CORPOVISIONARIOS del 26 de enero de 2012- autenticados el 22 de mayo de 2018²⁶.
- vii. Copia de la Resolución de la presidencia de CORPOVISIONARIOS N° 1 de septiembre de 2006 *“por medio de la cual se delegan algunas funciones”*²⁷.
- viii. Copia de la Resolución de la presidencia de CORPOVISIONARIOS N° 3 de 10 de octubre de 2014 *“por la cual se modifica la resolución de presidencia N° 2 de junio 28 de 2007 en su artículo 1º, numeral 2º”*²⁸.
- ix. Certificación del 4 de febrero de 2019 allegada por la Cámara de Comercio de Bogotá respecto a los documentos registrados por CORPOVISIONARIOS en esa entidad²⁹.

²⁰ Folios 262-272 del expediente 2018-127, reiterado en los folios 6-16; 136 a 156 y 248-258 del cuaderno anexo 1.

²¹ Folios 158 a 161 Cuaderno Anexo 1 reiterado en folios 261-264 del Cuaderno Anexo 2.

²² Folios 305 a 308 del Cuaderno Anexo 2.

²³ Página 1 Documento Anexo N° 12 del disco compacto visible a folio 24 del expediente 2018-80

²⁴ Disco compacto folio 24 expediente 2018-130 y fls 38-43 exp 2018-80

²⁵ Folios 1026-1028 del Cuaderno Anexo 6

²⁶ Archivo N° 6 del disco compacto visible a folio 24 expediente 2018-130.

²⁷ Folio 108 del cuaderno anexo 1

²⁸ Folio 1030 del cuaderno anexo 6

²⁹ Folio 381





x. Acta de la Asamblea General de CORPOVISIONARIOS del 15 de marzo de 2016³⁰.

2.6.2 Análisis del caso concreto

Con fundamento en el acervo probatorio, la Sección examinará si los elementos que conforman la inhabilidad de celebración de contratos se encuentran acreditados:

2.6.2.1 El elemento objetivo

En los folios 262-272 del expediente 2018-127³¹ obra copia del convenio de Asociación N° 10 de 9 noviembre de 2017 celebrado entre la Agencia de Cundinamarca para la Paz y el Posconflicto y CORPOVISIONARIOS en el que se observa lo siguiente:

“entre los suscritos a saber ROBERTO MOYA ANGEL (...), en calidad de Gerente General de la Agencia de Cundinamarca (...) que en adelante se denominara: LA AGENCIA, y de otra parte el señor Henry Samuel Murrain Knudson (...) quien obra en nombre y representación de la Corporación Visionarios por Colombia (...) autorizado para suscribir este convenio, y que en adelante se denominará CORPORACIÓN VISIONARIOS POR COLOMBIA”

Igualmente, según consta en el punto N° 3 del convenio, el valor total del mismo ascendió a \$ 428.571.429 pesos y en la parte de firmas del contrato se lee:

Para todos los efectos legales y fiscales, las partes acuerdan fijar como domicilio contractual la ciudad de Bogotá, D.C.
Para constancia se firma en Bogotá D.C., a los **09 NOV 2017**.

| | |
|---|---|
| Por la Agencia de Cundinamarca para la Paz y el Postconflicto: | Por La Corporación Visionarios por Colombia - CORPOVISIONARIOS |
|  |  |
| ROBERTO MOYA ANGEL Gerente General | HENRY SAMUEL MURRAIN KNUDSON Director Ejecutivo de la Corporación |

Proyección: Claudia Cecilia Ramirez Ramos
Revisó: Nasty Raquel Ramos - Asesora
Pavón: John Pablo - Subsecretario Técnico

Asimismo, según las pruebas documentales antes enlistadas, está demostrado que este convenio se prorrogó en dos oportunidades y que en ambas ocasiones actuó, a nombre de la corporación, el señor Murrain Knudson³².

³⁰ Pág. 5 Archivo N° 5 de la documentación enviada por la Cámara de Comercio de Bogotá visible en el CD visible a folio 382.

³¹ Reiterado en los folios 6-16; 136 a 156 y 248-258 del cuaderno anexo 1.

³² Folios 158 a 161 Cuaderno Anexo 1 reiterado en folios 261-264 del Cuaderno Anexo 2.





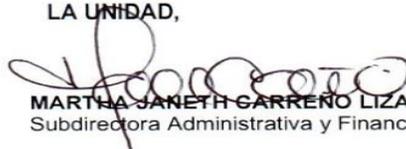
Radicado: 11001-03-28-000-2018-00080-00 (acumulado)
Demandante: José Manuel Abuchaibe y otros

Por su parte, en los folios 1232-1238 del Cuaderno Anexo 7 obra copia del convenio de asociación N° 566 de 10 de noviembre de 2017 suscrito entre la UAESP y CORPOVISIONARIOS en el que se lee:

“ Entre los suscritos a saber, MARTHA JANETH CARREÑO LIZARAZO, identificada con (...) en su condición de subdirectora administrativa y financiera de la Unidad Administrativa Especial de Servicios Públicos (...) obrando en nombre y representación de la unidad (...) y estando debidamente facultada para la celebración del presente convenio de asociación (...) quien para efectos del presente convenio se denominara la UNIDAD, y de otra parte, CORPORACION VISIONARIOS POR COLOMBIA identificada con NIT 830093146-6, la cual se encuentra representada legamente por HENRY SAMUEL MURRAIN KNUDSON identificado (...) quien se denominará el ASOCIADO, hemos convenido suscribir el presente convenio de asociación”.

Frente el precio, en la cláusula cuarta del referido convenio se pactó como valor la suma de \$ 671.943.127. Asimismo, se observa que este documento fue signado así:

DÉCIMA OCTAVA – LUGAR DE EJECUCIÓN Y DOMICILIO: El domicilio contractual será la ciudad de Bogotá, D
En constancia se firma el presente convenio en Bogotá D. C., el 10 NOV. 2017

LA UNIDAD,

MARTHA JANETH CARREÑO LIZARAZO
Subdirectora Administrativa y Financiera

EL ASOCIADO,

HENRY SAMUEL MURRAÍN KNUDSON
Representante legal de
CORPORACIÓN VISIONARIOS POR COLOMBIA

Bajo este panorama probatorio, para la Sala está plenamente demostrado, de un lado, que CORPOVISIONARIOS celebró dos convenios de asociación con entidades públicas a saber: Agencia de Cundinamarca para la Paz y el Posconflicto y la UAESP y, de otro, que los citados convenios fueron suscritos a nombre de la ESAL por el señor Henry Samuel Murrain.

Por supuesto, los convenios de asociación³³ los cuales son “*un acuerdo entre una entidad sin ánimo de lucro y una Entidad Estatal para el desarrollo conjunto de actividades en relación con los cometidos y funciones que les asigna la ley a las Entidades Estatales*”³⁴, pese a sus especiales características³⁵, se entienden como contratos estatales no solo porque se

³³ Los cuales tienen sustento en el artículo 355 de la Constitución, el artículo 96 de la Ley 489 de 1998 y el Decreto 092 de 2017.

³⁴ Disponible en <https://www.colombiacompra.gov.co/content/mitos-y-verdades-de-la-aplicacion-del-decreto-092-de-2017> consultado el 18 de marzo de 2019.

³⁵ En la guía expedida por Colombia Compra Eficiente, en virtud de lo ordenado por el Decreto 092 de 2017, al respecto se colige: “*La contratación con entidades privadas sin ánimo de lucro y de reconocida idoneidad de que trata el artículo 355 de la Constitución Política reglamentada por el Decreto 092 de 2017 es una contratación especial que procede exclusivamente en los casos previstos en tales normas. Esta contratación tiene origen en la necesidad de continuar con el apoyo de las Entidades Estatales a actividades benéficas en el nuevo marco constitucional sin auxilios parlamentarios.*” Disponible en https://www.colombiacompra.gov.co/sites/cce_public/files/cce_documents/cce_quia_esal.pdf consultado el 21 de marzo de 2019





trata de un negocio jurídico celebrado entre un particular y el Estado, lo que de suyo lo convierte en un contrato estatal, sino porque, además, por disposición legal le son aplicables, en ciertos eventos, las normas de la Ley 80 de 1993³⁶.

