

NULIDAD ELECTORAL (Representante a la Cámara) – Violación al régimen de inhabilidades e incompatibilidades por ejercicio de cargo con autoridad civil y administrativa / AUTORIDAD ADMINISTRATIVA – Concepto / AUTORIDAD ADMINISTRATIVA – No se desvirtúa con la falta de expedición de actos administrativos u órdenes administrativas por parte del funcionario / AUTORIDAD ADMINISTRATIVA – Determinación por las funciones de mando que se ejercen no por la nominación del cargo.

Las funciones del Subdirector de Asesoría Territorial de la Dirección Técnica del I. C. B. F. guardan una estrecha relación con las señaladas en el Decreto 3264 de 2002 (art. 18) “por el cual se establece la estructura del nivel central de ICBF y se determinan las funciones de sus dependencias” no revela mando alguno sino subordinación frente a un superior jerárquico. Sin embargo, las tres primeras funciones: liderar estrategias, dirigir la implementación de mecanismos para la articulación del SNBF y para promover el control social a los niveles territoriales, utilizan verbos rectores que, en vez de ordenar el cumplimiento de tareas subordinadas, asignan literalmente tareas de liderazgo y dirección de las que, prima facie, se podría deducir el ejercicio de autoridad administrativa pues no se entiende cómo un funcionario podría ejercer las funciones precitadas, si no tiene en mayor grado poderes decisorios. Carecería de toda significación un poder de dirección sin deberes correlativos de obediencia y sujeción. Además, dentro de las funciones “por delegación” que se asignan al Subdirector de Asesoría Territorial está la gerencia de los recursos financieros que hacen parte del presupuesto de inversión del ICBF, función que comprende la formulación y la programación de recursos financieros, físicos y humanos, así como la administración y ejecución de los mismos. Aunque no se infiere que aquel ordenara directamente gastos o celebrara contratos, es evidente que estaba sujeto a la programación y administración de recursos destinados a programas y proyectos de inversión gerenciados por aquél y, por tanto a su poder y mando. El hecho de que la dependencia a que está vinculado el cargo en el que sirvió el demandado durante el período inhabilitante lleve en su nomenclatura la expresión “Asesoría Territorial” no significa que ese sea el nivel exclusivo a que corresponde el cargo, como tampoco significa que sólo sea de nivel técnico porque lleva en la misma nomenclatura del cargo la expresión “Técnico”, pues según las normas examinadas es la materialidad de las funciones y su contenido el que determina dicho nivel. La autoridad ejercida por el demandado al interior del ICBF le permitía, sin duda ejercer una significativa influencia sobre aquellos ciudadanos, potenciales electores, que tenían la condición de usuarios o beneficiarios de los programas o proyectos de inversión administrados por aquél.

EXCEPCIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD – Decreto 4767 de 2005 (número de representantes a la Cámara por circunscripciones territorial, especial e internacional).

En la sentencia de 14 de diciembre de 2006 dictada en los procesos acumulados 3975 y 4032, esta Sección denegó el cargo de inconstitucionalidad del Decreto 4767 de 2005, lo cual impide dar prosperidad a la excepción de inconstitucionalidad propuesta. La Sala constató que el decreto 4767 de 2005 invocó como su fundamento el artículo 176 de la Constitución y el Acto Legislativo No. 2 de 2005 que regulan la composición de la Cámara de Representantes e indicó que tendría en cuenta los resultados del censo nacional de población y vivienda de 1985, como lo ordena el artículo 54 transitorio de la Constitución, certificados por el DANE; en el artículo 1ª de la parte resolutive señaló el número de representantes a la Cámara que se elegirían el 12 de marzo de 2006 en cada departamento y el Distrito Capital de Bogotá y al Departamento del Tolima le

asignó 6. Es evidente que el Decreto bajo estudio asignó curules a la circunscripción territorial del Tolima como dispone el artículo 176 de la Constitución y teniendo en cuenta los datos certificados de la población del Departamento según el censo de 1985, pues le asignó las dos curules que le corresponden por igual a todas las circunscripciones y tres adicionales que resultaron de restar a 1.142.220 habitantes los primeros 250.000, y de dividir los 892.220 que quedaron entre 250.000. La fracción que resulta de dicha operación, 142.220, es superior a 125.000 habitantes y ello permite asignarle otra curul adicional.

CIRCUNSCRIPCIÓN ELECTORAL – Sentido y alcance del artículo 176 de la Carta Política (reiteración jurisprudencial: Sentencias de 14 de diciembre de 2006, exp. 3978 y 3993 y de 23 de febrero de 2007 y de 23 de febrero de 2007, exp. 3951, 3968, 3997, 4015, 4016, 4020 y 4021, y 3972 y 4025).

En las sentencias de 14 de diciembre de 2006, procesos radicados con los números 3978 y 3993, la Sala estudió y determinó que el inciso 2º del artículo 176 de la Constitución, en cuanto regula la elección de representantes a la Cámara por circunscripción territorial resulta aplicable a las elecciones celebradas el 12 de marzo de 2006, pues el Acto Legislativo No. 2 de 2005 no lo modificó y el Acto Legislativo No. 3 de 2005, que sí lo modificó, entrará a regir en las elecciones de 2010. Agregó que la interpretación gramatical del artículo 176 constitucional está en consonancia con una interpretación histórica del mismo y para demostrarlo estudió detalladamente la representación política de los ciudadanos ante el Congreso de la República en la Constitución de 1886 y en sus reformas, encontró el Acto Legislativo No. 1 de 1968 su antecedente inmediato. En las sentencias de 23 de febrero de 2007, mediante las cuales se decidieron los procesos de nulidad electoral de elecciones de Representantes a la Cámara radicados con los Nos. 3951, 3968, 3997, 4015, 4016, 4020 y 4021, de una parte, y los números 3972 y 4025, de otra, la Sala precisó los casos en que el artículo 176 constitucional autoriza asignar curules adicionales a las circunscripciones electorales de Cámara atendiendo la fracción de 125.000 que exceda los primeros 250.000.

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCION QUINTA

Consejero ponente: MAURICIO TORRES CUERVO

Bogotá, D. C., veintiuno (21) de septiembre de dos mil siete (2007)

Radicación numero: 11001-03-28-000-2006-00049-00(3981-3983)

Actor: DAYANA MILENA ACEVEDO LEAL Y OTROS

Demandado: REPRESENTANTES A LA CAMARA POR LA CIRCUNSCRIPCION TERRITORIAL DEL DEPARTAMENTO DE TOLIMA

Procede la Sala a dictar sentencia en los procesos acumulados de la referencia.

1. ANTECEDENTES

1.1. La demanda del proceso radicado con el No. 3983.

El señor Roberto Martínez Dussán, en su condición de ciudadano colombiano y en ejercicio de la acción de nulidad electoral, solicitó: a) que se inaplique por inconstitucional el Decreto No. 4767 de 30 de diciembre de 2005 y se aplique en forma directa el artículo 176 de la Constitución; b) que se declare la nulidad del acto administrativo que declaró la elección de Representantes a la Cámara por la circunscripción territorial del Departamento de Tolima, expedido por la Comisión Escrutadora Departamental y contenido en las actas parcial de escrutinio - formulario E-26 CR - y general de escrutinio suscritas por dicha Comisión el 23 de marzo de 2006; c) que se ordene practicar un nuevo escrutinio de votos para Cámara de Representantes por la circunscripción territorial del Departamento de Tolima, se establezca el umbral y la cifra repartidora como dispone la Constitución, se declare nueva elección y d), que se declare elegido Representante a la Cámara a José Eduardo Casabianca Prada y se le expida la correspondiente credencial.

Para fundamentar fácticamente la demanda manifestó que José Eduardo Casabianca Prada hizo parte de la lista de candidatos a la Cámara de Representantes por la circunscripción territorial de Tolima, inscrita por el Partido Liberal Colombiano ante la Registraduría Nacional del Estado Civil para las elecciones de 12 de marzo de 2006, y que en el cuadernillo editado por la Registraduría para identificar a los partidos y movimientos políticos y grupos significativos de ciudadanos que aspiraban a la Cámara y en la tarjeta electoral correspondiente, figuraba dicho Partido con el Código 68 y el candidato con el No. 101.

Que el 23 de marzo de 2006 la Comisión Escrutadora Departamental de Tolima declaró elegidos Representantes a la Cámara por la circunscripción que corresponde a dicho Departamento a Guillermo Antonio Santos Marín y a Pompilio de Jesús Avendaño Lopera, por el Partido Liberal Colombiano; a Gonzalo García Angarita y a Ivan David Hernández Guzmán por el Partido Conservador

Colombiano, a Jaime Armando Yepes Martínez por el Partido Social de Unidad Nacional y a Rosmery Martínez Rosales por el Partido Cambio Radical, y que no declaró la elección de José Eduardo Casabianca Prada.

Que, según el censo de 1985 certificado por el Departamento Nacional de Estadísticas - DANE -, la población oficial del Departamento de Tolima es de 1.142.220 habitantes, lo cual le da derecho a elegir 7 Representantes a la Cámara si se aplica el artículo 176 de la Constitución, circunstancia que no tuvo en cuenta el Gobierno Nacional al expedir el Decreto No. 4767 de 30 de diciembre de 2005 y las autoridades electorales al efectuar el escrutinio en las elecciones mencionadas.

Concluyó que, de acuerdo con el artículo 176 constitucional, José Eduardo Casabianca Prada tiene derecho a ser declarado elegido Representante a la Cámara por el Departamento de Tolima y que al omitir dicha declaración, la Comisión Escrutadora violó la Constitución y motivó erradamente el acto acusado.

Como normas violadas citó los artículos 3, 4, 40, 95 numeral 5, 99, 103 y 176 de la Constitución, y 12 de la Ley 153 de 1887.

En el concepto de la violación sustentó los siguientes cargos:

Primero. Infracción del artículo 176 de la Constitución por falsa y errónea interpretación, violación del principio de legalidad por desconocer la jerarquía de la Constitución y violación directa del artículo 4 ibídem.

Afirmó que el artículo 176 de la Constitución establece que *“habrá dos representantes por cada circunscripción territorial y uno más por cada 250.000 habitantes o fracción mayor de 125.000 que tengan en exceso sobre los primeros 250.000”* y que *“para la elección de representantes a la Cámara, cada Departamento y el Distrito Capital conformarán una circunscripción territorial”,* y que dicho artículo fue violado por el Gobierno quien lo interpretó erradamente al expedir el Decreto No. 4767 de 30 de diciembre de 2005, *“Por el cual se fija el número de representantes a la Cámara que se elegirán por circunscripción territorial, circunscripción especial y circunscripción internacional”,* cuyo artículo 1º señaló el número de representantes que corresponde a cada departamento y al Distrito Capital de Bogotá, y al Departamento de Tolima le asigna seis (6).

Lo anterior, porque si el DANE certificó que en el censo de 1985 el Departamento del Tolima registró una población de 1.142.220 habitantes, tiene derecho, según lo previsto en el artículo 176 constitucional, a elegir 2 representantes por derecho propio, por cada 250.000 habitantes tiene derecho a elegir 4 representantes más y por tener un exceso de 142.220 habitantes, superior a 125.000, tiene derecho a otro; es decir, que en total tiene derecho a elegir siete representantes y no seis como indica el artículo 1º del Decreto 4767 de 2005.

Sostuvo que para dar cumplimiento al artículo 4º de la Constitución y al principio de legalidad, el Departamento de Tolima debe elegir siete Representantes a la Cámara y que el séptimo debe ser José Eduardo Casabianca Prada, luego de la práctica de un nuevo escrutinio, y que el Decreto No. 4767 de 2005 estableció erradamente el número de Representantes a la Cámara de otros Departamentos que mencionó.

Segundo: Falsa motivación, que sustentó afirmando que si se aplica la excepción de inconstitucionalidad del Decreto 4767 de 2005 el acto acusado pierde su motivación legal pues, si bien no lo indica expresamente se fundó tácitamente en el artículo 1º del mencionado decreto en tanto consideró que eran seis las curules de Cámara de Representantes para la circunscripción territorial del Departamento de Tolima, tal como lo dispone aquél.

Tercero. Violación directa del principio de legalidad, de jerarquía de la Constitución, de los artículos 4 y 76 ibídem y del artículo 12 de la Ley 153 de 1887, que sustentó reiterando que el acto acusado se fundó en el artículo 1º del Decreto No. 4767 de 2005 y no en el artículo 176 superior en que debió haberse fundado directamente. Que por la misma razón, se omitió aplicar el principio de legalidad y de jerarquía de la Constitución establecido en el artículo 4 ibídem, y se violaron en forma directa los artículos 9 y 12 de la Ley 153 de 1887 que establecen el principio de legalidad a nivel legal y ordenan aplicar en forma prevalente la Constitución cuando surgen antinomias entre normas constitucionales y normas inferiores del ordenamiento.

