**PÉRDIDA DE INVESTIDURA - Inhabilidad - Ley 617 de 2000**

«ARTICULO 33. DE LAS INHABILIDADES DE LOS DIPUTADOS. No podrá ser inscrito como candidato ni elegido diputado: (…) 5. <Aparte tachado INEXEQUIBLE, sustituido por el aparte entre <>> Quien tenga vínculo por matrimonio, o unión permanente, o de parentesco en segundo grado de consanguinidad <tercer grado de consanguinidad>, primero de afinidad o único civil, con funcionarios que dentro de los doce (12) meses anteriores a la elección hayan ejercido autoridad civil, política, administrativa o militar en el respectivo departamento; o con quienes dentro del mismo lapso hayan sido representantes legales de entidades que administren tributos, tasas o contribuciones, o de las entidades que presten servicios públicos domiciliarios o de seguridad social de salud en el régimen subsidiado en el respectivo departamento. Así mismo, quien esté vinculado entre sí por matrimonio o unión permanente o parentesco dentro del tercer grado de consanguinidad, segundo de afinidad o único civil, y se inscriba por el mismo partido o movimiento político para elección de cargos o de corporaciones públicas que deban realizarse en el mismo departamento en la misma fecha.» Ha sido posición reiterada de esta Sala considerar que la violación al régimen de inhabilidades si constituye causal de pérdida de investidura de los diputados, conforme los siguientes razonamientos: «5.5.1.-Delimitado el problema jurídico que se impone resolver, la Sala encuentra que debe empezar por reiterar su posición jurisprudencial en cuanto a que la violación al régimen de inhabilidades e incompatibilidades sí constituye causal de pérdida de investidura en tratándose de concejales y diputados. Para el efecto resulta pertinente traer a colación la sentencia de 4 de septiembre de 2014 proferida por esta Sección en el trámite de pérdida de investidura radicado con el número 2013-00249 en la cual se precisó: “5.6.2.- Así, uno de los aspectos analizados en el aludido pronunciamiento judicial fue el relacionado con el hecho de que en el artículo 48 de la Ley 617 de 2000 no se incluyó la violación al régimen de inhabilidades como causal de pérdida de la investidura. Una primera aproximación al tema llevaba a considerar que el legislador quiso proscribir esa circunstancia como evento constitutivo de pérdida de investidura tal y como lo sostiene la sentencia apelada. Sin embargo, esa tesis pareciera desconocer que la misma norma no excluye las demás causales de pérdida de investidura consagradas en otras disposiciones cuando en el numeral 6 señala que podrá perderse la investidura “por las demás causales expresamente previstas por la Ley”. 5.6.3.- Por consiguiente, es forzoso concluir que las causales de pérdida de investidura de diputados, concejales y miembros de juntas administradoras locales, no se limitan a las consagradas en los numerales 1 a 5 del referido artículo 48 de la Ley 617 de 2000, ya que deben tenerse en cuenta las demás establecidas en otras leyes. En este sentido, el pronunciamiento de esta Corporación al que se está haciendo alusión expresó: “No puede desconocerse que ésta es norma posterior y contiene una relación de los diversos eventos en que Diputados, Concejales Distritales y Municipales y miembros de las Juntas Administradoras Locales, perderán su investidura, entre los cuales, si bien se omitió la violación del régimen de inhabilidades no por ello puede concluirse que haya sido voluntad del legislador suprimir dicha causal en lo concerniente a los Concejales, que es la materia a la que se contrae el presente asunto, pues en el numeral 6, ibídem, quedó plasmada la posibilidad de que otras normas también pudieran consagrar causales de pérdida de investidura para esta categoría de servidores públicos, por lo que, frente a una situación como la aquí dilucidada, necesariamente hay que remitirse a la reglamentación contenida en la Ley 136 de 1994, que en lo referente a dichas causales, en el artículo 55, numeral 2, sí prevé como propiciatoria de la comentada consecuencia jurídica, la violación del régimen de inhabilidades, así como también consagra, con ese mismo efecto, en el numeral 1, dando alcance al artículo 291 de la Constitución, la aceptación o desempeño de cargo público, causal regulada de manera especial en este último estatuto al igual a como acontece con la prevista en el artículo 110, ibídem, relacionada con las contribuciones a los partidos, movimientos o candidatos por parte de quienes desempeñan funciones públicas.” ” 5.5.2.- Como puede verse, el numeral 6 del artículo 48 de la Ley 617 de 2000 consagra la posibilidad de acudir a la integración normativa para efectos de establecer y determinar otras causales de pérdida de investidura de los concejales, diputados y miembros de juntas administradoras al señalar que además de las causales allí previstas en los numeral 1 a 5 podrán tenerse en cuenta las demás consagradas en otras leyes, posición que a su vez reitera lo dicho mediante sentencias de 24 de abril de 2003 y de 24 de agosto de 2006 en las que se sostuvo: «De tal manera que no obstante que el artículo 48 de la Ley 617, en lo que toca con los Diputados no consagró expresamente como causal de pérdida de investidura la violación al régimen de inhabilidades, como la violación de dicho régimen sí constituye causal de pérdida de investidura para los Congresistas lo es también para aquéllos en la medida en que comparten dicho régimen, por la remisión que hace el artículo 299 constitucional.”.

**RÉGIMEN DE INHABILIDADES - Parentesco - Celebración de contratos**

El problema jurídico que debe desatar la Sala es determinar si el demandante violó el régimen de inhabilidades previsto para los diputados, el cual constituye causal para que sean despojados de su investidura conforme se indicó líneas atrás, por haber incurrido en una de las conductas previstas en el núm. 5 del artículo 33 de la Ley 617, esto es, tener parentesco dentro del tercer grado de consanguinidad con funcionarios que dentro de los doce (12) meses anteriores a la elección hayan ejercido autoridad civil, política, administrativa o militar en el respectivo departamento, en la medida en que el hijo del diputado enjuiciado, de nombre José Luís Duarte Contreras, en su condición servidor público del Departamento Administrativo Nacional de Estadística, Territorial Centro Oriental, Subsede Cúcuta, ejerció autoridad civil y administrativa al ser designado y haber ejercido la labor de supervisión de los contratos números 371 del 22 de mayo de 2015, 479 del 6 de octubre de 2014 y 483 del 22 de octubre de 2014. (…) entonces, que entre los señores José Luís Duarte Contreras y José Luís Enrique Duarte Gómez existe un parentesco en el primer grado de consanguinidad, esto es, dentro del marco fijado por la disposición legal que consagra la inhabilidad.

**SUPERVISIÓN - Contratos - Servidor público - Manual de contratación**

si bien en la ejecución de su labor de supervisión del contrato, el funcionario público designado tiene diversas labores de verificación, vigilancia, inspección, control, revisión y seguimiento del objeto y las obligaciones establecidas en el contrato (…) Las labores asignadas a esos funcionarios públicos son, si bien importantes, tareas de carácter operativo encaminadas, en general, a constatar que el contratista está cumpliendo el objeto y obligaciones derivadas del contrato, siendo otros los servidores públicos que ostentan mando, poder, dirección, coordinación y control sobre los contratistas y sobre los bienes del Estado y que pueden adoptar medidas coercitivas de obligatorio acatamiento para ellos, que para el caso del Departamento Administrativo Nacional de Estadística. (…) La ausencia de poder, dirección, coordinación y control que se tiene sobre los ciudadanos y los bienes que posee o administra el Estado en cabeza del señor José Luís Duarte Contreras como supervisor de los contratos números 371 del 22 de mayo de 2015 y 479 del 6 de octubre de 2014, suscritos por el Director Territorial Centro Oriental del Departamento Administrativo Nacional de Estadística, José Vicente López García, permiten evidenciar que dicho servidor público no ejerció autoridad civil y administrativa en el departamento de Norte de Santander, por lo que no se encuentra configurada la violación del régimen de inhabilidades previsto para los diputados, careciendo de sustento fáctico los planteamientos esbozados por el apelante, debiéndose confirmar la sentencia de primera instancia proferida por el Tribunal Administrativo de Norte de Santander.

**CONSEJO DE ESTADO**

**SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO**

**SECCIÓN PRIMERA**

**Consejero ponente: ROBERTO AUGUSTO SERRATO VALDÉS**

Bogotá, D.C., veinticinco (25) mayo de dos mil diecisiete (2017)

**Radicación número: 54001-23-33-000-2016-00419-01(PI)**

**Actor: JOSÉ FUENTES CONTRERAS**

**Demandado: JOSÉ LUÍS ENRIQUE DUARTE GÓMEZ**

**Referencia: Medio de control de Pérdida de Investidura**

**Referencia: Violación del régimen de inhabilidades previsto para los diputados / causal de pérdida de investidura por virtud del núm. 6 del artículo 48 de la Ley 617 de 8 octubre de 2000 y el artículo 299 de la Carta Política / Inhabilidad prevista en el núm. 5 del artículo 33 de la Ley 617 de 2000 / parentesco en tercer grado de consanguinidad, primero de afinidad o único civil, con funcionarios que dentro de los 12 meses anteriores a la elección hayan ejercido autoridad civil, política, administrativa o militar en el respectivo departamento**

La Sala procede a decidir el recurso de apelación interpuesto oportunamente por la parte demandante, en contra de la sentencia del 25 de noviembre de 2016, mediante la cual el Tribunal Administrativo de Norte de Santander negó las pretensiones de la demanda que en ejercicio de la pretensión de pérdida de investidura presentó el ciudadano José Fuentes Contreras en contra del señor José Luís Enrique Duarte Gómez, diputado de la Asamblea Departamental de Norte de Santander para el período 2016-2019.

**I.- Antecedentes**

**1.- La demanda**

**1.1.- Las causales de pérdida de investidura alegadas**

El ciudadano José Fuentes Contreras, obrando en nombre propio, solicitó que se decretara la pérdida de la investidura del señor José Luís Enrique Duarte Gómez, diputado de la Asamblea Departamental de Norte de Santander para el período 2016-2019, por cuanto, en su concepto, incurrió en la inhabilidad consagrada en el núm. 5 del artículo 33 de la Ley 617 de 2000, cuyo contenido es el siguiente:

«(…) 5. <Aparte tachado INEXEQUIBLE, sustituido por el aparte entre <>> **Quien tenga vínculo** por matrimonio, o unión permanente, o de **parentesco en** **~~segundo grado de consanguinidad~~** **<tercer grado de consanguinidad>**, primero de afinidad o único civil, **con funcionarios que dentro de los doce (12) meses anteriores a la elección hayan ejercido autoridad civil, política, administrativa o militar en el respectivo departamento**; o con quienes dentro del mismo lapso hayan sido representantes legales de entidades que administren tributos, tasas o contribuciones, o de las entidades que presten servicios públicos domiciliarios o de seguridad social de salud en el régimen subsidiado en el respectivo departamento. Así mismo, quien esté vinculado entre sí por matrimonio o unión permanente o parentesco dentro del tercer grado de consanguinidad, segundo de afinidad o único civil, y se inscriba por el mismo partido o movimiento político para elección de cargos o de corporaciones públicas que deban realizarse en el mismo departamento en la misma fecha (…)»

Dicha inhabilidad constituye, conforme lo expone el actor, causal de pérdida de investidura, por virtud del artículo 299 de la Constitución Política.

**1.2.- Los hechos que dan sustento a las causales alegadas**

El demandante relata que el diputado enjuiciado es el padre del señor José Luís Duarte Contreras, quien se desempeñaba, en provisionalidad, en el cargo de Profesional Universitario, Código 2044, Grado 07, en el Departamento Administrativo Nacional de Estadística (DANE), Territorial Centro Oriental, Subsede Cúcuta, empleo en el que fue nombrado el 20 de marzo de 2013 y posesionado el 4 de abril de 2013, desempeñándolo hasta el 29 de octubre de 2015.

