

RÉGIMEN DE INHABILIDADES – Celebración de contratos – Entidades públicas – Configuración

La intervención en la celebración de contratos, como causal de inhabilidad, tratándose de diputados, se halla establecida en la segunda parte del numeral 4º del artículo 33 de la Ley 617 de 2000, a saber: «Artículo 33. De las inhabilidades de los diputados. No podrá ser inscrito como candidato ni elegido diputado: [...]4. Quien dentro del año anterior a la elección haya intervenido en la [...] celebración de contratos con entidades públicas de cualquier nivel en interés propio o de terceros, siempre que los contratos deban ejecutarse o cumplirse en el respectivo departamento...» La intervención en la celebración de contratos implica: 1º La ejecución de conductas que revelen una participación personal y activa en actos previos a la celebración de un contrato estatal - operación administrativa contractual - o en la celebración o suscripción del mismo. En tal virtud es posible considerar que se trata de actividades desarrolladas una vez la entidad pública contratante ha manifestado a los particulares - contratistas, su deseo de contar con su colaboración, previo un acuerdo de voluntades, para el cumplimiento de sus cometidos específicos y, finalmente, de los del Estado No configuran intervención en la celebración de contratos aquellas actividades efectuadas antes de que inicie la operación contractual; aquellas que se verifican luego de que se ha suscrito el respectivo negocio jurídico, ni las que se cumplen por fuera del trámite administrativo contractual. 2º Que el respectivo acuerdo de voluntades deba cumplirse en el territorio del correspondiente departamento y 3º Que la intervención se dé dentro del año anterior a la fecha de la elección. La jurisprudencia de la Sección ha definido la intervención en la celebración de contratos, así: «[E]sta Sala ha entendido por intervención en la celebración de contratos aquellas gestiones o actuaciones que indiquen una participación personal y activa en los actos conducentes a la celebración del mismo y permitan develar un claro interés sobre el particular. De esta manera, la intervención en la celebración de contratos comprende un concepto amplio que no solamente involucra a terceros que participan personal y activamente en las actividades precontractuales, sino también a las partes del contrato, en donde la participación personal se entiende directa».

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCION QUINTA

Consejero ponente: MAURICIO TORRES CUERVO

Bogotá, D.C., tres (3) de mayo de dos mil trece (2013)

Radicación número: 07001-23-31-000-2011-00064-01

Actor: JORGE NIETO MESA

Demandado: DIPUTADO A LA ASAMBLEA DEPARTAMENTAL DE ARAUCA

Superado el trámite legal, la Sala procede a resolver los recursos de apelación presentados por la parte demandante y por el Agente del Ministerio Público contra la sentencia de 3 de mayo de 2012, por la cual el Tribunal Administrativo de Arauca denegó las pretensiones de la demanda.

I. ANTECEDENTES

1. La demanda

1.1. Las pretensiones

El señor Jorge Nieto Mesa, en ejercicio de la acción electoral, demandó la nulidad:

- 1) Del acto administrativo contenido en el Formulario E - 6 AS, de 5 de agosto de 2011, de inscripción de la lista del Partido Verde para las elecciones de Asamblea Departamental de Arauca período 2012 - 2015, en cuanto aceptó la inscripción como candidato del señor Leison Botía Amaya.
- 2) Del acto administrativo contenido en el “acta de escrutinio general departamental...”, Formulario E - 26 AS, por la cual los delegados del Consejo Nacional Electoral para el Escrutinio de los Votos depositados en el departamento de Arauca declararon la elección de Diputados del Departamento para el período 2012 - 2015, en cuanto contiene la elección del señor Leison Botía Amaya.
- 3) Pidió, además, i) que se dispusiera la cancelación de la credencial que acreditaba al citado señor como Diputado, ii) que “*se [le declarara] formalmente electo como Diputado...*” y iii) se le entregara la respectiva credencial.

1.2. Los hechos

La demanda se fundamentó en los siguientes:

1. Mediante Resolución 871 de 2011 la Registraduría Nacional del Estado Civil fijó el calendario para las elecciones territoriales, entre otras, para asambleas departamentales, para el 30 de octubre de 2011.
2. El 5 de agosto de 2011 el Partido Verde inscribió su lista para la elección de Asamblea Departamental del Arauca y en ella incluyó al señor Leison Botía Amaya como candidato quien al aceptar la inscripción de su candidatura manifestó que no se hallaba incurso en inhabilidad.
3. Cumplida la jornada electoral del 30 de octubre de 2011 el señor Leison Botía Amaya fue declarado elegido como Diputado.
4. El 6 de marzo de 2010 el señor Leison Botía Amaya contrajo matrimonio con la señora Carol Johanna Cisneros Mora en la Parroquia de Santa Teresa del Niño Jesús de Arauca, como aparece en el registro civil de matrimonio número 050014677.
5. La señora Carol Johanna Cisneros Mora fungía como Subdirectora de Salud Pública de la Unidad Administrativa de Salud de Arauca - UAESA -, cargo en el que fue designada por medio de Resolución 81-624 de 14 de julio de 2008 y que desempeñó hasta el 18 de noviembre de 2010, fecha en la cual se hizo efectiva la renuncia aceptada por medio de la Resolución 812 de 17 de noviembre de 2010.

6. El empleo de Subdirectora de Salud Pública de la Unidad Administrativa de Salud Pública de Arauca - UAESA - es un empleo del nivel directivo, de libre nombramiento y remoción del Gerente de la Unidad, o del interventor, una vez se dispuso la intervención de esa entidad por parte de la Superintendencia Nacional de Salud.

7. La misión del empleo, que además se identificaba con el código 084 y el grado 01, era: planear, organizar, dirigir, coordinar, evaluar y controlar los procedimientos pertinentes de la Subdirección.

Y sus funciones correspondían a:

a) Garantizar la financiación y prestación del servicio de salud pública, mediante la contratación y promover y desarrollar en asocio con otra u otras instituciones o autoridades competentes, si fuere del caso, mecanismos de asistencia técnica.

b) Asesorar en la elaboración y ajustes del Plan Nacional de Salud Pública a nivel territorial y Plan de Salud Pública de intervenciones colectivas.

c) Apoyar el proceso de fortalecimiento de la gestión de la UAESA de Arauca.

d) Vigilar y controlar, en coordinación con el Instituto Nacional para la Vigilancia de Medicamentos y Alimentos - INVIMA - y el Fondo Nacional de Estupefacientes, la producción, expendio, comercialización y distribución de medicamentos incluyendo aquellos que causen dependencia o efectos psicoactivos potencialmente dañinos para la salud y sustancias potencialmente tóxicas.

e) Ejecutar acciones de inspección, vigilancia y control de los factores de riesgo del ambiente que afectan la salud humana y de control de vectores y zoonosis de competencia del sector salud, en coordinación con las autoridades ambientales, en los corregimientos departamentales y los municipios de categorías 4, 5 y 6 de la jurisdicción.

f) Coordinar, supervisar y controlar las acciones de salud pública que realicen en su jurisdicción las Entidades Promotoras de Salud, las demás entidades que manejen el régimen subsidiado, las entidades transformadas y adoptadas y aquellas que hacen parte de los regímenes especiales, así como las instituciones prestadoras de servicios de salud de instituciones relacionadas.

8. Durante el tiempo que desempeñó las funciones del empleo de Subdirectora de Salud de la Unidad Administrativa Especial de Salud de Arauca - UAESA- la señora Carol Johanna Cisneros Mora también actuó como interventora para la ejecución de contratos estatales celebrados por la institución para la cual trabajaba, entre otros, en los contratos 865 y 866 de 2 de noviembre de 2010, cuyas cláusulas sextas precisaban:

“SEXTA: INTERVENTORIA: La interventoría del contrato se hará por medio de la Subdirección de Salud Pública o quien ésta designe (sic) en cumplimiento de su labor supervisará y controlará la debida ejecución del presente contrato por parte del contratista”.

9. El señor Leison Botía Amaya fue miembro de la Junta Directiva de la Fundación Colombia Viva, condición que mantuvo hasta el 9 de noviembre de 2011, cuando se inscribió ante la Cámara de Comercio de Arauca el Acta No. 15 de 15 de abril de 2010, por la cual se aceptó la renuncia irrevocable por él presentada.

Lo anterior en la medida en que si bien presentó renuncia irrevocable al cargo mediante escrito de 10 de agosto de 2009, éste no tiene fecha de recibido por parte de la Fundación. Igual comentario respecto de la solicitud de 18 de abril de 2011, suscrita por la señora Silvia Jaimes Peña, en donde acepta ser miembro de la Junta Directiva de la Fundación.

10. La Fundación Colombia Viva celebró el contrato estatal No. 042 de 11 de abril de 2011 con el Hospital del Sarare, que se originó en el convenio interadministrativo No. 920 de la UAESA, y lo afectaba presupuestalmente. El contrato y el convenio se celebraron cuando el demandado hacía parte de la Junta Directiva de la Fundación.

11. La Fundación también celebró el contrato No. 044 de 29 de abril de 2011, cuyo origen es el convenio No. 921, suscrito entre el Hospital y la UAESA, por valor de 91'350.000,00., en una fecha en la que el demandado mantenía su condición de miembro de la Junta Directiva.

12. Así mismo celebraron el contrato No. 045 de 29 de abril de 2011, que afectó en la suma de \$126'350.000,00., el convenio entre el Hospital y la UAESA, y este contrato se firmó mientras el demandado tenía la condición de miembro de la Junta Directiva de la Fundación.

13. Mediante Resolución No. 0624 de 9 de septiembre de 2011, la UAESA adjudicó un contrato por valor de \$73'882.106,39, al Consorcio Adulto Mayor 2011, del cual hacía parte la Fundación Colombia Viva. Para el mes de septiembre de 2011, el demandado seguía siendo parte de la Junta Directiva de la Fundación.

1.3. Las normas violadas y el concepto de la violación

El demandante dijo que los actos demandados violaron los artículos 4, 40, 125 parágrafo, 134, 238, 261 y 299 de la Constitución Política; 1 del Decreto 1335 (sic) de 1968; 1º del Decreto 1848 de 1969; 84, 132, 137, 223, 226, 227, 228, 229, 230, 232, 234, 236 A , 242 del Código Contencioso Administrativo, 190 de la Ley 136 de 1994, 33 [4 y 5] de la Ley 617 de 2000.

En el concepto de violación, luego de transcribir el contenido de las normas que citó como violadas y algunas sentencias en las que se decidieron pretensiones de

demandas afincadas en la inhabilidad para ser diputado por la intervención en la celebración de contratos y por el parentesco con funcionario público que detentó autoridad en el respectivo departamento, sostuvo que los actos demandados resultaban contrarios a la normativa citada como violada porque declararon la elección de una persona que se hallaba inhabilitada.