En un cuadro indicó el umbral, la cifra repartidora y la asignación de curules para Cámara de Representantes por la circunscripción territorial de Tolima que resultaron de considerar que a la misma le correspondían seis curules, y en otro cuadro indicó el umbral, la cifra repartidora y la asignación de curules que

resultarían si se considerara que por dicha circunscripción se debían elegir siete Representantes a la Cámara. De acuerdo con el último cálculo, al Partido Liberal Colombiano le corresponderían tres curules y no dos, y una de ellas se le debería asignar a José Eduardo Casabianca Prada.

Precisó que en los cuadros anteriores la votación total del Departamento de Tolima para Cámara de Representantes es de 348.028, y que esa cifra es menor en 6.473 votos a la que aparece en la hoja No. 19 del acta parcial de escrutinio de votos para Cámara suministrada por la Registraduría Nacional del Estado Civil que es de 354.501, porque en ésta última se incorporan indebidamente como votos por la circunscripción territorial del Departamento, los depositados en el mismo por las circunscripciones especiales de comunidades negras e indígenas.

Finalmente, consideró que el Gobierno Nacional y las autoridades electorales violaron el artículo 40 de la Constitución en concordancia con el 99 ibídem que establece el derecho del demandado a ser elegido, el artículo 3 ibídem en concordancia con el 103 ibídem porque no se permitió a un sector de la población estar representado políticamente y el numeral 5 del artículo 85 ibídem porque a los ciudadanos que votaron por su partido se les limitó el derecho a participar en la vida política, cívica y comunitaria del país (fs. 75 a 97 del cuaderno No. 4).

1.1.1. Contestación de la demanda.

Los Representantes a la Cámara declarados elegidos por el acto acusado, a quienes el inciso segundo del numeral 4º del artículo 233 del C. C. A., atribuye la condición de demandados, no contestaron la demanda (f. 129 Cuaderno No. 1).

1.1.2. Actuación Procesal.

La demanda fue admitida mediante auto de 8 de mayo de 2006 (fs. 112 y 113 del cuaderno No. 4), notificado personalmente al Agente del Ministerio Público (f. 113 ibídem) y a las partes por estado (f. 113 ibídem) y mediante edicto fijado en Secretaría por el término de ley (fs. 121 y 123 ibídem) y publicado en los términos del inciso 3 del artículo 233 del C. C. A (fs. 125 a 127 ibídem). El proceso se fijó en lista (f. 128 ibídem) y se abrió a pruebas mediante auto de 22 de junio de 2006 (fs. 142 - 143 ibídem).

1.2. La demanda del proceso radicado con el No. 3990.

El señor José Eduardo Casabianca Prada, mediante apoderado y en ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, solicitó lo siguiente:

Que se declare la nulidad del acto administrativo mediante el cual los Delegados del Consejo Nacional Electoral declararon la elección de Guillermo Antonio Santos Marín, Pompilio de Jesús Avendaño Lopera, Gonzalo García Angarita, Ivan David Hernández Guzmán, Jaime Armando Yepes Martínez y Rosmery Martínez Rosales, como Representantes a la Cámara por la circunscripción electoral del Departamento del Tolima para el período constitucional 2006 - 2010, contenido en el formulario E-26 de 23 de marzo de 2006.

Que se cancelen las credenciales expedidas con fundamento en la elección acusada, se practique un nuevo escrutinio de votos, se declare elegido el número de representantes que corresponda al aplicar los artículos 154 y 176 de la Constitución, se expidan nuevas credenciales y se ordene el restablecimiento de sus derechos.

Para fundamentar fácticamente la demanda transcribió los artículos 1, 2, 3, 40 y 176 de la Constitución y afirmó que en aplicación de los mismos al Departamento del Tolima se le debieron asignar dos curules de representantes a la Cámara para el período 2006 - 2010 por el sólo hecho de ser una circunscripción territorial y un número plural de representantes adicionales, tomando como base el número de habitantes de ese Departamento que, según el censo de población realizado el 15 de octubre de 1985 es de 1.142.220 habitantes; que, esta Sección, mediante sentencia de 2 de marzo de 2006, radicación interna No. 3813, decidió la demanda de nulidad de la elección de Representantes a la Cámara por el Departamento del Valle del Cauca para el periodo 2004 - 2007, y estableció que el número de habitantes del mismo es el que indican los resultados oficiales del censo del año 1985 aprobado por el artículo 54 transitorio de la Constitución que corresponde al censo ajustado, criterio que considera aplicable al Departamento del Tolima.

Que la Ley 79 de 1993, cuyos artículos 1 a 8 transcribió, regula la realización de censos de población y vivienda en Colombia y dispone que los resultados del último censo aprobado por la ley se deben utilizar en todos los actos de la Nación, incluidos los electorales, tal como lo estableció la Sección Quinta del Consejo de Estado mediante sentencia del 4 de marzo de 2005, radicación No. 2003-3170, mediante la cual decidió desfavorablemente la demanda de nulidad del Decreto 2111 de 30 de julio

de 2003 por violación de los artículos 54 transitorio constitucional y 27 del Decreto 1222 de 1986.

Que, de acuerdo al Acto Legislativo No. 02 de 2005 que modificó el artículo 176 de la Constitución, cuyo texto transcribió, a la circunscripción territorial del Tolima se le deben asignar dos curules de representantes a la Cámara para el período constitucional 2006 - 2010 sólo por ser una circunscripción territorial, más un número plural de representantes, tomando como base el número de habitantes de este departamento, y que el Decreto 4767 del 20 de diciembre de 2005 del Gobierno Nacional que señaló el número de representantes a la Cámara que debían elegirse en las elecciones de 12 de marzo de 2006 y le asignó 6 al Departamento del Tolima, aplica en forma indebida el artículo 176 de la Constitución en cuanto señala el modo de calcular el número de curules que corresponde a cada circunscripción territorial de Cámara en concordancia con el artículo 54 transitorio ibídem.

Dijo, además, que el artículo 1º del Acto Legislativo No. 3 de 2005, cuyo texto transcribió, modificó el artículo 176 de la Constitución pero que la composición de la Cámara de Representantes por el Departamento del Tolima para el periodo 2006 - 2010 se debió calcular como lo establece el Acto Legislativo No. 2 de 2005, y que el acto acusado fue dictado con base en el Decreto 4767 de 2005.

Como normas violadas citó los artículos 1, 2, 3, 40 numeral 1º y 176 de la Constitución Nacional, el artículo 12 del Acto Legislativo No. 1 de 2003; la Ley 79 de 1993; el artículo 103 de la Ley 715 de 2001 y el artículo 223 del Decreto 01 de 1984, y en el concepto de la violación sustentó los siguientes cargos:

Sostuvo que el acto acusado violó las normas citadas que son de mayor jerarquía y a las cuales debió sujetarse y que las elecciones de Congreso de 2006 se rigieron por el Acto Legislativo No. 2 de 2005 y éste, en lo que se refiere a la asignación de curules para cada circunscripción de Cámara de Representantes, reiteró el contenido original del artículo 176 de la Carta y no el Acto Legislativo No. 3 de 2005, porque éste último dispuso que se aplicaría a partir del año 2010; elaboró un cuadro en el que compara el contenido del artículo 176 constitucional y los Actos Legislativos señalados y expresó que como el número de habitantes del Tolima, según el censo de 1985 fue de 1.142.220 habitantes, le corresponde elegir dos por el hecho de ser una circunscripción territorial, cuatro por el siguiente millón de habitantes y uno más por los siguientes 142.220 habitantes.

Precisó como primer cargo que el acto acusado violó por aplicación indebida los artículos 176 y 54 transitorio de la Constitución porque en vez de siete representantes a la Cámara por el Departamento del Tolima dispuso la elección de seis y que tal circunstancia se adecua a la causal de nulidad establecida en el artículo 223 numeral 4, en cuanto prescribe que las actas de escrutinio de toda corporación electoral son nulas cuando los votos emitidos en la respectiva elección se computen con violación del sistema del cociente electoral.

Como segundo cargo afirmó que la aplicación del Decreto 4767 de 2005 al acto acusado viola de manera directa, por razones antes expuestas, los artículos 1, 2, 3, 40 numeral 2, 54 transitorio y 176 de la Constitución que forman parte del derecho público y por ello el acto acusado adolece de objeto ilícito conforme al artículo 1519 del Código Civil y está viciado de nulidad absoluta por mandato del artículo 1741 ibídem que debe ser declarada de oficio por el Juez por mandato del artículo 2º de la Ley 50 de 1936. Además, debido a la disminución del número de congresistas que debieron declararse elegidos se viola el derecho a elegir y ser elegido de los colombianos, en especial del demandante (fs. 41 a 95 del cuaderno 1B).

En el escrito de corrección y adición de la demanda se precisó que la acción que se ejercía era la de nulidad electoral y se excluyó la pretensión de restablecimiento del derecho formulada en la demanda inicial; además, se formuló el cargo de violación del numeral 2º del artículo 179 de la Constitución (fs. 102 a 131 ibídem). La Sala, por auto de 11 de julio de 2006, admitió la corrección de la demanda en lo que se relaciona con la exclusión de pretensiones resarcitorias y la inadmitió en cuanto agregaba un nuevo cargo (fs. 146 y 147 del cuaderno 1B), razón por la cual la Sala no estudiará las pretensiones excluidas y el cargo adicionado en la corrección de la demanda.

1.2.1. Contestación de la demanda.

Los Representantes a la Cámara declarados elegidos por el acto acusado, quienes tiene la condición de demandados en este proceso de acuerdo con el inciso segundo del numeral 4º del artículo 233 del C. C. A., no contestaron la demanda (f. 155 del cuaderno 1B).

1.2.2. Actuación Procesal.

Mediante auto de 25 de mayo de 2006 se rechazó el escrito de corrección de demanda en cuanto agregaba a ésta, luego de vencido el término de caducidad de la acción, un cargo de violación del artículo 179 constitucional, y mediante auto de 11 de julio de 2006 se admitió la demanda y su corrección (fs. 146 y 147 del cuaderno 1B), notificado personalmente al Agente del Ministerio Público (f. 147 del cuaderno 1B 1B) y a las partes por estado (f. 147 ibídem) y mediante edicto fijado en Secretaría por el término de ley (fs. 148 y 150 ibídem) y publicado en los términos del inciso 3º del artículo 233 del C. C. A (fs. 152 y 153 ibídem). El proceso se fijó en lista (f. 154 ibídem) y se abrió a pruebas mediante auto de 16 de agosto de 2006 (fs. 156 y 157 ibídem).

1. 3. La demanda del proceso radicado con el No. 3981.

Resume la Sala la demanda (fs. 227 a 245 del cuaderno No. 1) y su corrección (fs. 274 a 278) en los siguientes términos:

La señora Dayana Milena Acevedo Leal, en ejercicio de la acción de nulidad electoral, solicitó que se declare la nulidad del acto administrativo mediante el cual la Comisión Escrutadora Departamental del Tolima declaró elegido al Señor Iván David Hernández Guzman como Representante a la Cámara por la circunscripción electoral de dicho Departamento para el período 2006 - 2010, se ordene la cancelación de su credencial y se llame a ocupar la curul que ocupa al candidato no elegido según el reordenamiento que se haga de la lista con voto preferente del Partido Conservador Colombiano.

Para sustentar fácticamente la demanda afirmó que la Comisión Escrutadora Departamental del Tolima declaró elegido como Representante a la Cámara para el periodo 2006 - 2010 al señor Iván David Hernández Guzmán, quien se inscribió como candidato en la lista con voto preferente del Partido Conservador Colombiano con el número 101 pese a que estaba incurso en la inhabilidad para ser elegido prevista en el numeral 2º del artículo 179 de la Constitución, porque dentro de los doce meses anteriores a la fecha de la elección ejerció autoridad administrativa como empleado público del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar en diferentes cargos, entre otros, el de Subdirector de Asesoría Territorial

cuyas funciones ejerció, entre otras regionales de la entidad, en la del Tolima y sus zonales que comprenden la circunscripción en que fue elegido.

Que el demandado también incurrió en la inhabilidad prevista en el numeral 3º del artículo 179 de la Constitución, pues dentro de los seis meses anteriores a la elección *“intervino en la gestión de negocios y/o en la celebración de contratos con entidades públicas pues en su condición de miembro de la Junta Directiva y administrador corresponsable de la entidad gremial de derecho privado denominada Comité de Ganaderos de Purificación y del Sur del Tolima...con domicilio en Purificación...intervino en la gestión del negocio...que culminó con la suscripción y perfeccionamiento de un contrato de comodato entre la Alcaldía Municipal de Purificación...y el citado Comité...el 27 de enero de 2006”* cuyo objeto es la entrega a éste de las instalaciones administrativas del coliseo de Ferias y Exposiciones Servando Oliveros Triana, corrales, plaza de toros, pesebreras, estanques y potreros, de propiedad del Municipio. Que en la misma condición *“conoció e intervino en la gestión de negocios”* entre las mismas partes que culminó, entre otras, con la expedición de la orden de suministro de 27 de enero de 2006 por valor de \$ 4.999.500, cuyo objeto es la adquisición de fármacos y elementos veterinarios para diagnóstico y tratamiento de las enfermedades en las especies estratégicas en el proyecto de A. T. D. R.