Manifiesta que en el desempeño del mencionado empleo, el señor José Luís Duarte Contreras ejerció autoridad civil y administrativa, lo cual colige, de una parte, de la descripción de las funciones asignadas a dicho cargo, y de otra parte, por haber sido supervisor de los contratos números 371 del 22 de mayo de 2015, 479 del 6 de octubre de 2014 y 483 del 22 de octubre de 2014, labor asignada por parte del director territorial centro oriental del Departamento Administrativo Nacional de Estadística. En relación con la labor de supervisión de los mencionados contratos, el actor subrayó:

«(…) Como vemos Honorables Magistrados, que al ejercer la SUPERVISIÓN por asignación del Director Territorial Centro Oriental del DANE, para los contratos enunciados en este escrito el Señor DUARTE CONTRERAS ejerció funciones de INSPECCIÓN, VIGILANCIA Y CONTROL sobre los contratos mencionados dentro del término inhabilitante que constituyen ejercicio de autoridad civil y administrativa por parte del Señor DUARTE CONTRERAS profesional universitario DANE TERRITORIAL CENTRO ORIENTAL SUBSEDE CÚCUTA, por lo tanto inhabilita a su padre el Señor JOSÉ LUÍS ENRIQUE DUARTE GÓMEZ para ser inscrito, elegido y posesionado Diputado a la Asamblea del Departamento Norte de Santander (…)»

**2.- Contestación de la demanda por parte del diputado José Luís Enrique Duarte Gómez**

En la oportunidad procesal correspondiente, el diputado José Luís Enrique Duarte Gómez, mediante apoderado judicial, contestó la demanda y se opuso a sus pretensiones.

Luego de hacer referencia a los hechos de la demanda, el diputado, inicialmente, propuso la excepción de cosa juzgada, consistente en que:

«(…) 1. COSA JUZGADA, PROHIBICIÓN DE NON BIS IN IDEM (…) El Honorable Tribunal Administrativo de Norte de Santander en reciente pronunciamiento del 12 de mayo de la anualidad, en relación con las mismas circunstancias fácticas, dentro de la acción de nulidad electoral presentada por Luís Jesús Botello Gómez contra Luís Jesús Enrique Duarte Gómez, radicada bajo el N° 540001-23-33-000-2016-00008-00, decidió denegar las pretensiones de la nulidad electoral presentada, por considerar que al seguir los lineamientos jurisprudenciales del máximo órgano de cierre de lo Contencioso Administrativo, resultaba irrefutable que el señor Jesús Duarte Contreras no cumplía funciones de autoridad civil, político o administrativa, en aplicación del criterio orgánico, pues su cargo no corresponde a los descritos en los artículos 188, 189 y 190 de la ley 136 de 1994, de manera que el ejercicio como profesional universitario no implicaba dirección administrativa o poder de decisión dentro de la estructura de la entidad; menos aun en aplicación del criterio funcional, pues de las funciones desempeñadas acreditadas por la entidad, luego de analizadas, de ninguna se desprende el ejercicio de autoridad, esto en la medida que no se infiere la existencia de una relación de mando – obediencia en razón del cargo.

(…)

Los anteriores fundamentos fueron ratificados por la Sección Quinta del Honorable Consejo de Estado en sentencia del 04 de agosto de 2016, al decidir en segunda instancia, confirmar la sentencia del 12 de mayo de 2016, dictada por el Tribunal Administrativo de Norte de Santander, al considerar que:

(…)

De lo anterior, queda demostrado que existe cosa juzgada respecto de las circunstancias fácticas que aduce el demandante configuran una inhabilidad para el diputado Jorge Luís Enrique Duarte Gómez, al encontrarse definido que su hijo Jorge Luís Duarte Contreras al desempeñarse en su cargo de profesional universitario cargo 2044 grado 07 del DANE, no denotan la condición de autoridad civil, política o administrativa, por lo que no representa una inhabilidad para ejercer el cargo de diputado de Norte de Santander, por consiguiente no se encuentra aplicable el numeral 5 del artículo 33 de la ley 617 de 2000.

Conforme a lo anterior tenemos que ya se surtió una demanda bajo el rigorismo del medio de control de NULIDAD ELECTORAL, que pretendía precisamente que se declarara la nulidad de la elección de JOSÉ LUÍS ENRIQUE DUARTE GÓMEZ, por cuanto su hijo PROFESIONAL UNIVERSITARIO del DANE había ejercido AUTORIDAD ADMINISTRATIVA Y CIVIL, aspecto que fue desvirtuado y la demanda tanto en primera como en segunda instancia fue favorable a las pretensiones de mi cliente, y ahora bajo la ritualidad del medio de control de PÉRDIDA DE INVESTIDURA, se persigue, en identidad de hechos y pretensiones que se despoje de la investidura de diputado a mi cliente, bajo los mismos presupuestos que la demanda anterior, lo cual sin duda afecta los derechos fundamentales de mi cliente establecidos en el artículo 29 de la Constitución Nacional, por violación directa del principio NON BIS IN IDEM, es decir, que nadie puede ser juzgado dos veces por los mismos hechos. (…)»

Posteriormente, consideró que la demanda de pérdida de investidura era inepta por deficiencia del concepto de violación al resaltar que se limitó a enunciar las normas constitucionales y legales, sin desarrollar o exponer, al menos de manera sucinta, el concepto de su violación, subrayando que:

«(…) El numeral 4° del artículo 162 del Código Contencioso Administrativo y de lo Contencioso Administrativo estableció la exigencia procesal en la que se debe consignar la invocación normativa y la sustentación de los cargos. Por ende, cuando adolezca de la enunciación normativa sin la correspondiente sustentación, se entenderá defectuosa la demanda por carencia de uno de sus presupuestos y necesaria la subsanación (…)»

En relación con el fondo del asunto, la parte demandada descartó que hubiera vulnerado el régimen de incompatibilidades pues no se encuentra inmerso en ninguna de las situaciones contempladas en el artículo 34 de la Ley 617 de 2000. De otra parte y en relación con la inhabilidad que se le atribuye destaca que:

«(…) Al respecto hay que señalar que tal y como lo concluyó esta misma instancia en la providencia enunciada anteriormente, el cargo desempeñado, después de analizadas las funciones descritas en el Manual de Funciones de la entidad, se llega a la conclusión que al ejercer las funciones de su cargo José Luís Duarte Contreras como profesional universitario cargo 2044 grado 07 del DANE, no denota la condición de autoridad civil, política o administrativa, por lo que no representa una inhabilidad para ejercer el cargo de diputado de Norte de Santander el aquí demandado, quedando dicha circunstancia totalmente descalificada.

Sin embargo, corresponde ahora demostrar a este extremo procesal, que en relación con la designación de José Luís Duarte Contreras como supervisor en los contratos N° 371 del 22 de mayo de 2015, suscrito entre el Cuerpo de Bomberos de Cúcuta y el DANE, el N° 479 del 06 de octubre de 2014 suscrito entre Comfanorte y el DANE, y el contrato N° 483 del 22 de octubre de 2014 suscrito entre Patiño y Contreras CIA S.A. y el DANE, no configuran como lo pretende hacer ver el demandante una función de supervisión, vigilancia y control propia de una autoridad administrativa.

(…)

Por lo tanto, conforme a la disposición transcrita, el señor José Luís Duarte en su cargo de profesional universitario 2044 grado 07 del DANE no representa autoridad civil, por no ejercer poder o mando, dirección e imposición sobre las personas; y como autoridad administrativa, en relación con la función de supervisión sobre los contratos referidos, no ejerce función de inspección, verificación de información y documentos sobre entidades sujetas a control, no realiza seguimiento y evaluación sobre las actividades de las autoridades vigiladas, ni mucho menos, puede instaurar medidas coercitivas o correctivas que permitan sancionar a las entidades, pues, queda demostrado que con la designación de supervisor de los contratos enunciados, que además son únicamente de prestación de servicios, (N° 371: mantenimiento de bienes muebles y equipos – N° 479 de capacitación, bienestar y estímulos y el 486 de prestación de servicios de recopilación de información relacionada con producción comercio y servicios nacional), su finalidad está dirigida a supervisar la ejecución y el cumplimiento de los mismos, para que sea lo más óptimo posible, lo cual solo implica evaluación e intermediación durante el desarrollo del proceso para evitar conflictos posteriores por el indebido desarrollo del objeto contractual. Por ende, solo está encargado del seguimiento del contrato en las condiciones antes mencionadas, desvirtuando así, que no ejercer igualmente autoridad administrativa por el hecho de haber sido designado como supervisor, quedando totalmente desacreditado que el señor José Luís Duarte Contreras al ejercer el cargo de supervisor se le otorgó la calidad de autoridad administrativa.

(…)

Como respaldo de lo anterior, es pertinente traer a colación lo previsto en el Manual de Contratación del DANE, sobre las facultades y deberes del Supervisor o Interventor, así como los deberes y obligaciones del mismo, los cuales son el referente para determinar que, de acuerdo con las definiciones de autoridad en las normas atrás reseñadas, la actividad que como interventor realizó el hijo de mi cliente no compartan el ejercicio de tales actividades, vamos lo previsto en el MANUAL DE CONTRATACIÓN del DANE:

(…)

De estas facultades es evidente que por parte de JOSÉ LUÍS DUARTE CONTRERAS, se realizaron actividades administrativas orientadas a hacer seguimiento a los contratos en los que se le designó interventor, pero ninguna de ellas comportó ejercicio de “AUTORIDAD ADMINISTRATIVA” (…) Lo anterior implica que para el ejercicio de la actividad interventora desarrollada por JOSÉ LUÍS DUARTE CONTRERAS como profesional universitario del DANE, configure la potestad de ejercer autoridad civil, era necesario que le hubiesen delegado la facultad de imponer multas, declarar la terminación unilateral, o la caducidad del contrato, o la facultad de la compulsión o de la coacción por medio de la fuerza pública, aspectos que no se dieron en el ejercicio de la actividad administrativa desarrollada de vigilancia de los contratos, siendo la única posibilidad la de “***Teniendo en cuenta lo anterior, el interventor o supervisor podrá recomendar la aplicación de multas o sanciones, previo a lo cual deberá darse trámite al procedimiento señalado en el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011”.*** *A que hace referencia el manual de contratación, lo que descarta la autoridad para sancionar, que sí comportaría ejercicio de autoridad civil o administrativa (…)».*

Finalmente, hace referencia a las sentencias dictadas en los expedientes 540012331000 2007 00376 01, 170012331000 2011 00637 01 y 760012331000 2004 00456 01, las cuales fueron transcritas por el actor para indicar que lo tratado en dichas providencias judiciales no corresponden a la situación de hecho estudiada en este proceso y, además, que:

«(…) Como puede verse, la demanda carece de un concepto de la violación, pues a pesar de lo extenso del acápite propuesto por el demandante, el mismo resulta ser la transcripción de tres sentencias que no tienen ninguna identidad con la inhabilidad que le pretende anteponer a mi cliente, por lo que la demanda presentada se debe valorar a la luz de la interpretación restrictiva de las inhabilidades, pues en el caso en estudio la inhabilidad estudiada ni ninguna, puede ser interpretada de una manera amplia, pues dichas inhabilidades tienen interpretación restrictiva por parte del operador judicial, esto es, para efectos de estudiar su configuración no se puede recurrir a criterios de interpretación analógicos, ni tampoco a aproximaciones, siendo evidente que lo correcto es que solamente puede considerarse ejercicio de autoridad administrativa, las que ejercen los cargos específicamente indicados en aplicación del criterio orgánico de interpretación de autoridad administrativa, así como solamente las funciones allí mismo señaladas. (…)»

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

El Tribunal Administrativo de Norte de Santander, mediante providencia del 25 de noviembre de 2016, negó las pretensiones de la demanda formulada en contra del diputado de la Asamblea Departamental de Norte de Santander, señor José Luis Enrique Duarte Gómez.

Inicialmente, se detuvo en el análisis de las excepciones invocadas por el demandado. Así, frente a la excepción de *«Cosa juzgada – prohibición de nos bis in ídem»* (sic), consideró que no se configuraba en el presente caso y, por ello, no se viola el principio indicado, por el hecho de que, en forma previa, se hubiera proferido la sentencia del 12 de mayo de 2016, dentro del expediente núm. 54001-23-33-000-2016-00008-00, en la que se decidió el medio de control de nulidad de la elección del diputado José Luís Enrique Duarte Gómez, con sustento en la misma causal de inhabilidad que ahora se estudia en esta acción de pérdida de investidura, por cuanto, como lo ha indicado el Consejo de Estado y la Corte Constitucional, la acción electoral y la pérdida de investidura tienen objetos, finalidades y ciertas particularidades especiales que las diferencian, a pesar de que puedan afectar a una misma persona, citando para el efecto la sentencia del 21 de julio de 2015, proferida por la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, en el expediente núm. 11001-03-15-000-2012-00059-00(PI).