A su juicio, el demandado se hallaba inhabilitado para inscribirse y ser elegido diputado, de una parte, porque estaba vinculado por matrimonio con empleado público que ejerció autoridad administrativa en el respectivo departamento, dentro de los doce (12) meses anteriores a la elección. Su esposa Carol Johanna Cisneros Mora se desempeñó en ese período como Subdirectora de Salud Pública de la Unidad Administrativa Especial de Salud del departamento y en esa condición, por el nivel de empleo - directivo, y las funciones que desempeñaba - que con apoyo en el manual de funciones del empleo relacionó en extenso complementándolas con las derivadas de la interventoría en varios contratos - ejerció autoridad administrativa entre el 14 de julio de 2008 y el 18 de noviembre de 2010 (artículo 33 - 5 de la Ley 617 de 2000), y de otra, porque intervino en la celebración de contratos con entidades públicas de cualquier orden, en interés propio o de terceros, que debía cumplirse en el respectivo departamento. La Fundación Colombia Viva, de cuya junta Directiva hacía parte, celebró, dentro de los 12 meses anteriores a la elección, varios contratos no sólo con el Hospital del Sarare sino con la UAESA (artículo 33 - 4 de la Ley 617 de 2000).

Por demás, sostuvo que el demandado se benefició de los contratos firmados por la Fundación que integraba y el sector salud cuando su esposa hacía parte del mismo, entre otras razones porque recibió reconocimientos económicos por razón de los citados contratos.

2. La contestación a la demanda

El diputado demandado, en oportunidad legal, contestó la demanda.

Sobre las pretensiones dijo que no tenían vocación de prosperidad porque no estaba inhabilitado para inscribirse y ser elegido. Preciso que el acto que aceptaba la inscripción era un acto de trámite no enjuiciable mediante la acción electoral. Con todo sostuvo que en el derecho electoral no existía acto de inscripción a lo sumo acto de aceptación de la candidatura pero éste no tenía el carácter de administrativo ni de enjuiciable. También aseveró que el acto de elección no estaba contenido en el Acta General de Escrutinio, la que no fue allegada ni se pidió que se trajera al proceso, pero que no excepcionaba porque en un caso similar la decisión de inepta demanda dictada por el Tribunal fue revocada por la segunda instancia. Finalmente dijo que las súplicas enumeradas en los numerales 3, 4 y 5 (número 3 del aparte respectivo de esta providencia) no eran propias de la acción electoral.

Frente a los hechos precisó que algunos eran intrascendentes, otros eran ciertos, y otros como aquel que refería que para los 12 meses anteriores a la elección

tenía la condición de miembro de la Junta Directiva de la Fundación Colombia Viva o el que refería que la elección constaba en el *“Acta General de Escrutinio Departamental”* no eran ciertos, pues conforme con los documentos allegados por el mismo demandante resultaba claro que renunció a la dignidad de miembro de la Junta Directiva de la Fundación Colombia Viva desde el mes de agosto de 2009, asimismo que era claro que la elección se hallaba contenida en E - 26 AS.

A manera de argumentos de la defensa y dado que los hechos de la demanda contenían las razones por las cuales se pretendía la nulidad de la elección, sostuvo que no se hallaba inhabilitado para inscribirse ni ser elegido como Diputado pues si bien su esposa ocupó el empleo de Subdirectora de Salud Pública de la Unidad Administrativa Especial de Salud del departamento, ese empleo no implicaba el ejercicio de autoridad administrativa *“en la modalidad de celebración de contratos”* - que entendió que fue la única que se le imputó -, pues la facultad de celebrar contratos, conforme con el artículo 11 de la Ley 80 de 1993, era del jefe de la entidad y no de sus subalternos.

Alegó, además, que la jerarquía del empleo ni su carácter - de libre nombramiento y remoción - eran suficientes para establecer si implicaba el ejercicio de autoridad administrativa.

También sostuvo que la misión - que calificó como propósitos o aspiraciones - del empleo, ni las funciones asignadas a éste, implicaban el ejercicio de autoridad administrativa, pues la única de la que podía inferirse tal autoridad, a saber: la que refiere *“mediante la contratación”* no autorizaba a la Subdirectora para contratar, pues la facultad para el efecto, conforme con la Ley, correspondía al Director.

Asimismo que las actividades de interventoría tampoco implicaban autoridad administrativa porque conforme con el artículo 190 de la Ley 136 de 1994, ésta sólo se predicaba de los *“Jefes de las Unidades Administrativas Especiales”* y de los *“empleados oficiales autorizados para celebrar contratos o convenios”*.

Y finalmente dijo que no era miembro de la junta directiva de la Fundación Colombia Viva para la época en la que se celebraron los contratos a los que se refería la demanda, pues conforme con los documentos acompañados con la demanda, renunció a esa dignidad 7 meses antes de casarse y 26. 7 meses antes de inscribirse y ser elegido.

3. Las coadyuvancias

El ciudadano Jorge Humberto Nieto Ortíz, presentó memorial por medio del cual coadyuvó las pretensiones de la demanda.

Con apoyo en el contenido normativo de los artículos 3º y 4º del Decreto 785 de 2005, sostuvo que la esposa del demandado ejerció un empleo del nivel directivo al que le corresponden *“funciones de dirección general, de formulación de políticas institucionales y de adopción de planes, programas y proyectos...”*

Igualmente que hizo parte del Comité de Conciliación de la entidad, órgano que estaba integrado, entre otros, por *“Dos funcionarios de dirección o de confianza que se designen conforme a la estructura orgánica de cada ente”* (artículo 4º del Decreto 1716), que conforme con las leyes 446 de 1998 y 640 de 2000 y el Decreto 1716 de 2009, le corresponde fijar políticas sobre prevención del daño antijurídico y defensa de los intereses de la entidad e incluso puede tomar decisiones relacionadas con el ejercicio de la acción de repetición.

4. Los alegatos de conclusión en la primera instancia

4.1. Del demandante

Dijo que en el plenario estaba demostrado: i) que Carol Johanna Cisneros Mora, ejerció el empleo de Subdirectora de Salud Pública de la Unidad Administrativa Especial de Salud de Arauca - UAESA-, empleo del nivel directivo cuya misión implicaba planificar, organizar, dirigir, coordinar, y evaluar y controlar los procedimientos pertinentes de la Subdirección y tenía, entre otras, la tarea de *“garantizar la financiación y prestación de los servicios de salud pública, mediante la contratación y para promover y desarrollar con otras entidades mecanismos de asistencia técnica, control y supervisión de instituciones relacionadas con el servicio de salud pública...”*, que cumplió desde el 14 de julio de 2008 hasta el 18 de noviembre de 2010, ii) que Carol Johanna Cisneros Mora contrajo matrimonio con Leison Botía Amaya, el 6 de marzo de 2010, iii) que Leison Botía Amaya fue elegido como Diputado de la Asamblea de Arauca período 2012-2015, el 30 de octubre de 2011, iv) que Carol Johanna Cisneros Mora, actuó como interventora de varios contratos celebrados con la Fundación Colombia Viva en el año 2008 y v) que Carol Johanna Cisneros Mora, hizo parte del Comité de Conciliación de la Unidad Administrativa Especial de Salud de Arauca. Tales hechos, en su criterio, determinaron que la esposa del demandado tuviera la condición de empleada pública entre el 14 de julio de 2008 y el 18 de noviembre de 2010 y que en esa condición ejerciera autoridad administrativa, lo que en términos del numeral 5º del artículo 33 de la Ley 617 de 2000, lo inhabilitaba para inscribirse y ser elegido Diputado.

También: i) que el demandado fue miembro de la Junta Directiva de la Fundación Colombia Viva hasta el 9 de noviembre de 2011, cuando se inscribió ante la Cámara de Comercio de Arauca el Acta de 15 de abril de 2010, por la cual se aceptó la renuncia por él presentada desde el 10 de agosto de 2009 a esa dignidad, ii) que la citada Fundación fue adjudicataria de los contratos 042, 044 y 045 de 2011, iii) que la citada Fundación fue beneficiada con la adjudicación del contrato No. 080 decretada mediante Resolución 624 de 9 de septiembre de 2011 (En proceso contractual se allegó certificado de existencia y representación que daba cuenta de que el demandado, para la época seguía siendo miembro de la Junta Directiva, los anteriores hechos le permitieron aseverar que, el demandado se hallaba inhabilitado para ser elegido Diputado pues dentro del año anterior a la elección intervino en la celebración de contratos con entidades públicas que

debían cumplirse en el respectivo departamento (numeral 4º del artículo 33 de la Ley 617 de 2000).

Así concluyó que el demandado se hallaba incurso en 2 inhabilidades y esa circunstancia lo hacía inelegible por lo que se imponía decretar la nulidad de su elección.

4.2. Del demandado. En el escrito de alegaciones finales reprodujo los argumentos de la contestación de la demanda.

4.3. Del coadyuvante. En la oportunidad procesal insistió en el hecho de que la conyugue del demandante fue parte del Comité de Conciliación de la Unidad Administrativa Especial de Salud de Arauca, órgano que tenía a su cargo tomar decisiones como adelantar acciones de repetición por los posibles daños patrimoniales que le fueran irrogados.

5. El concepto del Ministerio Público en la primera Instancia

El Agente del Ministerio Público en la primera instancia, conceptuó la prosperidad de las súplicas de la demanda.

En su criterio en el proceso se probó el vínculo de matrimonio entre el demandado y la doctora Carol Johanna Cisneros Mora, así como que ésta ocupó el empleo de Subdirectora de Salud Pública de la Unidad Administrativa Especial de Salud de Arauca, entre el 14 de julio de 2008 y el 18 de noviembre de 2010, e igualmente que en ese empleo ejerció autoridad administrativa pues conforme con el manual de funciones estaba habilitada para contratar, circunstancia que configuraba la causal de inelegibilidad del vínculo con funcionario público que dentro de los doce (12) meses anteriores a la elección haya ejercido autoridad administrativa.

También estaba demostrado que el demandante fue miembro de la Junta Directiva de la Fundación Colombia Viva y que ésta celebró los contratos 42, 44 y 45 de 2011, el primero con el Hospital del Sarare y los otros con la Unidad Administrativa Especial de Salud de Arauca, lo que configuraba la intervención en la celebración de contratos con entidades públicas de cualquier nivel en interés propio o de terceros que debían ejecutarse o cumplirse en el respectivo departamento.

6. La sentencia apelada

Es la de 3 de mayo de 2012, por la cual el Tribunal Administrativo de Arauca negó las pretensiones de la demanda.

A juicio del *a quo* en el *sub lite* no estaba demostrado que la esposa del demandado, en condición de Subdirectora de Salud Pública de la Unidad Administrativa de Salud de Arauca hubiera ejercido autoridad administrativa, porque conforme con el manual de funciones de los diferentes empleos de la planta de personal de la entidad, las atribuciones que conforme con el artículo 190

de la Ley 136 de 1994 eran indicativas de esa clase de autoridad, estaban asignadas al empleo de Director.

