

CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCIÓN QUINTA

Consejera ponente: SUSANA BUITRAGO VALENCIA

Bogotá D.C., quince (15) de diciembre de dos mil catorce (2014).

Acción de nulidad electoral - fallo de única instancia

Exp. Acumulado N°: 11001-03-28-000-2014-00047-00

Radicación Interna: 2014 - 0047

Actor: Luis Gabriel Hernández

Demandada: Nery Oros Ortiz

Procede la Sala a decidir la demanda presentada por el señor Luis Gabriel Hernández dirigida a obtener la nulidad del formulario E-26CAM expedido el 17 de marzo de 2014 por la Comisión Escrutadora designada por el Consejo Nacional Electoral para el departamento del Vichada que declaró la elección de la señora Nery Oros Ortiz como Representante a la Cámara por el aludido departamento, para el período 2014 - 2018.

I. ANTECEDENTES

1. La demanda

La presentó el señor Luis Gabriel Hernández en su propio nombre y en ejercicio de la acción de nulidad electoral, contra el acto de elección de la Representante a la Cámara por el Departamento del Vichada, señora Nery Oros Ortiz de quien predica se haya incurso en la causal de inhabilidad contemplada en el numeral 5° del artículo 179 de la C.P., porque asegura que su cónyuge para el momento de la elección se desempeñaba como Jefe de la Oficina Jurídica en el ente territorial por el cual resultó elegida.

2. **Fundamentos de hecho**

El demandante relaciona como hechos de la demanda de nulidad electoral y que a juicio de la Sala son relevantes para la decisión que corresponde adoptar, los siguientes:

- Que la demandada contrajo matrimonio con el señor Germán Salas Rodríguez el 24 de marzo de 2006 en el Archipiélago de San Andrés.
- Que el doctor Salas Rodríguez se desempeña desde el 1° de enero de 2012 como Jefe de la Oficina Jurídica del Departamento de Vichada.

- Que la señora Oros Ortiz se inscribió bajo el aval del partido de la U como candidata a la Cámara de Representantes del departamento de Vichada.
- Que el 9 de marzo de 2014 se realizaron los comicios electorales con el fin de elegir a los Representantes a la Cámara. Que el 17 de marzo de 2014 se declaró la elección de la señora Oros.

3.

Concepto de la violación

El actor funda su demanda en un cargo único de censura contra el acto de elección y que sustenta en su presunta oposición al numeral 5º del artículo 179, en armonía con el artículo 275 numeral 5º de la Ley 1437 de 2012.

Explica que en la circunscripción por la cual resultó elegida la demandada, su cónyuge desempeña el cargo de Jefe de la Oficina Asesora Jurídica en el departamento desde el año 2012. Que en desempeño del mismo ejerce **autoridad civil**, con fundamento en las siguientes razones:

- Dice que sus funciones no se limitan a emitir conceptos jurídicos al Despacho del Gobernador y a las demás dependencias que integran el ente.
- Considera que desde las funciones que cumple, **influencia** a terceros, contratistas y subordinados, por temor a retaliaciones

como pérdida del empleo, no prórroga de los contratos y conceptos desfavorables en el tema disciplinario.

- Resalta que el cargo que desempeña el cónyuge de la demandada tiene una “*profunda autoridad civil y política*” sobre funcionarios y contratistas y una gran **incidencia** en las personas del departamento que aspiran a obtener un cargo en la administración y de aquellas personas que se encuentran bajo su dependencia y subordinación.
- Considera que, en específico, las facultades previstas en el manual de funciones, numerales 13, 14, 16, 17 y 19, representan el ejercicio de autoridad civil.

4.

Trámite y audiencias

4.1

La admisión de la demanda

De manera previa a resolver sobre la admisión de la demanda, por auto del 27 de mayo de 2014¹ se ordenó corregir el escrito a efectos de que el demandante individualizara con precisión el acto acusado, por cuanto se le indicó que el acta de escrutinios no contiene la declaratoria de elección contra la que se opone. También se le impuso aportar original o copia del acto acusado que tuviera en su poder y señalar el lugar donde la demandada recibiría las notificaciones.

¹ Folios 62 - 64 del expediente.

El demandante acudió a corregir los defectos señalados y en tal sentido, la conductora del proceso admitió la demanda y ordenó que se notificara a la accionada mediante aviso en los términos del literal f) del artículo 277 del CPACA, debido a la manifestación del actor de desconocer su domicilio. Se ordenó la notificación personal de esta decisión al representante del Ministerio Público y al Presidente del Consejo Nacional Electoral².

Durante el término de contestación la demandada no acudió en tiempo a manifestarse sobre el libelo interpuesto en contra del acto de elección. Tampoco la entidad productora del acto acusado se pronunció al respecto.

4.2 De la audiencia inicial

Por auto del 22 de agosto de 2014, y luego de haberse surtido las notificaciones ordenadas se dispuso señalar la fecha para celebrar la audiencia inicial de que trata el artículo 283 del CPACA.

En la fecha y hora señaladas se llevó a cabo tal diligencia. La conductora del proceso se pronunció frente a las excepciones propuestas, previa determinación que el escrito de contestación fue extemporáneo, por lo cual no había lugar a resolverlas por este motivo.

² Folios 130 - 132 del expediente.

Superado este aspecto se determinó que la **pretensión y la fijación del litigio**, se circunscribirá en los siguientes términos:

“La pretensión de nulidad electoral se circunscribirá al examen de constitucionalidad y legalidad del Formulario E -26 CAM del 17 de marzo de 2014, emitido por los miembros de la Comisión Escrutadora del Departamento del Vichada, acto que declaró la elección de la señora Nery Oros Ortiz como Representante a la Cámara por el ese Departamento para el período 2014 - 2018.