Luego se refirió a la excepción de inepta demanda, afirmando que no estaba llamada a prosperar, toda vez que:

«(…) Sobre este aspecto, encuentra la Sala que el artículo 4° de la Ley 144 de 1994 *“por la cual se establece el procedimiento de pérdida de la investidura de los congresistas”*, establece los requisitos que debe contener la solicitud de pérdida de investidura, entre los que se encuentra en el literal c) el de *“la invocación de la causal por la cual se solicita la pérdida de la investidura y; su debida explicación*, luego entonces no se trata de un concepto de violación propiamente dicho al que alude el numeral 4° del artículo 162 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, pues dicha norma refiere a la impugnación de un acto administrativo, caso que no es el que nos ocupa en la presente providencia.

Una vez hecha la anterior precisión, para la Sala tampoco tiene vocación de prosperidad la citada excepción toda vez que una vez examinado el libelo demandatorio se advierte que el demandante consignó las causales de inhabilidad por las cuales solicitó la pérdida de investidura del señor José Luís Enrique Duarte Gómez como Diputado del Departamento Norte de Santander para el período constitucional 2016-2019, explicando a su vez por qué considera que las mismas deben prosperar. Además, tal y como lo ha dicho el Consejo de Estado en reiterada jurisprudencia, solamente en ausencia total de este requisito o cuando adolezca de la enunciación normativa sin la correspondiente sustentación, a contrario sensu, se entenderá defectuosa la demanda por carencia de uno de sus presupuestos. En consecuencia, se declarará no probada la excepción de inepta demanda propuesta por el apoderado del demandado (…)»

Descendió al estudio del caso concreto, planteando el problema jurídico, en la siguiente forma:

«(…) Se debe establecer si ¿es procedente declarar la pérdida de investidura del señor JOSÉ LUÍS ENRIQUE DUARTE GÓMEZ, como Diputado de la Asamblea del Departamento Norte de Santander por el período constitucional 2016-2019, por encontrarse incurso en la causal de pérdida de investidura consagrada en los numerales 1° y 6° del artículo 48 y numeral 5 del artículo 33 de la Ley 617 de 2000, en concordancia con los artículos 188 y 190 de la Ley 136 de 1994 y el artículo 299 de la Constitución Política, al presuntamente haber violado el régimen de inhabilidades por haber ejercido su hijo José Luís Duarte Contreras el cargo de Profesional Universitario Código 2044 Grado 07 en el DANE desde el 04 de abril de 2013 al 29 de octubre de 2015, cumpliendo tanto funciones de asignación, como funciones misionales? (…)»

Anotó el Tribunal Administrativo de Norte de Santander que la Sección Primera del Consejo de Estado ha señalado que:

«(…) La posición de la Sección Primera del Consejo de Estado, que es la que conoce de la Segunda instancia de la pérdida de investidura del nivel territorial, ha dicho al respecto. *“De tal manera que no obstante que el artículo 48 de la Ley 617, en lo que toca con los Diputados no consagró expresamente como causal de pérdida de investidura la violación al régimen de inhabilidades, como la violación de dicho régimen sí constituye causal de pérdida de investidura para los Congresistas lo es también para aquellos en la medida en que comparten dicho régimen, por la remisión que hace el artículo 299 constitucional* (…)»

Luego se adentró en la resolución del caso concreto, encontrando probado el parentesco, en primer grado de consaguinidad, entre el señor José Luís Enrique Duarte Gómez, diputado de la Asamblea Departamental de Norte de Santander, y el señor José Luís Duarte Contreras, quien fungió como Profesional Universitario Código 2044 Grado 07 del Departamento Administrativo de Estadística, al haberse allegado al proceso copia del registro civil de nacimiento de este último.

En lo que se refiere al ejercicio de autoridad civil o administrativo por parte del señor José Luís Duarte Contreras, en su condición de Profesional Universitario Código 2044 Grado 07 del Departamento Administrativo Nacional de Estadística, el Tribunal Administrativo de Norte de Santander:

«(…) Sobre este aspecto encuentra la Sala que mediante la Resolución No. 399 del 20 de marzo de 2013, el Director del Departamento Administrativo Nacional de Estadística, nombró con carácter provisional, al señor José Luís Duarte Contreras en el caro (sic) de Profesional Universitario 2044-07 en la Territorial Centro Oriental – Subsede Cúcuta. (Ver folio 61 del expediente). Que el citado tomó posesión de dicho cargo el día 4 de abril de 2013, ante la Directora Territorial de la Entidad. (Ver folio 62 del expediente). Que de conformidad con la constancia de fecha 17 de noviembre de 2015, suscrita por el Coordinador del Área de Gestión Humana del Departamento Administrativo Nacional de Estadística, laboró en dicho cargo hasta el día 29 de octubre de 2015. (Ver folio 64 del expediente).

Visto lo anterior, advierte la Sala que el señor José Luís Duarte Contreras laboró en dicho cargo dentro del período inhabilitante, para las elecciones llevadas a cabo el 15 de octubre de 2015. En consecuencia, se procede a determinar si las funciones ejercidas por el citado en el cargo de Profesional Universitario Código 2044 Grado 07, implican el ejercicio de autoridad civil o administrativa, tal y como es alegado por el demandante en el *sub examine.*

(…)

Todo lo anterior, pone de manifiesto que el cargo desempeñado por el señor José Luís Duarte Contreras, esto es, Profesional Universitario Código 2044 Grado 07, es de aquellos que no implican autoridad civil, ni administrativa, pues la naturaleza de sus funciones, no implica potestad de poder o mando, ni potestades correccionales, disciplinarias o sanciones sobre actos o personas controladas, así como tampoco, implica la potestad de nombrar y remover libremente a los empleados de su dependencia.

En efecto, se encuentra la Sala que las funciones relacionadas en la certificación de fecha 13 de noviembre de 2015, suscrita por el Coordinador del Área de gestión humana del DANE, no implican potestad alguna de mando que afecte a las personas, pues participar en los procesos administrativos a cargo de la Dirección Territorial y tramitar requerimientos efectuados, participar en el diseño, formulación y desarrollo de planes y proyectos para la optimización de recursos, participar en el proceso de selección y contratación de servicios personales, efectuar trámites de cotización, atender usuarios, implementar procedimientos para la administración de documentos recibidos y normas técnicas de calidad, son facultades de simple acompañamiento que de ninguna manera atribuyen funciones de subordinación sobre las personas que los pueda obligar al acatamiento de órdenes, tampoco hace referencia a facultades de poder nombrar y remover libremente a los empleados de su dependencia.

(…)

Conforme lo anterior, para la Sala el señor José Luís Duarte Contreras no desarrollo funciones de autoridad civil o administrativa, pues en aplicación del criterio orgánico, su cargo no corresponde a los descritos en los artículo 188 y 190 de la Ley 136 de 1994, de manera que el ejercicio como Profesional Universitario no implicaba dirección administrativa o poder de decisión dentro de la estructura de la entidad; menos aún en aplicación del criterio funcional, pues tal y como fue analizado, de las funciones desempeñadas acreditadas por la entidad, de ninguna [manera] se desprende el ejercicio de autoridad, esto en la medida que no se infiere la existencia de una relación de mando – obediencia en razón del cargo.

Es así como, el ejercicio de las funciones que desempeñaba como Profesional Universitario el señor José Luís Duarte Contreras dentro del DANE no revelan la condición de autoridad civil o administrativa, por lo que de contera, para el caso, no inhabilitan al demandado José Luís Enrique Duarte Gómez para el ejercicio del cargo para el que fue electo como Diputado del Departamento Norte de Santander.

Posteriormente hizo referencia a las funciones de supervisión sobre los contratos números 371 del 22 de mayo de 2015, 479 del 6 de octubre de 2014 y 483 del 22 de octubre de 2014, asignadas al señor José Luís Duarte Contreras por parte del Director Territorial Centro Oriental del Departamento Administrativo Nacional de Estadísticas, advirtió:

«(…) Pues bien, advierte la Sala que al plenario no se allegó prueba alguna que acredite que el DANE le hubiese delegado al señor José Luís Duarte Contreras la función de supervisor de los referidos contratos, solo se aportó al expediente 3 oficios de comunicación de aceptación suscritos por el Director Territorial Centro Oriental del DANE y dirigidos al Cuerpo de Bomberos Voluntarios de Cúcuta, a la Caja de Compensación Familiar del Norte de Santander – COMFANORTE –, y Patiño y Contreras CIA S.A.S., en los que en los dos primeros oficios, se indicó sobre los datos de la entidad, como nombre del Supervisor el de José Luís Duarte Contreras, documentos que a juicio de la Sala no acreditan que efectivamente al citado se le hubiesen delegado dicha función y menos que este las hubiese desarrollado. No desconoce la Sala que el apoderado del demandado al contestar la demanda en ningún momento refutó que al señor Duarte Contreras le hubiesen delegado la función de la supervisión de los referidos contratos, sin embargo, esta confesión la desconoció en la audiencia pública celebrada el día 18 de noviembre de 2016.

Ahora bien, si en gracia de discusión se admitiera el hecho de que el hijo del demandado desempeñó la función de supervisión de los contratos suscritos por el DANE con el Cuerpo de Bomberos Voluntario de Cúcuta, COMFANORTE y Patiño y Contreras CIA S.A.S., advierte la Sala que de conformidad con los deberes y obligaciones del supervisor vistas a folios 109 al 113 del Manual de Contratación del DANE aportado por el demandante, en principio podría pensarse que las mismas implican una potestad de mando, por contener el verbo evaluar, no obstante y al analizar el contenido completo de los deberes, encontramos que no hacen referencia a una potestad que se ejerza sobre las personas, pues de lo contrario implicaría que las personas a quienes se les puede evaluar su desempeño en la dependencia, se encuentran subordinadas. Dicho verbo hace referencia a evaluar que se esté cumpliendo el objeto contratado, sin que se pueda inferir competencia de mando, ni de subordinación, pues de ninguna manera aluden a potestades correccionales, disciplinarias o de imposición de sanciones sobre actos o personas controladas. Por el contrario, se advierte que uno de los deberes alude a requerir por escrito al contratista cuando se presente incumplimientos, con el objeto de conminarlo a que cumpla, en las condiciones y término pactados en el contrato, pudiendo recomendar la aplicación de multas o sanciones, lo que deja entrever que este caso el supervisor no es el encargado, de imponer las sanciones o multas al contratista, pues su potestad simplemente se dirige a recomendar la aplicación de dichos correctivos.

De igual manera, advierte la Sala que dentro del alcance de la competencia de la vigilancia y control, asignada a los supervisores y/o interventores, en el Manual de Contratación, se indicó que los mismos, no tienen la capacidad legal para alterar las obligaciones, los plazos, la naturaleza ni el objeto contractual y por lo tanto, no pueden comprometer al DANE ni al FONDANE con obligaciones que no estén contenidas en el contrato o convenio, ni podrán adoptar decisiones reservadas por la ley al Director del Departamento, Representante Legal o al Ordenador del Gasto delegados, según el caso. (…)».

**4.- El recurso de apelación presentado por la parte demandante**

Inconforme con la sentencia de primera instancia y dentro de la oportunidad procesal correspondiente, la parte demandante presentó recurso de apelación con el fin de que se revoque dicha providencia y, en su lugar, se decrete la pérdida de la investidura que ostenta el señor José Luís Enrique Duarte Gómez como diputado de la Asamblea Departamental de Norte de Santander.

En efecto, se muestra contrario a la argumentación expuesta por el Tribunal Administrativo de Norte de Santander en relación con la función de supervisión de contratos que desarrollo el pariente del diputado José Luís Enrique Duarte Gómez, señor José Luís Duarte Contreras.