También estimó que tampoco existía prueba de que el demandado hubiera intervenido en la celebración de los *“diversos contratos que se allegaron [al] proceso”*, pues si bien en la demanda se alegó que fue miembro de la Junta Directiva de la Fundación Colombia Viva hasta el 15 de abril de 2010 y que ésta participó en varios procesos contractuales ante entidades públicas del orden departamental, entre otros, el que terminó con la firma del contrato 42 de 2011, suscrito entre la Fundación y el Hospital del Sarare, o el que se adelantó por parte de la Unidad y que permitió que se expidiera la Resolución 624 de 9 de septiembre de 2011, por la cual se adjudicó el correspondiente contrato al Consorcio Adulto Mayor, en el que la Fundación era uno de los consorciados, las pruebas arrojadas al proceso daban cuenta de que el accionado renunció a la Junta Directiva de la Fundación desde el 10 de agosto de 2009, el contrato fue suscrito por el señor Edgar Marín Rueda, representante de la Fundación y quien eventualmente pudo actuar fue la junta directiva y no el demandado.

La sentencia de primer grado tuvo una salvedad de voto expresada por el doctor Wilson Arcila Arango, para quien las causales de inhabilidad alegadas fueron acreditadas; la de intervención en la celebración de contratos con entidades públicas de cualquier nivel en interés propio o de terceros, siempre que los respectivos contratos debieran ejecutarse o cumplirse en el respectivo departamento, con los contratos 042 de 11 de abril de 2011 suscrito por la Fundación Colombia Viva y el Hospital del Sarare, el 044 de 2011 suscrito por la Unidad Administrativa de Salud de Arauca y el Hospital del Sarare y el 045 de 29 de abril de 2011 - respecto de éste contrato el salvamento no precisa quiénes lo suscribieron -, porque en ellos una de las partes fue la Fundación Colombia Viva y el demandado era miembro activo de dicha fundación, pues si bien renunció a ella, su renuncia sólo produjo efectos a partir del día 9 de noviembre de 2011, cuando se inscribió en el registro de la Cámara de Comercio el acta en la que se documenta la decisión de aceptarla, y el vínculo de matrimonio con funcionario que ejerció autoridad administrativa en el respectivo departamento, porque se hallaba demostrado - tal como lo aceptó la sentencia - que la esposa del demandado tenía asignadas competencias para contratar e igualmente cumplió funciones como interventora en contratos con lo que se configuraba el ejercicio de autoridad inhabilitante, pues ésta no requería el ejercicio efectivo - positivo de las funciones que implicaban ese poder, por lo que no era necesario verificar si contrató, si nombró, si sancionó, etc.

7. La apelación

La sentencia de primera instancia fue apelada por el Agente del Ministerio Público y por el demandante.

7.1. El Agente del Ministerio Público en su escrito de apelación sostuvo que en el plenario se hallaban probados todos y cada uno de los elementos de las causales

de inhabilidad en las que se afincaba la demanda, habida cuenta de que se demostró, por una parte, que el demandado y la señora Carol Johanna Cisneros Mora se hallaban vinculados por matrimonio, que ésta se desempeñó como Subdirectora de Salud Pública de la Unidad Administrativa Especial de Salud de Arauca hasta el 18 de noviembre de 2010, y que estaba facultada, conforme con el manual de funciones del empleo, entre otras cosas, para contratar y para ejercer la interventoría de los contratos suscritos por la entidad, y por otra, que el demandado fue miembro de la Junta Directiva de la Fundación Colombia Viva hasta el 9 de noviembre de 2011, cuando se inscribió el acta 15 de 15 de abril de 2010 de la Junta Directiva, y que él y la Fundación *“estaban desarrollando diversos contratos en el área de la salud con el HOSPITAL DEL SARARE...”*.

7.2. El demandante en su escrito de alzada dijo frente a la primera causal de inhabilidad alegada, que demostró, mediante acto administrativo ejecutivo y ejecutorio, el Acuerdo 55 de 2008, contentivo del manual de funciones de la entidad, que la esposa del demandado, en condición de Subdirectora de Salud de la Unidad Administrativa Especial de Salud de Arauca, funcionalmente, tenía asignadas competencias que determinaban el ejercicio de la autoridad administrativa, no sólo la de contratar sino otras, como la interventoría.

Sostuvo que la sentencia era contradictoria en cuanto se apoyaba en jurisprudencia del Consejo de Estado que daba cuenta de que la autoridad administrativa implicaba la autorización para ejercer competencias como la contractual, pero no aceptaba que la esposa del demandado había ejercido la misma en la medida en que conforme con el manual de funciones del empleo que ocupó estaba habilitada para celebrar contratos.

Asimismo alegó que en la medida en que la sentencia sostenía, a partir del examen de las funciones del cargo de Director, que todas las actividades que implicaban autoridad estaban en cabeza de quien ocupaba ese empleo, desconocía que el mismo manual de funciones le asigna atribuciones que implicaban poder inhabilitante a la Subdirectora de Salud Pública.

Frente a la segunda causal de inhabilidad hizo suyos los argumentos de la salvedad de voto, conforme con los cuales la condición de miembro de la Junta Directiva de la Fundación Colombia Viva, que tuvo el demandado hasta el 9 de noviembre de 2011, determinaron su intervención en la celebración de los contratos suscritos entre ésta y entidades públicas del orden departamental como el Hospital del Sarare.

8. Los alegatos en la segunda instancia

8.1. Del demandante

Reiteró los argumentos de la apelación.

8.2. Del demandado

En la oportunidad legal allegó memorial en el que se ocupó de los argumentos contenidos en los escritos de apelación.

1. Frente a la apelación del Ministerio Público aseveró:

1.1. Que en verdad contenía un concepto pues reproducía, en un 93%, el criterio emitido en la primera instancia, por lo que no podía considerarse como una impugnación. Apoyó el anterior alegato aduciendo que el escrito presentado por el Ministerio Público no contenía réplica alguna a los considerandos de la sentencia de primer grado ni revelaba el interés de procurar por la *“defensa del orden jurídico, el patrimonio público y las garantías fundamentales”* del que, en su criterio, pendía el interés para recurrir.

1.2. Sobre el fondo de los argumentos dijo que el Colaborador Fiscal de la Primera instancia respecto de la primera causal de inhabilidad se limitó a decir que estaba probada sin hacer un análisis acerca de si su esposa ejerció la autoridad alegada. Sostuvo que no era cierto que hubiera estado facultada para contratar pues el manual de funciones no le asignaba competencias para suscribir acuerdos de voluntades *“en nombre de la entidad, ni que tuviera que ejercer la interventoría sobre contratos...”*

1.3. Del mismo modo adujo que el escrito del Ministerio Público en cuanto a la segunda causal de inhabilidad se limitaba a sostener que la renuncia a la Junta Directiva de la Fundación Colombia Viva, por él presentada surtió sus efectos desde el 9 de noviembre de 2011 y en forma consecuente a sostener que intervino en la celebración de contratos, pero olvidó que el sólo hecho de hacer parte de la Junta Directiva de una entidad que contrata con el Estado no configura la causal de inelegibilidad de la intervención en la celebración de contratos, pues ésta demanda la intervención efectiva.

2. Respecto de la apelación del demandante sostuvo:

2.1. Que se refería únicamente a la primera causal de inelegibilidad, pero que partía de una suposición: que su esposa había ejercido autoridad administrativa, pues en el proceso no militaba prueba que diera cuenta del ejercicio de dicha autoridad.

Dijo que el demandante infería la autoridad inhabilitante de una supuesta autorización para contratar, la que en su criterio estaba prevista en el numeral 1º del manual de funciones del empleo de Subdirectora, pero que sus conclusiones eran erradas porque dicho numeral no le defería la competencia sobre el particular, habida cuenta de que se refería a *“garantizar la financiación y la prestación de los servicios de salud pública...”* competencia que implicaba la acción a la que se refería el verbo *“garantizar”*, no para contratar, entre otras circunstancias, porque esa era una atribución del Director, no obstante que en la descripción de la función se hubiera precisado que la labor de *“garantizar la*

financiación y la prestación de los servicios de salud...” podía cumplirse mediante la contratación, pues al precisar que en el cumplimiento de la función se podía utilizar el medio de la contratación no se defirió la facultad de contratar.

Aquí sostuvo que su interpretación estaba respaldada, probatoriamente, en la certificación del Agente Interventor, que militaba en el folio 20 del cuaderno 2, conforme con la cual los Subdirectores, por virtud de competencias como la analizada, no tenían la facultad de celebrar contratos, o con la prueba número 32 que obraba en el folio 108 del cuaderno 1, según la cual su esposa no contrató porque no era una competencia propia y porque no fue delegada para el efecto; respecto de esta última aseveración adujo que la delegación demandaba acto administrativo que la dispusiera.

Asimismo, que era consecuente con las normas legales que regulaban la materia, las que precisaban que esa competencia era exclusiva y excluyente del jefe de las entidades públicas, en este caso, del Director, para el efecto citó los artículos 11 de la Ley 80 de 1993, y 11 y 12 [9] del Decreto departamental de Arauca 333 de 2005, que precisa la representación legal de la entidad para la que laboró su cónyuge en el Director y la facultad para contratar en el mismo funcionario, respectivamente.

Sostuvo que si el jefe de la entidad en materia de contratación requería apoyo de algún subalterno éste no le correspondía a la Subdirectora de Salud, sino al Subdirector Administrativo y Financiero quien estaba facultado para “1. *Dirigir y coordinar las acciones relacionadas con la administración de la UAE, en materia de contratación...*”

Apoyó el anterior argumento en la certificación de folio 20 del cuaderno 2, que da cuenta de que el único que tiene competencia para contratar es el Director y en el organigrama que obra en el folio 56 del cuaderno original, que precisa la existencia de una Subdirección Administrativa y Financiera, en este punto sostuvo “*la función de contratar es netamente administrativa y por eso se le asignó [a la Subdirección Administrativa y Financiera], la función de ‘Dirigir y coordinar las acciones relacionadas con la administración de la UAE en materia de contratación...*”

Concluyó este aparte sosteniendo que por las razones antes expuestas, no fue aportado contrato alguno suscrito por su esposa o documento que diera cuenta de que participó en algún proceso contractual.

Sobre los argumentos de la apelación conforme con los cuales la autoridad también se demostraba con la asignación de funciones de interventoría dijo que las actividades de interventoría correspondían a actuaciones posteriores a la celebración de contratos, por lo que en modo alguno podían considerarse como el ejercicio de la facultad de contratar, por el contrario, alegar y probar que su esposa actuó como interventora de los contratos celebrados por la Unidad es aceptar que la competencia para contratar era del Director.

Frente a los argumentos que refieren el ejercicio de autoridad administrativa por razón de que su esposa hizo parte de un Comité de la entidad para que laboraba, el de conciliación, precisó que tales argumentos fueron incorporados en el escrito de coadyuvancia por lo que no podían ser objeto de análisis. Con todo dijo que el comité era un cuerpo colegiado y la eventual autoridad sería de éste y no de los funcionarios que lo integraban.

2.3. Frente a la segunda causal de inelegibilidad, y a pesar de que sostuvo que la alzada no versaba sobre ella, dijo: que en el expediente se hallaba probado que se retiró de la fundación desde el mes de agosto de 2009, así mismo que los contratos se celebraron 2 años después de su retiro y que no suscribió ninguno de tales contratos pues éstos fueron signados por la Fundación a través de su representante.