Sostuvo que el demandado representó legalmente a dicho Comité y que éste vendió y sigue vendiendo los productos mencionados a la Alcaldía y administró y continúa administrando contribuciones parafiscales al ejecutar el contrato de administración del proyecto local para la erradicación de la fiebre aftosa celebrado con la Federación Colombiana de Ganaderos - Fondo Nacional del Ganado -, que es una cuenta especial constituida por recursos públicos provenientes de un gravamen parafiscal, la cuota de fomento del sector ganadero y lechero creado por la Ley 89 de 1993.

Como normas violadas citó los artículos 179 numeral 2º y 3º de la Constitución y en el concepto de la violación sustentó los siguientes cargos:

Primer cargo: Violación del numeral 2º del artículo 179 de la Constitución.

Para sustentar este cargo, la demandante manifestó que el señor Iván David Hernández Guzman se desempeñó como Subdirector de Asesoría Territorial del

Instituto Colombiano de Bienestar Familiar y que en tal condición suscribió el 29 de julio de 2005, ocho (8) meses antes de las elecciones, el oficio 035147 mediante el cual respondió una petición formulada por el señor Marco Fidel Suárez Preciado, informándole los requisitos para que acceda a los subsidios del programa de protección social del adulto mayor y al programa nacional complementario del adulto mayor del ICBF, e indicándole que el competente para tramitar la inscripción en los mismos es la Alcaldía del Municipio de El Guamo.

Que ejerció funciones de autoridad administrativa porque la Subdirección en que prestó sus servicios participó en la conducción y orientación del ICBF, así como en el diseño y ejecución de sus políticas públicas, proyectos y programas y aplicó estrategias y mecanismos que permitieron a otras dependencias subalternas prestar el servicio público de bienestar familiar, y ostentó poderes de mando, orientación y decisión, no sólo respecto de sus subordinados sino de la sociedad. Que como coordinó y acompañó a los niveles regional y zonal del ICBF y a las entidades territoriales en cumplimiento de las funciones que le asignó el Decreto 3264 de 2002, ejerció sus funciones, entre otras circunscripciones, en la del Departamento del Tolima, en la cual adelantó su campaña a la Cámara de Representantes para el período 2006 - 2010, por lo cual tuvo injerencia sobre sus electores.

Segundo Cargo: violación del 179 numeral 3° de la Constitución, en cuanto dispone que no podrán ser congresistas quienes hayan intervenido en la gestión de negocios ante entidades públicas o en la celebración de contratos con ellas en interés propio o en el de terceros dentro de los seis meses anteriores a la fecha de la elección.

Para sustentar este cargo afirmó que según certificado expedido por la Cámara de Comercio del Sur y Oriente del Tolima, el demandado fue elegido el 28 de diciembre de 2004 para desempeñar el cargo de Presidente Suplente y Representante Legal Suplente del Comité de Ganaderos de Purificación y el Sur del Tolima y lo ejerció hasta el 6 de diciembre de 2005, dentro del periodo de seis meses anteriores a la elección cuestionada. Que en la última fecha empezó a ejercer el cargo de Vocal Suplente del Comité mencionado y que el 27 de enero de 2006 el Comité suscribió con el Municipio de Purificación el contrato de comodato antes mencionado. De manera que el demandado, en su calidad de Presidente Suplente y luego como Vocal Suplente, promovió y gestionó como

consta en el Acta No. 007 del 9 de julio de 2005, la realización de una feria ganadera en plena campaña para el Congreso de la República.

Tercer cargo. Consideró que la norma citada en el cargo anterior también resultó violada por la intervención del demandado en la compraventa o suministro de fármacos efectuada por el Comité de Ganaderos de Purificación a dicho Municipio, descrito en los hechos de la demanda y explicó que los cargos segundo y tercero los formuló teniendo en cuenta que la Sección Quinta del Consejo de Estado distingue la intervención en la gestión de negocios de la intervención en la celebración de contratos.

Solicitó que, si no se configuran los supuestos de la primera causal sino los de la segunda o a la inversa, se tenga como escrito y alegado el que hubiere ocurrido para que la acción logre la justicia que impetra, pues el numeral 3º del artículo 179 de la Constitución establece disyuntivamente los dos supuestos anteriores como generadores de la inhabilidad para ser Congresista, siempre que ocurran dentro de los seis meses anteriores a la fecha de la elección y en la circunscripción en que ésta se efectúe, y si se trata de la celebración de contratos, que éstos deban ejecutarse o cumplirse en dicha circunscripción.

Cuarto Cargo: violación del numeral 3º artículo 179 de la Constitución, en cuanto establece que no podrán ser congresistas quienes hayan sido representantes legales de entidades que administren tributos o contribuciones parafiscales, dentro de los seis meses anteriores a la fecha de la elección y que las inhabilidades previstas en los numerales 2, 3, 5 y 6 se refieren a situaciones que tengan lugar en la circunscripción en la cual deba efectuarse la respectiva elección.

Para sustentar este cargo afirmó que la Ley 89 de 1993 estableció una contribución parafiscal denominada Cuota de Fomento Ganadero y Lechero para cuyo manejo creó una cuenta especial denominada Fondo Nacional del Ganado; que el artículo 7º de dicha Ley estableció que el Gobierno Nacional, por conducto del Ministerio de Agricultura, contratará con la Federación Colombiana de Ganaderos - FEDEGAN -, la administración y recaudo final de las cuotas mencionadas; que el párrafo del mismo artículo 7º estableció que la junta directiva del fondo podrá aprobar subcontratos de planes, programas y proyectos específicos con otras agremiaciones; que el artículo 9 ibídem previó que los activos que se adquieran con los recursos del fondo deberán incorporarse a una

cuenta especial del mismo, y que en cada operación debía quedar establecido que el bien adquirido hace parte del fondo.

Que en 1989, en desarrollo del artículo 7º mencionado, FEDEGAN suscribió el contrato No. 459 con el mencionado Comité para que éste administrara el proyecto local para la erradicación de la fiebre aftosa en los municipios del sur del Tolima, el cual estuvo vigente dentro de los seis meses anteriores a la elección del demandado y permanece vigente; que su objeto fue el traslado de bienes y recursos públicos del Fondo Nacional del Ganado, y que el artículo 7º de dicho contrato indica que *“las sumas por girar en virtud del presente contrato se entregan por FEDEGAN al contratista a título de transferencia para su administración y posterior rendición de cuentas”*, de lo cual concluye que el Comité administra recursos parafiscales.

Que el demandado fue Presidente Suplente del Comité mencionado entre el 9 de octubre de 2004 y el 6 de diciembre de 2005, que el artículo 33 de los estatutos del mismo establecen que serán cinco los integrantes de la junta directiva con sus respectivos suplentes, que el artículo 34 señala que el presidente de la junta directiva será el representante legal, y que los estatutos y la ley comercial establecen que el presidente suplente también es representante legal, tal como lo certificó la Cámara de Comercio.

Precisó que los estatutos iniciales del Comité se registraron en Cámara de Comercio el 14 de enero de 1994 y en vigencia de ellos el demandado ejerció la calidad de miembro de la Junta Directiva y administrador del Comité hasta el 6 de diciembre de 2005, pues sólo se registró en esa fecha y se hizo pública y oponible la reforma aprobada el 9 de julio de 2005, en la cual se estableció la figura del Vicepresidente y se designó al demandado como Vocal Suplente.

Que en el acta 001 de la sesión de 12 de febrero de 2000 consta que el demandado conocía del manejo de recursos públicos por parte del Comité pues él presidió la sesión y durante la misma uno de los intervinientes explicó *“que el Comité funciona con recursos que envía Fedegán FNG., para el pago de la Secretaría y los gastos de funcionamiento y que además cuenta con un médico veterinario zootecnista contratado por Fedegán...”*

Anotó que en representación del Comité el demandado tenía una posición de privilegio pues contrataba personal administrativo y vacunadores que pregonaban su candidatura, y que los ganaderos, finqueros y campesinos que recibían sus servicios los percibían como un favor personal, lo cual se evidencia en las altas votaciones que obtuvo en los municipios en que se prestaron como Purificación, Guamo, Espinal, Melgar y otros.

1.3.1. Contestación de la demanda.

Dentro de la oportunidad legal y mediante apoderado, el demandado contestó la demanda y se opuso a las pretensiones formuladas en la misma.

Al referirse al cargo relacionado con la inhabilidad prevista en el numeral 2 del artículo 179 constitucional manifestó que el demandante no indicó las pruebas que se deben recaudar para probar el ejercicio de autoridad administrativa y cuál su relación con los hechos de la demanda que tampoco se discriminan, circunstancias que pueden lesionar su derecho de defensa; que el demandante debe probar que se posesionó en el cargo que señaló y su ejercicio hasta la fecha de retiro, y que omitió sustentar el concepto de la autoridad administrativa pues solamente se refiere a algunas funciones a su cargo relacionadas con la atención integral a la niñez y a la familia que *“tanto pueden desvelar al primer mandatario como a madres comunitarias o miembros de una fundación con esos objetivos”*. Aseveró que la respuesta que dio a la petición de un ciudadano y a la que se refiere el demandante, no constituye el ejercicio de autoridad alguna.

Negó haber incurrido en la causal de inhabilidad prevista en el numeral 3º del artículo 179 constitucional de que trata el segundo cargo y sostuvo que la misma distingue entre negocio y contrato por lo que, cuando se celebra éste último, procede estudiar su contenido e intervinientes; que no tuvo injerencia en la celebración del contrato de comodato que aporta el demandante, porque a partir del 28 de diciembre de 2004 había dejado de ser representante legal titular del Comité de Ganaderos del Sur del Tolima y que como suplente no ejerció esa representación porque no faltó el titular en forma temporal o permanente. Anotó que únicamente en casos excepcionales y con expresa advertencia, dos personas pueden representar legalmente a una sociedad y que no está probada su intervención en la gestión de negocios ante entidades públicas porque los documentos aportados no lo mencionan, y el acta 007 de la asamblea ordinaria de

9 de julio de 2005 del Comité de Ganaderos a la que asistió como suplente en la Junta Directiva, alude a la intervención de un tercero en el punto de proposiciones y varios que no constituye una proposición, no fue objeto de decisión y por ende, se convierte en un episodio inocuo.

Que los hechos que configuran la inhabilidad debieron ocurrir dentro de los seis meses anteriores a la elección y la reunión de que trata el acta se efectuó ocho meses antes de la misma; que el Comité de Ganaderos no persigue fines lucrativos y es de derecho privado, según sus estatutos; que en la condición de Presidente Suplente que ostentó hasta diciembre de 2005 no hizo gestión alguna relacionada con el contrato de comodato y que las diligencias necesarias estuvieron a cargo del Presidente titular, y la iniciativa ante la Administración Municipal la llevaba el Concejal Jorge García, como lo anuncia en su propia intervención el Dr. Fernando Castro Pacheco en el acta de la asamblea ordinaria.

Respecto del tercer cargo, fundado en la misma norma que el cargo anterior y relacionado con las presuntas compras efectuadas por el Municipio de Purificación al Comité de Ganaderos, manifestó que los artículos 32 y 34 de los estatutos del Comité de Ganaderos indican que el Presidente de la Junta Directiva es su representante legal y su suplente únicamente lo será ante la ausencia de aquél, y dado que no se produjo tal ausencia el demandado no fue miembro activo de la Junta Directiva ni administrador de los bienes del Comité; que si alguna norma del Código de Comercio le asigna al suplente dicha representación era deber del demandante citarla y que el comprobante presentado con la demanda se refiere a una orden de suministro de medicamentos veterinarios que la Alcaldía de Purificación finalmente no adquirió.

Respecto del cuarto cargo, relacionado con la representación legal por parte del demandado del Comité de Ganaderos de Purificación y Municipios del Sur del Tolima a la que se atribuye el manejo de recursos parafiscales, adujo que el documento con el que se pretende probarlo, el anexo al Contrato 459 que lo prorroga hasta el 15 de marzo de 2007 y aumenta su valor, es una copia informal y que se equivoca el demandante al considerar que aquél tenía la condición de Presidente Suplente del 1º hasta el 6 de diciembre de 2005 pues dejó de serlo desde el 9 de octubre de 2004, según certificado que acompañó a la demanda (fl.136), y durante el tiempo en que se desempeñó como suplente no representó legalmente al Comité mencionado pues tal condición no se la asignan los estatutos, los certificados de la Cámara de Comercio ni las normas comerciales.

Que conforme a los documentos allegados con la demanda (fls. 141, 215, 235), el único representante legal del Comité mencionado para el 6 de diciembre de 2005 era el Dr. Fernando Castro Pacheco, y que dentro de los seis meses previos a la elección el Dr. Iván David Hernández no fue representante legal del Comité de Ganaderos, ni miembro activo de la Junta Directiva, ni tenía atribución alguna para administrar bienes de la sociedad, de modo que tampoco puede prosperar el cargo.