De un lado, el demandante considera que está debidamente probado que el señor José Luís Duarte Contreras fue supervisor de los contratos números 371 del 22 de mayo de 2015, 479 del 6 de octubre de 2014 y 483 del 22 de octubre de 2014, situación que desconoció el fallo de primera instancia al indicar que solo constaban en el expediente unos oficios que no acreditaban que al señor Duarte Contreras se le hubiese delegado dicha función y mucho menos que la hubiera desarrollado.

De otro lado, considera que el señor José Luís Duarte Contreras, como supervisor de los mencionados contratos, si ejerció autoridad civil y administrativa, lo cual explicó de la siguiente manera:

«(…) Vale la pena destacar que no son las funciones que ordinariamente desempeñaba el señor JOSÉ LUÍS DUARTE CONTRERAS como Profesional Universitario Código 2044 Grado 07 en la Territorial Centro Oriental – Subsede Cúcuta -, las que se deben analizar en detalle, pues no tienen valor suficiente para constituir, por sí mismas, el criterio con base en el cual se pueda concretar la pérdida de investidura impetrada.

La pérdida de investidura, obliga a considerar de manera específica, las funciones propias de la designación como SUPERVISOR de contratos estatales del DANE, (los citados al numeral 2.1., precedente) que son las que realmente importan y tiene significancia en relación con el período inhabilitante de su padre JOSÉ LUÍS ENRIQUE DUARTE GÓMEZ en su elección como Diputado a la Asamblea Departamental de Norte de Santander, período constitucional 2016 – 2019.

Entonces, para efectos de determinar las causales de inhabilitad, se debe partir del análisis del contenido funcional que le otorga el MANUAL DE CONTRATACIÓN DANE – FONDANE y vale la pena aclarar que, no es exigible el ejercicio efectivo de la(s) función(es) que confiere autoridad, sino que basta la posibilidad jurídica de ejercerla.

(…)

Pues bien, en este caso el MANUAL DE CONTRATACIÓN DANE – FONDANE en su condición de entidad del nivel central del orden nacional y del FONDO ROTATORIO FONDANE, en su calidad de establecimiento público, del nivel descentralizado del orden nacional, se erige como reglamento interno en materia de contratación estatal de la entidad. En consecuencia establecer funciones en esta específica materia.

El MANUAL DE CONTRATACIÓN DANE – FONDANE -, empieza señalando que:

(…)

Significa lo anterior que, los verbos actores son: encargado de velar, verificar, supervisar, vigilar, controlar, inspeccionar, hacer seguimiento y revisar la cumplida ejecución del objeto y las obligaciones en los Contratos 371 de 2015, Contrato 4798 de 2014 y Contrato 483 de 2014.

Significa la presencia de tales verbos rectores que: la autoridad administrativa – en esta materia contractual – no recae solamente sobre el Director de la Territorial Centro Oriental del DANE, aunque él, tenga la potestad para instruir a su(s) subalterno(s) designados Supervisor(es) de Contrato(s), entre los cuales se encuentra JOSÉ LUÍS ENRIQUE DUARTE CONTRERAS.

Ahí, queda demostrado de manera sencilla, el grado de autoridad de que se inviste al Supervisor de contratos – en esta materia específicamente – sin importar en nivel jerárquico que ostente en la entidad estatal.

Además, la concreción de la autoridad delegada y dirigida a velar, verificar, supervisar, vigilar, controlar, inspeccionar, hacer seguimiento y revisar la cumplida ejecución del objeto y las obligaciones contractuales en cita ¿Cómo la concreta?

(…)

No cabe duda que, el SUPERVISOR ejerce autoridad administrativa que está subsumida en el ejercicio de autoridad civil – inhabilitante para los efectos de la demanda de pérdida de investidura – en atención a que frente a los planes de trabajo ostenta el poder de: (…) revisarlos, (…) aprobarlos, (…) ordenar su modificación de ser necesario y (…) comprobar su cumplimiento.

(…)

No cabe duda que, el SUPERVISOR ejerce autoridad administrativa que está subsumida en el ejercicio de autoridad civil – inhabilitante para los efectos de la demanda de pérdida de investidura – en atención a que puede: Requerir por escrito al contratista cuando se presenten incumplimientos, con el objeto de conminarlo a que cumpla, en las condiciones y términos pactados en el contrato.

Y es que, controlar, supervisar, hacer seguimiento, requerir, sobre las tareas que cumple el contratista, denota el poder, mando, autoridad que ejerce el SUPERVISOR sobre el contratista. Tanto que si informe, se constituye en el sustento de la acción disciplinaria o de la aplicación de la multa u otra clase de ejercicio del *ius puniendi*.

(…)

En las actividades transcritas y analizadas en los numerales precedentes atribuidas por el MANUAL DE CONTRATACIÓN DANE – FONDANE - que es un acto administrativo reglamentario del desarrollo de la actividad contractual, - no se comentan y analizan todas – sino solamente las destacadas, permiten afirmar que corresponden a ejercicio de control que comporta poder de decisión sobre los actos o sobre las personas controladas, por parte del SUPERVISOR.

Constituyen por lo tanto, un ejemplo claro y contundente de atribución de autoridad civil al SUPERVISOR de contratos. (…)».

**5.- Alegatos de conclusión en segunda instancia y concepto del agente del Ministerio Público**

Mediante el auto del 08 de marzo de 2017, el magistrado sustanciador del proceso admitió el recurso de apelación presentado contra la sentencia de primera instancia y ordenó correr traslado a las partes para que presentaran sus alegatos y al agente del Ministerio Público para que, si lo consideraba pertinente, rindiera concepto.

Las partes presentaron sus alegatos de conclusión en los que reiteraron los argumentos esgrimidos a lo largo del proceso.

Por su parte, el agente del Ministerio Público intervino en esta instancia mediante escrito del 24 de abril de 2017, en el que solicitó, luego de un estudio integral del proceso judicial, la confirmación de la sentencia de primera instancia, por compartir, en su integridad, los argumentos esgrimidos por el Tribunal Administrativo de Norte de Santander. Así, manifestó que:

«(…) En el caso en concreto, contrario a lo manifestado por el recurrente, se tiene que no es posible acudir a estos criterios, toda vez que el señor José Luís Duarte Contreras no desempeñó ninguno de los cargos consagrados por el inciso 1) del artículo 190 de la Ley 136 de 1994, es decir, a nivel seccional, esto es, como gobernador, secretario de despacho, ni como jefe ni gerente de una entidad descentralizada ni jefe de Unidad Administrativa Especial, pues quedó suficientemente probado que el hijo del diputado acusado, ejerció el cargo de Profesional Universitario Código 2044, Grado 07, mediante nombramiento en provisionalidad.

De otra parte, según consta en el certificado de funciones asignadas al cargo de profesional desempeñado por José Luís Duarte Contreras, se evidencia y establece claramente que ninguna de ellas implica el ejercicio de potestad o facultad alguna para poder afirmar que ejerció autoridad política, civil o administrativa.

Así mismo, si bien, el señor José Luís Duarte Contreras ejerció la función de supervisor de los contratos Nos. 371 del 22 de mayo de 2015 y 479 del 06 de diciembre de 2014, - y con relación al contrato No. 483 del 22 de octubre de 2014, en este no se precisó su nombre -, cabe destacar en primer lugar, que la designación de inspección, vigilancia y control fue designada por el Director Territorial del Centro Oriental DANE.

En este punto, es de recordar que la supervisión de los contratos estatales se enmarca en un conjunto de funciones o actividades desempeñadas por un responsable designado o contratado para tal efecto, que realiza el seguimiento al ejercicio del cumplimiento obligacional por parte del contratista, con la finalidad de promover la ejecución satisfactoria del contrato, mantener permanentemente informado al ordenador del gasto de su estado técnico, jurídico y financiero, evitando perjuicios a la entidad y al contratista o parte del negocio jurídico.

En segundo lugar, se encuentra en el sub examine que la designación como supervisor – según el manual de contratación – tuvo en cuenta los siguientes verbos rectores: conocer, analizar, solicitar, verificar, realizar y requerir, verbos que no implican que al desarrollar el seguimiento de los deberes y obligaciones técnicas de los contratistas, estos se sumerjan en una función de subordinación, teniendo en cuenta que dicha función al no alcanzar una competencia de mando, no trae consigo funciones que lleven a la conclusión de determinar que la supervisión fue ejercida en calidad de autoridad civil o en calidad de autoridad administrativa.

Según se observa, queda demostrado que ninguna de las funciones que desempeñó el señor José Luís Duarte Contreras comportaron el ejercicio de autoridad civil que lleven aparejara (sic) la potestad de mando, de dirección, de designación y remoción de los empleados, potestades correccionales o disciplinarias; tampoco comportan el ejercicio de autoridad administrativa, relacionadas por ejemplo con la celebración de convenios, contratos, ordenación de gastos, la adopción de decisiones relativas a resolver las situaciones administrativas de los servidores públicos ni el ejercicio de potestad disciplinaria (…)»

**II.- Consideraciones de la Sala**

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

Reposa en el expediente el formato E-26 (fol. 44-51, cuaderno principal), mediante el cual los miembros de la comisión escrutadora declaran que el demandado, José Luís Enrique Duarte Gómez, identificado con la cédula de ciudadanía núm. 5.435.222, fue electo diputado del departamento de Norte de Santander para el período 2016 – 2019.

Además, se encuentra el acta núm. 01 del 2 de enero de 2016 que da cuenta de la instalación de la Asamblea Departamental de Norte de Santander llevada a cabo el citado día y en la que tomaron posesión los diputados de ese departamento para el período 2016-2019, dentro de los que se encuentra el demandado (fol. 52-60, cuaderno principal).

Así las cosas, el demandado es sujeto pasivo de la presente acción de pérdida de investidura, al encontrarse acreditada su elección y posesión como diputado de la Asamblea Departamental de Norte de Santander para el período 2016-2019.

**2.- La causal de pérdida de investidura que se le endilga al señor José Luís Enrique Duarte Gómez**

El demandado le atribuye al diputado José Luís Enrique Duarte Gómez haber incurrido en una de las inhabilidades establecidas en el núm. 5 del artículo 33 de la Ley 617, específicamente, en la consistente en tener parentesco en tercer grado de consanguinidad, primero de afinidad o único civil, con funcionarios que dentro de los doce (12) meses anteriores a la elección hayan ejercido autoridad civil, política, administrativa o militar en el respectivo departamento. El citado artículo es del siguiente tenor:

**«ARTICULO 33. DE LAS INHABILIDADES DE LOS DIPUTADOS.** No podrá ser inscrito como candidato ni elegido diputado:

(…)

5. <Aparte tachado INEXEQUIBLE, sustituido por el aparte entre <>> **Quien tenga vínculo por matrimonio, o unión permanente, o de parentesco en ~~segundo grado de consanguinidad~~ <tercer grado de consanguinidad>, primero de afinidad o único civil, con funcionarios que dentro de los doce (12) meses anteriores a la elección hayan ejercido autoridad civil, política, administrativa o militar en el respectivo departamento**; o con quienes dentro del mismo lapso hayan sido representantes legales de entidades que administren tributos, tasas o contribuciones, o de las entidades que presten servicios públicos domiciliarios o de seguridad social de salud en el régimen subsidiado en el respectivo departamento. Así mismo, quien esté vinculado entre sí por matrimonio o unión permanente o parentesco dentro del tercer grado de consanguinidad, segundo de afinidad o único civil, y se inscriba por el mismo partido o movimiento político para elección de cargos o de corporaciones públicas que deban realizarse en el mismo departamento en la misma fecha.» (subrayado y negrilla fuera de texto).