En este punto aseveró que varios de los hechos de la demanda no referían situaciones fácticas sino que contenían inferencias del demandante como aquellos que daban cuenta de que resultaba sospechoso que se hubieran celebrado contratos entre la Fundación Colombia Viva y la Unidad Administrativa Especial de Salud de Arauca cuando era miembro de la Junta Directiva de la primera y su esposa Subdirectora de Salud Pública de la segunda, así mismo aquellas que referían que los citados contratos representaban utilidades para la contratista que desbordaban su carácter de entidad sin ánimo de lucro.

En forma consecuente pidió que se confirmara la sentencia apelada.

9. El concepto de la Ministerio Público en segunda instancia

El Procurador Séptimo Delegado ante esta Corporación es del criterio de que la sentencia apelada debe confirmarse.

A juicio del colaborador Fiscal la autoridad administrativa es distinta de la civil *“no obstante que se halla contenida en ella”*, e implica el ejercicio de competencias como la de celebrar contratos, disciplinar empleados, conceder vacaciones o licencias etc.

Su ejercicio se determina por los criterios orgánico y funcional, el primero permite sostener que dicha autoridad recae en determinados funcionarios por ejemplo en alcaldes, secretarios de la alcaldía, jefes de departamento administrativo y gerentes o jefes de las entidades descentralizadas, y los jefes de las unidades administrativas especiales, como superiores de los correspondientes servicios municipales; mientras el segundo precisa que se ejerce autoridad administrativa cuando se cumplen funciones que implican asumir decisiones como celebrar contratos, nombrar o remover empleados, conceder vacaciones o licencias etc., por lo que concluyó que no en todos los casos en los que ocupa un empleo del nivel directivo se tiene esa clase de autoridad.

Examinado el material probatorio halló que la esposa del demandado no ejerció autoridad porque ninguna de las funciones que cumplió en condición de Subdirectora de Salud de la Unidad Administrativa Especial de Salud de Arauca involucraba la posibilidad de asumir decisiones en los términos antes descritos.

Para el colaborador fiscal no resulta de recibo el argumento de los demandantes según el cual la esposa del demandado ejerció autoridad administrativa por cuanto tuvo la facultad de contratar o cumplió funciones de interventoría frente a varios contratos celebrados por la entidad, porque la facultad de contratar se hallaba en cabeza del Director y porque las funciones de interventoría eran esporádicas.

La inhabilidad por la intervención en la celebración de contratos no se configuraba porque el demandado renunció a la Junta Directiva de la Fundación Colombia Viva desde el 10 de agosto de 2009.

II. CONSIDERACIONES DE LA SALA

1. La competencia

Esta Sala es competente para conocer del recurso de apelación interpuesto contra la sentencia del Tribunal Administrativo de Arauca, conforme con los artículos 129 [2] y 231 del Código Contencioso Administrativo.

2. El acto electoral demandado

Se trata del Acta Parcial de Escrutinio de votos para Asamblea del departamento de Arauca 2012 - 2015, contenida en el Formularios E - 26 AS de 11 de noviembre de 2011, emanado de los Delegados del Consejo Nacional Electoral para el escrutinio de los votos depositados en las elecciones del 30 de octubre de 2011, en el departamento de Arauca.

3. El recurso de apelación presentado por el agente de Ministerio Público

En el escrito por medio del cual se describió el traslado del recurso de apelación el demandado adujo que el Ministerio Público no estaba legitimado para apelar la sentencia de primera instancia en la medida en que en el *sub lite* no se hallaba en pleito la legalidad, el patrimonio del Estado ni los derechos fundamentales, asimismo que su recurso no contenía sustentación pues no se refería a los fundamentos de la sentencia, en forma consecuente pidió que fuera rechazado o desestimado como tal.

Sobre el particular debe precisarse que la legitimación del Ministerio Público para recurrir el fallo de primera instancia está determinada por el objeto mismo de la acción electoral, que no es otro que la realización del principio de legalidad en el ejercicio de la función electoral, la que no sólo implica el ejercicio del voto, sino las

actividades que para darle efectos cumple la Organización Nacional Electoral, por manera que actuó en defensa de la legalidad.

Así, también, que la sustentación de la alzada no está condicionada a que se cuestione en forma específica determinado fundamento de la providencia, basta con que se informen las razones por las cuales la decisión de instancia debe modificarse o revocarse, requerimiento que se cumple respecto del escrito del Agente del Ministerio Público, por cuanto, conforme con sus alegaciones las pretensiones de la demanda estaban llamadas a prosperar pues el demandado estaba inhabilitado habida cuenta que su esposa estaba facultada para contratar lo que le asignó autoridad administrativa e igualmente porque, a su juicio, el hecho de ser miembro de la Junta Directiva de la Fundación Colombia Viva lo involucró en los procesos contractuales en los que participó esa Fundación.

4. Análisis de la impugnación

Los apelantes cuestionan la sentencia del Tribunal Administrativo de Arauca, en cuanto consideró, para efectos de resolver las pretensiones de la demanda, por un lado, que la esposa del demandado en condición de Subdirectora de Salud Pública de la Unidad de Salud de Arauca, no ejerció autoridad administrativa porque todas las funciones que implicaban esa clase de autoridad se hallaban en cabeza del director de la Unidad, por lo que no se configuró la causal de inelegibilidad del numeral 5º del artículo 33 de la Ley 617 de 2000, según la cual no puede inscribirse y ser elegido diputado *“Quien tenga vínculo por matrimonio, [...] con funcionarios que dentro de los doce (12) meses anteriores a la elección hayan ejercido autoridad, [...] administrativa...”* y, por el otro, que los contratos a los que aludía la demanda fueron suscritos por la Fundación Colombia Viva como persona jurídica, que quien los firmó fue el señor Edgar Marín Rueda en condición de Director por lo que el demandado no tuvo injerencia en el proceso contractual - fundamento en el que además se apoyó para excusarse de examinar los argumentos que daban cuenta del hecho de que si bien el demandado renunció a la Junta Directiva de la Fundación desde el 10 de agosto de 2009, su renuncia en cuanto no fue inscrita en el Registro de la Cámara de Comercio, no tuvo efectos jurídicos sino hasta el mes de noviembre de 2011, dentro del período inhabilitante -, por lo que no se configuró la causal de inhabilitación aludida en el numeral 4º del artículo 33 de la Ley 617 de 2000, según el cual no puede inscribirse ni ser elegido diputado *“Quien dentro del año anterior a la fecha de la elección haya intervenido en la [...] celebración de contratos con entidades públicas de cualquier nivel en interés propio o de terceros. Siempre que los contratos deban ejecutarse o cumplirse en el respectivo departamento...”*

A su juicio las inhabilidades alegadas se hallaban probadas porque la esposa del demandado sí ejerció autoridad administrativa, habida cuenta de que ocupó el empleo de Subdirectora de Salud de la Unidad Administrativa Especial de Salud de Arauca, cargo del nivel directivo y, además, fue designada para cumplir funciones de interventoría en varios contratos y para integrar el Comité de Conciliación de la entidad. E igualmente porque se hallaba probado que fue

miembro de la Junta Directiva de la Fundación Colombia Viva hasta el 11 de noviembre de 2011, cuando se inscribió ante la Cámara de Comercio de Arauca el Acta de No. 15 de 15 de abril de 2010, entidad que celebró el contrato No. 042 de 11 de abril de 2011 con el Hospital de Sarare, 044 de 29 de abril de 2011 y fue adjudicataria, a través del consorcio, por la Resolución No. 0624 de 9 de septiembre de 2011, al Consorcio Adulto Mayor 2011.

Pues bien, corresponde a la Sala establecer si el demandado Leison Botía estaba vinculado por matrimonio con la señora Carol Johanna Cisneros Mora, si ésta ocupó el cargo de Subdirectora de Salud Pública de la Unidad Administrativa de Salud de Arauca - UAESA -, entre el 14 de julio de 2008 y el 18 de noviembre de 2010 y en esa condición ejerció autoridad administrativa (por las funciones del empleo, el ejercicio de actividades de interventoría y de miembro del Comité de Conciliación de la entidad), asimismo si el citado señor fue miembro de la Junta Directiva de la Fundación Colombia Viva y si intervino en la celebración del contrato 042 de 11 de abril de 2011 suscrito entre ésta y el Hospital del Sarare y en la adjudicación, a través del consorcio Adulto Mayor, a la citada Fundación de otro contrato, hecho cumplido con la expedición de la Resolución 0624 de 9 de septiembre de 2011, circunstancias que lo harían inelegible.

4.1. De las inhabilidades, marco general

Sobre el concepto de inhabilidades, esta Sala ha dicho que corresponden a una serie de circunstancias subjetivas que limitan el derecho de acceso a cargos públicos.

En materia electoral buscan salvaguardar los principios de moralidad, imparcialidad, igualdad y transparencia, frente a quienes aspiren a ejercer funciones públicas.

Son de aplicación restrictiva, por lo que frente a ellas está proscrita la analogía y la extensión de causales a casos no previstos en la ley.

4.1.1. Las inhabilidades alegadas en el sub lite, elementos

La inhabilidad para inscribirse y ser elegido diputado por el vínculo por matrimonio con funcionario que dentro de los doce (12) meses anteriores a la elección haya ejercido autoridad administrativa en el respectivo departamento

El numeral 5º del artículo 33 de la Ley 617 de 2000, dispone:

“Artículo 33. De las inhabilidades de los diputados. No podrá ser inscrito como candidato ni elegido diputado: (...)

5.- *Quien tenga vínculo por matrimonio, o unión permanente, o de parentesco en segundo 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...*”.

Los presupuestos para que se configure la causal comentada son los siguientes:

1º.- Que exista un vínculo de matrimonio entre el candidato o elegido diputado y un funcionario o empleado¹ público.

2º.- Que el vínculo se predique respecto de un funcionario o empleado público que haya ejercido efectivamente o tenga la posibilidad de ejercer autoridad administrativa, es decir, *“poder del cual está investido un funcionario para que dentro de su ámbito territorial y marco funcional y con el objeto del manejo de las personas, bienes o patrimonio a su cargo, dé aplicación a las medidas necesarias para el cumplimiento inmediato de las normas y la satisfacción y preservación de la necesidades e intereses de sus administrados...”*²; independiente de que las funciones sean las propias del empleo o que éstas se cumplan en condición de funcionario o empleado público y por virtud de alguno de los mecanismos con arreglo a los cuales se pueden ejercer funciones de otros empleos, por ejemplo por delegación (vertical, horizontal o impropia) o por encargo de funciones.

Es importante precisar que un empleo puede comportar el ejercicio de autoridad no sólo por el nivel en el que se halla (criterio orgánico) sino por las funciones puntuales que le son asignadas (criterio funcional).