En otras palabras, está acreditada la celebración del contrato estatal por parte de CORPOVISIONARIOS.

Ahora bien, recuérdese que, además, de lo que resultó probado, todas las partes dieron por cierto que los contratos se suscribieron, en representación de la corporación, por el señor Henry Samuel Murrain y no por el demandado, solo que de esa circunstancia cada sujeto procesal arribó a una conclusión distinta.

Así, en términos generales, para la parte actora el elemento objetivo de la inhabilidad no se desvirtúa por el hecho de que el contrato no haya sido firmado por el demandado, pues en todo caso en el expediente consta que el representante legal de CORPOVISIONARIOS era el señor Antanas Mockus sumado a que su nombre aparece reiteradamente en los estudios previos que precedieron la celebración de los citados negocios jurídicos; en contraposición, la parte demandada insistió no solo en que materialmente no celebró el contrato, sino en que, además, desde el año 2006 “delegó” la facultad de representación en el director ejecutivo y por eso la inhabilidad no se materializó.

En consecuencia, atañe a la Sección determinar cuál de las citadas posiciones debe privilegiarse, y por consiguiente, establecer si pese a que el demandado no suscribió materialmente los aludidos convenios se encuentra incurso en la causal de inhabilidad de celebración de contratos. Para el efecto, se desarrollará el siguiente esquema; **en primer lugar**, se analizará lo relativo a las personas jurídicas sin ánimo de lucro, así como la forma en la que estas actúan; **en segundo lugar**, se ahondará en el caso concreto, acápites en el que se examinará: i) quién es el representante legal de CORPOVISIONARIOS y ii) cuáles son los alcances de la “delegación” a la que alude el demandado; para **finalmente**, exponer una conclusión.

Antes de proceder con el esquema antes enunciado, estima la Sala necesario precisar que la tesis de los demandantes, según el cual debe concluirse que el elemento objetivo de la inhabilidad está demostrado, debido a que en los estudios previos se hace alusión al nombre del demandado no es de recibo, toda vez que la conducta proscrita en la Constitución es la de “celebrar” la cual, tratándose los contratos estatales³⁷, acaece cuando existe acuerdo sobre el objeto y el precio y ese convenio se eleva por escrito, sin que para ese momento tengan incidencia los actos previos o precontractuales³⁸.

³⁶ Así lo disponen los artículos 6,7 y 8 del Decreto 092 de 2017.

³⁷ Artículo 39 y 41 Ley 80 de 1993.

³⁸ El artículo 8 del Decreto 092 de 2017 determina que a los convenios de asociación se les aplicarán las disposiciones generales del Estatuto General de Contratación Administrativa de las Entidades





Por ello, para entender acreditada la inhabilidad prevista en el numeral 3º del artículo 179 Superior en la modalidad de celebración de contratos no es necesario ahondar en los actos previos o posteriores al contrato, pues aquellos escapan de la órbita de la conducta proscrita.

2.6.2.1.1 Las personas jurídicas de derecho privado y su representante legal

Decantado lo anterior, es menester examinar, de manera general, lo relacionado con las personas jurídicas o morales de derecho privado, comoquiera que en el caso objeto de estudio fue una de estas entidades la que celebró los convenios que, a juicio de los demandantes, dieron origen a la inhabilidad endilgada.

Como señala el profesor Karl Larenz no es casual que el primer título del Código Civil se refiera precisamente a las “*personas*” tanto naturales como jurídicas como posibles portadores de derechos subjetivos y deberes jurídicos³⁹ pues están son la base del desarrollo civil y comercial de la sociedad.

Sabido es que las personas jurídicas son una ficción⁴⁰ diseñada por el ordenamiento jurídico, a través del cual se permite crear un ente separado de los miembros que lo integran, de forma que cuenta con derechos, obligaciones, capacidad, domicilio y patrimonio autónomo e independiente. Se trata, según palabras de Angarita de “*un sujeto de derecho distinto de la persona humana o física y con existencia real aunque colectiva*”⁴¹.

Por ello, en términos generales y sin ahondar en las discusiones doctrinales que existen sobre su concepción y existencia, se entienden como tal las asociaciones de personas u organizaciones “*creadas para conseguir un fin determinado, provistas de un patrimonio dedicado a esa finalidad*”⁴² que en todo caso tienen la calidad de sujeto de derechos, “*ósea la capacidad para ser sujeto activo o pasivo de las normas jurídicas, especialmente de los derechos y consecuencias jurídicas*”⁴³.

Públicas, salvo en lo específicamente regulado en esa normativa, razón por la que es aplicable remitirse a lo reglado en la Ley 80 respecto al perfeccionamiento del contrato estatal.

³⁹ Larenz Karl, *Derecho Civil: Parte General*. Editorial Revista de Derecho Privado. Edersa. Munich. 1978. Pág. 44.

⁴⁰ Según la doctrina existen varias teorías respecto a cómo deben entenderse las personas jurídicas. Se encuentra, por un lado, la teoría de la ficción -Savigny-, según la cual la persona jurídica existe por una ficción y de otro, la teoría de la realidad, según la cual la personalidad jurídica de los entes colectivos es una realidad. Para algunos autores, pese a que la tesis de la ficción no es del todo completa, lo cierto es que el Código Civil colombiano, inspirado en el de Andres Bello acogió esta tesis, ya que así, expresamente se plasmó en dicha codificación. Al respecto consultar: Angarita Gómez, Jorge. *Lecciones de Derecho Civil*. Editorial Temis. Cuarta Edición. 1994. Pág. 84 y Aterthoua Ochoa, Julio. *Dimensión Institucional de la Persona Jurídica en el Derecho Colombiano*. Revista de Derecho Privado. N° 8 Universidad Externado de Colombia. 2005. Pág.52.

⁴¹ Angarita Gómez, Jorge. *Lecciones de Derecho Civil*. Editorial Temis. Cuarta Edición. 1998. Pág. 54.

⁴² Larenz Kar. Ob. Cit. Pág. 166.

⁴³ Aterthoua Ochoa, Julio. *Dimensión Institucional de la Persona Jurídica en el Derecho Colombiano*. Revista de Derecho Privado. N° 8 Universidad Externado de Colombia. 2005. Pág.49.





En este sentido, el artículo 633 del Código Civil colombiano dispuso:

“ARTICULO 633. <DEFINICION DE PERSONA JURIDICA>. Se llama persona jurídica, una persona ficticia, capaz de ejercer derechos y contraer obligaciones civiles, y de ser representada judicial y extrajudicialmente.

Las personas jurídicas son de dos especies: corporaciones y fundaciones de beneficencia pública.

Hay personas jurídicas que participan de uno y otro carácter.”

Según su naturaleza, las personas jurídicas pueden ser privadas o públicas⁴⁴; según su finalidad puede tener ánimo de lucro, caso en el que se materializan mediante el contrato de sociedad y se rigen por el Código de Comercio o sin ese ánimo; evento en el que se erigen como entidades privadas de carácter netamente civil⁴⁵.

Ahora bien, diversas han sido las tesis respecto a la forma en la que las personas jurídicas pueden ejercer su capacidad. Enumeremos, someramente, algunas de estas:

Desde la teoría de la ficción, que es la que acoge el Código Civil⁴⁶, las personas jurídicas no existen físicamente, y por ende, no puede asegurarse que tiene capacidad, por consiguiente, *“bajo esta teoría las personas jurídicas son en sí incapaces de obrar; por lo tanto, la persona jurídica debe estar representada en la misma forma que un incapaz”*⁴⁷.

Por su parte, la teoría organicista, parte de la base de que la *“persona colectiva es un organismo real en que los elementos vivientes son los individuos que concurren a formarlo mediante la asociación. Ese organismo es tan real como cada una de sus partes y está dotado de un alma colectiva distinta de la de cada uno de sus miembros”*⁴⁸ Por ello, en lo que atañe a la representación Gierke sostiene:

“La persona colectiva o jurídica quiere y obra por medio de órganos. De la misma manera que la persona física manifiesta su actividad por la cooperación de sus órganos corporales,

⁴⁴ Larenz las personas jurídicas de derecho privado se diferencian de las de derecho público, porque las primeras tienen como fundamento un acto fundacional jurídico- privado, es decir, con intervención de terceros y particulares, en tanto el origen de las segundas se funda en la ley o su equivalente.