Ha sido posición reiterada de esta Sala[[1]](#footnote-1) considerar que la violación al régimen de inhabilidades si constituye causal de pérdida de investidura de los diputados, conforme los siguientes razonamientos:

«5.5.1.-Delimitado el problema jurídico que se impone resolver, la Sala encuentra que debe empezar por reiterar su posición jurisprudencial **en cuanto a que la violación al régimen de inhabilidades e incompatibilidades sí constituye causal de pérdida de investidura en tratándose de concejales y diputados**. Para el efecto resulta pertinente traer a colación la sentencia de 4 de septiembre de 2014 proferida por esta Sección en el trámite de pérdida de investidura radicado con el número 2013-00249 en la cual se precisó:

“5.6.2.- Así, uno de los aspectos analizados en el aludido pronunciamiento judicial fue el relacionado con el hecho de que en el artículo 48 de la Ley 617 de 2000 no se incluyó la violación al régimen de inhabilidades como causal de pérdida de la investidura. Una primera aproximación al tema llevaba a considerar que el legislador quiso proscribir esa circunstancia como evento constitutivo de pérdida de investidura tal y como lo sostiene la sentencia apelada. Sin embargo, esa tesis pareciera desconocer que la misma norma no excluye las demás causales de pérdida de investidura consagradas en otras disposiciones cuando en el numeral 6 señala que podrá perderse la investidura “por las demás causales expresamente previstas por la Ley”.

**5.6.3.- Por consiguiente, es forzoso concluir que las causales de pérdida de investidura de diputados, concejales y miembros de juntas administradoras locales, no se limitan a las consagradas en los numerales 1 a 5 del referido artículo 48 de la Ley 617 de 2000, ya que deben tenerse en cuenta las demás establecidas en otras leyes. En este sentido, el pronunciamiento de esta Corporación al que se está haciendo alusión expresó:**

“No puede desconocerse que ésta es norma posterior y contiene una relación de los diversos eventos en que Diputados, Concejales Distritales y Municipales y miembros de las Juntas Administradoras Locales, perderán su investidura, entre los cuales, si bien se omitió **la violación del régimen de inhabilidades** no por ello puede concluirse que haya sido voluntad del legislador suprimir dicha causal en lo concerniente a los Concejales, que es la materia a la que se contrae el presente asunto, pues en el numeral 6, ibídem, quedó plasmada la posibilidad de que otras normas también pudieran consagrar causales de pérdida de investidura para esta categoría de servidores públicos, por lo que, frente a una situación como la aquí dilucidada, necesariamente hay que remitirse a la reglamentación contenida en la Ley 136 de 1994, que en lo referente a dichas causales, en el artículo 55, numeral 2, sí prevé como propiciatoria de la comentada consecuencia jurídica, **la violación del régimen de inhabilidades,** así como también consagra, con ese mismo efecto, en el numeral 1, dando alcance al artículo 291 de la Constitución, la aceptación o desempeño de cargo público, causal regulada de manera especial en este último estatuto al igual a como acontece con la prevista en el artículo 110, ibídem, relacionada con las contribuciones a los partidos, movimientos o candidatos por parte de quienes desempeñan funciones públicas.”[[2]](#footnote-2)”

**5.5.2.- Como puede verse, el numeral 6 del artículo 48 de la Ley 617 de 2000 consagra la posibilidad de acudir a la integración normativa para efectos de establecer y determinar otras causales de pérdida de investidura de los concejales, diputados y miembros de juntas administradoras al señalar que además de las causales allí previstas en los numeral 1 a 5 podrán tenerse en cuenta las demás consagradas en otras leyes, posición que a su vez reitera lo dicho mediante sentencias de 24 de abril de 2003[[3]](#footnote-3) y de 24 de agosto de 2006[[4]](#footnote-4) en las que se sostuvo:**

«De tal manera que **no obstante que el artículo 48 de la Ley 617, en lo que toca con los Diputados no consagró expresamente como causal de pérdida de investidura la violación al régimen de inhabilidades, como la violación de dicho régimen sí constituye causal de pérdida de investidura para los Congresistas lo es también para aquéllos en la medida en que comparten dicho régimen, por la remisión que hace el artículo 299 constitucional.”. Lo anterior se sustenta en lo expresado en la sentencia S-140 a que se ha hecho referencia, en el sentido de que “Tal norma constitucional permitió que la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo en sentencia de 8 de agosto de 2000, expediente núm. S-140, con ponencia de la Consejera doctora María Elena Giraldo Gómez, sostuviera la tesis según la cual mientras el legislador no dictara un régimen especial de inhabilidades e incompatibilidades para los Diputados más riguroso, en comparación con el de los Congresistas debe acudirse al de éstos, por el reenvío que hace la Constitución al régimen de los Congresistas, en lo que corresponda.” La anotada posición jurisprudencial de la Sala fue reiterada en sentencia de la misma, de 15 de mayo de 2003, expediente núm. 8707, consejera ponente doctora Olga Inés Navarrete Barrero, en la cual concluye que “Trasladadas las anteriores apreciaciones jurídicas (refiriéndose a las del fallo de 23 de abril de 2002 de Sala Plena atrás transcritas) al caso de los diputados a las asambleas departamentales, encuentra la Sala que no existe razón alguna para considerar que la violación al régimen de inhabilidades no constituya causal de Pérdida de la Investidura para estos servidores públicos.»**

**5.5.3.- Al amparo de los precedentes jurisprudenciales antes referidos, la Sala reitera su posición en lo relativo a la violación al régimen de inhabilidades e incompatibilidades como causal de pérdida de investidura de los diputados**, y en consecuencia pasará a resolver los demás alegatos expuestos en el recurso de apelación, para lo que será necesario detenerse a precisar la naturaleza de la pérdida de investidura y a partir de allí verificar si se configura la inhabilidad prevista en el artículo 33.4 de la Ley 617 de 2002 para que se predique la violación al régimen de inhabilidades.» (Resaltado y subrayado fuera de texto)

**2.1.- La configuración de la inhabilidad prevista en el núm. 5 del artículo 33 de la Ley 617 de 2000**

El problema jurídico que debe desatar la Sala es determinar si el demandante violó el régimen de inhabilidades previsto para los diputados, el cual constituye causal para que sean despojados de su investidura conforme se indicó líneas atrás, por haber incurrido en una de las conductas previstas en el núm. 5 del artículo 33 de la Ley 617, esto es, tener parentesco dentro del tercer grado de consanguinidad con funcionarios que dentro de los doce (12) meses anteriores a la elección hayan ejercido autoridad civil, política, administrativa o militar en el respectivo departamento, en la medida en que el hijo del diputado enjuiciado, de nombre José Luís Duarte Contreras, en su condición servidor público del Departamento Administrativo Nacional de Estadística, Territorial Centro Oriental, Subsede Cúcuta, ejerció autoridad civil y administrativa al ser designado y haber ejercido la labor de supervisión de los contratos números 371 del 22 de mayo de 2015, 479 del 6 de octubre de 2014 y 483 del 22 de octubre de 2014.

Siguiendo los lineamientos de la disposición legal mencionada y el caso concreto, para que se configure la inhabilidad que se le endilga al demandado, es menester acreditar (1) La existencia del parentesco, hasta el tercer grado de consanguinidad, entre el señor José Luís Enrique Duarte Gómez y el señor José Luís Duarte Contreras; (2) que el señor José Luís Duarte Contreras, en su condición de funcionario público, haya ejercido autoridad civil y administrativa (tipo de autoridad que le endilga el demandante); y (3) que esa autoridad se hubiere ejercido dentro de los doce (12) meses anteriores a la elección, esto es, entre el 25 de octubre de 2014 y el 25 de octubre de 2015, en el respectivo departamento.

**2.1.1. La existencia del parentesco, hasta el tercer grado de consanguinidad, entre el señor José Luís Enrique Duarte Gómez y el señor José Luís Duarte Contreras**

Dentro de las pruebas allegados se encuentra una copia del registro civil de nacimiento del señor José Luís Duarte Contreras (fol. 65, cuaderno principal), el cual detalla que su padre es el señor José Luís Enrique Duarte Gómez, identificado con la cédula de ciudadanía 5.435.222, quien funge como demandado en este proceso judicial.

Está acreditado, entonces, que entre los señores José Luís Duarte Contreras y José Luís Enrique Duarte Gómez existe un parentesco en el primer grado de consanguinidad, esto es, dentro del marco fijado por la disposición legal que consagra la inhabilidad.

**2.1.2. El ejercicio de autoridad civil y administrativa por parte del señor José Luís Duarte Contreras, en su condición de funcionario público**

La condición de servidor público se encuentra probada dentro del proceso, toda vez que en el plenario se encuentra la Resolución núm. 399 del 26 de marzo de 2013, mediante la cual el director del Departamento Administrativo Nacional de Estadística nombró, con carácter provisional, al señor José Luís Duarte Contreras en el cargo de profesional universitario 2044, grado 07, ubicado en la «Territorial Centro Oriental – Subsede Cúcuta» (fol. 151, cuaderno principal).

El señor José Luís Duarte Contreras, según consta en el acta de posesión núm. 024 (fol. 152, cuaderno principal), tomó posesión del cargo el citado día 4 de abril de 2013, el cual desempeñó hasta el día 29 de octubre de 2015, de acuerdo a la certificación expedida por el señor Carlos Andrés Peña Moreno, coordinador del área de gestión humana del Departamento Administrativo Nacional de Estadística (fol. 154-155, cuaderno principal).

El apelante considera que el señor José Luís Duarte Contreras ejerció autoridad civil y administrativa al fungir como supervisor de los contratos números 371 del 22 de mayo de 2015, 479 del 6 de octubre de 2014 y 483 del 22 de octubre de 2014.

Por ello debe precisarse que no resultan aplicables las reflexiones expuestas por la Sección Quinta del Consejo de Estado en la sentencia del 4 de agosto de 2016[[5]](#footnote-5) y en la que se fundó la excepción de cosa juzgada presentada en la contestación de la demanda, en la medida en que en la providencia judicial se analizaron las funciones desempeñadas por el señor José Luís Duarte Contreras como «(…) profesional universitario, código 2044, grado 07, de la Dirección Territorial Bucaramanga – Subsede Cúcuta (…)», pero nada se indicó en relación con la labor de supervisión de los contratos que le fue asignada y en la que precisamente se funda el recurso de apelación presentado por la parte demandante. Al analizar el caso concreto, esa Sección explicó:

«(…) 5. Caso concreto

De acuerdo al certificado emitido por la Coordinadora del Área de Gestión Humada del DANE (fl. 121), el señor José Luis Duarte Contreras cumplió las siguientes funciones como profesional universitario, código 2044, grado 07, de la Dirección Territorial Bucaramanga – Subsede Cúcuta:

(…)

El recurso de apelación está soportado básicamente en que con el cumplimiento de las funciones consignadas en los numerales 3, 5 y 6, el señor Duarte Contreras habría ejercido autoridad administrativa en la medida en que tendría la potestad de decidir[[6]](#footnote-6) sobre la selección y contratación de los servicios personales al interior de la territorial; administrar[[7]](#footnote-7) los bienes a cargo de la dirección y de imponer su decisión dentro del proceso de cotización para la adquisición de bienes. El actor también puso de presente que la función consignada en el numeral 10 también constituye un ejemplo del ejercicio de autoridad.

Al respecto, la Sala señala que en la sustentación de recurso se debía cumplir una carga mínima de argumentación. El demandante debía explicar en qué medida las funciones de los numerales 3, 5, 6 y 10 referidas a partir del Manual correspondiente implicaron el ejercicio de autoridad, y no lo hizo, ni lo demostró. Al contrario, como se verá más adelante, lo que se evidencia es que, en principio, quien ostenta el poder decisorio dentro de la territorial es principalmente el Director Regional respectivo.

La interpretación del actor se desvirtúa con el análisis jurídico por parte de la Sala de las funciones asignadas al hijo del demandado.

En efecto, se evidencia que el impugnante no tiene en cuenta el contexto dentro del cual ejerce sus funciones un empleo del nivel profesional dentro de la administración pública y específicamente dentro del desempeño de la entidad[[8]](#footnote-8). Para esta Sala la participación en los procesos relacionados en la certificación referida, no conlleva a que el profesional universitario sea el líder del asunto, que expida directrices o decisiones, o que tome la última palabra en la administración de los bienes o la contratación de los servicios personales de la Dirección Territorial. Es más, contrario a lo afirmado por el apelante, la regla de la experiencia y los términos normativos demuestran que la elaboración de las cotizaciones constituye uno de los procedimientos puntales dentro de los muchos pasos contenidos en la ley para la contratación pública y que, por tanto, el funcionario con capacidad para firmar el contrato estatal es quien realmente impone la decisión sobre este aspecto[[9]](#footnote-9).