El criterio orgánico precisa que la autoridad coincide con el ejercicio de las funciones de cargos del nivel directivo a los que conforme con las normas que regulan la función pública, que hoy en día se hallan, entre otros, en los Decretos 770 y 785 de 2005, les corresponde: *“4.1. Nivel Directivo. Comprende los empleos a los cuales corresponden funciones de dirección general, de formulación de políticas institucionales y de adopción de planes, programas y proyectos...”*. Mientras que el criterio funcional hace referencia a las funciones que realmente se cumplen no sólo las propias del empleo sino las que se reciben, como se dejó dicho, por virtud de la delegación o el encargo, lo que coincide con previsiones como la contenida en el artículo 9º de la Ley 489 de 1998, al tenor de la cual la delegación *“[es la transferencia] de funciones a sus colaboradores o a otras autoridades...”*, y puede hacerse en empleos de los niveles *“directivo y asesor”* o

¹ YOUNES MORENO, Diego. Derecho Administrativo Laboral, Undécima Edición, Editorial Temis, 2009, pagina 27 “IV. LA MODALIDAD ESTATUTARIA (LOS EMPLEADOS PUBLICOS). Denominada también legal o reglamentaria, confiere a quien por ella tiene acceso a la administración la calidad de **empleado público o funcionario público** y el acto que la traduce es el nombramiento y la posesión...”.

² Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, sentencia de 21 de mayo de 2002, expediente PI-039, demandante: Carlos Alfaro Fonseca, demandado: Miguel Angel Santos Galvis, Consejero ponente: Juan Angel Palacio Hincapié.

en el artículo 34 del Decreto 1950 de 1973, según el cual *“Hay encargo cuando se designa temporalmente a un empleado para asumir, total o parcialmente, las funciones de otro empleo por falta temporal o definitiva de su titular, desvinculándose o no de las propias de su cargo...”*

Ahora, como la autoridad administrativa a la que se refiere la disposición que se comenta debe verificarse en condición de funcionario o empleado público, la que se predica de quien se encuentra vinculado en forma regular a un empleo oficial, que según el artículo 19 de la Ley 909 de 2004, es *“el conjunto de funciones, tareas y responsabilidades que se asignan a una persona y las competencias requeridas para llevarlas a cabo, con el propósito de satisfacer el cumplimiento de los planes de desarrollo y los fines del Estado...”*, se ejerce autoridad cuando se tiene la función, ya como propia del empleo que se ocupa o cuando ésta se asigna, a través de acto administrativo de delegación o de encargo de funciones, sin que sea necesario el cumplimiento efectivo de las correspondientes atribuciones.

Así se infiere del análisis sistemático de las disposiciones contenidas en los artículos 190 de la Ley 136 de 1994, único referente normativo de lo que debe entenderse por autoridad administrativa, que precisa: *“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...”*, 33 - 5 de la Ley 617 de 2000, a cuyo tenor es inelegible quien tiene vínculo matrimonio con funcionarios que haya ejercido autoridad administrativa y 121, 122 y 123 de la Carta, según los cuales *“ninguna autoridad del Estado podrá ejercer funciones distintas de las que le atribuyen la Constitución y la ley”, “No habrá empleo público que no tenga funciones detalladas en ley o **reglamento**”* y *“los servidores públicos están al servicio del Estado y de la comunidad; ejercerán sus funciones en la forma prevista por la Constitución, la ley y el **reglamento**...”*, respectivamente, conforme con la cual si ejercen autoridad o dirección administrativa los funcionarios o empleados oficiales *“**autorizados para...**”* y la autorización proviene de la Constitución, la ley o el **reglamento**, ejercerán autoridad administrativa o dirección administrativa, quienes se encuentran vinculados a un empleo al que se le han asignado funciones relacionadas con la celebración de contratos o convenios; conferir comisiones etc.,” o lo que es lo mismo, quienes ejercen un cargo que ostenta competencias que lo autorizan para las actividades antes descritas.

Sobre este aspecto de la causal de inhabilidad, la jurisprudencia de la Sala ha sido del siguiente tenor³:

“Es evidente que el sentido de la norma estudiada viene dada (sic) tanto por la finalidad que persigue como por su coherencia con el resto del ordenamiento, sobre todo en el nivel constitucional. En efecto, su ‘telos’ es garantizar la igualdad de trato de los candidatos a ser elegidos alcaldes, así como los derechos políticos a elegir y ser elegido sin interferencias no autorizadas por el ordenamiento, derechos todos de carácter fundamental. Tal garantía se consagra, en el caso que nos ocupa, frente a la posibilidad de que alguno de los candidatos, dentro de un periodo anterior a la elección, haya podido influir sobre los electores a través del desempeño de un empleo al que se haya asignado jurisdicción o determinadas formas de autoridad, lo que le otorgaría una ventaja frente a los demás.

Desde una perspectiva hermenéutica finalística y sistemática como la enunciada es evidente que para que un empleado influya a los potenciales electores con la autoridad de que dispone no es condición necesaria que ejerza materialmente las funciones que tiene asignadas; V.gr., un funcionario con competencias disciplinarias o con facultades de libre nombramiento y remoción, puede influir sobre sus subalternos y los allegados de éstos sin hacer nombramientos o declarar insubsistencias, es decir, sin hacer uso de esas facultades, pues la estabilidad de los empleados depende precisamente de que no las use. De igual modo, quien tiene la posibilidad de revocar un acto o de variar una decisión o una política influye sobre aquellos interesados en sostenerlas, precisamente mediante una abstención. A lo anterior se suma que quien tiene autoridad legal para tomar determinadas decisiones, puede generar expectativas e incluso promesas que tienen la virtualidad de mover la voluntad de los interesados que conocen de su poder para concretarlas, aunque de hecho no lo haga. Obviamente la forma más visible de influencia es la que se produce mediante actos positivos, pero no necesariamente la más eficaz.

La tesis anterior está implícita en muchas decisiones de ésta (sic) Sección en casos como el presente, al declarar la nulidad de actos de declaración de elecciones a partir de la ubicación jerárquica del cargo, el tipo de las funciones del mismo y el grado de autonomía funcional del empleado, deducidos del análisis de las normas que las regulan y no de las pruebas sobre el ejercicio material de tales funciones en el respectivo municipio.⁴

³ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta, sentencia de 14 de julio de 2005, expediente 3681, demandante: Procurador Regional de Caldas, demandado: Alcalde del municipio de Viterbo.

⁴ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección 5ª, Sentencia de 14 de julio de 2005, expediente No. 3681.

Evidentemente si sólo se configura la inhabilidad con la prueba del ejercicio real de tales funciones resulta contrario a la garantía constitucional de la igualdad de trato que la ley debe a los ciudadanos que ejercen su derecho de participar en la conformación, ejercicio y control del poder político, pues permitiría que algunas personas hagan uso de su autoridad a través de la abstención en el ejercicio de sus competencias, del otorgamiento de promesas, o la generación de expectativas, induciendo o imponiendo determinados comportamientos a los electores, influencia que los demás candidatos no tienen...”

3º.- Que esa autoridad se haya ejercido dentro de los doce (12) meses anteriores a la fecha de la correspondiente elección.

4º Que esa autoridad se haya ejercido en el respectivo departamento, es decir, en el territorio departamental.

4.1.2. La inhabilidad para inscribirse y ser elegido Diputado por la celebración de contratos en interés propio o de terceros con entidades públicas de cualquier nivel (sic) que deban ejecutarse en el respectivo departamento

La intervención en la celebración de contratos, como causal de inhabilidad, tratándose de diputados, se halla establecida en la segunda parte del numeral 4º del artículo 33 de la Ley 617 de 2000, a saber:

“Artículo 33. De las inhabilidades de los diputados. No podrá ser inscrito como candidato ni elegido diputado:

[...]

4. Quien dentro del año anterior a la elección haya intervenido en la [...] celebración de contratos con entidades públicas de cualquier nivel en interés propio o de terceros, siempre que los contratos deban ejecutarse o cumplirse en el respectivo departamento...”

La intervención en la celebración de contratos implica.

1º La ejecución de conductas que revelen una participación personal y activa en actos previos a la celebración de un contrato estatal - operación administrativa contractual - o en la celebración o suscripción del mismo.

En tal virtud es posible considerar que se trata de actividades desarrolladas una vez la entidad pública contratante ha manifestado a los particulares - contratistas,

su deseo de contar con su colaboración, previo un acuerdo de voluntades, para el cumplimiento de sus cometidos específicos y, finalmente, de los del Estado⁵.

No configuran intervención en la celebración de contratos aquellas actividades efectuadas antes de que inicie la operación contractual; aquellas que se verifican luego de que se ha suscrito el respectivo negocio jurídico, ni las que se cumplen por fuera del trámite administrativo contractual.

2º Que el respectivo acuerdo de voluntades deba cumplirse en el territorio del correspondiente departamento y

3º Que la intervención se dé dentro del año anterior a la fecha de la elección.

La jurisprudencia de la Sección ha definido la intervención en la celebración de contratos, así⁶:

“[E]sta Sala ha entendido por intervención en la celebración de contratos aquellas gestiones o actuaciones que indiquen una participación personal y activa en los actos conducentes a la celebración del mismo y permitan develar un claro interés sobre el particular⁷. De esta manera, la intervención en la celebración de contratos comprende un concepto amplio que no solamente involucra a terceros que participan personal y activamente en las actividades precontractuales, sino también a las partes del contrato, en donde la participación personal se entiende directa”⁸.

4.2. La inhabilidad por vínculo por matrimonio alegada en el *sub iudice* y lo probado en el proceso-

4.2.1. Del vínculo de matrimonio con empleado público

A folio 31 obra fotocopia autenticada de Registro Civil de matrimonio que da cuenta que el demandado Leison Botía Amaya, contrajo matrimonio en la Parroquia Santa Teresa del Niño Jesús de Arauca - Arauca con Carol Johanna

⁵ Sobre este particular puede verse la sentencia de 10 de mayo de 2001 dictada por la Sección Tercera de esta Corporación en el expediente en el expediente 07001-23-31-000-1995-0169-01(13347), demandante: Hunos Construir Ltda., demandado: municipio de Arauca, ponente doctor Ricardo Hoyos Duque, en la que se dijo: “[E]n este orden de ideas, los actos que se producen ‘con motivo u ocasión de la actividad contractual’, son todos aquellos que se expiden dentro de la **operación contractual**, vale decir, los que tienen relación directa con las actividades que se cumplen desde la iniciación del proceso de selección del contratista hasta la terminación y liquidación del contrato, diferenciándose sí los de la etapa precontractual (separables o previos) de los contractuales propiamente dichos, susceptibles de impugnarse los primeros a través de las acciones previstas en los arts. 84 y 85 del c.c.a y los segundos por la del art. 87...”.

⁶ Aunque la sentencia anterior se refiere al numeral 3º del artículo 40 de la Ley 617 de 2000, los criterios que expone resultan aplicables a la intervención en la gestión de negocios y en la celebración de contratos a que se refiere el numeral 3º del artículo 37 de la Ley 617 de 2000 que son objeto de estudio en este proceso.