⁴⁵ De acuerdo a la Confederación Colombiana de ONG son entidades sin ánimo de lucro, y sin pretender realizar una lista taxativa, las siguientes: las juntas de acción comunal, los fondos de empleados, entidades de naturaleza cooperativa, asociación mutuales, entidades ambientalistas, entidades científicas, tecnológicas, culturales o investigativas, asociaciones agropecuarias y campesinas, entes gremiales, asociaciones profesionales o juveniles, corporaciones, asociaciones y fundaciones, entre otras. Tomado de Confederación Colombiana de ONG. *Lo que hay que saber de las entidades sin ánimo de Lucro*, Bogotá, 2016. Disponible en https://ccong.org.co/files/728_at_Lo%20que%20hay%20que%20saber%20de%20las%20ESAL,%20agosto%20de%202016.pdf consultado el 18 de marzo de 2019.

⁴⁶ Valencia Zea Arturo, Ortiz Monsalve Alvaro. *Derecho Civil. Tomo I. General y Personas*. Editorial Temis. 2006. Pág. 470

⁴⁷ Aterthoua Ochoa. Ob.cit. pág.52.

⁴⁸ Aterthoua Ochoa. Ob.cit. pág.55.





*así la persona jurídica expresa su voluntad y la realiza mediante sus órganos. La voluntad del órgano no es la del representante, sino la propia voluntad de la persona colectiva*⁴⁹.

Desde esta teoría, la voluntad de la persona jurídica esta vertida en los estatutos y será representada por los órganos que en ese documento se disponga.

Finalmente, la teoría de la organización entiende la persona jurídica, precisamente como una organización *“esto es, la reunión o disposición determinada para el fin, pensada como sujeto; en las corporaciones esta organización es la totalidad de los miembros reunida para un objeto común, y en las fundaciones una institución jurídica para un cierto fin. Las personas jurídicas, pues, son organizaciones reconocidas como sujetos de derechos y de voluntad.”*⁵⁰ En este contexto, la capacidad jurídica está ligada a la reunión y organización.

Ahora bien, podría sostenerse que el derecho colombiano se establece, si se quiere, un sistema mixto entre la teoría de la ficción y la teoría organicista, puesto que si bien el Código Civil habla de la representación, también se ha exaltado la voluntad de la persona jurídica vertida en los estatutos.

En efecto, el Código Civil colombiano acogiendo la tesis de la ficción determinó que para que las personas jurídicas, independiente de su finalidad, pudieran ejercer todos los atributos que la ley le confirió necesitaban, indefectiblemente, de un representante o vocero que encarnara los intereses y derechos de la persona moral. Por ello, en el artículo 639 del C.C se dispuso.

“Las corporaciones son representadas por las personas autorizadas por las leyes o las ordenanzas respectivas, y a falta de una y otras, por un acuerdo de la corporación que confiera este carácter.”

De la norma en cita se colige que para la legislación civil colombiana, la persona jurídica se representa a través de una persona natural- Representante Legal-, que personifica la capacidad de goce y de obrar otorgada a la organización; por consiguiente, el referido sujeto, en esa condición, no solo representa en todos los ámbitos a la persona moral sino que, además, puede contraer obligaciones a su nombre. Se trata de una figura, a través de la cual las actividades de la persona natural se entienden imputadas a la persona jurídica, siempre y cuando se halle dentro de la competencia estatutaria concedida⁵¹.

Asimismo, el dispositivo antes transcrito dispone que adquiere la calidad de representante legal bien la persona autorizada por la ley o bien aquella a los que los miembros de la persona jurídica les confieran tal carácter. Quiere decir lo anterior que,

⁴⁹ Citado en Valencia Zea Arturo, Ortiz Monsalve. Ob. Cit. Pág. 475.

⁵⁰ Aterthoua Ochoa. Ob.cit. pág.62.

⁵¹ Larenz. Ob. Cit. Pág. 169.





es a los integrantes de la corporación a quienes les corresponde determinar a quién o a quienes les otorga dicha calidad, es decir, el ordenamiento jurídico reconoce que para establecer en cabeza de quien recae la representación de la persona jurídica es necesario acudir a la voluntad de los miembros de la persona jurídica vertida en los estatutos.

Esta autorización es la materialización de la teoría del órgano según la cual la capacidad de obrar de a persona jurídica se exterioriza por conducto de sus órganos, entendido *“como una o varias personas físicas autorizadas por los estatutos para expresión una voluntad: la de la persona jurídica”*⁵².

Ahora bien, lo referente a la representación de la persona jurídica es de suma importancia para establecer las condiciones en las que aquella ejercerá sus prerrogativas. Por ello, tratándose de las entidades sin ánimo de lucro, el artículo 40 del Decreto Ley 2150 de 1995 dispuso que la designación del representante legal es uno de los requisitos que debe contener la escritura pública o el documento privado a través del cual se pretenda constituir una ESAL.

Igualmente, de acuerdo a los artículos 42 y 43 ibídem lo relativo a la representación legal de la entidad sin ánimo de lucro es una de las informaciones que debe ser registrada en los órganos competentes a efectos de publicidad y oponibilidad a terceros, pues será dicho dato el que quedará registrado en el certificado que se constituirá como plena prueba de la representación legal de la entidad.

Finalmente, debe resaltarse que al tratarse de personas del derecho privado aquellas se rigen por el principio de la supremacía estatutaria⁵³, de forma que el alcance de la persona jurídica de acuerdo a su objeto, las facultades del representante, las formas de liquidación y disolución y demás temas propios de la entidad serán aspectos que deberán analizarse de acuerdo a la voluntad que sobre esos puntos vertieron sus integrantes en los estatutos correspondientes.

2.6.2.1.2 La representación legal de la entidad que suscribió los contratos estatales

El anterior estudio resulta de suma relevancia para resolver el problema jurídico que examina la Sala, no solo porque en el *sub examine* está demostrado que los contratos que, a juicio de los demandantes dan cuenta de la inhabilidad, fueron suscritos por una persona jurídica sin ánimo de lucro, sino porque, además lo que está en duda es si el demandado tenía la calidad representante legal de la ESAL que los celebró.

⁵² Valencia Zea Arturo, Ortiz Monsalve. Ob. Cit. Pág. 492-493

⁵³ Artículo 641 del Código Civil.





Sobre el punto, lo primero que debe precisarse es que esta Corporación tanto en nulidad electoral como en pérdida de investidura, en diversas oportunidades⁵⁴, ha señalado que si el otrora candidato, en representación de una persona jurídica, celebra contratos con entidades públicas, en los términos proscritos por la ley, estará incurso en la inhabilidad de celebración de contratos, sin que el hecho de actuar como representante legal sea una circunstancia que impida la configuración de la inhabilidad.

Quiere decir lo anterior, que la conducta prohibida no solo se configura por celebrar, dentro del periodo inhabilitante, el negocio jurídico como una persona natural, sino también al actuar como representante legal de una persona jurídica. De forma que si en dicha calidad se celebran contratos con entidades públicas se entiende que la inhabilidad estará plenamente demostrada.

a) La representación legal de CORPOVISIONARIOS

En el caso concreto, está acreditado que la entidad que celebró los contratos presuntamente inhabilitantes, esto es, CORPOVISIONARIOS es una persona jurídica sin ánimo de lucro, pues así se dispone en el artículo 2º de sus estatutos en los que, expresamente, se afirma “la entidad se constituye como una CORPORACIÓN sin ánimo de lucro de naturaleza civil”⁵⁵. Sin embargo, lo que está en duda es ¿quién era el representante legal de esa corporación?