Para delimitar los alcances de las funciones desempeñadas por el profesional universitario dentro de la Dirección Territorial del DANE, es útil remitirse al manual específico de funciones y competencias laborales dentro del que se relacionan los deberes del Director Territorial de la siguiente manera:

(…)

Es fácil identificar que de acuerdo al modelo de gestión institucional del DANE, el líder de los procesos a nivel regional es el Director Territorial quien, entre otros, administra y ejecuta los recursos de la dirección, representa a la entidad en algunos escenarios, etc. Así mismo, debe tenerse en cuenta que el encargado de “*Nombrar, remover y administrar el personal, de acuerdo con las disposiciones legales vigentes*” es el Director del Departamento.

Así pues, teniendo en cuenta las restricciones adscritas a la interpretación de las inhabilidades para ser elegido, la Sala deduce que ninguna de las funciones relacionadas por el apelante tiene el alcance suficiente para inferir el ejercicio de una forma de autoridad en los términos de la Ley 136 de 1994, artículos 188 a 190, y de la jurisprudencia que ha sido relacionada en esta providencia. En otras palabras, analizadas en su conjunto las diferentes funciones adscritas al profesional universitario código 2044, grado 07 del DANE, esta Sección no encuentra ningún poder del que se infiera una relación de mando - obediencia que pueda imponerse incluso por la fuerza.»

Realizada la precisión anterior, debe indicarse que se encuentra acreditado que el señor José Luís Duarte Contreras fue designado como supervisor de los mencionados contratos. Así, al plenario fue aportada copia de la *«COMUNICACIÓN DE ACEPTACIÓN DANE N° 371»* con fecha del 22 de mayo de 2015, mediante la cual el Director Territorial Centro Oriental del Departamento Administrativo Nacional de Estadística, José Vicente López García, acepta la oferta presentada por el Cuerpo de Bomberos Voluntarios de Cúcuta, para ejecutar el «”Mantenimiento preventivo y recarga de extintores de la territorial Centro Oriental del DANE, Subsede de Cúcuta”», cuya contraprestación fue la suma de $160.000 y el plazo de ejecución de 3 días hábiles contados a partir del registro presupuestal[[10]](#footnote-10) (fol. 67, cuaderno principal). En dicho documento consta que la supervisión del contrato se asignó al señor José Luís Duarte Contreras.

Asimismo, se encuentra copia de la «COMUNICACIÓN DE ACEPTACIÓN DANE N° 479» con fecha del 6 de octubre de 2014, mediante la cual el Director Territorial Centro Oriental del Departamento Administrativo Nacional de Estadística, José Vicente López García, acepta la oferta presentada por la Caja de Compensación Familiar del Norte de Santander, para «”Efectuar el programa de liderazgo con una metodología conversacional personalizada, dirigido a servidores del DANE de la Territorial Centro Oriental Subsede Cúcuta”», cuya contraprestación fue la suma de $1.300.000 y el plazo de ejecución de 2 meses, a partir de la expedición del registro presupuestal[[11]](#footnote-11) (fol. 69, cuaderno principal). En dicho documento consta que la supervisión del contrato se asignó al señor José Luís Duarte Contreras.

Además, reposa copia de la «COMUNICACIÓN DE ACEPTACIÓN DANE N° 483» con fecha del 22 de octubre de 2014, mediante la cual el Director Territorial Centro Oriental del Departamento Administrativo Nacional de Estadística, José Vicente López García, acepta la oferta presentada por la sociedad Patiño y Contreras CIA S.A.S., para «”Contratar el servicio de fotocopiado con suministro de papel tamaño especial (carta, oficio, extra oficio) para el fotocopiado en la Dirección Territorial Centro Oriental del DANE, Subsede Cúcuta”», cuya contraprestación fue la suma de $348.068 y el plazo de ejecución a partir del registro presupuestal y hasta el 30 de diciembre de 2014[[12]](#footnote-12) (fol. 71, cuaderno principal). **En dicho documento no consta qué servidor público debe cumplir la labor de supervisión del contrato**.

.

Ahora bien, en relación con la labor de supervisión que le fue asignada al hijo del demandado, cabe señalar que el artículo 83 de la Ley 1474 de 2011 estableció la supervisión e interventoría contractual, en los siguientes términos:

**«ARTÍCULO 83. SUPERVISIÓN E INTERVENTORÍA CONTRACTUAL.** Con el fin de proteger la moralidad administrativa, de prevenir la ocurrencia de actos de corrupción y de tutelar la transparencia de la actividad contractual, las entidades públicas están obligadas a vigilar permanentemente la correcta ejecución del objeto contratado a través de un supervisor o un interventor, según corresponda.

**La supervisión consistirá en el seguimiento técnico, administrativo, financiero, contable, y jurídico que sobre el cumplimiento del objeto del contrato, es ejercida por la misma entidad estatal cuando no requieren conocimientos especializados. Para la supervisión, la Entidad estatal podrá contratar personal de apoyo, a través de los contratos de prestación de servicios que sean requeridos.**

La interventoría consistirá en el seguimiento técnico que sobre el cumplimiento del contrato realice una persona natural o jurídica contratada para tal fin por la Entidad Estatal, cuando el seguimiento del contrato suponga conocimiento especializado en la materia, o cuando la complejidad o la extensión del mismo lo justifiquen. No obstante, lo anterior cuando la entidad lo encuentre justificado y acorde a la naturaleza del contrato principal, podrá contratar el seguimiento administrativo, técnico, financiero, contable, jurídico del objeto o contrato dentro de la interventoría.

**Por regla general, no serán concurrentes en relación con un mismo contrato, las funciones de supervisión e interventoría. Sin embargo, la entidad puede dividir la vigilancia del contrato principal, caso en el cual en el contrato respectivo de interventoría, se deberán indicar las actividades técnicas a cargo del interventor y las demás quedarán a cargo de la Entidad a través del supervisor.**

El contrato de Interventoría será supervisado directamente por la entidad estatal.

**PARÁGRAFO 1o.** En adición a la obligación de contar con interventoría, teniendo en cuenta la capacidad de la entidad para asumir o no la respectiva supervisión en los contratos de obra a que se refiere el artículo 32 de la Ley 80 de 1993, los estudios previos de los contratos cuyo valor supere la menor cuantía de la entidad, con independencia de la modalidad de selección, se pronunciarán sobre la necesidad de contar con interventoría.

**PARÁGRAFO 2o.** El Gobierno Nacional reglamentará la materia»

Así mismo, el artículo 84 de la Ley 1474 de 2011, estableció las facultades y deberes de los supervisores y los interventores, de la siguiente forma:

**«ARTÍCULO 84. FACULTADES Y DEBERES DE LOS SUPERVISORES Y LOS INTERVENTORES.** **La supervisión e interventoría contractual implica el seguimiento al ejercicio del cumplimiento obligacional por la entidad contratante sobre las obligaciones a cargo del contratista.**

**Los interventores y supervisores están facultados para solicitar informes, aclaraciones y explicaciones sobre el desarrollo de la ejecución contractual, y serán responsables por mantener informada a la entidad contratante de los hechos o circunstancias que puedan constituir actos de corrupción tipificados como conductas punibles, o que puedan poner o pongan en riesgo el cumplimiento del contrato, o cuando tal incumplimiento se presente.**

**PARÁGRAFO 1o.** El numeral 34 del artículo 48 de la Ley 734 de 2000 <sic, es 2002> quedará así:

No exigir, el supervisor o el interventor, la calidad de los bienes y servicios adquiridos por la entidad estatal, o en su defecto, los exigidos por las normas técnicas obligatorias, o certificar como recibida a satisfacción, obra que no ha sido ejecutada a cabalidad. También será falta gravísima omitir el deber de informar a la entidad contratante los hechos o circunstancias que puedan constituir actos de corrupción tipificados como conductas punibles, o que puedan poner o pongan en riesgo el cumplimiento del contrato, o cuando se presente el incumplimiento.

**PARÁGRAFO 2o.** Adiciónese la Ley 80 de 1993, artículo 8o, numeral 1, con el siguiente literal:

k) <sic> <Literal CONDICIONALMENTE exequible> El interventor que incumpla el deber de entregar información a la entidad contratante relacionada con el incumplimiento del contrato, con hechos o circunstancias que puedan constituir actos de corrupción tipificados como conductas punibles, o que puedan poner o pongan en riesgo el cumplimiento del contrato.

Esta inhabilidad se extenderá por un término de cinco (5) años, contados a partir de la ejecutoria del acto administrativo que así lo declare, previa la actuación administrativa correspondiente.

**PARÁGRAFO 3o.** El interventor que no haya informado oportunamente a la Entidad de un posible incumplimiento del contrato vigilado o principal, parcial o total, de alguna de las obligaciones a cargo del contratista, será solidariamente responsable con este de los perjuicios que se ocasionen con el incumplimiento por los daños que le sean imputables al interventor.»

Cuando el ordenador del gasto sea informado oportunamente de los posibles incumplimientos de un contratista y no lo conmine al cumplimiento de lo pactado o adopte las medidas necesarias para salvaguardar el interés general y los recursos públicos involucrados, será responsable solidariamente con este, de los perjuicios que se ocasionen.

**PARÁGRAFO 4o.** Cuando el interventor sea consorcio o unión temporal la solidaridad se aplicará en los términos previstos en el artículo 7o de la Ley 80 de 1993, respecto del régimen sancionatorio.

En concordancia con estas disposiciones legales, el Departamento Administrativo Nacional de Estadística contempló, dentro de su manual de contratación (fol. 73-116, cuaderno principal), un capítulo destinado a regular la interventoría y la supervisión de los contratos y convenios celebrados por esa entidad. Al respecto indicó que el Supervisor es:

«[el] Servidor público designado por el Director del Departamento Administrativo Nacional de Estadística – DANE – o por los Ordenadores del Gasto delegados, encargado de velar, verificar, supervisar, vigilar, controlar, inspeccionar, hacer seguimiento y revisar la cumplida ejecución del objeto y las obligaciones establecidas en el contrato o convenio celebrado por el DANE Y FONDANE, dentro del tiempo y plazo establecido.»

El manual contempla las facultades y deberes del supervisor (Título II, Capítulo Único, núm. 1.5), los deberes y obligaciones del supervisor (Título II, Capítulo Único, núm. 1.6) de los cuales no puede deducirse, como lo hace el apelante, el ejercicio de autoridad civil y administrativa.

En este mismo sentido, los artículos 188 y 190 de la Ley 136 de 1994, precisaron los conceptos de autoridad civil y administrativa en la siguiente forma:

**«ARTÍCULO 188. AUTORIDAD CIVIL.** Para efectos de lo previsto en esta Ley, se entiende por autoridad civil la capacidad legal y reglamentaria que ostenta un empleado oficial para cualquiera de las siguientes atribuciones:

1. Ejercer el poder público en función de mando para una finalidad prevista en esta Ley, que obliga al acatamiento de los particulares y en caso de desobediencia, con facultad de la compulsión o de la coacción por medio de la fuerza pública.

2. Nombrar y remover libremente los empleados de su dependencia, por si o por delegación.

3. Sancionar a los empleados con suspensiones, multas o destituciones.

(…)

**ARTÍCULO 190. DIRECCIÓN ADMINISTRATIVA.** Esta facultad además del alcalde, la ejercen los secretarios de la alcaldía, los jefes de departamento administrativo y los gerentes o jefes de las entidades descentralizadas, y los jefes de las unidades administrativas especiales, como superiores de los correspondientes servicios municipales.

También comprende a los empleados oficiales autorizados para celebrar contratos o convenios; ordenar gastos con cargo a fondos municipales; conferir comisiones, licencias no remuneradas, decretar vacaciones y suspenderlas, para trasladar horizontal o verticalmente los funcionarios subordinados reconocer horas extras, vincular personal supernumerario o fijarle nueva sede al personal de planta; a los funcionarios que hagan parte de las unidades de control interno y quienes legal o reglamentariamente tengan facultades para investigar las faltas disciplinarias.»