⁷ Sentencia del 28 de septiembre de 2001, Expediente 2674

⁸ Sentencia del 19 de octubre de 2001, Expediente 2654, Sección Quinta del Consejo de Estado.

Cisneros Mora, el 6 de marzo de 2010. Este registro no da cuenta de que dicho matrimonio haya sufrido cambio en cuanto a sus efectos civiles.

A folio 59 aparece certificado suscrito por el Director de la Unidad Administrativa Especial de Salud de Arauca, entidad pública del orden departamental, que precisa que la doctora Carol Johanna Cisneros Mora, desempeñó el empleo de Subdirectora de Salud Pública de ese organismo, entre el 14 de julio de 2009 y el 18 de noviembre de 2010.

La documental antes descrita, allegada al proceso en oportunidad legal, pues corresponde a un anexo de la demanda, que presta mérito probatorio (artículos 252, inciso primero parte *in fine* y 254 del Código de Procedimiento Civil), permite tener por probado el primer presupuesto de la causal de inelegibilidad endilgada.

4.2.2. Del ejercicio de autoridad administrativa

A folio 59, aparece copia de la certificación que da cuenta de que Carol Johanna Cisneros Mora desempeñó el empleo de Subdirectora de Salud Pública de la Unidad Administrativa Especial⁹ de Salud del Departamento de Arauca, que corresponde a un órgano creado por Decreto departamental 333 de 18 de julio de 2005, como una persona jurídica, con patrimonio propio y autonomía administrativa y financiera¹⁰.

A folio 61 aparece fotocopia auténtica de la Resolución 812 de 17 de noviembre de 2010 por la cual el Agente Interventor de la Unidad Administrativa Especial de Salud de Arauca aceptó, a partir del 19 de noviembre de 2010, la renuncia presentada por la doctora Johanna Cisneros Mora, al cargo de Subdirectora de Salud de Arauca, empleo que conforme con ese mismo acto administrativo se ubica en el nivel directivo; de hecho allí se precisa:

“Que el 19 de octubre de 2010, la Doctora CAROL JOHANNA CISNEROS MORA, identificada con la cédula de ciudadanía No. 68.295.186 de Arauca, presentó ante el Agente Interventor de esta entidad renuncia irrevocable al cargo que venía desempeñando como Subdirectora de Salud Pública, código 084, grado 01 en el Nivel Directivo de (sic) Unidad...”

Tal como se dijo es de la esencia de los cargos del nivel directivo el ejercicio de autoridad administrativa pues han sido concebidos para que cumplan funciones de

⁹ Las Unidades Administrativas Especiales son organismos que conforme con el artículo 67 de la Ley 489 de 1998, en el orden nacional *“cumplen funciones administrativas para desarrollar o ejecutar programas propios de un ministerio o departamento administrativo...”* y, en cuanto hayan sido dotadas de personalidad jurídica en el acto de creación o reestructuración, hacen parte del nivel descentralizado de la rama ejecutiva (artículo 38 id), que en el orden territorial departamental, habida cuenta del contenido normativo del párrafo del artículo 2º *ibidem* a cuyo tenor: *“las reglas relativas a principios de la función administrativa, sobre delegación y desconcentración, características y régimen de entidades descentralizadas [...] se aplicarán, en lo pertinente, a las entidades territoriales, ...”*, funcionan de la misma manera.

¹⁰ Ver resolución 81-868 de 5 de septiembre de 2006, que obra en copia autenticada en el folio 225.

“dirección general, de formulación de políticas institucionales y de adopción de planes, programas y proyectos...” - criterio orgánico - las que, sin lugar a dudas, implican la posibilidad de “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”, atribuciones que a título enunciativo considera constitutivas de ejercicio de autoridad administrativa el artículo 190 de la Ley 136 de 1996, antes transcrito.

El anterior aserto, halla respaldo, además, en el manual específico de funciones del empleo que ocupó la esposa del demandado, contenido en el Acuerdo 005 de 27 de julio de 2008 vigente mientras ocupó el citado cargo, cuyas copias auténticas obran en los folios 10 a 19 del cuaderno 2, que debiendo estar sometido, en su contenido y per se en su validez, al Decreto 785 de 2005, previó como funciones del cargo, las siguientes:

“SUBDIRECCION DE SALUD PUBLICA

1. Garantizar la financiación y prestación de los servicios de salud pública, mediante la contratación y promover y desarrollar en asocio con otras dependencias o instituciones o autoridades competentes, si fuere del caso, los mecanismos de asistencia técnica, supervisión y control de instituciones del SGSSS en el área de salud pública y desarrollar y evaluar los subsistemas de información y vigilancia epidemiológica relacionados con el fomento y cuidado de la salud, como con los factores que influyen con el desarrollo humano en cada etapa del ciclo vital, las patologías más prevalentes del departamento y de control epidemiológico, de tal manera que permita adelantar acciones de seguimiento, promoción, prevención, control y erradicación de las mismas. Proponer y orientar estudios para tal fin.

2. Asesorar en la elaboración y ajustes del Plan Nacional de Salud Publica (sic) a Nivel (sic) territorial y plan (sic) de Salud Publica (sic) de intervenciones colectivas y coordinar todos los mecanismos que permitan el desarrollo del sistema de fortalecimiento de la gestión de las actividades de detección temprana, protección específica.

3. Apoyar el proceso de fortalecimiento de la gestión de las UAE de Salud de Arauca, EPS del régimen (sic) subsidiado y contributivo (sic) en el departamento, mediante la elaboración de planes de mejoramiento, teniendo en cuenta que la planeación es la herramienta fundamental para hacer el seguimiento de la gestión y lograr el cumplimiento de las metas previstas.

4. Vigilar y controlar, en coordinación con el Instituto Nacional para la vigilancia de medicamentos y alimentos, Invima y el Fondo Nacional de Estupefacientes, la producción, expendio, comercialización y distribución de medicamentos, incluyendo aquellos que causen dependencia o efectos psicoactivos potencialmente dañinos para la salud y sustancias potencialmente tóxicas (sic).

5. Ejecutar las acciones de inspección, vigilancia y control de los factores de riesgo del ambiente que afectan la salud humana y de control de vectores y zoonosis de competencia del sector salud, en coordinación con las autoridades ambientales, en los corregimientos departamentales y en los municipios de categorías 4, 5 y 6 de su jurisdicción.

6. Coordinar, supervisar y controlar las acciones de salud pública (sic) que realicen en su jurisdicción las Entidades Promotoras de Salud, las demás entidades que administran el régimen subsidiados (sic), las entidades que administran el régimen subsidiado, las entidades transformadas y adoptadas y aquellas que hacen parte de los regímenes (sic) especiales, así como las instituciones prestadoras de servicios de salud de instituciones relacionadas.

De esta manera, es forzoso concluir que Carol Johanna Cisneros Mora, como Subdirectora de Salud Pública de la Unidad Administrativa Especial de Salud de Arauca, en razón a la jerarquía de su cargo y a la naturaleza de sus funciones, asignadas por la ley y el reglamento, desplegó poderes decisorios dentro de su respectiva jurisdicción, que configuran ejercicio de autoridad administrativa en los términos previstos en el artículo 33-5 de la Ley 617 de 2000.

Se precisa que tal autoridad no sólo se deriva de las funciones descritas en el numeral 1º sino de las aludidas en otros, pues tenía a su cargo funciones de policía administrativa especial¹¹, en cuanto se hallaba autorizada, entre otras cosas, para “*vigilar y controlar, en coordinación con el Fondo Nacional de Estupefacientes, la producción, expendio, comercialización y distribución de medicamentos, incluyendo aquellos que causen dependencia o efectos psicoactivos potencialmente dañinos para la salud y sustancias potencialmente tóxicas (sic)*”; para “*Ejecutar las acciones de inspección, vigilancia y control de los factores de riesgo del ambiente que afectan la salud humana y de control de vectores y zoonosis de competencia del sector salud, en coordinación con las*

¹¹ RODRIGUEZ RODRIGUEZ Libardo, Derecho Administrativo General y Colombiano, Editorial Temis, Décimo Séptima Edición 2011, página 668. “Definición. De acuerdo con los conceptos generales que hemos dado en la sección anterior, podemos definir la policía administrativa como el poder o facultad que tiene la administración para aplicar limitaciones a la actividad de los gobernados, a fin de mantener el orden público...” y página 581. “Por otra parte son policías administrativas especiales las que tienen por finalidad garantizar elementos diferentes de aquellos que comprende la policía general [se refiere a la seguridad, tranquilidad, salubridad y moralidad públicas] que, por lo mismo, también están sometidas a reglamentaciones especiales. Por ejemplo, la policía de recursos naturales,...”

autoridades ambientales, en los corregimientos departamentales y en los municipios de categorías 4, 5 y 6 de su jurisdicción..” y para “6. Coordinar, supervisar y controlar las acciones de salud pública (sic) que realicen en su jurisdicción las Entidades Promotoras de Salud, las demás entidades que administran el régimen subsidiados (sic), las entidades que administran el régimen subsidiado, las entidades transformadas y adoptadas y aquellas que hacen parte de los regímenes (sic) especiales, así como las instituciones prestadoras de servicios de salud de instituciones relacionadas”, funciones cuyo ejercicio determina, a su vez, la posibilidad de investigar y sancionar la violación de los estatutos que regulan cada actividad.

Sobre la segunda de las competencias antes aludidas, es decir, la del numeral 5º, respecto de los municipios de 4, 5 y 6 categoría, repárese, además, que corresponde a una función que de ordinario le atañe a los alcaldes municipales, a quienes, en términos del artículo 315 -3 de la Carta, les compete “*dirigir la acción administrativa del municipio*”; empero dada la capacidad de los municipios, la que en las voces del artículo 1º de la Ley 136 de 1994, modificado por el artículo 2º de la Ley 617 de 2000, está en función de población e ingresos corrientes de libre destinación, puede ser cumplida por los departamentos en virtud del mandato del artículo 298 superior, a cuyo tenor “*los departamentos ejercen funciones administrativas [...] de complementariedad de la acción municipal,...*” por lo que el funcionario del orden seccional que ejerce esa atribución la cumple como si fuera el alcalde, servidor que por definición ejerce autoridad administrativa.

También que la demanda y la apelación le atribuyeron autoridad por todas las funciones y no sólo por la de contratar que se deriva de la descrita en el numeral 1º antes transcrito.

4.2.3. Del término de ejercicio de la autoridad

Según el acto demandado, la elección tuvo lugar el 30 de octubre de 2011, por lo que el término inhabilitante de doce (12) meses iba desde el 30 de octubre de 2010 hasta el 30 de octubre de 2011.

Durante los doce (12) meses anteriores a la elección, conforme quedó visto en el acápite anterior, su esposa Carol Johanna Cisneros Mora, en la condición antes analizada, ejerció autoridad administrativa.