Para absolver este cuestionamiento corresponde examinar, de un lado y conforme al principio de supremacía estatutaria propia de las personas jurídicas, los estatutos de CORPOVISIONARIOS, y de otro, el certificado de existencia y representación legal de esa entidad, comoquiera que según el artículo 43 del Decreto 2150 de 1995 aquel constituye **plena prueba** de esa situación. Veamos:

En el artículo 24 de los estatutos de la entidad lee:

*“Capítulo VI
Presidente*

Artículo 24. Funciones

1. Representar legal y socialmente a la corporación.

⁵⁴ Al efecto consultar: Consejo de Estado, Sección Quinta, sentencia del 29 de septiembre de 2005, radicado 15001-23-31-000-2003-03192-01 MP. Reinaldo Chavarro Buritica; Consejo de Estado, Sección Primera, sentencia del 27 de octubre de 2017, radicado: 25000-23-42-000-2015-06456-01 MP. Oswaldo Giraldo López; Consejo de Estado, Sección Primera, sentencia del 21 de mayo de 2009, radicado: 66001-23-31-000-2008-00208-01 MP. María Claudia Rojas Lasso; Consejo de Estado, Sección Primera, sentencia del 24 de mayo de 2018, radicado: 70001-23-33-000-2016-00274-01 MP. Roberto Augusto Serrato Valdés. Consejo de Estado, Sección Quinta, sentencia del 9 de marzo de 2017, radicación 500012333000201600099-02, CP. Carlos Enrique Moreno Rubio.

⁵⁵ Folio 1º del archivo N° 7 del disco compacto visible a folio 24 del expediente 2018-130.





2. *Presidir las reuniones de la sala general y del consejo directivo.*
3. *Presentar a la sala general en su reunión anual un informe de gestión, el balance y cuentas del ejercicio.*
4. *Velar por el cumplimiento de los estatutos, resoluciones y reglamento de la sala general y del consejo directivo.*
5. ***Delegar al director ejecutivo la representación legal de la corporación y las funciones que estime pertinentes para tramitar asuntos de carácter administrativo, contractual y laboral.***
6. *Constituir apoderados para toda clase de gestiones cuando lo considere pertinente.”*
(Resalta la Sección)

Igualmente, el artículo 25 de los estatutos respecto al nombramiento del director ejecutivo establece: ***“la corporación tendrá un director ejecutivo de libre nombramiento y remoción del consejo directivo, preferiblemente que tenga la calidad de miembro activo. El director ejecutivo podrá llevar la representación legal de la corporación por delegación del presidente, para efectos de tramitar asuntos de carácter administrativo, contractual y laboral”*** (resalta y subraya la Sala)

Y el artículo 26 ibídem, respecto a las funciones del director ejecutivo contempla:

“Las funciones y a atribuciones del director ejecutivo serán las que señale el consejo directivo y tendrá todos los derechos y obligaciones de un administrador general, de tesorero y ejercerá principalmente las siguientes funciones:

1. *Presentar anualmente al consejo directivo el plan de acción para el periodo inmediatamente siguiente, así como el presupuesto, el programa de inversión y demás propuestas para asegurar la adecuada gestión.*
2. *Someter al consejo directivo el nombramiento de funcionarios y proponer la remuneración correspondiente.*
3. *Administrar todos los bienes de la corporación.*
4. *Desempeñar la secretaría de la asamblea y del consejo directivo de la corporación.*
5. *Informar al consejo directivo sobre las contingencias de orden tributario, laboral e institucional que llegaren a presentarse.*
6. *presentar mensualmente al consejo directivo los resultados del plan de acción.*
7. *Las demás que le asigne el consejo directivo.”*





Por su parte, el certificado de existencia y representación legal de CORPOVISIONARIOS del 5 de septiembre de 2017, así como el del 12 de marzo de 2018⁵⁶ respecto a la representación legal de CORPOVISIONARIOS deja las siguientes constancias:

“CERTIFICA:

CONSTITUCIÓN: QUE POR ACTA DEL 27 DE JULIO DE 2001 OTORGADA EN ASAMBLEA CONSTITUTIVA, INSCRITA EN ESTA CÁMARA DE COMERCIO EL 10 DE OCTUBRE DE 2001 BAJO EL NÚMERO (...) DEL LIBRO I DE LAS ENTIDADES SIN ÁNIMO DE LUCRO FUE CONSTITUIDA LA ENTIDAD DENOMINADA CORPORACIÓN VISIONARIOS POR COLOMBIA.

(...)

CERTIFICA

REPRESENTACIÓN LEGAL: EL PRESIDENTE. EL DIRECTOR EJECUTIVO PODRÁ LLEVAR LA REPRESENTACIÓN LEGAL DE LA CORPORACIÓN, POR DELEGACIÓN DEL PRESIDENTE, PARA EFECTOS DE TRAMITAR ASUNTOS DE CARÁCTER ADMINISTRATIVO, CONTRACTUAL Y LABORAL. EN CASO DE AUSENCIAS TEMPORALES, EL CONSEJO DIRECTIVO ENCARGARA LA PERSONA QUE LO REEMPLAZARA.” (MAYÚSCULAS EN ORIGINAL)

Frente a los nombramientos y facultades del representante legal, el citado documento certifica que a 5 de septiembre de 2017 y a 12 de marzo de 2018: i) la presidencia de CORPOVISIONARIOS la ejercía el señor Antanas Mockus; ii) el director ejecutivo era el señor Henry Samuel Murrain y iii) el presidente de la corporación tenía las siguientes funciones:

“1. REPRESENTAR LEGAL Y SOCIALMENTE A LA CORPORACIÓN. 2. PRESIDIR LAS REUNIONES DE LA SALA GENERAL Y DEL CONSEJO DIRECTIVO. 3. PRESENTAR A LA SALA GENERAL EN SU REUNIÓN ANUAL UN INFORME DE GESTIÓN, EL BALANCE Y CUENTAS DEL EJERCICIO. 4. VELAR POR EL CUMPLIMIENTO DE LOS ESTATUTOS, RESOLUCIONES Y REGLAMENTO DE LA SALA GENERAL Y DEL CONSEJO DIRECTIVO. 5. DELEGAR AL DIRECTOR EJECUTIVO LA REPRESENTACIÓN LEGAL DE LA CORPORACIÓN Y LAS FUNCIONES QUE ESTIME PERTINENTES PARA TRAMITAR ASUNTOS DE CARÁCTER ADMINISTRATIVO, CONTRACTUAL Y LABORAL 6. CONSTITUIR APODERADOS PARA TODA CLASE DE GESTIONES CUANDO LO CONSIDERE PERTINENTE.” (MAYÚSCULAS EN ORIGINAL, RESALTA LA SALA)

Igualmente, obra en el expediente copia del acta de asamblea general de CORPOVISIONARIOS del 15 de marzo de 2016, la cual da cuenta que esa entidad decidió:

⁵⁶ Disco compacto folio 24 expediente 2018-130 y fls 38-43 exp 2018-80.



“Elección del presidente: La Sala General en pleno propone mantener en el cargo de presidente de la corporación a Antanas Mockus. Esta se aprueba se aprueba por unanimidad por parte de los miembros de la Sala General. En consecuencia, se decide la reelección del Dr. Antanas Mockus como Presidente de la corporación por un periodo de 2 años”⁵⁷.

Conforme al análisis de estas pruebas, para la Sala Electoral respecto a la representación legal de COPORVISIONARIOS es evidente que:

i) Quien ostenta la representación legal de CORPOVISIONARIOS es el presidente, pues así lo disponen expresamente sus estatutos. No de otra manera se explica, de un lado, que dentro de las funciones de ese cargo se enliste, precisamente, la de la representación legal y, de otro, que en el certificado expedido por la Cámara de Comercio en el acápite relativo a la “representación” se aluda al presidente.

En efecto, fueron los miembros de la persona jurídica los que en el marco de la autonomía de su voluntad, determinaron que la representación legal de la corporación recaería, **únicamente**, en el presidente. Esta decisión analizada desde la perspectiva de la teoría organicista de la persona jurídica antes explicada, permite colegir que la voluntad de CORPOVISIONARIOS volcada en sus estatutos determinó que su representación sería ejercida por uno de sus órganos⁵⁸, esto es por el presidente.

ii) Por decisión del 15 de marzo de 2016, el señor Antanas Mockus fue designado como presidente de la ESAL por un periodo de 2 años, de forma que se entiende que aquel ostentó esa calidad entre el 15 de marzo de 2016 y el 15 de marzo de 2018.