Tal precisión porque el único objeto de este proceso contencioso electoral es el de examinar la legalidad en abstracto del acto de elección o de nombramiento. De esta manera no hace parte del litigio indicar cuál sería la consecuencia de accederse a la anulación que se pide declarar, por cuanto éstas se encuentran legalmente definidas en el artículo 288 del CPACA.

Así, como el objeto de la fijación del litigio es determinar cuáles son los hechos controvertidos y las censuras que se endilgan al acusado, se fija en los siguientes términos:

- 1. Si la elegida incurrió en la causal de inhabilidad prevista en el numeral 5° del artículo 179 de la C.P., en razón a que se le endilga que su cónyuge se desempeña desde el año 2012 como “Jefe de la Oficina Jurídica del Departamento del Vichada” y*
- 2. Establecer si en el desempeño de dicho cargo el cónyuge de la demandada ejerció autoridad civil y política, basado en que dada su condición de Jefe de dicha oficina ejerció “potestad de mando y control, ejecutando actos de poder [...] sobre el personal que maneja , pero también ejerciendo un control permanente e inquebrantable sobre cada uno de los actos administrativos que salen del despacho y las oficinas que dependen de la Gobernación del Vichada [...] y que desde allí buscó favorecer la campaña de su cónyuge.”*

Respecto de esta determinación no se ejercieron recursos por las partes.

También hubo pronunciamiento sobre las pruebas solicitadas (aportadas y pedidas), y en relación con éstas tampoco se presentaron recursos.

4.3 Audiencia de práctica de pruebas

En la audiencia inicial se dispuso que por tratarse las pruebas decretadas de la remisión de documentos, no había lugar a la fijación de esta audiencia, motivo por el cual en aplicación de los principios de economía y celeridad, se prescindió de ella. En su lugar, se dispuso que por Secretaría se diera traslado de las pruebas a las partes y al Ministerio Público para que en caso de considerarlo, las objetaran.

Vencido el término correspondiente según se aprecia del traslado efectuado por la Secretaría, se informó que no hubo manifestación alguna (fls. 198 - 199).

4.4 Audiencia de alegaciones

Por auto del 14 de octubre de 2014 se dispuso en los términos del artículo 181 numeral 2º, en armonía con el artículo 286, ambos del CPACA, que las alegaciones se presentaran por escrito.

La parte demandante y demandada y el ministerio público, se pronunciaron como sigue:

4.4.1 Por el actor

En su escrito de conclusión señaló que de acuerdo con las pruebas que obran en el expediente está probado que el cónyuge de la elegida fungió para el momento de las elecciones como “Asesor Jurídico del Vichada”, lo que implicó, el ejercicio de “*autoridad civil*” que dice puso en desventaja a los demás candidatos participantes en razón a que a su juicio, para los habitantes del departamento no había duda ni objeción de la autoridad que éste despliega debido a que toma importantes decisiones, por ser quien dirige la “*acción administrativa sancionatoria de los contratistas*”, y por cuanto estima que junto con el Gobernador es quien revisa los actos de los “*consejos (sic) municipales*” y prepara los actos administrativos que implican jurisdicción y mando en el departamento, entre ellos la nominación y las órdenes de prestación de servicios que también llevan implícita el manejo de personal.

Dice que todo lo anterior se corrobora en la denuncia que presentó el señor Elías Hurtado Rivera contra el Gobernador del Vichada. Que esta prueba no fue objetada, y por tal motivo, debe dársele validez respecto de que la razón por la cual no se le renovó el contrato a la señora Edilma Gaitán Galvis, obedeció a no estar de acuerdo con la candidatura de la demandada.

Afirma que la jurisprudencia frente a la interpretación del artículo 188 de la Ley 136 de 1994, se encuentra superada por la dinámica del derecho y que por esta razón es predicable la ocurrencia de la inhabilidad endilgada.

Que es al Jefe de la Oficina Jurídica a quien le compete la revisión de los actos del gobernador y en tal sentido, también le corresponde analizar las minutas de los contratos y órdenes de prestación de servicios que dice le otorgan el ejercicio de dicha autoridad, corroborada con la relación de poder y confianza que se predica al constatar el organigrama de la estructura del gobierno departamental. Insiste, en que las manifestaciones de autoridad no solo están en cabeza de quien toma las decisiones sino de aquellos funcionarios que tienen injerencia en las mismas.

Con fundamento en una cita jurisprudencial³ explica que el cónyuge de la demandada tuvo una efectiva injerencia en los actos de poder del departamento y en esa medida considera que queda incluido en la órbita de los funcionarios que ejercen autoridad civil.

Por lo expuesto, solicita que se declare la nulidad del acto acusado en cuanto contiene la elección de la demandada.

4.4.2 Por la demandada

El apoderado judicial de la elegida pide mediante escrito que obra a los folios 231 y s.s. del expediente que se nieguen las pretensiones de la demanda, fundado en los siguientes razonamientos:

- Señala que su representada no se haya incurso en la inhabilidad endilgada por cuanto el que su cónyuge sea el Jefe de la Oficina Jurídica de ninguna manera implica el ejercicio de autoridad civil o política en la misma circunscripción territorial.
- Que debe acreditarse el ejercicio de autoridad civil o política, y que efectivamente sus actuaciones impliquen el ejercicio de éstas, pues no se pueden dar por probadas en tanto son “actuaciones

³ Se refiere al fallo dictado el 15 de febrero de 2011 en el expediente N° 11001-03-15-000-2010-01055-00. Pérdida de Investidura. Actor: Asdrúbal González Zuluaga. Demandado: Noel Valencia. C.P. Enrique Gil Botero.

presuntas”. Tal explicación porque dice que al formularse la demanda las actuaciones atribuidas fueron producto de “*subjetividad y preponderancia de la mala fe*”, que en verdaderas causas demostrables.