1.3.2. Actuación Procesal.

Mediante auto de 5 de mayo de 2006 se admitió la demanda (fs. 248 y 249 del cuaderno No. 1), notificado personalmente al Agente del Ministerio Público (f. 249 íbidem) y al demandado (f. 269 íbidem), a las partes por estado (f. 249 íbidem) y mediante edicto fijado en la Secretaría del Consejo de Estado (f. 273 íbidem). Por auto de 19 de julio de 2006 se admitió la corrección de la demanda (fs. 280 íbidem), notificado personalmente al Agente del Ministerio Público (f. 280 íbidem) y a las partes por estado (f. 280 íbidem) y mediante edicto fijado en Secretaría por el término de ley (f. 297 íbidem). El proceso se fijó en lista (f. 298 íbidem) y se abrió a pruebas mediante auto de 10 de agosto de 2006 (fs. 300 a 303 íbidem).

1.4. Acumulación.

Previo informe secretarial, la Sala dispuso mediante auto de 25 de enero de 2007 que se acumularan los procesos de nulidad electoral Nos. 3983, 3990 y 3981, originados en demandas de nulidad del acto administrativo que declaró la elección de Representantes a la Cámara por la circunscripción territorial del Tolima y dispuso convocar a audiencia pública de sorteo de ponente (fs. 167 y 168 del cuaderno principal), la cual se efectuó el 8 de febrero de 2007 (f. 171 íbidem). Mediante auto de 13 de febrero de 2007, dispuso correr traslado a las partes para alegar de conclusión (f. 173 íbidem), y por auto de 28 de febrero de 2007, ordenó entregar el expediente al Agente del Ministerio Público para que emitiera concepto de fondo (f. 258 íbidem).

1.5. Alegatos de conclusión.

El demandado Iván David Hernández Guzmán presentó dentro de la oportunidad legal y mediante apoderado, alegatos de conclusión en los que

se refirió a los cargos de la demanda que dio lugar al proceso No. 3981.

Sobre la acusación de estar incurso en la causal de inhabilidad prevista en el numeral 2 del artículo 179 de la Constitución porque ejerció autoridad administrativa en la circunscripción del Tolima en el cargo de Asesor Territorial del ICBF dentro de los doce meses anteriores a su elección, manifestó que dicha causal tiene varios elementos: el nivel del empleo administrativo, el ejercicio del cargo y la autoridad; que la importancia del primero de ellos se desprende de los conceptos contenidos en la jurisprudencia y en la doctrina que transcribió, referidos a la administración pública, la función administrativa y el derecho administrativo como noción vinculada a la administración, y que el ejercicio del cargo requiere de habitualidad y constancia en las tareas que le corresponden y debe cumplirse mediante medidas prácticas y reales.

Discurrió sobre el concepto de autoridad y afirmó que en la administración pública existen cargos carentes de ella; se refirió a las nociones de autoridad política, civil, administrativa y militar adoptadas por la jurisprudencia del Consejo de Estado y en particular, a la sentencia PI 267 de 16 de septiembre de 2003 que definió que no implican autoridad el ejercicio de labores de coordinación, orientación, supervisión y control como planear, diseñar, coordinar y controlar proyectos técnicos que se desarrolla en la región o responder por la elaboración y presentación oportuna de informes y reportes a otras instancias de la empresa y a organismos de control y vigilancia del sector. Argumentó que la jurisprudencia transcrita establece que la función expresamente reglada y el ejercicio inequívoco de la misma deben ser examinados para establecer la influencia sobre el electorado y deducir la estructuración de la causal.

Que la carga de probar la autoridad ejercida por el demandado no puede ser coadyuvada ni aliviada de oficio en la sentencia, pues el resumen de los fundamentos fácticos y análisis jurídicos son de cuenta del demandante; precisó los términos en que se expusieron en la demanda y aseveró que de la estructura orgánica del establecimiento público nada “ilícito” se desprende, y que el único cargo que ejerció dentro del periodo inhabilitante y hasta su retiro de la entidad por renuncia efectiva el 9 de septiembre de 2005, fue el de Subdirector Técnico de la planta del ICBF, el cual estaba

ubicado en un tercer nivel debajo del Director Técnico, el cual, a su vez, estaba debajo del Director General. Adujo que un asesor aconseja para que otro decida pero no toma determinaciones, que el asesorado no está obligado a aceptar sus indicaciones y que en el diseño de la estructura y la acción administrativa está en un plano horizontal porque carece de la autoridad que sí tiene el asesorado ubicado en la cúpula en un plano vertical. Que el Decreto Ley 2503 de 1998 del Gobierno Nacional, en los artículos 3 y 4 ubica los empleos en los niveles directivo, asesor, ejecutivo, profesional, técnico y asistencial y fija como funciones generales del nivel directivo las de "dirección general, de formulación de políticas institucionales y de adopción de planes, programas y proyectos" y al nivel asesor las de aconsejar y asesorar directamente a los empleados públicos directivos" lo cual clarifica la discusión planteada porque la definición del nivel directivo coincide con la de autoridad civil, y la definición de dirección administrativa es opuesta al de nivel asesor. Que las funciones a que se refiere el Decreto-Ley citado fueron distribuidas por medio del Decreto Reglamentario 861 de 2000 en cuyo artículo 3º se señalaron las que correspondían al nivel asesor y que las mismas no entrañan el ejercicio de autoridad, como tampoco las que asigna a la Subdirección de Asesoría Territorial el Manual de Funciones del ICBF, Resolución 0068/003, reglamentada por el Decreto 3264 de 2002.

Propuso excepciones de inconstitucionalidad e ilegalidad de las Resoluciones 006 y 1222 de 2004 del ICBF y para sustentarlas afirmó que la Directora del ICBF no podía delegar funciones del nivel directivo en un cargo que legalmente tenía nivel asesor pues violaría las normas constitucionales que otorgan competencias exclusivas al Congreso y al Presidente de la República para establecer la estructura de la administración nacional, crear cargos y asignarles funciones (Arts. 150 ordinales 7 y 23 y 189 ordinal 14); que de acuerdo con la Ley 489/98, el Decreto Ley 2503/98 y su Decreto Reglamentario 861/00 (Art. 3 numeral 6), no podían delegarse en un cargo de nivel asesor funciones de cargos de nivel directivo y además, que los artículos 110 del Decreto 111 de 1996 y 12 de la Ley 80 de 1993 impiden, respectivamente, delegar el gasto y la facultad de celebrar contratos en cargos que no sean del nivel directivo.

Transcribió apartes de la Sentencia C-037 de 2000 y aseguró que mediante

las resoluciones mencionadas la Dirección General asignó a los Directores, Subdirectores y Jefes de Oficina de la Sede Nacional la gerencia de proyectos de inversión y de recursos financieros programados con cargo al presupuesto de inversión del citado establecimiento público, aunque se reservó el delegante la ordenación

del gasto de esos proyectos, la mantuvo en el Secretario General o la delegó en los Directores de Gestión Humana y de Gestión Administrativa.

Que si las resoluciones examinadas hubieran delegado en el demandado la facultad de contratar, aquellas serían nulas al igual que los contratos celebrados con fundamento en ellas; que la delegación de funciones que entrañan autoridad administrativa implicaría una deformación de las atribuciones genéricas y específicas fijadas a los cargos del nivel asesor y los decretos antes indicados.

Reiteró lo expuesto en la contestación de la demanda en cuanto a que la causal en estudio exige que las funciones que entrañan autoridad se ejerzan realmente y que ello no ocurrió en su caso, como se demuestra con el oficio 060713 de noviembre de 2006 remitido por Sub Directora de Asesoría Territorial allegado al proceso y además, no hay prueba en el proceso de que hubiera ejercido autoridad alguna.

Que sí dio respuesta a la petición de un ciudadano con fundamento en el artículo 2-3 del Decreto Reglamentario 861 de 2000, pero que si bien el C. C. A., indica que las autoridades están obligadas a responder las peticiones de los ciudadanos, el servidor que las responda puede carecer de toda autoridad, como en el presente caso, y que de una lectura desprevenida de la respuesta que se allegó al proceso se infiere que el peticionario solicitó información y que en aquella no se define ninguna situación jurídica y no implica el ejercicio de ningún tipo de autoridad.

Respecto de los cargos segundo y tercero reiteró el demandado, en lo sustancial, los hechos y razones expuestos en la contestación de la demanda para demostrar que no representó legalmente al Comité de Ganaderos de Purificación y el Sur del Tolima y que no intervino de ninguna manera en la gestión y celebración de los contratos suscritos entre dicho Comité y el Municipio de Purificación a que se refiere el

demandante.

Que el cuarto de los cargos, relacionado con la presunta representación legal del Comité de Ganaderos de Purificación y el Sur del Tolima, al que atribuye la administración de recursos parafiscales no debe prosperar, no solo porque no lo representó legalmente durante el término inhabilitante por las razones que expuso en la contestación de la demanda y al referirse a los cargos anteriores, sino porque dicho Comité no administra tales recursos por las razones que ha expuesto la jurisprudencia de esta Corporación que transcribió parcialmente. Se refirió, finalmente a la tacha de los testigos Fernando Castro Pacheco, John Harold Perdomo Góngora y Wendy del Pilar Navarro Rey y manifestó que sus declaraciones están respaldadas por las pruebas que el demandante aportó; que su amistad íntima con éstos no está probada en el proceso y tampoco que hayan faltado a la verdad, y que, por ser actores de los hechos a que se refieren son las únicas personas que pueden exponer sobre ellos.

La demandante en el proceso No. 3981, mediante apoderado, presentó alegatos de conclusión dentro de la oportunidad legal y se refirió a los cargos formulados en la demanda que dio origen al mismo.

Afirmó que el primer cargo debía prosperar porque se acreditó que el demandado se desempeñó como Subdirector Técnico Código 0150 Grado 20 del ICBF hasta el 9 de septiembre de 2005, dentro de los 12 meses anteriores a su elección y que por mandato del artículo 1º del Decreto No 3264 de 2002 hace parte de la Dirección Técnica e integra la Dirección General del ICBF, de lo cual colige que era un empleo del nivel Directivo.

Que el artículo 18 del mencionado Decreto y la Resolución No 068 de 2003 le asignaron las funciones al cargo mencionado y que éste tenía como campo de acción todo el territorio nacional como se infiere del memorando de que trata el fl. 525 en que la empleadora le expresa *"el reconocimiento a la gran labor que desempeño en esta entidad, lo cual fue en beneficio de los niños, niñas, jóvenes y familias del país"*; que en ejercicio de sus funciones el demandado tenía permanente interlocución con todas las Regionales del ICBF, incluida la del Departamento del Tolima, como lo refiere la entidad en oficio 048564, visible a folio 560, y que el oficio No 060713 del ICBF trata de

hacer incurrir en error a la Sala, afirmando que *“en los archivos que reposan en la Subdirección de Asesoría Territorial no se registran actos administrativos, órdenes administrativas, como tampoco contratos, firmados por el Doctor Ivan David Hernández Guzmán, durante el tiempo que ejerció como Subdirector de esta dependencia”* (f.624).

Que en el cargo mencionado el demandado tenía competencia para celebrar contratos relacionados con su área hasta por 1000 salarios mínimos legales mensuales vigentes (artículo 38 de la Resolución No 2680 de 1999), para gerenciar los proyectos de inversión que hacen parte del presupuesto de inversión del ICBF, en concordancia con la estructura programática vigente (Art. 1, Resolución No 066 de 2004), y que el párrafo del mismo artículo indica que debe entenderse por gerencia de proyectos la formulación, programación, administración, ejecución y seguimiento físico y financiero a los mismos (fl. 538). Además, tenía asignada *“la gerencia de los recursos financieros que hacen parte del presupuesto de inversión del ICBF, en concordancia con la estructura programática vigente”* (artículo 1 ° de la Resolución No 1222 de 2004).

Que el artículo 2° de la Resolución 1222/04 asigna al Subdirector de Asesoría Territorial del ICBF la gerencia de los recursos asignados al sistema nacional de bienestar familiar, así como los presupuestados para apoyo en contratación de servicios especializados y a políticas intersectoriales, excepto la modalidad de niñez y familia y el párrafo primero del artículo 3° de la Resolución No 1222 de 2004, establece que el Gerente del Recurso será el responsable de la solicitud y trámite de los certificados de disponibilidad presupuestal a que hubiere lugar.

1.6. Concepto del Ministerio Público.

La Procuradora Séptima Delegada ante el Consejo de Estado (E) remitió concepto de fondo dentro de la oportunidad legal y solicitó que se denieguen las pretensiones formuladas en las demandas que dieron lugar a los procesos radicados con los Nos. 3990 y 3983 en cuanto tienden a ampliar el número de representantes que corresponde a la circunscripción en la que fueron elegidos los demandados.