Según consta en el archivo N° 5 de la documentación enviada por la Cámara de Comercio de Bogotá visible en el CD visible a folio 382, tal decisión fue registrada en la Cámara de Comercio de Bogotá el 3 de mayo de 2016 y, por ello, en el acápite de nombramientos del certificado correspondiente se registra el nombre del demandado en calidad de presidente.

iii) Según la función N° 5 de que trata el artículo 24 de los estatutos de CORPOVISIONARIOS el presidente puede “delegar” la facultad de representación en el director ejecutivo. Esta conclusión es de suma importancia, ya que **no** puede hablarse de una representación conjunta o simultánea entre los citados miembros de la corporación, habida cuenta que los **estatutos son claros en expresar que quien tiene la calidad de representante es el presidente**; cosa distinta es que aquel pueda “delegar” o entregar esa función a otro miembro de la ESAL.

⁵⁷ Pág. 5 Archivo N° 5 de la documentación enviada por la Cámara de Comercio de Bogotá visible en el CD visible a folio 382.

⁵⁸ Según el artículo 11 de los Estatutos de CORPOVISIONARIOS la presidencia hace parte de los órganos de administración y dirección de la entidad.





Lo anterior se corrobora con la simple lectura de las funciones, antes transcritas, que al presidente y al director ejecutivo les asigna los estatutos. Respecto del primero se establece que está a su cargo la representación legal; en tanto frente al segundo, se dispone que este “podrá” ostentarla **pero solo** por delegación. El verbo utilizado por la corporación es revelador, porque evidencia que el director ejecutivo no tiene la representación legal, sino que esta es una mera posibilidad que se materializa bajo el acaecimiento de una condición, esto es, la delegación.

En otras palabras, quien tiene la representación legal de CORPOVISIONARIOS es el presidente; calidad que según lo probado en el proceso ostentaba el señor Antanas Mockus, lo que sucede es que este puede, según la autorización entregada por la corporación y de acuerdo a la autonomía de su voluntad, “delegar” esa facultad al director ejecutivo, sin que ello implique que existan dos representantes legales o que temporalmente el uno se sustraiga de sus funciones, lo que ocurre que es el titular la “delega” en un tercero, en este caso el director ejecutivo.

Esta diferencia aunque sutil es sustancial, pues una representación compartida o plural implicaría que el director podría actuar como representante de forma directa, en tanto según lo reglado en los estatutos el ejercicio de esa potestad solo sería posible con la mediación de la delegación. Es decir, si la facultad prevista en los estatutos no se ejercita el representante legal de CORPOVISIONARIOS es, por disposición de esa misma persona jurídica, su presidente.

b) La “delegación” de la representación legal

Decantado lo anterior, atañe a la Sala examinar la autorización de “delegación” entregada por la persona jurídica a su presidente, habida cuenta que el demandado fundó su defensa, precisamente, en el hecho de que “delegó” la representación legal de CORPOVISIONARIOS al director ejecutivo, y por consiguiente, a su juicio, se despojó de tal calidad. En tanto, para la parte actora esa supuesta delegación no puede tenerse como tal, debido a que no se registró en la Cámara de Comercio.

Sobre el punto, obra en el expediente los siguientes medios de convicción:

i. Copia de la Resolución de Presidencia de CORPOVISIONARIOS N° 1 de septiembre de 2006, en la que el demandado en su calidad de presidente dispuso:

*“Artículo 1- Delegación de funciones y facultades: **Delegar en el director ejecutivo de la corporación, las siguientes funciones y facultades***

1. Representación Legal: Delegar en el director ejecutivo de la corporación la representación legal de la Corporación.





*Esta delegación conlleva la facultad de actuar en nombre y representación de la corporación ante entidades privadas y en los procedimientos administrativos que se adelanten ante autoridades públicas departamentales, regionales o nacionales en los que tenga interés o sea parte la Corporación (...)*⁵⁹ (Resalta la Sala)

ii. Copia de la Resolución de la Presidencia de CORPOVISIONARIOS N° 3 de 10 de octubre de 2014 en la que se observa:

*“El presidente de la Corporación Visionarios por Colombia, en ejercicio de sus facultades, en especial de las que le confiere el artículo 29, numeral 5 (sic)*⁶⁰ *de los estatutos de la entidad,*

Resuelve:

Artículo 1º. Delegación de funciones y facultades. Delegar en el director ejecutivo de la Corporación, las siguientes funciones y facultades.

*Celebración de contratos. Delegar en el director ejecutivo la celebración, a nombre de la Corporación, de los contratos que se requieran para el manejo, administración y funcionamiento de la entidad, cuya cuantía no supere el monto de mil cuatrocientos salarios mínimos mensuales legales vigentes (SMMLV). Esta delegación conlleva todos los actos inherentes a la actividad contractual*⁶¹

iii. Certificación del 4 de febrero de 2019 allegada por la Cámara de Comercio de Bogotá en la que se informó lo siguiente: *“una vez consultados nuestros registros se evidenció que las resoluciones número 1 del 2006 y 3 de 2014 a las que se refiere su comunicación no se encuentran inscritas en esta entidad registral en la CORPORACIÓN VISIONARIOS POR COLOMBIA identificada con el Nit. 830093146-6”*⁶².

Del análisis de estos documentos, parecería desprenderse que el señor Antanas Mockus no ejercía la representación legal de CORPOVISIONARIOS porque “delegó” esa función al director ejecutivo de esa corporación. Sin embargo, esta sería una conclusión apresurada, habida cuenta que no se tiene certeza respecto a las implicaciones de “delegación”; aspecto del que la Sala se ocupará a continuación.

Lo primero que debe señalarse es que no es posible hablar de una “delegación” en los términos del artículo 211 de la Constitución o del artículo 9º de la Ley 489 de 1998, a través del cual se permite a determinados funcionarios *“trasferir el ejercicio de funciones a sus colaboradores o a otras autoridades, con funciones afines o complementarias.”* Lo anterior, toda vez que no estamos en el marco del derecho administrativo y en especial

⁵⁹ Folio 108 del cuaderno anexo 1

⁶⁰ En los estatutos del 26 de enero de 2012 que obran en el expediente el artículo 29 se refiere a las causales de disolución de la corporación y no tiene numerales. En tanto, en los estatutos primigenios del 14 de julio de 2006, el artículo 29 sí corresponde a las facultades del presidente (archivo 1 del CD visible a folio 382)

⁶¹ Folio 1030 del cuaderno anexo 6

⁶² Folio 381





del escenario, según el cual un servidor público puede delegar sus competencias a otro.

Así pues, aunque la expresión “delegación” acuñada en el caso concreto conlleve a evocar la facultad prevista en la Constitución y desarrollada en la Ley 489 de 1998, lo cierto es que esta no puede hacernos perder de vista que nos encontramos en el marco del derecho civil, concretamente en la posibilidad que tiene el presidente de CORPOVISIONARIOS -un particular- de entregar al director ejecutivo -otro particular- una potestad que los estatutos le asignaron a él.

Por ello, para entender la facultad entregada al representante legal de CORPOVISIONARIOS no es posible hacer un símil con lo reglado en la citada legislación para los servidores públicos, sino que debe recurrirse al sentido lato del verbo “delegar”, el cual se define como la acción de una persona de “*autorizar [a otra] para que haga algo en su lugar*”⁶³.

Así las cosas, es claro que en este contexto “delegar” implica dar a [una persona o un organismo] un poder, una función o una responsabilidad a alguien para que los ejerza en su lugar o para obrar en representación suya. Según esta definición es claro que quien “delega” no pierde la titularidad de la responsabilidad, función o tarea encomendada lo que sucede es que la entrega a un tercero, **para que este actúe en su nombre y su representación como “delegatario”**.

Ahora bien, en el derecho público la delegación se materializa a través del respectivo acto administrativo⁶⁴, en tanto en el derecho privado la acción de “delegar” se cristaliza a través del contrato de mandato, debido a que es mediante este negocio jurídico que se permite que los particulares entreguen a otro el curso de las acciones, funciones y/o responsabilidades que están a su cargo.

Al respecto el Código Civil dispone en su artículo 2142 lo siguiente:

“El mandato es un contrato en que una persona confía la gestión de uno o más negocios a otra, que se hace cargo de ellos por cuenta y riesgo de la primera.

La persona que concede el encargo se llama comitente o mandante, y la que lo acepta apoderado, procurador, y en general mandatario.”