- En relación con los elementos que configuran la causal de inhabilidad endilgada sostiene que son cuatro los requisitos para su demostración⁴. Que el ejercicio de autoridad civil no se cumplió por el cónyuge de la demandada, si se atiende el concepto que la jurisprudencia ha mantenido al respecto. Del análisis de las pruebas aportadas al expediente concluyó que:

- Está probado que el cónyuge de la demandada se posesionó como Jefe de la oficina Jurídica de la Gobernación, cargo que según se certificó es de la categoría profesional del nivel asesor. Que no toma decisiones de manera autónoma, pues sus recomendaciones en ningún caso llevan implícita la condición de obligatoriedad, pues ésta solo se predica de a quien él apoya, esto es, del Gobernador.

⁴ Cita para el efecto el siguiente aparte: “*contempla los siguientes supuestos para su configuración: i) el candidato al Congreso debe tener vínculo de matrimonio, unión permanente, o parentesco en tercer grado de consanguinidad, primero de afinidad, o único civil, con ii) un funcionario que ejerza autoridad civil o política, iii) siempre que lo anterior ocurra en la correspondiente circunscripción territorial. No obstante, estos elementos, iv) también existe una condición relativa al tiempo o momento durante el cual opera dicha inhabilidad, no explicitado en la causal quinta. Este último tema se tratará más adelante...*”. Corresponde a un extracto de la sentencia dictada en el Exp. N° 11001-03-15-000-2011-00515. C.P. Dra. María Elizabeth García González, que a su vez se refirió al fallo proferido bajo ponencia del dr. Gil Botero. Expediente N° AC-2010-01055.

- Agrega que existe certificación que da cuenta que en materia disciplinarias las competencias están asignadas a la Secretaría de Gobierno. Que el Jefe de la Oficina jurídica no tiene ninguna incidencia, en tanto se alude que sus funciones son exclusivamente de asesoramiento.

4.4.3 Concepto del Ministerio Público

El representante del Ministerio Público pidió no acceder a la pretensión de nulidad solicitada. Fundamentó su petición en las siguientes razones, previa reflexión sobre el trámite procesal surtido en el proceso de la referencia:

- Refiere en cuanto al primero de los elementos de la causal que está probado con copia del registro de civil de matrimonio; además de que la demandada no rechazó esta condición.
- Frente al ejercicio de las modalidades de autoridad que se deben probar para la causal de inhabilidad, dice que deben ser la autoridad civil y la política.
- Que la autoridad política se predica de los cargos cuyas funciones en el orden nacional atañen al manejo del Estado, en el orden departamental comprende al gobernador los secretarios departamentales y los jefes de departamento administrativo; mientras que la autoridad civil, supone la formulación de políticas, la adopción de planes, programas y proyectos, la toma de decisiones

y su ejecución, tal como se precisa en la providencia que trae como cita⁵.

- Afirma que del acervo probatorio allegado y de la certificación que obra al folio 192 del expediente, se tiene que el cargo desempeñado por el cónyuge de la demandada se sitúa en el nivel profesional y asesor. Que por esto su ubicación dentro de la planta global no es posible conferírsele que le correspondan funciones inherentes a potestades de mando o poder decisorio autónomo y que además, tampoco opera como segunda instancia en los procesos disciplinarios ni conoce de ellos.

- Enumera las funciones que le corresponde al cargo desempeñado por el cónyuge de la demandada para de ellas significar que el conjunto de competencias asignadas no conllevan el ejercicio de autoridad civil.

II. CONSIDERACIONES DE LA SALA

1. Competencia

Esta Sala es competente para conocer en única instancia de la presente demanda de nulidad electoral de conformidad con lo

⁵ Se refiere al fallo de pérdida de investidura donde fungió el dr. Enrique Gil Botero como ponente. Exp. 2010 - 1055.

dispuesto en el numeral 3^o del artículo 149 del CPACA y lo previsto en el artículo 13-4 del Acuerdo 58 del 15 de septiembre de 1999⁷.

2. El acto acusado

Lo constituye el formulario E-26 CAM generado por los delegados del Consejo Nacional Electoral que el 17 de marzo de 2014, declararon la elección como Representante a la Cámara por el Departamento del Vichada a la señora Nery Oros Ortiz, para el período 2014 – 2018, visible al folio 96 del expediente.

3. De la fijación del Litigio

Se trata de definir si como se planteó en la audiencia respectiva si: i) la demandada incurrió en la causal de inhabilidad prevista en el numeral 5° del artículo 179 de la C.P., en razón a que su cónyuge se desempeña desde el año 2012 como Jefe de la Oficina Jurídica del Departamento del Vichada, y ii) si en el desempeño de dicho cargo

⁶ **ARTÍCULO 149.** COMPETENCIA DEL CONSEJO DE ESTADO EN ÚNICA INSTANCIA.

El Consejo de Estado, en Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, por intermedio de sus Secciones, Subsecciones o Salas especiales, con arreglo a la distribución de trabajo que la Sala disponga, conocerá en única instancia de los siguientes asuntos: (...)

3. De la nulidad del acto de elección del Presidente y el Vicepresidente de la República, de los Senadores, de los Representantes a la Cámara, de los Representantes al Parlamento Andino, del Alcalde Mayor de Bogotá, de los miembros de la Junta Directiva o Consejo Directivo de las entidades públicas del orden nacional, de los entes autónomos del orden nacional y de las Comisiones de Regulación.