Afirmó que los cargos formulados en las demandas mencionadas son los mismos formulados en los procesos de nulidad de las elecciones de Representantes a la

Cámara para el actual periodo constitucional en los Departamentos de Huila, Nariño, Cauca, Caquetá, Atlántico, Antioquia, Risaralda, Cundinamarca y Santander y que reitera lo afirmado respecto de dichos procesos, en el sentido de que comparte algunos argumentos del demandante, - entre ellos, que en materia electoral sigue operando por mandato del artículo 54 transitorio de la Constitución el censo nacional de población y vivienda de 1985 hasta cuando se apruebe mediante ley otro que lo sustituya, y que el artículo 176 de la Carta prescribe que por cada circunscripción territorial se elegirán dos representantes a la Cámara -, pero consideró que la tesis de que los representantes adicionales se deben asignar atendiendo la totalidad de la población del respectivo departamento no se ajusta a la letra de la disposición y desatiende la parte final de la misma, por las siguientes razones:

“...La norma ha señalado que cada una de las circunscripciones territoriales elige dada esta condición 2 representantes, pero además de éstos, elige unos representantes adicionales, los que están determinados en su elección por un criterio poblacional. De conformidad con la disposición cada una de las circunscripciones territoriales, por éste solo hecho tiene derecho a elegir 2 representantes; pero además, elige unos representantes adicionales; estos representantes adicionales de cada una de las circunscripciones territoriales se determinan de conformidad con la siguiente regla: 1 más por cada 250.000 habitantes o fracción mayor de 125.000 que tengan en exceso sobre los primeros 250.000, es decir, que para efectos de los representantes adicionales, los primeros 250.000 habitantes no cuentan, estos se deducen del total de la población certificada y sobre el resultado que arroje esta operación es que se debe hacer la operación para efectos de determinar el total de representantes que elige la circunscripción territorial...”

Solicitó que se aplique al presente caso los criterios anteriores, así como los expuestos en la sentencia que decidió la demanda de nulidad de elección de Representantes a la Cámara por el Departamento de Bolívar para el periodo 2006 - 2010, uno de cuyos cargos guardaba relación con la indebida interpretación y aplicación del artículo 176 de la Constitución, cuyo texto transcribió parcialmente.

Al referirse a los cargos formulados en la demanda del proceso No. 3981, la Agente del Ministerio Público solicitó que se deniegue prosperidad al primero de ellos, relacionado con el ejercicio de autoridad administrativa dentro de los doce meses anteriores a la elección por parte del demandado, previsto como causal de inhabilidad por el artículo 179 numeral 2° de la Constitución, porque la

jurisprudencia del Consejo de Estado ha precisado que para que prospere dicho cargo se debe establecer: i) que el elegido se desempeñó como empleado público al servicio del Instituto Colombiano de Bienestar de Familiar, ii) que en tal condición ejerció autoridad administrativa, iii) que la ejerció en la circunscripción electoral en la cual fue elegido y iv) que ello ocurrió dentro de los doce meses anteriores a la fecha de la elección.

Luego de citar conceptos elaborados por la jurisprudencia sobre jurisdicción y autoridad política, civil, administrativa y militar, sostuvo que para establecer si un cargo público implica el ejercicio de autoridad administrativa puede acudir a: un criterio orgánico, caso en el cual la ley señala expresamente los cargos que denotan aquella; o a un criterio funcional, que se atiende a la naturaleza de las funciones asignadas y que requiere del análisis del juzgador en cada caso. Agregó que, de acuerdo con criterio orgánico el cargo de Subdirector de Asesoría Territorial de la Dirección Técnica del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, que el demandado ejerció hasta el 9 de septiembre del 2005, no es de aquellos que detentan autoridad administrativa y según el criterio funcional tampoco, porque las funciones que le asignó el Decreto 3264 de 2002 que establece la estructura del nivel central del ICBF, no conllevan el ejercicio de poderes decisorios, de mando o imposición sobre los subordinados o la sociedad, ni demás comprendidos en la noción de autoridad administrativa.

Desestimó la afirmación de la demandante en el sentido de que el artículo 38 de la Resolución 2680 del 8 de junio de 1999 asignaba al cargo de Subdirector de Asesoría Territorial del ICBF competencia funcional y delegación para celebrar contratos relacionados con su área hasta por 1.000 salarios mínimos legales mensuales vigentes, porque en esa fecha el cargo que desempeñó el demandado no estaba comprendido en la estructura organizacional esa entidad, establecida mediante Decreto 1138 de 1999. Dicho cargo, afirmó, sólo se estableció en la estructura del ICBF mediante el Decreto 3204 de 2002.

Aseveró que las Resoluciones 2700 de 2001 y 45 de 2003 que regulan lo relacionado con la delegación en asuntos contractuales no aluden a la Sub Dirección de Asesoría Territorial, y que las funciones atribuidas al Sub Director por la Resolución 066 del 6 de enero del 2004 para gerenciar los proyectos de inversión son de naturaleza operativa, por cuya virtud le corresponde "(i) la formulación, (ii) la programación, (iii) la administración, (iv) la ejecución y (v) el

seguimiento físico y financiero" de los proyectos de inversión, porque no entrañan potestad de disposición alguna ni asignan la función de ordenar gastos, la cual continúa asignada al Director General del ICBF al igual que las delegaciones que hasta la fecha se han efectuado.

Que, sin embargo, la Resolución No. 066 de 2004 fue derogada expresamente por la Resolución No. 1222 del 2004, que le asigna a los Sub Directores del Instituto la gerencia de los recursos financieros que hacen parte del presupuesto de inversión del ICBF quienes, no obstante, están despojados de la facultad de ordenar gastos, celebrar contratos y comprometer recursos por esta vía pues, reiteró, se trata de una función operativa despojada de cualquiera de las notas caracterizadoras de la autoridad administrativa.

Solicitó igualmente que se denegara prosperidad a los cargos segundo y tercero, según los cuales el demandado habría intervenido en la gestión de negocios ante entidades públicas, específicamente en la gestión del contrato de comodato suscrito entre el Municipio de Purificación (Departamento del Tolima) y el Comité de Ganaderos de Purificación y el Sur del Tolima, y en la gestión del contrato de compra de fármacos y medicinas veterinarias celebrado entre las mismas entidades.

Para sustentar su solicitud transcribió jurisprudencia relacionada con la figura de la intervención en la gestión de negocios que indica que *"por gestionar debe entenderse hacer diligencias conducentes al logro de un negocio o de un deseo cualquiera, lo cual necesariamente debe distinguirse de la celebración del contrato o de su ejecución, puesto que una vez suscrito el contrato estatal su ejecución no puede tenerse como soporte para la gestión de negocios, ya que no emplearía el legislador dos expresiones diversas para significar lo mismo; por tanto, la gestión de negocios corresponde a todas aquellas actividades desplegadas para sí o para un tercero, con el propósito de obtener un beneficio, sin importar si el beneficio se obtiene o no... La gestión, independientemente de su resultado, entraña una conducta dinámica, positiva y concreta del gestor, que debe estar comprobada y no ser el resultado de inferencias subjetivas o suposiciones perspicaces, la gestión de negocios es una actividad dinámica y externa que no puede presumirse...tiene que estar adecuadamente comprobada, que permita determinar el elemento temporal que contiene la inhabilidad y precisar el momento en el que se lleva a cabo la intervención, porque a partir de este preciso momento opera la inhabilidad*

que se comprende dentro del tiempo durante el año anterior a la elección...”.

A su juicio, el demandante no prueba sino que presume que por haber sido miembro de la Junta Directiva del Comité de Ganaderos, el demandado intervino en la gestión de los contratos descritos en la demanda, e ignora que las personas jurídicas actúan a través de sus representantes legales y no de sus juntas directivas.

Manifestó, de otra parte, que el contrato de comodato señalado en la demanda fue suscrito por la señora Wendy del Pilar Navarro Rey en calidad de Alcaldesa del Municipio de Purificación (Tolima) y el señor Fernando Castro Pacheco como Presidente y Representante Legal del Comité de Ganaderos de Purificación y el Sur del Tolima, que la orden de suministro del 27 de enero del 2006 fue suscrita por el Alcalde del Municipio de Purificación y la cotización u oferta sobre la cual se basó la misma es suscrita por el Secretario de la Junta Directiva del Comité de Ganaderos de Purificación y Sur del Tolima, y que el material probatorio allegado no permite afirmar que el demandado intervino en la gestión de los negocios anteriores.

Respecto del cargo relacionado con la inhabilidad del demandante por haber representado legalmente al Comité de Ganaderos de Purificación y Municipios del Sur del Tolima dentro de los seis meses previos a su elección, a quien atribuye el manejo de recursos parafiscales derivados de las cuotas de fomento ganadero y lechero creados por la Ley 89 de 1993, dijo que si bien es cierto que tales recursos tienen la naturaleza señalada, tal como lo estableció la Sección Quinta al decidir la demanda de nulidad de la elección del Alcalde de Sincé, Departamento de Sucre, que transcribió parcialmente, la causal de inhabilidad prevista en el numeral 3º del artículo 179 de la Constitución no se configura pues, de acuerdo con la misma, el único que puede encontrarse incurso en la señalada prohibición es el representante legal de FEDEGAN, ente al cual se encargó la administración de la cuota parafiscal y el elegido fue miembro de la Junta Directiva de una entidad sin ánimo de lucro. Concluyó que el demandante pretende estructurar una inhabilidad de manera indirecta y que por ello la acusación no está llamada a prosperar.

2. CONSIDERACIONES

Advierte la Sala que en las demandas que dieron origen a los procesos de nulidad electoral radicados con los Nos. 3983 y 3990 se formularon cargos comunes, relacionados con causales objetivas de nulidad, y pretensiones igualmente comunes orientadas a obtener la asignación de una curul adicional al Departamento del Tolima, circunstancia que propicia su estudio y decisión conjunta. Como los cargos de la demanda formulada en el proceso 3981 se fundan en causales subjetivas de nulidad - la presunta inhabilidad del demandado Ivan David Hernández Guzmán para ser elegido Representante a la Cámara -, y no guardan ninguna relación con los anteriores, se estudiarán por separado.

2.1. Los cargos formulados en la demanda del proceso No. 3981.

Conforme a la demanda y su reforma en el primer cargo, el demandado estaba inhabilitado para ser elegido Representante a la Cámara para el periodo 2006 - 2010 porque ejerció en la circunscripción del Departamento del Tolima, autoridad administrativa dentro de los doce meses anteriores a su elección en el cargo de Subdirector de Asesoría Territorial del ICBF.

La causal invocada está prevista en el artículo 179 numeral 2º de la Constitución Política, así:

Artículo 179. No podrán ser congresistas:

(...)

2. Quienes hubieren ejercido, como empleados públicos, jurisdicción o autoridad política, civil, administrativa o militar, dentro de los doce meses anteriores a la fecha de la elección.

(...)

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

Para los fines de este artículo se considera que la circunscripción nacional coincide con cada una de las territoriales, excepto para la inhabilidad consignada en el numeral 5º." (Negrillas son de la Sala)

Para que la causal examinada prospere deben acreditarse los siguientes presupuestos: 1) que quien resulte elegido representante a la Cámara se haya desempeñado como empleado público dentro del año anterior a la elección; 2) que en dicho empleo haya ejercido jurisdicción o autoridad política, civil, administrativa o militar y 3) que el ejercicio de dicha autoridad haya tenido lugar en la circunscripción en que se efectuó la elección, para este caso, en el Departamento del Tolima. Los presupuestos anteriores son concurrentes, por lo que si uno de ellos falta la causal no se configura. Antes de estudiar el acervo probatorio allegado para acreditarlos la Sala precisará algunos aspectos del alcance normativo de la causal.