El contrato de contrato de mandato es aquel mecanismo, a través del cual del cual una particular confía a otro la gestión de una determinada actividad, para que esta la realice en su nombre y representación. Es decir, el contrato de mandato conlleva ínsita la representación, de forma que se entiende que obra el mandante pero a través de un tercero

⁶³ Diccionario Panhispánico de Dudas. Disponible en <http://lema.rae.es/dpd/?key=delegar> consultado el 19 de marzo de 2019.

⁶⁴ Artículo 10 Ley 489 de 1998.





Debe tenerse en cuenta que, tal y como lo ha dispuesto la jurisprudencia el mandato es esencialmente representativo, de forma que el mandatario ejecuta, a nombre y en representación, del mandante las funciones, facultades, responsabilidades o negocios que, en principio, recaían en este⁶⁵; **por ello, todo lo que el mandatario haga se entiende como si directamente lo hubiese efectuado el mandante.**

Quiere decir lo anterior, que cuando los estatutos de CORPOVISIONARIOS permitieron al presidente “delegar” la representación legal de la ESAL al director ejecutivo, en realidad, le dieron autorización para que este, si así era su deseo, entregara a un tercero esa potestad. Sin que ello implicara que aquel dejara de ser representante legal, pues únicamente transmitía la función pero no perdía su condición o cargo.

Es decir, delegar la representación no implicaba que el presidente, es decir el señor Mockus, dejara de ser temporalmente el representante de CORPOVISIONARIOS o que compartiera esa calidad con el director ejecutivo, lo que ello implicaba es que aquel autorizó a un este último para que en su nombre y representación ejerciera una facultad y potestad que era suya.

En este contexto, para la Sala la “delegación” contenida la Resolución N° 01 de 2006, antes descrita, debe entenderse en realidad como un contrato de mandato o representación a través del cual el presidente (mandatario) le pidió al director ejecutivo (mandante) que ejercitara, en su nombre y representación, la representación legal de CORPOVISIONARIOS (negocio encomendado).

Ahora bien, podría asegurarse, desde la teoría organicista que, que no puede sostenerse que el director ejecutivo era mandatario del presidente debido a que fueron los mismos estatutos lo que autorizaron a que aquel ostentara esa calidad, y por ende, así debe aceptarse.

Sin embargo, para la Sala esta postura pierde de vista que lo que esta teoría busca es evidenciar que entre el representante y la persona jurídica no existe un contrato de mandato, sino que aquel hace parte ínsita de la misma como un órgano⁶⁶ y, por ende, representa la voluntad de la persona jurídica; situación diametralmente distinta de la analizada en el caso concreto y en especial de la autorización conferida al director.

⁶⁵ Valencia Zea. Ob, cit. Pág. 496.

⁶⁶ Sobre el punto resulta ilustrativa la cita que Aterthoua Ochoa realiza respecto de la sentencia proferida por la Corte Suprema de Justicia el 14 de agosto de 1943 en la que se explicó: *“Hay una tendencia legal y doctrinaria en ciertos países a considerar que el gerente es un órgano de la sociedad y no un simple mandatario. La diferencia entre el órgano y el mandatario es que el órgano es necesario para la vida del ser y el mandatario no, y se dice: no se concibe una persona jurídica sin representante a la cabeza de ella. En nuestro sistema legal no cabe esta teoría, por lo menos en las sociedades colectivas, dado que la administración les corresponde de derecho a todos y a cada uno de los socios y que éstos se han conferido un mandato recíproco en la razón social”.*





En efecto, nadie pone en duda que el representante de una ESAL hace parte integral de la misma y que adquiere esa calidad porque así se lo reconocieron los miembros, y que por consiguiente, cuando aquel actúa representa la voluntad inequívoca de la corporación; no obstante, lo que en este caso se está examinado es si la “delegación” hecha por ese órgano -presidente- tiene la capacidad para trasmutar la facultad de representación legal que la persona jurídica le asignó.

Para la Sala lo anterior no es posible debido a que fue la misma corporación la que determinó que la representación legal **recayera solo en el presidente**, que no se entiende como mandatario de la sociedad, sino como un órgano social que la representa. En tanto, el director ejecutivo, que si bien tiene asignadas unas funciones propias no puede entenderse como representante legal, al menos no por derecho propio, sino que necesitaba de la “delegación” del órgano al que sí se le concedió la representación, esto es, del presidente.

En efecto, desde la teoría orgánica “el órgano en las personas jurídicas lo constituyen una o varias personas que están autorizadas a expresar la voluntad colectiva o a ejecutar esta voluntad o a representar la persona jurídica ante tercero”⁶⁷ En este caso, según consta en los estatutos, el único “órgano” facultado para representar la persona jurídica ante un tercero era el presidente y no el director, que solo actuaba si el primero así lo decidía, es decir, si signaba un contrato de mandato a su favor.

De hecho, lo anterior se refuerza si se tiene en cuenta que el acto de delegación antes referenciado no se suscribe a nombre de la corporación, sino que fue el presidente quien unilateralmente, tal y como dice el mismo texto de la resolución contentiva de la delegación, decidió delegar “funciones y facultades” al director ejecutivo más no la representación de la ESAL en sí misma.

Por lo anterior, para la Sala Electoral el director ejecutivo de CORPOVISIONARIOS sí puede entenderse como un mandate del presidente de aquella entidad, toda vez que aunque los estatutos le permitieron ser representante legal se lo consintieron si y solo si el presidente dentro de su autonomía decidía “delegarle esa facultad”; luego no puede asegurarse que se trate del órgano al que directamente se le facultó para exteriorizar la voluntad de la persona jurídica.

Piénsese por ejemplo, si el presidente se hubiera abstenido de delegar la representación legal de la entidad, bajo ningún punto de vista podría asegurarse que el director tenía la representación legal, pues el ejercicio de esta potestad siempre estuvo atado a la “delegación”. Y es que no podría ser de otra manera, pues si se entiende que el director actuó directamente por voluntad de los estatutos, carecería de

⁶⁷ Felipe de Solà Cañizares. *Tratado de Derecho Comercial Comparado*. citado en Aterthoua Ochoa. Ob.cit. pág.71.



sentido y efecto útil la autorización para delegar conferida por esa misma codificación al presidente.

Dadas las condiciones propias del mandato no puede asegurarse, como sostiene la parte demandada, que con él se trasladó la representación legal de CORPOVISIONARIOS del presidente al director ejecutivo debido a que, se insiste, este se caracteriza porque el mandatario actúa por cuenta y riesgo del mandante, al punto que el *“acto se considera ejecutado directamente por el representado y a su cargo quedan las obligaciones y derecho emergentes derivados del acto del representante”*⁶⁸.

Ahora, no escapa a la Sala que la “delegación” hecha por el demandado al director tiene carácter general y no tiene límite temporal, aspectos de los que podría desprenderse que era la voluntad del presidente desligarse completamente de esta potestad. Sin embargo, estas características no pueden desvirtuar que por disposición estatutaria el presidente era el representante legal de CORPOVISIONARIOS, de forma que la única manera de dejar de ostentar **jurídicamente** dicha condición era con una reforma a los estatutos de la misma, comoquiera que la “delegación” solo transmitía materialmente la función al director, pero no despojaba al presidente de su condición.

Bajo este panorama, para la Sala es claro que la representación legal de CORPOVISIONARIOS siempre estuvo en cabeza del demandado en su calidad de presidente de la misma, solo que este, en virtud de la autorización dada por la ESAL, entregó esa potestad al director ejecutivo. Sin embargo, como esa “entrega” no implica el despojo total de la función asignada o que este haya dejado de ostentarla, debe entenderse que el señor Antanas Mockus seguía desempeñando, al menos jurídicamente, el cargo de representante legal.

En otras palabras, pese a la “delegación”, que en realidad es un mandato, el demandado seguía siendo el representante legal, porque esa figura no tenía la potestad para arrebatarle tal condición.

De hecho, nada obstaba para que en determinado asunto este hubiese decidido ejercer plena y válidamente la representación legal de CORPOVISIONARIOS⁶⁹, pues jurídicamente seguía ostentando tal calidad, de lo cual da prueba no solo los estatutos, sino también los certificados de existencia y representación legal obrantes en el proceso y que, se recuerda, por disposición legal constituyen plena prueba de la representación legal.