⁷ Por medio del cual se adopta el Reglamento Interno del Consejo de Estado. (modificado por el artículo 1° del Acuerdo 55 del 5 de agosto de 2003)

el cónyuge de la demandada desarrolla la autoridad civil, basado en que dada su condición de Jefe de dicha oficina ejerció *“potestad de mando y control, ejecutando actos de poder [...] sobre el personal que maneja , pero también ejerciendo un control permanente e inquebrantable sobre cada uno de los actos administrativos que salen del despacho y las oficinas que dependen de la Gobernación del Vichada [...] y que desde allí buscó favorecer la campaña de su cónyuge.”*

4. De la decisión

4.1. La causal de inhabilidad alegada

El actor plantea que la elección como Representante a la Cámara de la señora Nery Oros Ortiz es nula porque a su juicio incurrió en la causal de nulidad que contemplan el numeral 5° del artículo 179 de la Constitución Política, que prohíbe a quienes aspiren a ser congresistas:

“ARTICULO 179. **No podrán ser congresistas:**

1. (...)

5. *Quienes tengan vínculos por matrimonio, o unión permanente, o de parentesco en tercer grado de consanguinidad, primero de afinidad, o único civil, **con funcionarios que ejerzan autoridad civil o política.***”

Con fundamento en esta norma, la Sala abordará el análisis de cada uno de los elementos de la causal invocada; así:

4.2 Del presunto ejercicio de autoridad civil por parte del Jefe de la Oficina Jurídica del Departamento del Vichada

El actor alega que la elegida incurre en la causal alegada porque su cónyuge en condición de Jefe de la Oficina Jurídica ejerció autoridad civil predicable del desempeño de su cargo y dada la especial connotación e injerencia respecto de los contratistas de la Gobernación y también por la competencia para revisar de manera previa los actos administrativos que expide el Gobernador.

Es del caso referir que en el expediente se acompañaron como pruebas relevantes las siguientes:

1. Copia de registro civil de matrimonio, indicativo serial N° 4422350 los señores Oros Ortiz Nery y Salas Rodríguez German contrajeron matrimonio civil ante el Notario Único de San Andrés Isla⁸.
2. Formulario E-26-CAM por medio del cual se registra la elección de la señora Nery Oros Ortiz como Representante a la Cámara por el departamento del Vichada⁹.

⁸ Folio 29 del expediente.

⁹ Folio 96 del expediente.

3. Acto de nombramiento (Resolución N° 004 del 1° de enero de 2012) del señor Guillermo Sala Rodríguez en el cargo de Jefe de la Oficina Jurídica, Código 115, grado 01 de la planta global de la Gobernación del Vichada¹⁰ y acta de posesión N° 003 del 2 de enero de 2012 en el mencionado cargo¹¹.
4. Certificado expedido por la Profesional Universitaria de la oficina de Talento Humano de la Gobernación del Vichada por medio del cual se hace constar que el doctor German Salas Rodríguez “viene prestando¹² sus servicios a la Gobernación del Vichada, desempeñado el cargo de **JEFE OFICINA ASESORA JURÍDICA**, código 115, grado 02, cargo de libre nombramiento y remoción, desde el 2 de enero de 2012”.
5. Manual específico de funciones y competencias laborales en el que se identifican las siguientes condiciones sobre la identificación del cargo de Jefe de la Oficina Asesora Jurídica, propósito principal y descripción de las funciones esenciales del empleo ocupado por el cónyuge de la demandada, así:

I. IDENTIFICACIÓN	
NIVEL	<u>CENTRAL</u>
DENOMINACIÓN DEL EMPLEO	<u>JEFE OFICINA ASESORA JURÍDICA</u>
CÓDIGO:	115
GRADO:	02
N° DE CARGOS	UNO (01)
DEPENDENCIA	<u>Oficina Asesora Jurídica</u>
CARGO DEL JEFE INMEDIATO	GOBERNADOR

¹⁰ Folio 195 del expediente.

¹¹ Folio 194 del expediente.

¹² La certificación se emitió el 14 de septiembre de 2014. (fl. 196)

II. PROPÓSITO PRINCIPAL

Asistir y asesorar al Gobernador y a las dependencias de la Gobernación en el conocimiento y trámite de conceptos, la aplicación de la normatividad y la emisión de los actos administrativos, para garantizar la unidad de criterio jurídico en la administración.

III. DESCRIPCION DE FUNCIONES ESENCIALES DEL EMPLEO

1. **Resolver** las consultas que sobre interpretación y aplicación de las disposiciones legales relativas al campo de la actuación de la administración, le formulen las dependencias, los empleados, los municipios y la comunidad en general y emitir los conceptos jurídicos que sean necesarios.
2. **Revisar** los actos administrativos que el Gobernador deba firmar y conceptuar sobre su constitucionalidad y legalidad.
3. **Revisar y conceptuar** sobre la constitucionalidad de las ordenanzas que deben ser sancionadas por el Gobernador.
4. **Representar judicialmente** al Departamento ante las autoridades competentes en todos los asuntos litigiosos en donde se afecten los intereses de la administración.
5. **Representar judicialmente** al Departamento ante la jurisdicción ordinaria o contenciosa mediante mandato judicial conferido por el señor gobernador o por quien éste haya delegado dicha función.
6. **Asistir, asesorar y representar judicialmente** al departamento ante los diferentes juzgados y tribunales, por delegación del Gobernador.
7. **Informar** al Gobernador del estado de los procesos que adelanta directamente y que le hayan sido asignados.
8. **Recabar** de las dependencias involucradas en los eventuales litigios la información que se deba aportar a los procesos.
9. **Atender y vigilar**, en coordinación con las dependencias comprometidas, la adecuada y oportuna resolución de tutelas, acciones de cumplimiento, conciliaciones y cumplimiento de sentencias por las que deba responder o sea parte el Departamento.
10. **Revisar y conceptuar** sobre los actos administrativos de los concejos municipales que en cumplimiento de las normas legales corresponde revisar al Gobernador.
11. **Revisar jurídicamente** las minutas de los contratos, conceptuar sobre la legalidad de los actos administrativos que se profieran en el proceso de contratación y rendir informes a las autoridades correspondientes.
12. **Realizar el estudio jurídico** de los contratos e informar cuando en su criterio existan circunstancias que potencialmente puedan determinar su caducidad administrativa.