2.1.1. El concepto de autoridad administrativa.

La ley no ha definido el concepto de autoridad administrativa, aunque sí el de dirección administrativa en el artículo 190 de la Ley 136 de 1994 cuyo texto es el siguiente:

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

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

El Consejo de Estado, mediante conceptos y sentencias de sus Salas y Secciones, ha definido la noción de autoridad administrativa en los siguientes términos:

“...La Sala de Consulta y Servicio Civil de la Corporación sostuvo que la autoridad administrativa corresponde a los poderes decisorios de mando o imposición sobre los subordinados o la

*sociedad, inherentes al ejercicio de empleos públicos, sea que éstos correspondan a la administración nacional, departamental o municipal, los órganos electorales o de control.*¹

*La autoridad administrativa es aquella que ejercen quienes desempeñan cargos de la administración nacional, departamental y municipal o de los órganos electorales y de control, que impliquen poderes decisorios de mando o imposición sobre los subordinados o la sociedad.*²

*Se ha precisado igualmente, en la jurisprudencia de la Sección y de la Sala Plena, que quien ejerce funciones de dirección administrativa, definida en el artículo 190 de la Ley 136 de 1994, está investido de autoridad administrativa, sin perjuicio de reconocer que éste último concepto es más amplio porque comprende funciones no incluidas en las indicadas a título enunciativo en la norma citada.*³

*Y que la enunciación de cargos y funciones prevista en el artículo 190 de la Ley 136 de 1994 no agota la lista de los que implican el ejercicio de autoridad administrativa, por lo que, para determinar si su ejercicio está acreditado en el proceso el fallador deberá recurrir a un análisis concreto de la ubicación del cargo en la estructura administrativa, de la naturaleza de las funciones atribuidas y del grado de autonomía del funcionario de que se trate en la toma de decisiones.*⁴

2.1.2. Análisis del acervo probatorio

2.1.2.1. Prueba de la elección del demandado y de su desempeño en un cargo público dentro del periodo inhabilitante.

A folios 103 a 109 del expediente 3983 obra copia auténtica del acta general de escrutinio de votos para Cámara de Representantes por la circunscripción del Departamento del Tolima suscrita por los Delegados del Consejo Nacional Electoral el 23 de marzo de 2006, en la que consta que Iván David Hernández Guzmán fue declarado elegido Representante a la Cámara por dicha circunscripción en la lista del Partido Conservador Colombiano. La misma declaración consta en el acta parcial de escrutinio de votos de Cámara de

¹ *Concepto de la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado, de 5 de noviembre de 1991, radicación 413; Sentencia de 16 de septiembre de 2003 de la Sala Plena de la misma Corporación, expediente PI - 0267.*

² *Concepto citado de la Sala de Consulta y Servicio Civil.*

³ *Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección 5ª, Sentencia de 17 de mayo de 2002, expediente No. 2842; Sentencias de 21 de mayo de 2002 y de 20 de agosto de 2004, de Sala Plena y Sección 1ª respectivamente, expedientes PI 039 y 008.*

⁴ *Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección 5ª, Sentencia de 5 de junio de 2003, expediente No. 3090.*

Representantes, formulario E-26CR, que en la misma fecha suscribieron los Delegados mencionados que obra en copia auténtica a folios 101 a 109 del expediente 3981. Los documentos anteriores fueron aportados con las demandas de los procesos mencionados.

Por otra parte, como pruebas, la Directora de Gestión Humana del ICBF remitió con el oficio No. 17010-46210 de 6 de septiembre de 2006 (fs. 499 y 500 del expediente 3981) copias de varios documentos relacionados con los cargos que el demandado desempeñó en el ICBF, entre los que se resaltan, por estar referidos al periodo inhabilitante, los siguientes: copia de la Resolución No. 0029 de 16 de enero de 2003, por la cual la Directora General de esa institución nombró al demandado en el cargo de Sub Director Técnico Código 0150 Grado 20 de la planta global de dicha institución, asignado a la Subdirección de Asesoría Territorial de la Dirección Técnica en la sede nacional (f. 513 ibídem); copia del acta de posesión en el cargo anterior de 20 de enero de 2003 (f. 514 ibídem) y copia de la Resolución No. 1655 de 9 de septiembre de 2005, por la cual se acepta a partir de esa fecha la renuncia del cargo anterior presentada por el demandado (f. 524 ibídem).

Los documentos anteriores acreditan dos extremos fácticos de la inhabilidad examinada: que el demandado fue elegido Representante a la Cámara para el periodo 2006 - 2010 y que se desempeñó como empleado público entre el 20 de enero de 2003 y el 9 de septiembre de 2005, que incluye el servicio durante el periodo inhabilitante, esto es, dentro de los doce meses anteriores a la elección de Representantes a la Cámara efectuada el 12 de marzo de 2006.

2.1.1.2.2. Pruebas del ejercicio de autoridad administrativa por parte del demandado mediante las funciones ordinarias asignadas.

A folio 499 y 500 ibídem obra el oficio No. 17010-46210 de 6 de septiembre de 2006, en el cual la Directora de Gestión Humana del ICBF informa que el demandado no tiene la condición de contratista y remite certificación laboral del mismo (fs. 501 a 507) y de los documentos en que se sustenta, entre ellos, las Resoluciones No. 0068 de 29 de enero de 2003 del ICBF (fs. 555 y 556 del expediente 3981) o manual de funciones de los cargos de dicha institución y el Decreto 3264 de 30 de diciembre de 2002, *“por el cual se establece la estructura*

del nivel central del ICBF y se determinan las funciones de sus dependencias” (fs. 545 y siguientes, ibídem). Señala además, que solicitó a la Subdirectora de Asesoría Territorial que remitiera al proceso los actos administrativos, contratos, órdenes administrativas, circulares y oficios suscritos por el demandado entre el 12 de marzo de 2005 y el 12 de marzo de 2006.

En el certificado laboral mencionado (fs. 501 a 507 ibídem) se transcriben las funciones que le asignó al cargo que ocupó el demandado el artículo 18 del Decreto 3264 de 30 de diciembre de 2002 del Gobierno Nacional, *“por el cual se establece la estructura del nivel central del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar”* (fs. 545 a 553 ibídem) y la Resolución No. 0068 de 29 de enero de 2003, Manual de Funciones y Requisitos para los diferentes empleos de la planta de personal, proferido por el ICBF (fs. 555 y 556 ibídem).

Señala el artículo 18 del Decreto 3264 de 2002 lo siguiente:

Artículo 18. Subdirección de Asesoría Territorial. *La subdirección de Asesoría Territorial es la dependencia encargada de coordinar y acompañar a los niveles regional, zonal y entidades del orden territorial en la aplicación de estrategias y mecanismos que les permitan prestar el Servicio Público de Bienestar Familiar.*

Conforme a las políticas e instrucciones de la Dirección Técnica, son funciones de la Subdirección de Asesoría Territorial las siguientes:

- 1. Orientar la implementación en el nivel territorial de los productos y servicios, diseñados por la Subdirección de Investigación y Desarrollo.*
- 2. Brindar asesoría y asistencia técnica a las Regiones y Centros Zonales del I. C. B. F., y a las organizaciones del orden nacional y territorial que presten el Servicio Público de Bienestar Familiar.*
- 3. Coordinar la implementación de las estrategias y mecanismos orientados a la articulación del Sistema Nacional de Bienestar familiar en los diferentes niveles y sectores, bajo los principios de corresponsabilidad y participación.*
- 4. Coordinar la implementación de estrategias y mecanismos que contribuyan a promover el ejercicio del control social al Servicio Público de Bienestar Familiar.*
- 5. Las demás que le sean asignadas.*

Como se advierte, el Decreto mencionado asignó a la dependencia a que estaba vinculado el cargo que desempeñó el demandado una serie de funciones cuyos verbos rectores no permiten inferir el ejercicio de ninguna forma de autoridad pues **coordinar, acompañar, orientar, asesorar y asistir técnicamente** a los niveles regional, zonal y a las entidades del orden territorial para que apliquen estrategias y mecanismos que les permitan prestar el Servicio Público de Bienestar Familiar, implementen los productos y servicios diseñados por la Subdirección de Investigación, se articulen al Sistema Nacional de Bienestar familiar y promuevan el ejercicio del control social, constituyen labores de apoyo a funciones que, de entrañar el ejercicio de autoridad, correspondería a las autoridades del nivel regional, zonal y territorial que reciben el apoyo. Adicionalmente debe considerarse que las funciones de la Subdirección de Asesoría Territorial debían cumplirse *“conforme a las políticas e instrucciones de la Dirección Técnica”*, expresión que revela un bajo grado de autonomía de la dependencia sujeta al diseño de las políticas y las instrucciones de una dependencia superior.

Del contenido de las funciones enunciadas en el párrafo anterior no surge que el Subdirector de Asesoría Territorial pudiera ejercer competencias reglamentarias o sancionatorias, designar y remover empleados, controlar con poder de decisión los actos o las personas controladas, celebrar contratos, ordenar gastos, administrar personal o ejercer control interno, o que pudiera realizar otras tareas que permiten desplegar los poderes de imposición y de mando en que consiste la autoridad civil y administrativa.

No obstante, las conclusiones a que se arribaron con el análisis anterior resultan contradichas por el análisis del manual de funciones del I. C. B. F. - Resolución No. 0068 de 29 de enero de 2003 - que asignó al cargo de Sub Director Técnico Código 0150 Grado 20 de la Subdirección de Asesoría Territorial de la Dirección Técnica, las siguientes funciones:

- Liderar las estrategias de acompañamiento técnico a las regionales y centros zonales.

-Dirigir la implementación de mecanismos para la articulación del SNBF a los niveles territoriales.

-Dirigir la implementación de mecanismos para promover el ejercicio del control social en los niveles territoriales.

-Presentar informes a la Directora Técnica sobre la gestión de la Subdirección a su cargo y las demás que le sean asignadas. (fs. 554 a 558 ibídem)

Como se advierte, las funciones transcritas guardan una estrecha relación con las señaladas en el Decreto que se estudió antes, en cuanto que pretenden el fortalecimiento de los servicios prestados por el I. C. B. F., en los niveles regionales, zonales y territoriales y la tercera función, la presentación de informes a la Directora Técnica sobre la gestión de la Subdirección a su cargo, no revela mando alguno sino subordinación frente a un superior jerárquico. Sin embargo, las tres primeras funciones utilizan verbos rectores que, en vez de ordenar el cumplimiento de tareas subordinadas, asignan literalmente tareas de liderazgo y dirección de las que, prima facie, se podría deducir el ejercicio de autoridad administrativa pues no se entiende como un funcionario podría liderar estrategias de acompañamiento técnico a las regionales y centros zonales, ni dirigir la implementación de mecanismos para la articulación del SNBF a los niveles territoriales y para la promoción del ejercicio del control social en los niveles territoriales, si no tiene en mayor grado poderes decisorios. Carecería de toda significación un poder de dirección sin deberes correlativos de obediencia y de sujeción.

No obstante, el hecho de que tanto las normas del Decreto y de la Resolución estudiadas están formuladas de manera general y no detallan en qué consisten las tareas concretas y específicas a través de las cuales se ejercen, no permite certeza sobre el carácter de dirección administrativa e impone que el análisis se complemente con otras tareas asignadas, como se estudiará en seguida.

2.1.2.3. Funciones asignadas mediante la Resolución 1222 de 2004 del ICBF.

El certificado laboral bajo estudio (fs. 501 a 507 ibídem), indica que las Resoluciones Nos. 0006 del 6 de enero de 2004 y 1222 del 19 de julio de 2004 del ICBF, asignan funciones *“por delegación”* al cargo que desempeñó el demandado, la primera de las cuales no será tenida en cuenta porque fue derogada por la segunda y estuvo en vigencia antes del periodo inhabilitante. Advierte la Sala que dichas Resoluciones no expresan en parte alguna que la asignación de funciones se efectúa a título de delegación.

La Resolución No. 1222 del 19 de julio de 2004, *“por la cual se deroga la*

Resolución No. 006 de 6 de enero de 2004 y se dictan otras disposiciones”, (fs. 540 a 544 íbidem), tuvo en consideración, lo siguiente:

(...)

Que la ley 38 de 1989 modificada por la Ley 179 de 1994, en su artículo 32 establece la creación del Banco Nacional de Programas y Proyectos, el cual tiene por objeto respaldar y racionalizar la inversión sectorial programada por las entidades territoriales a quienes rige.

Que el ICBF como entidad que hace parte de la administración nacional, debe estructurar la ejecución de la inversión en programas y proyectos, siguiendo los lineamientos y parámetros establecidos para ello.

Que uno de los lineamientos para la ejecución de los recursos estatales consiste en la necesidad de organizar, racionalizar y regular el proceso de programación y ejecución del presupuesto del ICBF, sí como tener un estricto control sobre el gasto realizado.

Que el Decreto 03264 de 2002 adoptó la nueva estructura del Instituto

. (...)

Y en la parte resolutive dispuso:

Artículo 1º. Asignar en los Directores, Subdirectores y Jefes de Oficina de la Sede Nacional la Gerencia de los Recursos Financieros que hacen parte del presupuesto de inversión del ICBF en concordancia con la estructura programática vigente y sus lineamientos de programación.

Sin perjuicio de lo anterior, la ordenación del gasto de la sede nacional, por delegación, continúa en el Secretario General, en lo relacionado con el proceso de contratación directa y para el reconocimiento y pago de la nómina, al igual que las delegaciones que hasta la fecha se han efectuado, otorgadas conforma a los parámetros legales.

Parágrafo primero. Para los efectos de la presente resolución se entiende por gerencia de recursos: (i) la formulación, (ii) la programación de recursos financieros, físicos y humanos, (iii) la administración, (iv) la ejecución, (v) la evaluación, (vi) el seguimiento físico y financiero, (vii) el registro, análisis y actualización de la información de los mismos.

Parágrafo segundo. *La dirección de planeación prestará asesoría y asistencia técnica a la Gerencia de Proyectos en el componente de inversión. Por su parte, para los mismos efectos, el*

acompañamiento técnico al presupuesto de gastos de funcionamiento lo hará la Dirección Financiera.

Artículo segundo. Asignar la Gerencia de Presupuesto de Gastos, por cargo: así:

PRESUPUESTO DE GASTOS

(...)

INVERSION						
IDENTIFICADOR PRESUPUESTAL						
<i>Obj. Gst</i>	<i>ord</i>	<i>sord</i>	<i>Concepto</i>			<i>Gerente</i>

(...)