⁶⁸ Díaz de Vivar Eliza, *Apuntes sobre las nociones de mandato, poder y representación*, Revista de Derecho UBA. N° 34. Pág. 121 Disponible en <http://www.derecho.uba.ar/publicaciones/lye/revistas/34/apuntes-sobre-las-nociones-de-mandato-poder-y-representacion.pdf> consultado el 20 de marzo de 2019.

⁶⁹ Valencia Zea. Ob, cit. Pág. 498 Explica que tratándose de los mandatos de carácter general es posible la “revocación tácita parcial” que se materializa cuando el mandante decide asumir directamente el negocio, función o tarea encomendada.





Ahora bien, en el caso concreto se ha discutido si la “delegación” debía ser inscrita en la Cámara de Comercio para que fuera oponible a terceros, y por ende, pudiera entenderse que el demandado ya no tenía la calidad de representante legal.

Al respecto el demandado aceptó que dicho documento no fue registrado y no lo fue, porque, según su criterio no era un acto susceptible de registro, sino llanamente la manifestación unilateral del presidente. Por su parte, la certificación allegada por la Cámara de Comercio a este proceso da cuenta que en efecto la Resolución N° 01 de 2006 no “se encuentra inscrita en esta entidad registral en la CORPORACIÓN VISIONARIOS POR COLOMBIA identificada con el Nit. 830093146-6”.

Sin embargo, la Sala encuentra que, si bien dicho acto no se registró tal “delegación” sí fue informada a la Cámara de Comercio, habida cuenta que en la copia de ese acto allegada al plenario -folio 108 del cuaderno anexo N° 5- se observa el sello de esa entidad, lo que evidencia que al menos se aportó para que obrara en sus dependencias⁷⁰.

En todo caso, esa situación en nada cambia el hecho de que, pese a la “delegación”, deba entenderse que el representante legal de CORPOVISIONARIOS era su presidente, esto es el señor Antanas Mockus, puesto que, como se ha explicado ampliamente, ese acto no tenía la potestad para despojarlo jurídicamente de esa condición.

c) Implicaciones de la delegación en la inhabilidad objeto de estudio

Para la Sala no cabe duda que el demandado, pese a la “delegación”, ostentaba la calidad de representante legal de CORPOVISIONARIOS, habida cuenta que, conforme a lo explicado, tal figura no tenía la potestad de quitarle dicha condición ni muchos menos de convertir a otro, automáticamente, en el representante legal.

Escapa a las competencias del juez electoral determinar si los convenios de asociación antes enlistados debieron ser suscritos por el señor Mockus, en su calidad de presidente de CORPOVISIONARIOS, tal y como proponen los demandantes, toda vez que este argumento busca desvirtuar la validez de dichos negocios jurídicos; aspectos que escapa no solo a la fijación del litigio, sino a la órbita de la conducta objeto de estudio. Lo que sí corresponde a la Sala es determinar si el hecho de que el demandado hubiese sido representante legal COPORVISIONARIOS demuestra el

⁷⁰ Respecto al registro del representante legal en la cámara de comercio es aplicable el artículo 164 del C. de Co que dispone: “**ARTÍCULO 164. CANCELACIÓN DE LA INSCRIPCIÓN-CASOS QUE NO REQUIEREN NUEVA INSCRIPCIÓN.** Las personas inscritas en la cámara de comercio del domicilio social como representantes de una sociedad, así como sus revisores fiscales, conservarán tal carácter para todos los efectos legales, mientras no se cancele dicha inscripción mediante el registro de un nuevo nombramiento o elección. La simple confirmación o reelección de las personas ya inscritas no requerirá nueva inscripción.”



elemento objetivo de la inhabilidad o pese a esa circunstancia, esto se descarta porque materialmente el convenio fue celebrado por una tercera persona distinta del demandado.

Para la Sección Electoral, teniendo en cuenta lo expuesto, y en especial que la “delegación” no transmitió la representación sino, únicamente, permitió que un tercero actuara en nombre y representación de quien tenía la capacidad para comprometer legalmente a la entidad, debe concluirse que el elemento objetivo de la inhabilidad se encuentra plenamente acreditado, toda vez que quien suscribió los convenios lo hizo, en nombre del representante legal de la ESAL, esto es del señor Antanas Mockus.

En efecto, como se explicó, el director ejecutivo actuó como “delegatario” del representante legal, más no como representante directo de CORPOVISIONARIOS ya que, se insiste, la representación legal de esa entidad estaba, exclusivamente, en cabeza del presidente, de forma que la actuación del primero dependía de la delegación que le “hiciera” el segundo.

Así pues, si los convenios se celebraron en virtud de la “delegación” hecha por el presidente, es decir por el representante legal de CORPOVISIONARIOS, debe concluirse que quien verdaderamente suscribió los negocios fue el “delegante”.

Debe tenerse en cuenta que la autorización de “delegar” conferida por la asamblea general no tenía como efecto variar la titularidad de la representación de CORPOVISIONARIOS, sino, únicamente, permitir que un tercero actuara en nombre y representación de a quien se asignó esta condición y, por consiguiente, consentir que los actos que el delegatario efectuara se entendieran a nombre de la corporación.

Así las cosas, y si se tiene en cuenta que el director ejecutivo no era más que un “delegatario” del presidente y como según el artículo 1505 del Código Civil *“Lo que una persona ejecuta a nombre de otra, estando facultada por ella o por la ley para representarla, produce respecto del representado iguales efectos que si hubiese contratado él mismo.”* debe concluirse que el demandado suscribió los convenios, solo que lo hizo a través de un tercero en virtud de la “delegación” que, autorizado por los estatutos, realizó.

En otras palabras, como el único representante legal de CORPOVISIONARIOS era el presidente, esto es, el señor Antanas Mockus y este, autorizado por los estatutos delegó esa función al director ejecutivo debe concluirse que el demandado ejerció la representación legal que ostenta a través de interpuesta persona.

Por ello, se colige que, desde el punto de vista jurídico aquel suscribió los convenios estatales a los que aluden las partes, comoquiera que hizo uso de la “delegación” para que el director ejecutivo actuará en su nombre y representación, lo que significa que el verbo rector de la inhabilidad objeto de estudio, esto es, celebrar se encuentra plenamente acreditado.





Para la Sala no es posible concluir que la inhabilidad no se configuró solo por el hecho de que el demandado no celebró materialmente los pluricitados convenios de asociación, debido a que **jurídicamente** aquel seguía siendo el representante legal de CORPOVISIONARIOS y, por ende, la firma del director, autorizada por los estatutos, se entiende en su nombre y representación; consentir lo contrario no solo iría en detrimento de la perspectiva objetiva con la que deben analizarse las inhabilidades, sino también de los derechos y principios que a través de estas se pretenden salvaguardar.

Por lo anterior, para la Sala Electoral como el señor Henry Samuel Murrain celebró los convenios antes estudiados, en virtud de la “delegación” hecha por el presidente, y esta “delegación” no es más que un contrato de mandato que le permitió actuar en nombre y representación del verdadero representante legal de COPORVISIONARIOS, se debe entender que estos se suscribieron jurídicamente por quien tenía, según los estatutos, la capacidad para representar y, por ende, contraer obligaciones a nombre de esa corporación, esto es, el señor Antanas Mockus.

2.6.2.1.3 Conclusión

En suma, conforme a las pruebas obrantes en el expediente y las consideraciones que preceden, la Sala concluye:

i) El representante legal de CORPOVISIONARIOS es el señor Antanas Mockus, porque así lo dispusieron los estatutos.

En este aspecto, la Sala quiere ser reiterativa, pues según quedó acreditado el demandado tenía la calidad de representante legal de CORPOVISIONARIOS, lo que significa que él o en su defecto quien él autorizara o delegara podía suscribir **válidamente** los negocios jurídicos en nombre y representación de esa corporación.

Lo anterior, se explica porque según consta en los estatutos y en el certificado de existencia y representación legal expedido por la Cámara de Comercio, la representación legal de CORPOVISIONARIOS recaía **exclusivamente** en el presidente y esa dignidad era, precisamente, la que ostentaba el señor Antanas Mockus.