13. **Gestionar** ante los contratistas o entidades garantes, el cumplimiento de las obligaciones contractuales, adelantar las acciones administrativas y judiciales cuando a ello haya lugar.
14. **Revisar y aprobar** las pólizas de garantía que sean presentadas para efectos de la contratación administrativa.
15. **Revisar** que los procedimientos previstos para la contratación de la administración central cumplan con las normas establecidas.
16. **Llevar la representación** del Gobierno ante la Asamblea Departamental, en relación con los asuntos propios de su despacho.
17. **Asistir al Gobernador** en las decisiones de segunda instancia en los procesos disciplinarios, así como las revocatorias o nulidades de las actuaciones disciplinarias a que haya lugar.
18. **Asesorar al gobernador** en todos los procesos laborales en que sea parte, el departamento y representar judicialmente al mismo ante la jurisdicción ordinaria laboral.
19. **Aplicar prácticas** de autocontrol en la gestión del Despacho, promoviendo el mejoramiento continuo de sus actividades en la búsqueda del cumplimiento de la misión institucional.
20. Las demás acordes con la naturaleza del cargo o que le sean autorizada por la Ley o autoridad competente.

6. Copia informal con sello de radicado ante la Procuraduría Departamental del Vichada del 14 de febrero de 2014 de la queja disciplinaria que presentó el señor Elías Hurtado Rivera contra el “señor GOBERNADOR DEL VICHADA, SERGIO ANDRÉS ESPINOSA FLOREZ, por su presunta participación en política, a favor de la candidata de la Cámara de Representantes por el Partido de la U, la señora Nery Oros Ortiz [...]”.

7. Publicidad de campaña de la señora Nery Oros Ortiz¹³ que da cuenta del partido que la avaló y su número en la lista. Asimismo la exposición de sus compromisos como candidata. En dicho informativo se indica que está casada con el “abogado German Salas Rodríguez”.

¹³ Folios 98 - 99 del expediente.

8. Certificación expedida por el Gobernador de Vichada que hace constar lo siguiente:

*“[...] Con el fin de dar cumplimiento a lo establecido en la Ley 734 de 2002, la Gobernación de Vichada de acuerdo al manual de funciones **otorgó a la secretaria de Gobierno y Administración las facultades disciplinarias** para adelantar los procedimientos contra los servidores y ex servidores públicos de la entidad de acuerdo con lo establecido en el artículo 2.*

*Sin embargo por no encontrarse la oficina de control disciplinario interno creada legalmente en la estructura de la entidad, no es posible dar aplicación al artículo 76 del CUD el cual establece: “**Artículo 76.** Control disciplinario interno. Toda entidad u organismo del Estado, con excepción de las competencias de los Consejos Superior y Seccionales de la Judicatura, deberá organizar una unidad u oficina del más alto nivel, cuya estructura jerárquica permita preservar la garantía de la doble instancia, encargada de conocer y fallar en primera instancia los procesos disciplinarios que se adelanten contra sus servidores. Si no fuere posible garantizar la segunda instancia por razones de estructura organizacional conocerá del asunto la Procuraduría General de la Nación de acuerdo a sus competencias.*

En todo caso, la segunda instancia será de competencia del nominador, salvo disposición legal en contrario. En aquellas entidades donde no sea posible organizar la segunda instancia, será competente para ello el funcionario de la Procuraduría a quien le corresponda investigar al servidor público de primera instancia.”

*Por lo anterior, y ya que la Gobernación del Vichada no cuenta con una estructura jerárquica que permite garantizar el principio de la doble instancia, los procesos **que requieran trámite de recurso de apelación, se envían a la Procuraduría Regional de Vichada para que sea esta entidad quien de trámite y resuelva el correspondiente recurso**”*

4.3 Del caso concreto

Revisadas las pruebas aportadas al expediente, así como la sustentación de la demanda y las razones de la defensa, se tiene que en este caso no concurren los elementos para dar por probada la causal invocada, por los siguientes motivos:

- La inhabilidad para ser elegido congresista por razón del numeral 5° del artículo 179 de la Carta Política impone que concurren los siguientes supuestos, así: *i)* el parentesco - en tercer grado de consanguinidad, primero de afinidad, o único civil - o vínculo por matrimonio o relación de unión permanente del candidato a congresista con un funcionario; *ii)* que el funcionario respecto del cual se predica el parentesco o el vínculo o relación con candidato, ejerza autoridad **civil o política**, *iii)* que el funcionario tenga asignada esa autoridad dentro del factor temporal que se fija en la norma y *iv)* es necesario que además de los anteriores elementos se pruebe que el ejercicio que se predica se desarrolle en la circunscripción territorial por la cual el candidato aspira a ser elegido representante a la cámara.

Identificados las premisas cuya presencia en el sub examine se requieren para dar por probada la inhabilidad se tiene que:

- No hay duda sobre el vínculo de matrimonio que une a la demandada con el señor Germán Salas Rodríguez, relación que está acreditada con la prueba idónea no fue objeto de reproche por la demandada.

- Se encuentra probado que el dr. Salas Rodríguez desempeñaba para el momento de la elección el cargo de Jefe de la oficina Jurídica de la Gobernación del Vichada.

- Ahora bien, para el estudio de la inhabilidad que se atribuye se impone hacer precisión del concepto de autoridad civil y política para determinar si el ejercicio de este empleo la comporta.