4.2.4. De la circunscripción en la cual se ejerció la autoridad

El demandado Leison Botía Amaya se inscribió y por razón de la citada inscripción fue elegido como diputado de Asamblea del Departamento de Arauca, es decir, en la circunscripción del departamento de Arauca, y en esa misma circunscripción su esposa ejercía autoridad administrativa en cuanto cumplió funciones de Subdirector de Salud la Unidad Administrativa Especial de Salud del Arauca, entidad del orden departamental.

4.3. El corolario

No se requiere abundar en razones para concluir que el señor Leison Botía Amaya estaba inhabilitado para inscribirse y ser elegido diputado del departamento de Arauca, período 2012 - 2015, habida cuenta del contenido normativo del artículo 33 - 5 de la Ley 617 de 2000, dado que dentro de los doce (12) meses anteriores a su elección, su esposa, la señora Carol Johanna Cisneros Mora, ejerció autoridad administrativa como Subdirectora de la Unidad Administrativa Especial de Salud de Arauca.

Ahora, como se dijo, la sentencia de primera instancia, en este particular, con apoyo en el manual de funciones de los diferentes cargos de la Unidad Administrativa Especial de Salud de Arauca, contenido en el Acuerdo 55 de 27 de junio de 2008, sostuvo que las competencias que comportaban autoridad administrativa se hallaban a cargo del Director; empero tal aserto desconoce que el citado acto le defirió a otros empleos, como al de Subdirector de Salud, funciones que implican esa autoridad y que independiente de su ejercicio positivo implican poder que rompe la igualdad en la contienda electoral.

Por lo demás, el anterior fundamento de la sentencia del Tribunal restringe, con desconocimiento de la realidad probatoria, el nivel directivo de la planta de empleos de la Unidad Administrativa Especial de Salud de Arauca, al cargo de Director, no obstante que los actos que fijaron la estructura de ese organismo consideraron el hecho de que era una entidad del orden departamental cuyas competencias implicaban la atención a toda la población del departamento y la dotaron de un conjunto de empleos en el que se incorporaron varios cargos en ese nivel.

De otro lado, en cuanto a los alegatos de la parte demandada conforme con los cuales su esposa no ejerció autoridad administrativa pues no existe un solo contrato suscrito por ella, ni tenía esa competencia porque según el número 3º del artículo 11 de la Ley 80 de 1993, “3. *Tienen competencia para celebrar contratos a nombre de la respectiva entidad: [...] c) Los representantes legales de las entidades descentralizadas en todos los órdenes y niveles...*”, es del caso precisar que la autoridad administrativa que inhabilita, como se dejó dicho, emana de la autorización para contratar, la que respecto de los funcionarios públicos se halla en los actos por los cuales se fijan las funciones del empleo que ocupan o se les asignan funciones de otros cargos (mediante el encargo o la delegación de funciones), independiente de que éstas se ejerzan de manera positiva; asimismo, que si bien el numeral 3º del citado artículo 11 defiere la facultad de contratar al representante legal de las entidades públicas, tal regla debe armonizarse con otras como las contenidas en los artículos 12 ibidem, 34 del Decreto 1950 de 1973 y 8 y 9 de la Ley 489 de 1998, al tenor de las cuales las funciones de una entidad se pueden distribuir vía desconcentración territorial o jerárquica en las diferentes sedes, dependencias y empleos que conforman la planta de personal y las de éstos se pueden asignar, vía encargo o delegación, en funcionarios que desempeñan empleos de los niveles directivos y asesor o en personas diferentes

de quienes los ocupan, los que al efecto serán representantes de la entidad en los respectivos procesos contractuales.

Repárese en que por vía de desconcentración territorial o jerárquica, en los actos generales por los cuales se fija la estructura de las entidades puede determinarse la competencia de ciertas dependencias para adelantar procesos contractuales e incluso suscribir los contratos. Aquí puede citarse, a manera de ejemplo, lo que sucede con la Dirección de la Policía Nacional, la que en términos del número 7 del artículo 1º del Decreto 049 de 13 de enero de 2003, es una dependencia del Ministerio de Defensa, a la que conforme con el numeral 10 del artículo 2º del Decreto 4222 de 23 de noviembre de 2006, le compete “10. *Suscribir, de conformidad con las normas legales vigentes, convenios o contratos con personas naturales o jurídicas, nacionales o extranjeras, para el cumplimiento de la misión de la Policía Nacional, pudiendo delegar esta facultad en los Directores y Comandantes que considere pertinente*”.

Asimismo que en el *sub lite* no podía considerarse “*la certificación*” del folio 20 del cuaderno 2, allegada por el demandado, pues ésta se expidió por razón de una petición por él presentada en la que formuló un interrogante en orden a definir si su esposa tenía autoridad administrativa, el que fue respondido así “*Que si quien haya ocupado el cargo de subdirector de salud pública desde el año 2005, tiene o no las facultades, capacidad, competencia legal o reglamentaria de contratar o de ordenación del gasto en la entidad, me permito informarle que según el **Decreto 333 de 18 de julio de 2005**, en el Capítulo III: de los órganos de Dirección y Funciones, en el Artículo 12: Funciones del Gerente, el único que tiene o no la facultas (sic), capacidad, competencia legal o reglamentaria de contratar o de ordenación de gasto en la entidad es el Gerente ‘Literal 9: Ordenar los gastos, dictar los actos, realizar las operaciones y celebrar los contratos para el cumplimiento del objeto, funciones y actividades principales o complementarias, directas o conexas de la UAE de Salud de Arauca, de acuerdo a la Ley (sic) y a las Ordenanzas (sic)’*”, porque las normas en las que se basa son anteriores a la que contiene el acto que fija los requisitos y las funciones del empleo, el que como se dijo **es 27 de julio de 2008**, y porque más que una constancia, es decir, una manifestación de conocimiento o ciencia, contiene el criterio o juicio del interventor, o lo que es lo mismo, su interpretación de las normas a las que alude.

E igualmente que tampoco es posible desvirtuar el ejercicio de la autoridad administrativa por razón de la competencia para contratar con base en lo dicho en el número 6 de la prueba 32, que obra en el folio 108 del cuaderno 1 y refiere que en los archivos de la Unidad Administrativa Especial de Salud de Arauca - UAESA- no obra contrato celebrado por la cónyuge del diputado demandado o acto en el que se le hubiera delegado esa función o de alguna otra relacionada con el ejercicio de función nominadora o de funciones como directora, porque como se dijo basta que se tenga la autorización para el efecto, independiente de que se cumpla.

Por último, para la Sala no resulta de recibo el argumento del demandado según el cual del texto del numeral 1º del Capítulo de “*Subdirección de Salud Pública*” del manual de funciones de los empleos de la Unidad Administrativa de Salud de Arauca que precisa como una de las atribuciones del cargo la de “*Asegurar la financiación del sistema y de los servicios de salud mediante la contratación...*”, no puede inferirse la facultad de contratar deferida a ese cargo, pues el citado numeral establece 2 competencias que se hallan relacionadas, a saber: i) asegurar la financiación del sistema y los servicios de salud y ii) contratar con ese propósito.

Una interpretación como la que propone el demandado implicaría, frente a competencias como la establecida en el numeral 1º del artículo 278 de la Carta, según la cual el Procurador General de la Nación tiene, entre otras, las siguientes funciones “*1. Desvincular del cargo, previa audiencia y mediante decisión motivada, al funcionario que incurra en alguna de las siguientes faltas:...*”, que se sostuviera que el citado funcionario sólo tiene poder para desvincular pero no para adelantar el proceso previo.

4.4. La inhabilidad por el ejercicio de autoridad administrativa por parte de la esposa del demandado dadas las funciones de interventoría y la pertenencia al comité de conciliación y por la intervención de éste en la celebración de contratos en interés propio o de terceros con entidades públicas de cualquier nivel que deban ejecutarse en el respectivo departamento.

Como quedó visto, las súplicas de nulidad, la coadyuvancia y los recursos de apelación, tuvieron como fundamento, además, la inelegibilidad por vínculo de matrimonio con funcionario público que ejerció autoridad administrativa, pues la esposa del demandado en condición de Subdirectora de Salud Pública de la Unidad Administrativa Especial de Arauca, cumplió actividades como interventor y fue miembro del Comité de Conciliación de la entidad, y por la intervención del accionado en la celebración de contratos con entidades públicas de cualquier nivel en interés propio o de terceros, siempre que los contratos deban ejecutarse o cumplirse en el respectivo departamento por el hecho de que el elegido fue miembro de la Fundación Colombia Viva y ésta celebró e intervino en varios contratos con el sector salud del departamento, y la forma como fueron decididas esas acusación por la primera instancia, pero la Sala está relevada de abordar el estudio de esos argumentos, por la prosperidad del primer cargo.

5. La conclusión

En razón de lo analizado se revocará la sentencia apelada y se declarará la nulidad del acto de elección.

Ahora en la medida en que el demandante pidió, además, que se anulara el acto de inscripción y se le asignara la curul del demandado, la Sala debe precisar, por un lado, que el acto de inscripción es un acto de trámite, de suyo no anulable, como se infiere del contenido normativo del inciso final del artículo 50, del artículo

135 y del artículo 229 del Código Contencioso Administrativo y, por otro, que la nulidad de una elección en un cargo de Corporación Pública genera vacancia absoluta, la que se llena con el llamado a quien siga en turno en la respectiva lista electoral, de hecho el artículo 134 de la Carta precisa: *“Los miembros de las Corporaciones Públicas de Elección Popular no tendrán suplentes. Solo podrán ser reemplazos en caso de [...] declaración de nulidad de la elección, [...] En [tal caso] el titular será reemplazado por el candidato no elegido que, según el orden de inscripción o votación obtenida, le siga en forma sucesiva y descendente en la misma lista electoral....”*

III. LA DECISION

Por lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala Contencioso Administrativa, Sección Quinta, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

FALLA:

Se revoca la sentencia de 3 de mayo de 2012, proferida por el Tribunal Administrativo de Arauca, que denegó las pretensiones de la demanda.

En su lugar se dispone:

Declárase nulo el acto administrativo contenido en el Acta Parcial de Escrutinio - Formulario E - 26 AS, de los Delegados del Consejo Nacional Electoral para el escrutinio de los votos depositados en la circunscripción del departamento de Arauca, elecciones 2011, en cuanto declaró elegido como diputado del departamento a Leison Botía Amaya.

Cáncelese la credencial expedida al señor Leison Botía Amaya como Diputado a la Asamblea del Departamento del Arauca, para el período 2012 - 2015.

Comuníquese esta decisión al Consejo Nacional Electoral, a la Registraduría Nacional del Estado Civil y a la Mesa Directiva de la Asamblea del departamento de Arauca.

Inhíbese la Sala para proveer sobre la petición de nulidad del acto de inscripción contenido en el Formularios E -6 AS de 5 de agosto de 2011.

Niéganse las demás pretensiones de la demanda.

Ejecutoriado el presente fallo devuélvase el expediente al Tribunal de origen.