310	300	2	2		Sistema Nacional de Bienestar Familiar	Subdirector de Asesoría Territorial
310	300	2	3		Apoyo en contratación de servicios especializados	Subdirector de Asesoría Territorial
310	300	2	4	2	Políticas intersectoriales	Subdirector de Asesoría Territorial

Parágrafo: *Cuando se presenten vigencias expiradas, el Director de Planeación y Sistemas dispondrá lo pertinente para la creación del identificador dentro de la estructura presupuestal asignada al ICBF. Por su parte, el Director Financiero asumirá su Gerencia.*

Corresponderá a cada Gerente de Recursos justificar, técnica y económicamente, la generación de las vigencias expiradas con sus respectivos soportes documentales, las cuales se programarán con cargo a la apropiación del gasto de funcionamiento o del proyecto de inversión que dio origen financiero a la obligación.

(...)

Artículo cuarto. Las Direcciones Financiera y de Planeación y Sistemas coordinarán con los Gerentes de Proyecto, la programación presupuestal de la vigencia respectiva, así como sus modificaciones.

La coordinación de la programación presupuestal y sus modificaciones en materia de ingresos y gastos de funcionamiento, corresponde a la Dirección Financiera. Para el caso de los recursos de inversión, la coordinación de la programación y modificación corresponde a la Dirección de Planeación y Sistemas.

Artículo quinto. *La presente resolución rige a partir de la fecha de su expedición y deroga las normas que le sean contrarias, en especial la Resolución 006 de 06 de enero de 2004.*

(Las negrillas y subrayas son de la Sala).

Se advierte que el artículo 4º *ibídem*, en cuanto señala que las Direcciones Financiera y de Planeación y Sistemas coordinarán con los Gerentes de Proyecto la programación presupuestal de la vigencia respectiva, así como sus modificaciones, pone a los Gerentes de Proyecto y las Direcciones mencionadas en un mismo nivel de autoridad para los fines señalados y no subordinados unos respecto de otros.

El artículo 1º transcrito, sin duda asignó al Subdirector de Asesoría Territorial, entre otros funcionarios, la gerencia de los recursos financieros que hacen parte del presupuesto de inversión del ICBF, función que comprende, según el párrafo primero *ibídem*, la formulación y la programación de recursos financieros, físicos y humanos, así como la administración y ejecución de los mismos.

De lo anterior se entiende que todas las funciones enunciadas tienen las características de la autoridad administrativa definida en un capítulo anterior, porque la facultad de programar y administrar recursos financieros implica la posibilidad de establecer los montos y disponer las formas de distribución y la oportunidad en que deben invertirse; la facultad de programar, administrar y ejecutar los recursos físicos orientados a inversiones del ICBF permiten igualmente disponer de ellos y ordenar la forma en que debían ser usados, y la facultad de programar y administrar el recurso humano implica el poder de determinar y controlar el comportamiento de los empleados del Instituto.

De modo que al interior del ICBF el Subdirector de Asesoría Territorial ejercía poderes decisorios, porque los funcionarios de dicha entidad encargados de tareas señaladas en los proyectos y programas de inversión o quienes tenían a su cargo recursos físicos o financieros estaban obligados a cumplir con la programación que de los mismos hiciera aquél en cumplimiento de sus funciones.

Aunque de la Resolución en estudio no se infiere que el Subdirector Administrativo ordenara directamente gastos o celebrara contratos, es evidente que quienes cumplían tales funciones en el ICBF estaban sujetos a la programación y administración de los recursos destinados a programas y proyectos de inversión gerenciados por aquél y, por tanto a su poder y mando.

La autoridad ejercida por el demandado al interior del ICBF le permitía, sin duda, ejercer una significativa influencia sobre aquellos ciudadanos, potenciales electores, que tenían la condición de usuarios o beneficiarios de los programas o proyectos de inversión administrados por aquél.

Por otra parte, el artículo 2º fue claro en asignarle al Subdirector de Asesoría Territorial la gerencia del presupuesto de gastos a que se refieren los rubros de sistema nacional de bienestar familiar, apoyo en contratación de servicios especializados y políticas intersectoriales, función que también implica el ejercicio de poderes decisorios pues sin ellos la condición de gerente carece de toda significación, y le permitían al demandado influir sobre la comunidad toda vez que uno de los rubros de gastos que debía gerenciar era el de contratación de servicios especializados.

Como la autoridad administrativa es una especie de autoridad civil y mediante el ejercicio de las funciones estudiadas el demandado ejerció autoridad administrativa, se deduce que ejerció autoridad civil.

Las funciones relacionadas con la gerencia de recursos financieros, físicos, humanos y con el presupuesto de gastos asignadas al cargo que desempeñó el demandado difieren de las de coordinación, orientación, supervisión y control con las que el demandante pretende identificarlas, que implican planear, diseñar, coordinar y controlar proyectos técnicos que se desarrollan en la región o responder por la elaboración y presentación oportuna de informes y reportes a otras instancias de la empresa y a organismos de control y vigilancia que, en su opinión, no implican el ejercicio de autoridad alguna.

2.1.2.4. El ejercicio de autoridad en la circunscripción territorial del Tolima.

Para la Sala está claro que las funciones que correspondían al cargo que ocupó el demandado y que, como se demostró, implican el ejercicio de autoridad administrativa, se ejercieron en todo el territorio nacional y por tanto, en el Departamento del Tolima, dado que es nacional la órbita de competencias del Subdirector de Asesoría Territorial del ICBF y además, los actos administrativos que se las asignan no excluyeron ningún departamento.

La misma conclusión se desprende de algunos de los oficios que suscribió el demandado durante el periodo inhabilitante que obran en el cuaderno de pruebas No. 1, en particular los referidos al Departamento del Tolima ubicados en el último apartado del cuaderno de pruebas No. 1, entre ellos los siguientes:

Oficio 041899 de 6 de septiembre de 2005, mediante el cual remite al Director del proyecto del ICBF - Madres Comunitarias del Centro de Extensión Académica de la Universidad Nacional - los informes presentados por distintas regionales, entre ellas la del Tolima, sobre saneamientos contables de créditos de vivienda. Oficio No. 031029 de 7 de julio de 2005, mediante el cual comunica a la representante legal de la Asociación de Padres de Familia del Hogar Infantil Colmenitas de Ibagué, en respuesta a solicitud de adición de recursos para pago de arriendo, que no es posible acceder a la misma porque los techos presupuestales asignados a las regionales fueron distribuidos y comprometidos para la ejecución de cada modalidad; en este oficio se verifica que el demandado en verdad disponía de facultades en materia presupuestal para el pago del contrato de arrendamiento referido. Oficio No. 025798 de 9 de junio de 2005, mediante el cual emite concepto técnico favorable a los requerimientos de la Dirección Regional del Tolima del ICBF para que se construya en la Unidad Local de Melgar un espacio adecuado para prestar servicios y para que se autorice la ampliación de la infraestructura del Instituto de Reeducción Politécnico Luis A. Rengifo en cofinanciación con las entidades territoriales. Oficio No. 021920 de 19 de mayo de 2005, mediante el cual emite concepto técnico favorable a la construcción de infraestructura de 5 hogares infantiles en la Regional Tolima. Oficio No. 020151 de 10 de mayo de 2005, mediante la cual manifiesta a la Coordinadora del Centro Zonal de Purificación que no es posible acceder a la solicitud de bienestarina para 38 adultos institucionalizados del Centro del Bienestar del Anciano de San Vicente de Paúl porque no tiene disponible para esos requerimientos, el cual denota también poder de decisión frente a beneficios o alimentos con destino a particulares beneficiarios de programas del ICBF.

Estos oficios hacen patente que el demandado no sólo ejercía sus funciones, que como se demostró implican el ejercicio de autoridad civil y administrativa, en el nivel nacional sino también en el Departamento del Tolima en forma particular pues éste no se excluyó de la órbita de sus funciones.

El demandado, en su defensa, afirmó que el presunto ejercicio de autoridad administrativa en el cargo que ocupó durante el periodo inhabilitante lo desvirtúa el oficio No. 14200 de 8 de noviembre de 2006 de la Subdirectora de Asesoría Territorial del ICBF que informa: *“revisados los archivos que reposan en la Subdirección de Asesoría Territorial, no se registran actos administrativos, órdenes administrativas, como tampoco contratos firmados por el doctor Iván David Hernández Guzmán durante el tiempo que ejerció como subdirector de esa dependencia. Todas sus actuaciones estuvieron relacionadas con la Asesoría Técnica a las Regionales y Seccionales del ICBF, entes territoriales, actores del sistema nacional de bienestar familiar, comunidad, usuarios, operadores de servicios, entre otros, función que cumple esta subdirección”* (f. 624).

A juicio de la Sala el certificado anterior no desvirtúa la Resolución de asignación de funciones ni las decisiones contenidas en los oficios antes relacionados que entrañan el ejercicio de autoridad administrativa y si nos atenemos a su literalidad sólo podría probar que en el Despacho de la funcionaria que lo suscribió eventualmente no reposan los documentos a que se refiere.

Por otra parte, los argumentos del demandante plantean la disyuntiva de si la inhabilidad examinada se configura cuando el empleado público ha ejercido las funciones que denotan autoridad administrativa mediante actos positivos o si basta con que el empleo desempeñado las tenga asignadas. A continuación dará respuesta la Sala al problema planteado.

2.1.2.5. Sobre el ejercicio de la autoridad mediante actos positivos como condición para que se configure la inhabilidad prevista en el numeral 2º del artículo 176 de la Constitución.⁵

Lo primero que se debe destacar es que mediante los oficios números 031029 de 7 de julio de 2005 y 20151 de 10 de mayo de 2005, se comprobó que durante el periodo inhabilitante el demandando sí ejerció autoridad administrativa y civil frente a la población que le generó evidentes ventajas frente a los demás candidatos en las elecciones del 12 de marzo de 2006.

⁵ La mayoría de los argumentos que siguen fueron expuestos por esta Sección en la sentencia de 5 de junio de 2003, expediente No. 3090, al decidir la demanda de nulidad de una elección de alcalde. Se invocan, no obstante las diferencias entre la causal examinada en dicha sentencia y la que se estudia en este proceso, porque resultan pertinentes.

Sin embargo, no sobra anotar que el tema planteado ha sido objeto de pronunciamiento por parte de esta Sección en otras oportunidades; así, en la sentencia de 5 de junio de 2003, expediente No. 3090, expuso lo siguiente:

“...Es evidente que el sentido de la norma estudiada viene dada 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 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.⁶

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

⁶ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección 5ª, Sentencia de 5 de junio de 2003, expediente No. 3090.

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...”

Los criterios anteriores fueron expuestos para referirse a una causal de inhabilidad para ser elegido alcalde originada en el ejercicio de autoridad administrativa por parte del elegido durante el periodo inhabilitante; no obstante, son aplicables a las inhabilidades para ser elegidos Representantes a la Cámara originadas en el ejercicio de alguna forma de autoridad, puesto que el problema a que se refieren es el mismo: los modos en que un funcionario investido de autoridad puede ejercerla.

Como corolario de lo expuesto, la demandante sólo debe acreditar que el demandado tenía asignadas funciones que entrañan su ejercicio y lo probó pues los artículos 1º y 2º de la Resolución No. 1222 de 19 de julio de 2004 del ICBF le asignó las funciones de gerenciar los recursos financieros del presupuesto de inversión del ICBF y los recursos de inversión del sistema nacional de bienestar familiar, apoyo en contratación de servicios especializados y políticas intersectoriales (fs. 540 a 544 ibídem).

2.1.2.6. Para desvirtuar el cargo examinado, el demandado sostuvo además los siguientes argumentos:

2.1.2.6.1. Que no ejerció autoridad alguna al suscribir, en condición de Subdirector de Asesoría Territorio del ICBF, el oficio No. 11000-2/042714 de 29 de julio de 2005, mediante el cual, respondió a una petición del señor Marco Fidel Suárez Preciado (fs. 562 a 565 del cuaderno No. 1). Aunque la afirmación anterior es cierta, porque en dicho oficio sólo se informó al peticionario los requisitos para acceder a programas del ICBF, no desvirtúa el ejercicio de autoridad administrativa del cargo por virtud de las funciones que tenía asignadas.