Con tal propósito corresponde traer a colación lo que sobre esta clase de autoridad ha puntualizado la jurisprudencia, sustentada en la definición que para el efecto consigna el artículo 188¹⁴ de la Ley 136 de 1994¹⁵, y que dice se concreta en los siguientes aspectos: 1) *Ejercer el poder público en función de mando para una finalidad prevista en esta Ley, que obliga al acatamiento de los particulares y en caso de desobediencia, con facultad de la compulsión o de la coacción por medio de la fuerza pública;* 2) *Nombrar y remover libremente los empleados de su dependencia, por sí o por delegación;* 3) *Sancionar a los empleados con suspensiones, multas o destituciones.*

¹⁴ **Artículo 188.** Autoridad civil. Para efectos de lo previsto en esta Ley, se entiende por autoridad civil la capacidad legal y reglamentaria que ostenta un empleado oficial para cualquiera de las siguientes atribuciones:

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

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

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

¹⁵ “Por la cual se dictan normas tendientes a modernizar la organización y el funcionamiento de los municipios”.

La autoridad política, se define por el artículo 189 *ibídem*, en los siguientes términos:

“Es la que ejerce el alcalde como jefe del municipio. Del mismo modo, los secretarios de la alcaldía y jefes de departamento administrativo, como miembros del gobierno municipal, ejercen con el alcalde la autoridad política.

Tal autoridad también se predica de quienes ejerzan temporalmente los cargos señalados en este artículo.”

Conforme a las disposiciones transcritas, la autoridad política es la que ejerce el alcalde como jefe del municipio, y aquellos directivos como Secretarios de Despacho y Jefes de Departamentos Administrativos que integran su gabinete y la autoridad civil es el ejercicio de poder o mando, dirección e imposición sobre las personas.

Sobre el particular la jurisprudencia¹⁶ identificó en el siguiente pronunciamiento tales conceptos y precisó:

“[...]

¹⁶ Consejo De Estado - Sala Plena de lo Contencioso Administrativo. C.P. dr. Enrique Gil Botero. sentencia del 15 de febrero 2011. radicación numero: 11001-03-15-000-2010-01055-00(pi) actor: Asdrúbal González Zuluaga demandado: Noel Ricardo Valencia.

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

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

*Como se logrará advertir, cada una de las modalidades de autoridad que tiene previstas la Ley 136 de 1994 viene caracterizada **POR EL PODER DE DECISIÓN QUE ALGUNOS FUNCIONARIOS, NO TODOS, DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA OSTENTAN PARA DISTINTOS FINES;** la regla general es que **son pocos los empleados públicos a quienes sus funciones les permiten el ejercicio de autoridad, determinada en algunos casos por un aspecto funcional**, esto es por las competencias que constitucional o legalmente les hayan sido asignadas, **y en otros por un criterio orgánico, pues será su ubicación en la estructura administrativa la que dirá si el servidor público está investido de autoridad o no.***

*“Así, por ejemplo, la autoridad civil es caracterizada por el legislador porque el empleado público está investido de capacidad legal y reglamentaria para emplear el poder público ‘en función de mando’ con el propósito de desarrollar los altos fines perseguidos por la ley, y en caso de desacato por el destinatario de la respectiva orden, hacerse obedecer con el auxilio de la fuerza pública de ser necesario. De igual forma al ejemplificar el artículo 188 la autoridad civil cuando se ejerce el poder de nominación, bien para designar o ya para remover libremente a los empleados de su dependencia, o cuando se ejerce la potestad disciplinaria sobre los empleados, se logra entender que **la autoridad civil tiene un reflejo endógeno y otro reflejo***

exógeno; por el primero se comprende el ejercicio de esa potestad intraorgánicamente, cuando el funcionario público la emplea respecto de los empleados bajo su dirección, o también cuando entra a disciplinarlos por la realización de una conducta tipificada en el ordenamiento disciplinario; y el reflejo exógeno de la autoridad civil es la manifestación de la voluntad de la administración teniendo como destinatarios a personas ajenas a la administración, como cuando a través de actos administrativos se imparten órdenes a terceros o se les imponen sanciones por no dar cumplimiento a esos mandatos de actuación o de abstención. (...)

“Y, en lo atinente a la autoridad administrativa ella es definida en el artículo 190 de la Ley 136 de 1994, a través de la conceptualización de la dirección administrativa, de manera similar a la autoridad civil, con la diferencia de que no solo la tienen quienes ejercen el gobierno, sino que también está en cabeza de los gerentes o jefes de las entidades descentralizadas y los jefes de las unidades administrativas especiales, en tanto superiores de los correspondientes servicios municipales, así como en cabeza de los empleados oficiales que tengan competencia para ejecutar cualquiera de las funciones administrativas allí mencionadas (contratación, ordenar el gasto, decidir situaciones administrativas laborales e investigar faltas disciplinarias). Con todo, si se detallan los alcances de la autoridad administrativa frente a los de la autoridad civil, se podrá inferir que las competencias de la primera están inmersas en las competencias de la última, la que además puede proyectarse externamente, hacia los particulares, de modo que pueda recurrirse a la compulsión o a la coacción con el concurso de la fuerza pública.”¹⁷ (Negrillas fuera de texto)

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

¹⁷ Sala Plena de lo Contencioso Administrativo. Sentencia de 8 de mayo de 2007. Exp. 00016.

sentido y alcance de este concepto.

“En primer lugar, la Sala recoge -para desistir en adelante de su uso-, aquél criterio que señala que ‘autoridad civil’ corresponde a aquella que no es ‘autoridad militar’, pues una noción como esta confunde, por ejemplo, a la ‘autoridad jurisdiccional’ o a la ‘política’ con la ‘civil’; y actualmente no cabe duda de que se trata de conceptos jurídicos con contenido y alcance distinto.

“Esta idea es tan clara hoy día que resulta innecesario hacer más consideraciones explicativas al respecto, pues la obviedad de esta confusión es más que evidente.