Y en relación con los conceptos autoridad civil y administrativa, esta Sección[[13]](#footnote-13) ha indicado lo siguiente:

«En torno al tema, esta Corporación, en sentencia de 16 de noviembre de 2011[[14]](#footnote-14), hizo las siguientes precisiones que, por su importancia y pertinencia, se reiteran en esta oportunidad:

**“… 3.2. Segundo requisito: Que el pariente del aspirante al Congreso ejerza “autoridad civil o política”.**

… Esta Corporación, en una providencia más reciente, reiteró algunas ideas de las que se vienen destacando –el concepto de autoridad, la relación de género a especie que existe entre la autoridad civil y la administrativa, el apoyo normativo que brinda el art. 188 de la ley 136-, pero agregó que la autoridad civil no sólo se ejerce sobre los ciudadanos, sino que tiene, además de esa expresión exógena, una manifestación endógena, es decir, el ejercicio, al interior de la propia administración, del poder de mando y dirección. Sobre el particular se puntualizó:

“Los referentes normativos más cercanos que se tienen en el ordenamiento jurídico para comprender los conceptos de autoridad civil, política o administrativa, y que pueden ser empleados por vía analógica, están dados por la Ley 136 del 2 de junio de 1994 ‘Por la cual se dictan normas tendientes a modernizar la organización y el funcionamiento de los municipios’, donde el legislador previó: (…)

Como se logrará advertir, cada una de las modalidades de autoridad que tiene previstas la Ley 136 de 1994 viene caracterizada por el poder de decisión que algunos funcionarios, no todos, de la administración pública ostentan para distintos fines; la regla general es que **son pocos los empleados públicos a quienes sus funciones les permiten el ejercicio de autoridad, determinada en algunos casos por un aspecto funcional**, esto es por las competencias que constitucional o legalmente les hayan sido asignadas, **y en otros por un criterio orgánico, pues será su ubicación en la estructura administrativa la que dirá si el servidor público está investido de autoridad o no**.

“Así, por ejemplo, **la autoridad civil es caracterizada por el legislador porque el empleado público está investido de capacidad legal y reglamentaria para emplear el poder público ‘en función de mando’ con el propósito de desarrollar los altos fines perseguidos por la ley,** y en caso de desacato por el destinatario de la respectiva orden, hacerse obedecer con el auxilio de la fuerza pública de ser necesario. De igual forma al ejemplificar el artículo 188 la autoridad civil cuando se ejerce el poder de nominación, bien para designar o ya para remover libremente a los empleados de su dependencia, o cuando se ejerce la potestad disciplinaria sobre los empleados, se logra entender que **la autoridad civil tiene un reflejo endógeno y otro reflejo exógeno; por el primero se comprende el ejercicio de esa potestad intraorgánicamente, cuando el funcionario público la emplea respecto de los empleados bajo su dirección, o también cuando entra a disciplinarlos por la realización de una conducta tipificada en el ordenamiento disciplinario; y el reflejo exógeno de la autoridad civil es la manifestación de la voluntad de la administración teniendo como destinatarios a personas ajenas a la administración**, como cuando a través de actos administrativos se imparten órdenes a terceros o se les imponen sanciones por no dar cumplimiento a esos mandatos de actuación o de abstención. (…)

“Y, en lo atinente **a la autoridad administrativa ella es definida en el artículo 190 de la Ley 136 de 1994, a través de la conceptualización de la dirección administrativa, de manera similar a la autoridad civil, con la diferencia de que no solo la tienen quienes ejercen el gobierno, sino que también está en cabeza de los gerentes o jefes de las entidades descentralizadas y los jefes de las unidades administrativas especiales,** en tanto superiores de los correspondientes servicios municipales, **así como en cabeza de los empleados oficiales que tengan competencia para ejecutar cualquiera de las funciones administrativas allí mencionadas (contratación, ordenar el gasto, decidir situaciones administrativas laborales e investigar faltas disciplinarias). Con todo, si se detallan los alcances de la autoridad administrativa frente a los de la autoridad civil, se podrá inferir que las competencias de la primera están inmersas en las competencias de la última,** la que además puede proyectarse externamente, hacia los particulares, de modo que pueda recurrirse a la compulsión o a la coacción con el concurso de la fuerza pública.”[[15]](#footnote-15) (Negrillas fuera de texto)

Recientemente la Sala Plena analizó una vez más el tema, y concluyó, retomando la historia de este concepto –sentencia del 11 de febrero de 2008, exp. 11001-03-15-000-2007-00287-00-, que: “De las distintas nociones de autoridad civil que a lo largo de estos años ha empleado la Sala, no cabe duda, por lo inocultable, que se carece de un criterio unificado al respecto. Incluso, y peor aún, algunos de los sentidos utilizados son contradictorios en ciertas vertientes de su contenido. Por esta razón, se necesita consolidar el sentido y alcance de este concepto.

(…)

“En *tercer lugar*, y ya en sentido positivo, considera la Sala que la remisión que se ha hecho al artículo 188 de la ley 136 de 1994, para construir en parte el concepto de autoridad civil –donde se incluye la potestad de nombrar y remover funcionarios, así como la de sancionarlos, e igualmente la potestad de mando e imposición sobre los particulares-, ha significado un recurso interpretativo válido, pues existiendo en la ley esta noción, que por cierto no contraviene la Constitución, resulta adecuado servirse de ella para entender que por lo menos en eso consiste la autoridad civil.

(…)

“Estima la Corporación que la autoridad civil, para los efectos del artículo 179.5 CP., es una especie de la autoridad pública –como lo es la jurisdiccional, la política, la militar, la administrativa, entre otras-, y consiste en el ejercicio de actos de poder y mando, que se desarrollan mediante típicos actos de autoridad, así como a través de la definición de la orientación de una organización pública, y de sus objetivos y tareas, la cual ejerce un servidor público o un particular que cumple función pública; poder que se expresa tanto sobre los ciudadanos y la comunidad en general –expresión exógena de la autoridad civil- como al interior de la organización estatal –expresión endógena de la autoridad civil-.

“En esta medida, es claro que si bien el artículo 188 ayuda bastante en la tarea de hallar el sentido mismo de esta forma de autoridad, también es cierto que dicho concepto es algo más que eso, aunque la norma contiene el reducto mínimo de aquella. En tal caso, para la Sala, este tipo de autoridad hace referencia, además de lo que expresa dicha norma, a la potestad de dirección y/o mando que tiene un funcionario sobre los ciudadanos, lo que se refleja en la posibilidad –no necesariamente en el ejercicio efectivo- de impartir órdenes, instrucciones, o de adoptar medidas coercitivas, bien de carácter general o particular, de obligatorio acatamiento para éstos.

“En tal sentido, la autoridad civil suele expresarse a través de i) la toma de decisiones, o su injerencia efectiva en ellas, o ii) de la ejecución de las mismas. Las primeras deben denotar la idea de mando, poder, dirección, coordinación y control que se tiene sobre los ciudadanos, los bienes que posee o administra el Estado, o sobre los sectores sociales y económicos; pero no se trata de cualquier clase de decisión -las cuales adopta, incluso, un funcionario del nivel operativo de una organización, en la labor diaria que tiene a cargo-, sino de aquella que determinan originariamente el modo de obrar mismo del Estado. La segunda supone la realización práctica de las tareas que desarrolla la entidad, y su puesta en práctica demuestra el control que se tiene sobre la administración, los funcionarios y los ciudadanos destinatarios de las políticas que se trazan desde un vértice de la administración pública.”

De lo que ha quedado reseñado, se concluye que la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, precisó que la autoridad civil se expresa por medio de i) la toma de decisiones, o su injerencia efectiva en ellas, o ii) por la ejecución de las mismas. Las primeras deben denotar la idea de mando, poder, dirección, coordinación y control que se tiene sobre los ciudadanos, los bienes que posee o administra el Estado, o sobre los sectores sociales y económicos; pero no se trata de cualquier clase de decisión -las cuales adopta, incluso, un funcionario del nivel operativo de una organización, en la labor diaria que tiene a cargo-, sino de aquellas que determinan originariamente el modo de obrar mismo del Estado. La segunda supone la realización práctica de las tareas que desarrolla la entidad, y su puesta en práctica demuestra el control que se tiene sobre la administración, los funcionarios y los ciudadanos destinatarios de las políticas que se trazan desde un vértice de la administración pública.

Asimismo, concluyó la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo que la “*autoridad administrativa*” está definida en el artículo 190 de la Ley 136 de 1994, a través de la conceptualización de la dirección administrativa, de manera similar a la autoridad civil, con la diferencia de que no solo la tienen quienes ejercen el gobierno, sino que también está en cabeza de los gerentes o jefes de las entidades descentralizadas y los jefes de las unidades administrativas especiales, en tanto superiores de los correspondientes servicios municipales, así como en cabeza de los empleados oficiales que tengan competencia para ejecutar cualquiera de las funciones administrativas allí mencionadas (contratación, ordenación del gasto, decisión de situaciones administrativas laborales e investigación de faltas disciplinarias). Con todo, si se detallan los alcances de la autoridad administrativa frente a los de la autoridad civil, se podrá inferir que las competencias de la primera están inmersas en las competencias de la última, la que además puede proyectarse externamente, hacia los particulares, de modo que pueda recurrirse a la compulsión o a la coacción con el concurso de la fuerza pública.

Igualmente, se ha advertido que la determinación en cada caso concreto de si un servidor público ejerce o no autoridad civil, debe partir del análisis del contenido funcional que tenga su cargo y así se podrá establecer el tipo de poderes que ejerce y las sujeciones a las cuales quedan sometidos los particulares. Si dichas potestades revisten una naturaleza tal que su ejercicio permita tener influencia en el electorado, las mismas configuran la autoridad civil que reclama la Constitución para la estructuración de la causal de inhabilidad de que se trata. En consecuencia, lo que pretende la institución constitucional es impedir que la influencia sobre el electorado proveniente del poder del Estado se pueda utilizar en provecho propio o en beneficio de parientes o allegados»

Ahora bien, el apelante considera que de los siguientes deberes, contenidos en el manual de contratación del Departamento Administrativo Nacional de Estadística, es posible colegir el ejercicio de autoridad civil y administrativa:

«Solicitar oportunamente al contratista los planes de trabajo, de inversión del anticipo (cuando aplique y no hayan sido solicitados o incluidos con la oferta), para revisarlos, aprobarlos, ordenar su modificación de ser necesario y comprobar su cumplimiento.»

«Verificar que los bienes, obras o servicios contratados cumplan con las especificaciones técnicas y de calidad estipuladas en el contrato, rechazarlos en caso contrario y ordenar su corrección si fuere posible.»

«Verificar durante la ejecución, la disponibilidad de recursos físicos, humanos y financieros, de acuerdo con la propuesta presentada por el contratista.»

«Requerir por escrito al contratista cuando se presenten incumplimientos, con el objeto de conminarlo a que cumpla, en las condiciones y términos pactados en el contrato.»

«Verificar durante la vigencia y liquidación del contrato o convenio, el cumplimiento por el contratista de las obligaciones a que se refiere el artículo 50 de la Ley 789 de 2002, respecto al pago de aportes de salud, pensión, ARL y parafiscales, cuando aplique e informar al ordenador del gasto en caso de incumplimiento.»

«Exigir al contratista el cumplimiento de los requisitos de ejecución de las adiciones o modificaciones del contrato, tales como pago de impuestos, ampliaciones de garantías y el cumplimiento de las demás condiciones de ley para el efecto.»

«Preparar el acta y los documentos necesarios para la liquidación del contrato o convenio, garantizando que lo consignado en ella corresponde con lo ejecutado por el contratista durante el desarrollo del mismo, la cual debe ser enviada a la Oficina Jurídica, Coordinación de Contratos o Coordinador Administrativo, según el caso, y posterior firma del contratista y ordenador del Gasto, conforme a lo dispuesto en el artículo 60 y 61 de la Ley 80 de 1993, y los plazos estipulados en el Artículo 11 de la Ley 1150 de 2007.»

«Responder oportunamente los requerimientos, explicaciones, aclaraciones o solicitudes realizadas por el contratista, o por los organismos de control, autoridades judiciales o administrativas competentes y los veedores ciudadanos.»