COPIESE, NOTIFIQUESE Y CUMPLASE

SUSANA BUITRAGO VALENCIA
Presidenta

MAURICIO TORRES CUERVO

ALBERTO YEPES BARREIRO

VIRGILIO ALMANZA OCAMPO
Secretario

SALVAMENTO DE VOTO

INHABILIDAD POR EJERCICIO DE AUTORIDAD – Principio de justicia no resulta lesionado / INHABILIDAD POR EJERCICIO DE AUTORIDAD – Capacidad de ejercer función administrativa

Si bien compartí la anterior decisión porque se acreditó dentro del plenario que el señor Leison Botía Amaya fue elegido pese a estar incurso en la causal de inhabilidad del numeral 3 del artículo 33 de la Ley 617 de 2000, dado que su esposa, señora Carol Johanna Cisneros Mora, ejerció autoridad administrativa dentro del año anterior a la elección por haberse desempeñado como Subdirectora de Salud Pública de la Unidad Administrativa de Salud de Arauca, existen en las consideraciones algunas afirmaciones frente a las cuales quiero hacer algunas precisiones. (...) Pues bien, mi aclaración se endereza, de un lado, a dejar en claro que el principio de justicia rogada no resulta lesionado por el hecho de que al examinarse los cargos de la demanda de nulidad electoral, el operador jurídico busque apoyo normativo en torno a temas relacionados con los diferentes elementos de la causal de inhabilidad, pues de llevarse a esos extremos el señalado principio, la técnica para formular demandas electorales sería de tal rigor que se terminaría sacrificando el derecho fundamental de acceso a la administración de justicia por una veneración inadmisibles de las formalidades, postura que además reduciría al juez a un papel deplorable, al negarle examinar con profundidad los planteamientos de las partes, dado que únicamente se le permitiría moverse en el estrecho contexto de las normas citadas por los litigantes, impidiendo el cumplimiento de sus cometidos judiciales. (...) da cuenta de una triangulación normativa para descender por vía de un símil, a la inferencia de que la esposa del demandado ejerció autoridad administrativa debido a que la atribución del numeral 5 del Acuerdo 005 de 27 de julio de 2008 asignada al cargo por ella desempeñado, era equivalente a la función de los alcaldes de dirigir la acción administrativa de los municipios, que a su vez era del resorte de los departamentos por razón de la complementariedad que el constituyente les asignó frente a los municipios. (...) En este orden de ideas, si la apreciación de las causales de inhabilidad debe regirse por el principio *pro homine*, en búsqueda de

privilegiar lo máximo posible el goce efectivo del derecho fundamental a ser elegido, la técnica de acudir a normas atinentes a funcionarios frente a los cuales no se discute que orgánica y funcionalmente ejercen autoridad administrativa, para colegir que otro servidor público goza de la misma capacidad, no es aceptable, dado que la conclusión termina apoyada en las disposiciones de las máximas autoridades del nivel seccional y local, más que en las propias del servidor público cuyo compendio funcional se valora.

FUENTE FORMAL: LEY 617 DE 2000 – ARTÍCULO 33 NÚMERAL 3

SALVAMENTO DE VOTO

Consejero: ALBERTO YEPES BARREIRO

Respetuosamente consigno enseguida las razones por las cuales voté con aclaración de voto el fallo proferido el 3 de mayo de 2013, por medio del cual se revocó la sentencia dictada el 3 de mayo de 2012 por el Tribunal Administrativo de Arauca, para en su lugar anular la elección del señor Leison Botía Amaya como Diputado del Departamento de Arauca, período constitucional 2012-2015.

Si bien compartí la anterior decisión porque se acreditó dentro del plenario que el señor Leison Botía Amaya fue elegido pese a estar incurso en la causal de inhabilidad del numeral 3º del artículo 33 de la Ley 617 de 2000, dado que su esposa, señora Carol Johanna Cisneros Mora, ejerció autoridad administrativa dentro del año anterior a la elección por haberse desempeñado como Subdirectora de Salud Pública de la Unidad Administrativa de Salud de Arauca, existen en las consideraciones algunas afirmaciones frente a las cuales quiero hacer algunas precisiones.

En la página 17 del fallo se abordó el criterio orgánico adoptado por la jurisprudencia del Consejo de Estado para determinar si un cargo público es titular de autoridad. Para ello el fallo acudió a lo dispuesto en los Decretos 770 y 785 de 2005, expedidos por el Gobierno Nacional, mediante los cuales se define el nivel directivo como el que *“Comprende los empleos a los cuales corresponden funciones de dirección general, de formulación de políticas institucionales y de adopción de planes, programas y proyectos...”*. El mismo sirvió de fundamento, junto con otras razones más, para concluir la existencia de la inhabilidad.

Luego de revisar los antecedentes de la demanda, en particular el capítulo de normas violadas y concepto de violación, se logra establecer que los Decretos 770 y 785 de 2005 no fueron invocados por la parte actora ni desarrollados al explicar el concepto de la violación.

Aunque esta técnica me parece ajustada a Derecho, porque no viola el derecho fundamental al debido proceso en atención a que el principio de justicia rogada se predica de “*las normas violadas*” según el numeral 4º del artículo 137 del C.C.A., y los decretos en cuestión no pueden calificarse así porque no albergan la prohibición que da paso a materializar la inhabilidad que funda la nulidad, lo que sí me parece contradictorio es que la misma Sala, en sesión de 24 de abril de 2013, derrotó la ponencia elaborada por mi Despacho en el proceso electoral No. 520012331000201100663-01 de James Andrés Ordóñez Jaramillo contra Diputado del Putumayo, en la que al igual que aquí, se examinó el contenido normativo de un decreto del orden nacional que regulaba lo concerniente a las funciones asignadas a los rectores de los planteles educativos oficiales, necesario para el análisis, pero tampoco invocado en el concepto de violación.

Pues bien, mi aclaración se endereza, de un lado, a dejar en claro que el principio de justicia rogada no resulta lesionado por el hecho de que al examinarse los cargos de la demanda de nulidad electoral, el operador jurídico busque apoyo normativo en torno a temas relacionados con los diferentes elementos de la causal de inhabilidad, pues de llevarse a esos extremos el señalado principio, la técnica para formular demandas electorales sería de tal rigor que se terminaría sacrificando el derecho fundamental de acceso a la administración de justicia por una veneración inadmisibles de las formalidades, postura que además reduciría al juez a un papel deplorable, al negarle examinar con profundidad los planteamientos de las partes, dado que únicamente se le permitiría moverse en el estrecho contexto de las normas citadas por los litigantes, impidiendo el cumplimiento de sus cometidos judiciales.

De otro lado, mi aclaración también busca resaltar que la sociedad en general y los usuarios de la administración de justicia en particular, requieren de un mínimo de estabilidad, uniformidad y continuidad en las tesis sostenidas por sus jueces. Empero, ello no se consigue si como en el *sub lite* con apenas unos días de diferencia la misma Sala decide adoptar metodologías contrarias, dado que en esta oportunidad para afirmar que el cargo desempeñado por la esposa del Diputado demandado era del nivel directivo, se acudió a los Decretos 770 y 785 de 2005, a pesar de que la parte actora no los había invocado en su acápite de normas violadas y concepto de violación; mientras que la ponencia por mí elaborada frente al proceso 520012331000201100663-01 fue derrotada por aplicar la misma metodología para extraer normativamente (Ley) las funciones atribuidas a los rectores de los colegios estatales.

De otro lado, en la página 24 del fallo aclarado se vertió la siguiente apreciación:

“Sobre la segunda de las competencias antes aludidas, es decir, la del numeral 5º, respecto de los municipios de 4, 5 y 6 categoría, repárese, además, que corresponde a una función que de ordinario le atañe a los alcaldes municipales, a quienes, en términos del artículo 315-3 de la Carta, les compete *‘dirigir la acción administrativa del municipio’*; empero dada la capacidad de los municipios, la que en las voces del artículo 1º de la Ley 136 de 1994,...., está en función de población e ingresos corrientes de libre destinación, puede ser cumplida por los departamentos en virtud del mandato del artículo 298 superior, a cuyo tenor *‘los departamentos ejercen funciones administrativas [...] de complementariedad de la acción municipal,...*’ **por lo que el funcionario del orden seccional que ejerce esa atribución la cumple como si fuera el alcalde**, servidor que por definición ejerce autoridad administrativa.” (El original no trae negrillas)

La anterior consideración, que es una más de las que llevaron a concluir la existencia de la inhabilidad alegada, da cuenta de una triangulación normativa para descender por vía de un símil, a la inferencia de que la esposa del demandado ejerció autoridad administrativa debido a que la atribución del numeral 5º del Acuerdo 005 de 27 de julio de 2008 asignada al cargo por ella desempeñado, era equivalente a la función de los alcaldes de dirigir la acción administrativa de los municipios, que a su vez era del resorte de los departamentos por razón de la complementariedad que el constituyente les asignó frente a los municipios.

Esta forma de razonar no es admisible en los juicios de legalidad que se hacen a los actos electorales como el que declara una elección por voto popular. Al efecto es bueno recordar que lo que está en juego en esta clase de procesos, entre otras cosas, es el derecho fundamental a participar en la conformación, ejercicio y control del poder político, del que es titular el accionado al haber llegado a la respectiva dignidad por medio del voto ciudadano. Por ello, y dada la importancia del derecho en cuestión, el legislador extraordinario fue enfático en disponer que esta materia no admite la analogía ni las interpretaciones extensivas del régimen de inhabilidades, como así lo determina el numeral 4º del artículo 1º del C.E., al consagrar:

*“4.- Principio de la capacidad electoral. Todo ciudadano puede elegir y ser elegido mientras no exista norma expresa que le limite su derecho. **En consecuencia, las causales de inhabilidad y de incompatibilidad son de interpretación restringida.**”* (Negrillas del suscrito)

En este orden de ideas, si la apreciación de las causales de inhabilidad debe regirse por el principio *pro homine*, en búsqueda de privilegiar lo máximo posible el

goce efectivo del derecho fundamental a ser elegido, la técnica de acudir a normas atinentes a funcionarios frente a los cuales no se discute que orgánica y funcionalmente ejercen autoridad administrativa, para colegir que otro servidor público goza de la misma capacidad, no es aceptable, dado que la conclusión termina apoyada en las disposiciones de las máximas autoridades del nivel seccional y local, más que en las propias del servidor público cuyo compendio funcional se valora.

Además, la subsunción que se hizo de la 5ª función del Acuerdo 005 de 27 de julio de 2008 en el numeral 3º del artículo 315 Constitucional para “*dirigir la acción administrativa del municipio*”, es inadecuada porque dentro de este criterio puede comprenderse un abanico muy extenso de posibilidades, al punto que lo que determina el encuadramiento típico no es la función desempeñada por el respectivo funcionario sino la interpretación analógica o extensiva que inevitablemente debe surtir para que una atribución que *prima facie* no parece conferir autoridad, termine llegando a ese punto.

En suma, los anteriores razonamientos son los que me llevaron a aclarar el voto, lo cual hago reconociendo la importancia que tienen las decisiones mayoritarias y el respeto que me merecen.

Atentamente,

ALBERTO YEPES BARREIRO
Consejero de Estado