*“En segundo lugar, también precisa la Sala que la ‘autoridad civil’ tampoco es el género que comprende a la ‘autoridad administrativa’, o lo que es igual, ésta no es una especie de aquélla; pues si bien es cierto que las diferencias entre ambas son difíciles de establecer y apreciar, ello no justifica que se confundan, pues, de ser así, se corre el riesgo de anular uno de dichos conceptos, **PESE A QUE EN NUESTRA CONSTITUCIÓN POLÍTICA SE USAN CLARAMENTE DE MANERA AUTÓNOMA.***

“En tal sentido, tenía razón esta Sala, en 1998, al decir que: ‘... resulta claro entonces que si el constituyente mencionó a la ‘jurisdicción’ y a la ‘autoridad administrativa’, en el No. 2 del artículo 179, para efectos de establecer la prohibición, y hubiese querido que ambas categorías fueran parte también del ordinal 5º, así expresamente lo hubiera prescrito. Pero, al no hacerlo, le dijo claramente al intérprete que en materia de inhabilidades e incompatibilidades una es la autoridad jurisdiccional, otra es la autoridad civil, otra la autoridad militar, otra la autoridad administrativa y otra la autoridad política. Fuera de ese contexto, sin tener en cuenta la finalidad prohibitiva de la norma constitucional, y en un escenario jurídicamente poco relevante, resulta aceptable la tesis de que el Presidente de la República, los Ministros, los Jueces y Fiscales, Procuradores, Gobernadores, Inspectores de Policía pasen por autoridades civiles, sólo para distinguirlas de las militares y eclesiásticas, científicas, etc.

(...)

“Se concluye entonces que el numeral 5° del artículo 179 de la Carta prohíbe que los allegados de quienes ejerzan autoridad **CIVIL O POLÍTICA** indicados en la norma sean congresistas. No sucede igual con los parientes de quienes ejerzan jurisdicción, autoridad militar, o administrativa, quienes sí pueden aspirar a ser elegidos como miembros del Congreso, **POR CUANTO ÉSTOS TIPOS DE AUTORIDAD NO ESTÁN EXPRESAMENTE RELACIONADOS EN ESA NORMA SUPERIOR PROHIBITIVA.**¹⁸
(Negrillas fuera de texto)

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

“No obstante, también entiende la Sala que la labor de identificación y caracterización constante de lo que es autoridad civil, para efectos de la pérdida de investidura de los congresistas, es una tarea que demanda una labor permanente e inacabada de subsunción de las funciones y actividades asignadas por la ley o el reglamento a un cargo, dentro de los supuestos que esta Corporación ha ido decantando, con el paso de los años, como noción más próxima y perfecta de lo que debe entenderse por autoridad civil.

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

¹⁸ Sala Plena de lo Contencioso Administrativo. Sentencia de junio 9 de 1.998. Exp. AC - 5779.

“EN ESTA MEDIDA, ES CLARO QUE SI BIEN EL ARTÍCULO 188 AYUDA BASTANTE EN LA TAREA DE HALLAR EL SENTIDO MISMO DE ESTA FORMA DE AUTORIDAD, TAMBIÉN ES CIERTO QUE DICHO CONCEPTO ES ALGO MÁS QUE ESO, AUNQUE LA NORMA CONTIENE EL REDUCTO MÍNIMO DE AQUELLA. EN TAL CASO, PARA LA SALA, ESTE TIPO DE AUTORIDAD HACE REFERENCIA, ADEMÁS DE LO QUE EXPRESA DICHA NORMA, A LA POTESTAD DE DIRECCIÓN Y/O MANDO QUE TIENE UN FUNCIONARIO SOBRE LOS CIUDADANOS, LO QUE SE REFLEJA EN LA POSIBILIDAD –NO NECESARIAMENTE EN EL EJERCICIO EFECTIVO- DE IMPARTIR ÓRDENES, INSTRUCCIONES, O DE ADOPTAR MEDIDAS COERCITIVAS, BIEN DE CARÁCTER GENERAL O PARTICULAR, DE OBLIGATORIO ACATAMIENTO PARA ÉSTOS.

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

[...]

Como si esto fuera poco, es indiscutible que los alcaldes también ejercen “autoridad política”, de la cual se dijo atrás que se trata de una clase de autoridad que goza de autonomía y por eso es distinta de la autoridad civil, de manera que los alcaldes realizan ambas formas de autoridad. La misma ley 136 de 1994 [...]”. (Subrayas y mayúsculas fuera del texto original)

- Bajo la anterior consideración conceptual y del examen de las funciones específicas a las que se refirió el actor para endilgar el ejercicio de autoridad civil, según el manual de funciones se tiene

que las atribuciones previstas en los numerales 13, 14, 16, 17 y 19, conferidas al empleo desempeñado por el señor Salas Rodríguez en su condición de **JEFE DE LA OFICINA ASESORA JURÍDICA** del departamento de Vichada no comportan el ejercicio de autoridad civil por cuando su actividad se ve restringida a temas relacionados con la asesoría y los conceptos jurídicos que emite para resolver consultas de las demás dependencias que integran el ente territorial.

- Y aunque el demandante insiste en la injerencia que este empleo tiene respecto de las decisiones que le corresponde adoptar al Gobernador, en relación con las vinculaciones laborales o la prórroga de contratos, lo cierto es que el ejercicio de sus atribuciones de ninguna manera pueden considerarse como actividades que lleven inmerso el ejercicio de mando pues éste no se puede predicar de un desempeño indirecto, soportado en actividades de asesoría o de revisión de materias jurídicas que finalmente propende por la consecución de los fines atribuidos a dicho ente territorial.