«Concurrir junto con el contratista a la suscripción de actas de entrega y recibo de bienes a satisfacción en el Almacén dentro de los plazos establecidos y fijados en los contratos. De igual manera verificar la suscripción y posterior aprobación de las pólizas respectivas.»

«Expedir el recibo a satisfacción de los bienes o servicios, el cual debe ser acorde con las obligaciones y el objeto pactado en el contrato o convenio.»

«Certificar el cumplimiento de las obligaciones contractuales, previo a cada pago pactado en el contrato o convenio, especificando con claridad el desarrollo del mismo.»

La Sala estima pertinente resaltar que la misma entidad pública aclaró el alcance de las competencias de vigilancia y control conferidas a los supervisores, señalando que:

«(…) 1.7. Alcance de la competencia de la vigilancia y control. Los funcionarios designados y los interventores contratados para ejercer el control y vigilancia de los contratos o convenios que celebre la entidad **no tienen la capacidad legal para alterar las obligaciones, los plazos, la naturaleza ni el objeto contractual y por lo tanto no podrán comprometer al DANE ni a FONDANE con obligaciones que no estén contenidas en el contrato o convenio ni podrán adoptar decisiones reservadas por la ley al Director del Departamento, Representante Legal o al Ordenador del Gasto delegados**, según el caso. (…)». (fol. 113, cuaderno principal)

Adicionalmente, como lo advirtió el Tribunal Administrativo de Norte de Santander, al funcionario que ejerza las mismas no se le dota de mando, decisión, dirección, coordinación y control frente a las vicisitudes que presente la ejecución del contrato.

Es así como, si bien en la ejecución de su labor de supervisión del contrato, el funcionario público designado tiene diversas labores de verificación, vigilancia, inspección, control, revisión y seguimiento del objeto y las obligaciones establecidas en el contrato, cierto es que debe:

«(…) Informar de inmediato al Director del Departamento, Representante Legal del Fondo, o al Ordenador del Gasto delegado, Jefe Oficina Jurídica, Coordinación del Grupo de Contratos o Coordinador Administrativo para el caso de las territoriales, **sobre la ocurrencia de hechos que puedan constituir actos de corrupción tipificados como conductas punibles o afectar la ejecución del contrato o convenio o causar daño a la Entidad o a terceros y colaborar en la solución de los mismos.** (…)» (fol. 109, cuaderno principal / núm. 1.6.1 Deberes y Obligaciones Técnicas)

Pero además, el citado manual indica que el interventor o supervisor no tiene ningún poder correccional frente al contratista, toda vez que solo:

«(…) **podrá recomendar** la aplicación de multas o sanciones, previo a lo cual deberá darse trámite al procedimiento señalado en el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011 (…)» (fol. 109, cuaderno principal / núm. 1.6.1. Deberes y Obligaciones Técnicas)

Sumado a lo anterior, el manual regula el papel del interventor o supervisor del contrato en la modificación de los contratos en la siguiente forma:

«(…) 2.2.4. Modificación a los contratos (…) Durante la ejecución del contrato, pueden presentarse situaciones que afectan su ejecución, por lo cual, **el supervisor y/o interventor deberá solicitar con antelación y en todo caso, previo al vencimiento del contrato al Ordenador del Gasto**, la modificación del contrato en donde se indique de manera clara y precisa las razones que dan origen a la misma, señalando los motivos que originan el cambio, la conveniencia, el beneficio, el valor y/o el tiempo adicional, si fuere el caso (fol. 98, cuaderno principal)

Nótese como una de las funciones señaladas por el apelante, lejos de dar cuenta del ejercicio de autoridad civil o administrativa, permiten evidenciar la ausencia de mando, dirección, coordinación y control sobre los contratistas, la cual es del siguiente tenor:

«(…) Verificar durante la vigencia y liquidación del contrato o convenio, el cumplimiento por el contratista de las obligaciones a que se refiere el artículo 50 de la Ley 789 de 2002, respecto al pago de aportes de salud, pensión, ARL y parafiscales, cuando aplique e **informar al ordenador del gasto en caso de incumplimiento.** (…)»

Las labores asignadas a esos funcionarios públicos son, si bien importantes, tareas de carácter operativo encaminadas, en general, a constatar que el contratista está cumpliendo el objeto y obligaciones derivadas del contrato, siendo otros **los servidores públicos** que ostentan mando, poder, dirección, coordinación y control sobre los contratistas y sobre los bienes del Estado y que pueden adoptar medidas coercitivas de obligatorio acatamiento para ellos, que para el caso del Departamento Administrativo Nacional de Estadística, son los siguientes:

«(…) 1.2.3. Delegación para celebrar contratos en el DANE. Actualmente en estas entidades públicas (DANE y FONDANE), la ordenación del gasto y la contratación está delegada por el Director DANE y Representante Legal del FONDANE mediante la Resolución 418 del 28 de febrero de 2014, así:

En la Secretaría General del DANE. **Para que adelante toda la gestión contractual del DANE-FONDANE, que incluye la facultad para adjudicar, celebrar, terminar, liquidar, adicionar, suspender, modificar, interpretar, multar y caducar contratos y convenios del Departamento Administrativo Nacional de Estadística -DANE- y del Fondo Rotatorio del Departamento Administrativo Nacional de Estadística -FONDANE-. Adicionalmente tendrá la misma facultad para realizar convenios de cooperación, convenios de asociación, contratos de comodato o préstamo de uso, depósito, de donación y los traspasos de bienes muebles a otras entidades de derecho público**.

En los Directores Territoriales DANE. **Para adelantar las funciones y actividades de las etapas precontractual, contractual y pos-contractual en los procesos que desarrollen y que son propios de la territorial, hasta por la suma de 450 SMMLV.** Se exceptúa de esta cuantía, el proceso contractual de servicio de transporte requerido para los operativos que se realizan en las diferentes investigaciones, el cual se autoriza solo para este tema, hasta por la suma equivalente a 650 SMMLV. (…)»

La ausencia de poder, dirección, coordinación y control que se tiene sobre los ciudadanos y los bienes que posee o administra el Estado en cabeza del señor José Luís Duarte Contreras como supervisor de los contratos números 371 del 22 de mayo de 2015 y 479 del 6 de octubre de 2014, suscritos por el Director Territorial Centro Oriental del Departamento Administrativo Nacional de Estadística, José Vicente López García, permiten evidenciar que dicho servidor público no ejerció autoridad civil y administrativa en el departamento de Norte de Santander, por lo que no se encuentra configurada la violación del régimen de inhabilidades previsto para los diputados, careciendo de sustento fáctico los planteamientos esbozados por el apelante, debiéndose confirmar la sentencia de primera instancia proferida por el Tribunal Administrativo de Norte de Santander.

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

**F A L L A:**

**PRIMERO: CONFIRMAR** la sentencia del 25 de noviembre de 2016 proferida por el Tribunal Administrativo de Norte de Santander, mediante la cual se negaron las pretensiones de la demanda que en ejercicio de la pretensión de pérdida de investidura presentara el ciudadano José Fuentes Contreras en contra del señor José Luís Enrique Duarte Gómez, diputado de la Asamblea Departamental de Norte de Santander para el período 2016-2019, por las razones expuestas en la parte motiva de esta decisión judicial.

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

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

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

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

 **Presidente**

**HERNANDO SÁNCHEZ SÁNCHEZ**

1. CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCION PRIMERA. Consejero ponente: GUILLERMO VARGAS AYALA. Bogotá, D.C., tres (3) de noviembre de dos mil dieciséis (2016). Radicación número: 23001-23-33-004-2015-00489-01(PI). Actor: FRANCISCA LÓPEZ DIZ. Demandado: JUAN CAMILO CORRALES SALEME. Referencia: PÉRDIDA DE INVESTIDURA – JUICIO DE CARÁCTER SANCIONATORIO - NO SE CONFIGURA LA INHABILIDAD POR CELEBRACIÓN DEL CONTRATO DE DONACIÓN CUANDO EXISTE DUDA SOBRE LA NATURALEZA CONTRACTUAL DEL ACTO JURÍDICO [↑](#footnote-ref-1)
2. Consejo de Estado. Sala Plena de lo Contencioso Administrativo Sentencia de 23 de julio de 2002, expediente No. IJ 024 C.P. Gabriel Eduardo Mendoza. [↑](#footnote-ref-2)
3. Expediente: 2002-1067. M.P. Dr. Gabriel E. Mendoza Martelo. [↑](#footnote-ref-3)
4. Expediente: 2005-1477. M.P. Dr. Rafael E. Ostau De Lafont Pianeta. [↑](#footnote-ref-4)
5. CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCIÓN QUINTA. CONSEJERA PONENTE: LUCY JEANNETTE BERMÚDEZ BERMÚDEZ. Bogotá D.C., cuatro (4) de agosto de dos mil dieciséis (2016). Expediente: 54001-23-33-000-2016-00008-01. Demandante: LUIS JESÚS BOTELLO GÓMEZ. **Demandado: JOSÉ LUIS ENRIQUE DUARTE GÓMEZ, Diputado a la Asamblea del Departamento de Norte de Santander para el período 2016-2019. Asunto: Fallo nulidad electoral de segunda instancia.** [↑](#footnote-ref-5)
6. De acuerdo al diccionario de la Real Academia de la Lengua Española, el verbo participar tiene las siguientes acepciones: **1**. tr. Formar juicio resolutorio sobre algo dudoso o contestable.(…)

**2.**tr. Formar el propósito de hacer algo (…)

**3.**tr. Hacer que alguien forme el propósito de hacer algo*.*

**4.**tr. Determinar el resultado de algo. (…)*.*

**5.**prnl. Formar el propósito de hacer algo tras una reflexión. (…)

**6.**prnl. Hacer una elección tras reflexionar sobre ella.

Consultado en www.rae .es. http://dle.rae.es/?id=BwLsxjt. Fecha: 29 de julio de 2016. [↑](#footnote-ref-6)
7. Las acepciones compatibles con esta acción de acuerdo al diccionario de la Real Academia de la Lengua Española son:

**1.**tr. Gobernar, ejercer la autoridad o el mando sobre un territorio y sobre las personas que lo habita.

**2.**tr. Dirigir una institución.

**3.**tr. Ordenar, disponer, organizar, en especial la hacienda o los bienes.

Consultado en www.rae .es http://dle.rae.es/?id=0mFlSCm Fecha: 29 de julio de 2016. [↑](#footnote-ref-7)
8. Véase la Resolución 1470 de 2015, “*Por la cual se modifica el Manual Específico de Funciones y de Competencias Laborales para los empleos de la Planta de Personal del Departamento Administrativo Nacional de Estadística – DANE*”· [↑](#footnote-ref-8)
9. Solo para citar un ejemplo, téngase en cuenta la sentencia del 7 de marzo de 2008, dictada por la Sección Segunda, Rad: 25000-23-25-000-2001-11811-01. [↑](#footnote-ref-9)
10. Fol. 68, cuaderno principal. Registro presupuestal núm. 63815 del 22 de mayo de 2015. [↑](#footnote-ref-10)
11. Fol. 70, cuaderno principal. Registro presupuestal núm. 84214 del 6 de octubre de 2014. [↑](#footnote-ref-11)
12. Fol. 72, cuaderno principal. Registro presupuestal núm. 88014 del 22 de octubre de 2014 [↑](#footnote-ref-12)
13. CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCION PRIMERA. Consejero ponente: ROBERTO AUGUSTO SERRATO VALDÉS (E). Bogotá, D.C., diecisiete (17) de noviembre de dos mil dieciséis (2016). Radicación número: 44001-23-33-002-2016-00114-01(PI). Actor: AMILCAR HERNANDO GÓMEZ TORO. Demandado: CHARLES DE JESÚS AGUILAR MEDINA. Referencia: PÉRDIDA DE INVESTIDURA DE CONCEJAL – RIOHACHA (GUAJIRA). [↑](#footnote-ref-13)
14. Expediente 2011-00515, Actor: MISAEL ELIAS NUÑEZ OCHOA, M.P. Dra. María Elizabeth García González. [↑](#footnote-ref-14)
15. Sala Plena de lo Contencioso Administrativo. Sentencia de 8 de mayo de 2007. Exp. 00016. [↑](#footnote-ref-15)