En otras palabras, el señor Henry Samuel Murrain, en su calidad de director ejecutivo **nunca** ostentó directamente la representación legal de la entidad sin ánimo de lucro, habida cuenta que en ningún momento los estatutos le asignaron esa función de forma directa o expresa. De hecho, de ninguno de los documentos allegados al plenario se desprende que dicho ciudadano haya ostentado, de primera mano, la representación legal de CORPOVISIONARIOS; por el contrario, lo que las pruebas acreditan es que





el representante **siempre**⁷¹ fue el señor Antanas Mockus; cosa distinta es que este tuviera autorización para “delegar” esa función.

ii) La “delegación” que en realidad es un contrato de mandato, bajo ningún punto de vista transmitió la representación legal de la ESAL sino, únicamente, le permitió al director ejecutivo actuar en nombre del representante y obligar así válidamente a la entidad.

iii) Quien suscribió los contratos lo hizo en virtud de la “delegación” hecha por el demandado, en virtud de la autorización que este a su vez recibió de los estatutos. Entender lo contrario, implicaría desconocer el sentido mismo de los estatutos y del certificado de existencia y representación legal.

En efecto, si los estatutos de CORPOVISIONARIOS no reconocen como representante legal al director ejecutivo y del certificado de la Cámara de Comercio se desprende que aquel jamás tuvo la representación legal, la Sala podría preguntarse entonces ¿en qué calidad el señor Henry Samuel Murrain suscribió los contratos aludidos? ¿Puede entenderse que firmó dichos negocios jurídicos usurpando las funciones del representante legal, incurriendo incluso en conductas que roza con los límites del código penal? De ninguna manera.

Con fundamento en el principio de presunción de buena fe, debe entenderse que la suscripción por parte del director ejecutivo de dichos contratos a nombre de CORPOVISIONARIOS se hizo en virtud de la autorización entregada por el representante legal, esto es del señor Antanas Mockus, cuando le delegó esta posibilidad. No de otra manera puede entenderse que los citados negocios jurídicos se hayan celebrado por quien, en principio, no tenía la potestad de obligarse a nombre de la entidad sin ánimo de lucro.

Aceptar lo contrario, es decir, sostener que el director ejecutivo suscribió los contratos como representante legal y directo de CORPOVISIONARIOS implicaría concluir que aquel usurpó las facultades de ese dignatario (ya que las pruebas obrantes dan cuenta que el representante legal era, únicamente, el señor Antanas Mockus); situación que no solo tendría serias implicaciones administrativas, contractuales e incluso penales, sino que, además, le restaría efecto útil a la “delegación”.

En consecuencia, lo que debe entenderse es que el señor Henry Samuel Murrain actuó de buena fe como delegatario de quien tenía la capacidad legal para obligar a la corporación, esto es, del señor Antanas Mockus, sin que esto signifique, bajo ningún punto de vista que aquel adquirió la calidad de representante legal porque, como se ha explicado, la representación legal siempre estuvo en cabeza del demandado.

⁷¹ Al menos dentro del periodo inhabilitante.



iv) Si el director ejecutivo actuó en nombre y representación del representante legal -Antanas Mockus-, se entiende que el que jurídicamente los suscribió fue este, ya que ejerció ese cargo por interpuesta persona.

Conforme a lo expuesto no queda duda que el elemento objetivo de la inhabilidad sí se encuentra acreditado, por lo que es posible examinar los demás elementos que componen la prohibición objeto de estudio.

2.6.2.2 El elemento temporal

Está acreditado que el día 11 de marzo de 2018 se llevaron a cabo las elecciones para Congreso de la República periodo 2018-2022. Desde esta fecha se cuenta 6 meses para atrás, lo que arroja como resultado que el periodo inhabilitante estuvo comprendido entre el 11 de septiembre de 2017 y el 11 de marzo de 2018.

La Sala estima que este aspecto se encuentra acreditado, toda vez que según consta en las pruebas antes enlistadas los convenios y sus distintas prorrogas se celebraron dentro del periodo inhabilitante. En efecto, está demostrado que: i) el convenio con la Agencia para la Paz y el posconflicto se celebró el 9 de noviembre de 2017 y ii) el convenio con la UAESP se suscribió el 10 de ese mismo mes y año, es decir, ambos negocios jurídicos se celebraron dentro de los 6 meses anteriores a la elección, razón por la que se cumple con el elemento temporal al que alude la norma constitucional.

2.6.2.3 El elemento subjetivo

A juicio de la Sección, este aspecto también se encuentra acreditado en el caso concreto, comoquiera que los convenios comportaron un interés o beneficio económico a un tercero, en este caso a la Corporación Visionarios por Colombia, debido a que como se explicó, ambos negocios jurídicos se celebraron a título oneroso.

El hecho de que el contrato se haya celebrado con una entidad sin ánimo de lucro y en la modalidad de convenio de asociación no significa que no haya reportado beneficios económicos para aquella. En efecto, el ejercer como una ESAL no implica que todas sus gestiones deban realizarse de forma gratuita o similar, lo ello significa es que, a diferencia de las sociedades mercantiles en las que las utilidades se dividen entre los socios, las ganancias obtenidas se reinvierten en la misma entidad para que pueda seguir desarrollando su objeto social⁷².

Así las cosas como los convenios celebrados comportaron un interés o beneficio a un tercero, se encuentra que el elemento subjetivo de la inhabilidad también se encuentra plenamente demostrado.

⁷² Confederación Colombiana de ONG. Ob. cit.





2.6.2.4 El elemento territorial

Según el inciso final del artículo 179 Superior *“Las inhabilidades previstas en los numerales 2, 3, 5 y 6 se refieren a situaciones que tengan lugar en la circunscripción en la cual deba efectuarse la respectiva elección. Para los fines de este artículo se considera que la circunscripción nacional coincide con cada una de las territoriales”*.

En consecuencia y comoquiera que según consta en las copias de los convenios allegadas al proceso, aquellos se celebraron en la ciudad de Bogotá se entiende que el elemento territorial se encuentra satisfecho, debido a que el cargo en el que resultó electo el demandado tiene circunscripción nacional, en tanto por disposición de la Carta Política, la circunscripción territorial, en este caso distrital, coincide con esta.

2.7 Conclusión

Conforme a las consideraciones expuestas y atendiendo a que todos los elementos de la inhabilidad de celebración de contratos se encuentran acreditados, la Sala encuentra que el acto acusado en lo que respecta a la elección del señor **Aurelijus Rutenis Antanas Mockus Sivickas** se encuentra viciado de nulidad, según lo contemplado en el numeral 5º del artículo 275 del CPACA, y así lo declarará en la parte resolutive de esta providencia.

Como uno de los cargos prosperó, la Sección se releva de estudiar lo relacionado con la gestión de negocios, habida cuenta que la censura acreditada es suficiente para decretar la nulidad parcial del acto acusado.

Finalmente, se reitera que la consecuencia de la declaratoria de la nulidad serán las previstas en el numeral 3º del artículo 288 del CPACA para esta clase de procesos, esto es, simple y llanamente la cancelación de la credencial respectiva.

Con fundamento en 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,

3. FALLA:

PRIMERO: DECLARAR LA NULIDAD PARCIAL de la Resolución N° 1596 de 19 de julio de 2018 y el formulario E-26SEN, en lo que respecta a la declaratoria de elección del señor Aurelijus Rutenis Antanas Mockus Sivickas como Senador de la República para el período 2018-2022.

SEGUNDO: CANCELAR la credencial que acredita al señor Mockus Sivickas como congresista.





Radicado: 11001-03-28-000-2018-00080-00 (acumulado)
Demandante: José Manuel Abuchaibe y otros

TERCERO: COMUNICAR esta decisión al presidente del Senado para que proceda según lo dispuesto en los artículos 134 de la Constitución y 278 de la Ley 5ª de 1992.

CUARTO: ADVERTIR a los sujetos procesales que contra lo resuelto no procede ningún recurso.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

CARLOS ENRIQUE MORENO RUBIO
Presidente

ROCÍO ARAÚJO OÑATE
Magistrada
Con aclaración de voto

LUCY JEANNETTE BERMÚDEZ BERMÚDEZ
Magistrada
Con Salvamento de voto

ALBERTO YEPES BARREIRO
Magistrado