- Dar por cierto que la asesoría que cumple el Jefe de la oficina jurídica frente al examen y la conceptualización sobre materias de orden legal a su cargo y que tienen por propósito dotar de sustento normativo los asuntos que requieren de su intervención, constituyen el ejercicio de **autoridad civil**, significaría descontextualizar las funciones que legalmente le están asignadas, otorgándoles un contenido y desarrollo que no se compadece con

aquellas competencias que en virtud del manual de funciones le están asignadas en los términos del artículo 6° Superior.

- En efecto, la asistencia jurídica que se deriva de las atribuciones que le son conferidas a este empleo en manera alguna representan para el Jefe de la Oficina Jurídica capacidad legal y reglamentaria para ejercer el poder público en función de mando ni tampoco ella implica como lo señala el actor, la determinación sobre el nombramiento o remoción de empleados o la prórroga de contratos, máxime cuando ninguna de estas potestades se probó que las hubieran ejercido directamente dicho funcionario.
- Ahora bien, respecto de las competencias que conciernen a asesorar al gobernador, preparar estudios, emitir conceptos o aprobar documentos necesarios para el desarrollo de la actividad contractual, como en el caso de la verificación de las condiciones de las pólizas de garantía¹⁹, tal función no implica de ninguna manera capacidad de mando, decisión o imposición frente a tal actividad de la administración y ante los particulares contratistas.
- Porque la facultad que le atribuye el numeral 14 del manual de funciones al Jefe de la Oficina Jurídica respecto de la revisión y aprobación de las pólizas de garantía se circunscribe a dar un visto bueno, una constatación, sobre la constitución de las garantías por parte del contratista en los términos que lo exija el contrato.

¹⁹ Función descrita en el numeral 13 del manual de funciones del cargo de Jefe de la Oficina Jurídica del Departamento del Vichada.

- Luego no es predicable del ejercicio de autoridad en una actuación posterior a la celebración y perfeccionamiento del contrato, que son las etapas que sí conllevan decisión sobre la selección del contratista pero que le corresponden al jefe del ente territorial o a quien éste haya delegado tal facultad. En este caso, tal facultad ni se alegó por el demandante, y menos se probó que el cónyuge de la accionada hubiera sido delegado para el efecto.

- Bajo las mismas apreciaciones se valora por la Sala la facultad conferida en el numeral 13 del manual de funciones, consistente en *“la gestión que debe cumplir frente a los contratistas o entidades garantes para el cumplimiento de las obligaciones contractuales”*, pues en esencia se refieren al seguimiento que le compete llevar a cabo frente al cumplimiento de las obligaciones contractuales, pero sin que ello implique o signifique que la caducidad o terminación unilateral del contrato o las multas a imponer estén radicadas a su cargo. Tales medidas son del resorte del jefe del organismo. No se probó tampoco que dichas potestades sancionatorias, esto es, aquellas que van más allá del seguimiento y verificación sobre la atención o no por los contratistas a las obligaciones contractuales y la preparación de los actos administrativos sancionatorios, le hubieren sido delegadas²⁰, pues se insiste, tales sanciones por su naturaleza, pertenecen a competencias del representante legal del ente territorial.

²⁰ Entiéndase la delegación como el instrumento jurídico de la actividad pública *“mediante el cual un funcionario u organismo competente transfiere en forma específica y temporal a uno de sus subalternos una determinada atribución, siempre y cuando se encuentre legalmente facultado para ello”*.

- En cuanto a que es el Jefe de la Oficina Asesora Jurídica quien le presta asistencia al Gobernador en aquellas decisiones que con ocasión del trámite de los procesos disciplinarios de segunda instancia tiene a su cargo, debe resaltarse que la competencia decisoria sobre estas investigaciones radica en el gobernador. El jefe jurídico únicamente lo asiste, lo asesora. Tal diferenciación evidencia que no es equiparable la capacidad legal para disciplinar que sólo está en cabeza del representante legal con la atribución meramente de recomendar la decisión a producir.

- Ahora bien, en el *sub - lite*, y en relación con la potestad disciplinaria, según se hace constar en el certificado acompañado al expediente, es a la Secretaría de Gobierno y Administración, a quien le corresponde en primera instancia el ejercicio de la facultad disciplinaria en el Departamento del Vichada y la segunda instancia, la cumple en observancia del artículo 76 del Código Disciplinario Único, la Procuraduría Regional del Vichada. Tal acreditación es otra razón más por la cual es inadmisibles considerar que el cónyuge de la demandada haya ejercido atribuciones de carácter disciplinario frente a los servidores y exservidores de dicho ente territorial.

- Finalmente, en lo que respecta a la queja disciplinaria elevada contra del Gobernador del Vichada por supuesta intervención en política, tal escrito da cuenta de que se trate de una situación que se puso en conocimiento de las autoridades disciplinarias la que en tal

carácter y al estar dirigida contra persona diferente al demandado, no tiene la virtualidad de probar en su contra la imputación de inhabilidad.

Entonces, comoquiera que en este caso el desempeño como Jefe de la Oficina Jurídica del Departamento del Vichada por parte del cónyuge de la accionada no contempla atribuciones en función de mando y con capacidad de coerción, no es jurídicamente posible derivarle que ejerció la autoridad invocada como constitutiva de inhabilidad.

Para la Sala, las anteriores consideraciones son motivo suficiente para despachar negativamente las censuras de la causal de inhabilidad endilgada por el accionante y negar las pretensiones de la demanda en virtud a que no se logró desvirtuar la presunción de legalidad que ampara el acto administrativo acusado.

Por lo expuesto, **EL CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCIÓN QUINTA**, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

F A L L A

PRIMERO.- Negar las pretensiones de la demanda, por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO.- En firme esta sentencia y previas las comunicaciones del caso, archívese el expediente.

COPIÉSE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

ALBERTO YEPES BARREIRO

Presidente

LUCCY JEANNETTE BERMÚDEZ BERMÚDEZ

Consejera de Estado

SUSANA BUITRAGO VALENCIA

Consejera de Estado