2.1.2.6.2. Que el cargo que desempeñó era del nivel asesor, al que la ley asigna la función de aconsejar para que otro decida, pero no toma determinaciones y carece de la autoridad que sí tiene el asesorado. Para demostrarlo recurrió al análisis del Decreto Ley 2503 de 1998 del Gobierno

Nacional *“Por el cual se establece la naturaleza general de las funciones y los requisitos generales para los diferentes empleos públicos de las entidades del Orden Nacional a las cuales se aplica la Ley 443 de 1998 y se dictan otras disposiciones”* y de su Decreto Reglamentario 861 de 2000. Esta última afirmación no es acertada por las siguientes razones:

La Ley 443 de 1998 *“Por la cual se expiden normas sobre carrera administrativa y se dictan otras disposiciones”*, en la cual se funda el Decreto Ley 2503 de 1998 del Gobierno Nacional, fue derogada por la Ley 909 de 2004 y éste a su vez fue derogado expresamente por el artículo 14 del Decreto 770 de 2005, publicado en el Diario Oficial No. 45.855 de 19 de marzo de 2005, *“Por el cual se establece el sistema de funciones y de requisitos generales para los empleos públicos correspondientes a los niveles jerárquicos pertenecientes a los organismos y entidades del Orden Nacional, a que se refiere la Ley 909 de 2004”*. Por lo mismo, también fue derogado el Decreto Reglamentario del Decreto Ley 2503 de 1998 pues su vigencia estaba supeditada a la de éste.

Por tanto, las funciones generales de los empleos de la rama ejecutiva atendiendo su nivel, desde el 17 de marzo de 2005 en que entró en vigencia el Decreto 770 de 2005, fueron las establecidas en el mismo, pues dispuso en el artículo 2º que *“las competencias laborales, funciones y requisitos específicos para su ejercicio serán fijados por los respectivos organismos o entidades, con sujeción a los que establezca el Gobierno Nacional de acuerdo con los parámetros señalados en el artículo quinto del presente decreto, salvo para aquellos empleos cuyas funciones y requisitos estén señalados en la Constitución Política o en la ley”*. En el artículo 3º dispuso que *“según la naturaleza general de sus funciones, las competencias y los requisitos exigidos para su desempeño, los empleos de las entidades u organismos a los cuales se refiere el presente decreto se clasifican en los siguientes niveles jerárquicos: Nivel Directivo, Nivel Asesor, Nivel Profesional, Nivel Técnico y Nivel Asistencial”* y en el 4º ibídem, estableció lo siguiente:

Artículo 4o. Naturaleza general de las funciones: *A los empleos agrupados en los niveles jerárquicos de que trata el artículo anterior, les corresponden las siguientes funciones generales:*

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.*

4.2 Nivel Asesor. *Agrupar los empleos cuyas funciones consisten en asistir, aconsejar y asesorar directamente a los empleados públicos de la alta dirección de la rama ejecutiva del orden nacional.*

4.3 Nivel Profesional. *Agrupar los empleos cuya naturaleza demanda la ejecución y aplicación de los conocimientos propios de cualquier carrera profesional, diferente a la técnica profesional y tecnológica, reconocida por la ley y que según su complejidad y competencias exigidas, les pueda corresponder funciones de coordinación, supervisión y control de áreas internas encargadas de ejecutar los planes, programas y proyectos institucionales.*

4.4. Nivel Técnico. *Comprende los empleos cuyas funciones exigen el desarrollo de procesos y procedimientos en labores técnicas misionales y de apoyo, así como las relacionadas con la aplicación de la ciencia y la tecnología.*

4.5 Nivel Asistencial. *Comprende los empleos cuyas funciones implican el ejercicio de actividades de apoyo y complementarias de las tareas propias de los niveles superiores, o de labores que se caracterizan por el predominio de actividades manuales o tareas de simple ejecución.*

Es claro que el cargo de Sub Director Técnico Código 0150 Grado 20 que ocupó el demandado en la Subdirección de Asesoría Territorial de la Dirección Técnica del ICBF hasta el 29 de septiembre de 2005 tenía a su cargo las funciones de dirigir la implementación de mecanismos para la articulación del SNBF a los niveles territoriales y dirigir la implementación de mecanismos para promover el ejercicio del control social en los niveles territoriales que le asignó la Resolución No. 0068 del 29 de enero de 2003 - Manual de Funciones del I. C. B. F. -, pero también ejerció las funciones relacionadas con la gerencia de los recursos financieros del presupuesto de inversión del ICBF y gerencia de presupuesto de gastos que le asignó la Resolución No. 1222 del 19 de julio de 2004 del ICBF. En estas condiciones a dicho cargo le correspondían funciones del nivel directivo, de acuerdo con las definiciones del Decreto Reglamentario 861 de 2000 y luego el Decreto 770 de 2005 del Gobierno Nacional, según las cuales comprende los empleos con funciones de dirección general, formulación de políticas institucionales y adopción de planes, programas y proyecto, aunque a la vez ejercía funciones del nivel asesor que comprende, según la primera de las normas señaladas, los empleos cuyas funciones consisten en asistir, aconsejar y asesorar directamente a los empleados públicos “del nivel directivo” y según la segunda, “de la alta dirección de la rama ejecutiva del orden nacional”.

El hecho de que la dependencia a que está vinculado el cargo en el que sirvió el demandado durante el periodo inhabilitante lleve en su nomenclatura la expresión “*Asesoría Territorial*” no significa que ese sea el nivel exclusivo a que corresponde el cargo, como tampoco significa que sólo sea de nivel técnico porque lleve en la misma nomenclatura del cargo la expresión “*Técnico*”, pues según las normas examinadas es la materialidad de las funciones y su contenido el que determina dicho nivel; y en el caso que nos ocupa las funciones señaladas en un párrafo anterior no implican asesoría alguna sino dirección.

Entonces, el hecho de que un cargo tenga asignadas funciones que corresponden a uno y otro nivel, no impide que pueda clasificarse según las funciones de mayor importancia y no cabe ninguna duda a la Sala que las enunciadas en este capítulo tienen esa característica.

2.1.2.6.3. El demandado invocó las excepciones de ilegalidad e inconstitucionalidad frente a la Resolución No. 1222 del 19 de julio de 2004 del ICBF y para sustentarlas afirmó que la Directora del ICBF no podía delegar funciones del nivel directivo en un cargo que legalmente tenía nivel asesor, pues violaría las normas constitucionales que señalan que la estructura de la administración nacional, creación de cargos y señalamiento de funciones corresponde exclusivamente al Congreso Nacional o al Presidente de la República (artículos 150 ordinales 7 y 23 y 189 ordinal 14); que la Ley 489/98, el Decreto Ley 2503/98 y su Decreto Reglamentario 861/00 (artículo 3 numeral 6), impiden delegar en un cargo de nivel asesor funciones de cargos de nivel directivo y además, que el artículo 110 del Decreto 111 de 1996 y el artículo 12 de la Ley 80 de 1993, impiden delegar el gasto y la facultad de celebrar contratos, respectivamente, en cargos que no sean del nivel directivo.

Los argumentos en estudio resultan desvirtuados al estudiar el texto de las Resoluciones que el demandado califica como de “delegación de funciones” aunque el texto de éstas es expreso en otorgarlas en calidad de “asignación” y no indican en parte alguna que lo hagan a título de delegación. Debe entenderse que tales funciones son de aquellas a que se refiere el manual de funciones del ICBF, Resolución No. 0068 de 29 de enero de 2003, cuando indica que corresponde a la Subdirección de Asesoría Territorial: “6. *Las demás que le sean asignadas*” (f. 555 del

cuaderno No. 1 del expediente 3981). Nótese además que al demandado se le asigna la gerencia de proyectos a cargo de la entidad.

No obstante, si en gracia de discusión se admitiera que las resoluciones a que alude el demandante sí delegan funciones, tampoco prosperarían las excepciones porque desconocen: que el nivel del cargo del demandado era directivo y a la vez con labores de asesor como quedó explicado y establecido. Así mismo, que el Decreto Ley 2503/98 y su Decreto Reglamentario 861/00 (artículo 3 numeral 6) en que funda la excepción, perdió vigencia desde el 17 de marzo de 2005, y que el artículo 209 de la Constitución regula los principios de la función administrativa y prevé la figura de la delegación de funciones mediante actos administrativos proferidos por la autoridad delegante. Así, la Ley 489 de 30 de diciembre de 1998 señala en el artículo 1º que su objeto es regular el ejercicio de la función administrativa, determinar la estructura y definir los principios y reglas básicas de la organización y funcionamiento de la Administración Pública, y el artículo 90 ibídem, establece que los directores de los establecimientos públicos pueden delegar *“la atención y decisión de los asuntos a ellos confiados por la ley y los actos orgánicos respectivos, en los empleados públicos de los niveles directivo y asesor vinculados al organismo correspondiente, con el propósito de dar desarrollo a los principios de la función administrativa enunciados en el artículo 209 de la Constitución Política y en la presente ley”* (Subrayas de la Sala).

El texto subrayado fue declarado exequible por la Corte Constitucional mediante sentencia C-561/99 de 4 de agosto de 1999 y autoriza a los directores de establecimientos públicos, como el ICBF, a delegar en las condiciones previstas por la ley, las funciones a ellos atribuidas tanto en funcionarios de nivel directivo como asesor, tal como expresamente dispone la norma trascrita.

Por otra parte, conviene precisar que si bien el artículo 11 de la Ley 489 de 1998, señala que no podrán transferirse mediante delegación *“las funciones que por su naturaleza o por mandato constitucional o legal no son susceptibles de delegación”* y los artículos 110 del Decreto 111 de 1996 y 12 de la Ley 80 de 1993, prohíben delegar el gasto y la facultad de celebrar contratos en cargos que no sean del nivel directivo, el cargo del demandado era de

dicho nivel y aún si fuera del nivel asesor, la Gerencia de Proyectos que le fue atribuida implica, según la definición de la Resolución No. 1222 del 19 de julio de 2004 del ICBF, tareas de dirección, programación de recursos financieros, físicos y humanos, administración y ejecución de proyectos y por tanto, el ejercicio de autoridad administrativa.

El acervo probatorio allegado al proceso acredita que el demandado incurrió en la causal de inhabilidad prevista en el numeral 2º del artículo 179 de la Constitución; en consecuencia, se declarará la nulidad del acto acusado en cuanto declaró la elección de Iván David Hernández Guzmán como Representante a la Cámara por la circunscripción electoral del Departamento del Tolima para el período 2006 - 2010.

Como procede la nulidad por la causal anterior, la Sala se abstendrá de estudiar las acusaciones relacionadas con la causal de inhabilidad prevista en el numeral 3º del artículo 179 de la Constitución que en la demanda se imputa al mismo demandado.

No obstante, estudiará los cargos formulados contra el acto acusado, en cuanto declaró la elección de todos los Representantes a la Cámara por el Departamento del Tolima, fundados en causales objetivas de anulación. La razón de ello es que la declaración de la nulidad del acto acusado por considerar probada la inhabilidad de Iván David Hernández Guzmán, demandado en el proceso No. 3981, sólo produce efectos respecto de él con la consecuencia prevista en la Constitución y la ley pero, de prosperar los cargos relacionados con las causales de carácter objetivo formulados en las demandas de los procesos Nos. 3983 y 3990, habría de ordenarse la práctica de nuevos escrutinios y tal circunstancia podría producir efectos respecto de otras personas que fueron declaradas elegidas mediante el acto acusado.

2.2. Las pretensiones y los cargos de las demandas formuladas en los procesos Nos. 3983 y 3990.

Los demandantes en los procesos Nos. 3893 y 3990 pretenden que se inaplique por inconstitucional el Decreto No. 4767 de 30 de diciembre de 2005 y se aplique el artículo 176 de la Constitución a la elección de Representantes a la Cámara por la circunscripción territorial del Departamento de Tolima para el periodo 2006 -

2010, se declare la nulidad del acto administrativo de 23 de marzo de 2003 mediante el cual se declaró la elección de representantes a la Cámara por dicha circunscripción, se practique un nuevo escrutinio de los votos depositados en la elección mencionada, se establezca nuevo umbral y cifra repartidora y se elijan nuevos representantes, entre ellos a José Eduardo Casabianca Prada y se les expidan las credenciales respectivas.

En las demandas mencionadas se formuló un primer cargo, según el cual el acto acusado viola el artículo 176 de la Constitución porque se expidió con fundamento en el Decreto 4767 de 30 de diciembre de 2005, mediante el cual el Gobierno Nacional señaló el número de representantes a la Cámara que debían ser elegidos y le asignó 6 curules al Tolima. A su juicio, como el artículo 176 de la Constitución establece que *“habrá dos representantes por cada circunscripción territorial y uno más por cada 250.000 habitantes o fracción mayor de 125.000 que tengan en exceso sobre los primeros 250.000...Para la elección de representantes a la Cámara, cada Departamento y el Distrito Capital conformarán una circunscripción territorial”*, y el DANE certificó que según el censo de 1985 el Departamento del Tolima tiene 1.142.22 habitantes, entonces sus ciudadanos pueden elegir dos representantes por derecho propio, cuatro por el primer millón de habitantes y uno adicional por tener una fracción superior a 125.000 habitantes.

2.2.1. Estudio de fondo del cargo de violación del artículo 176 de la Constitución.

La prosperidad del cargo enunciado está sujeta a que se acredite cada uno de los siguientes extremos: 1) que el sentido y alcance correctos del artículo 176 de la Constitución que establece la forma en que se debe calcular el número de representantes que corresponde a cada circunscripción territorial, coincide con la interpretación de dicho artículo propuesta por el demandante; 2) que el número de habitantes que debió tenerse en cuenta para efectuar el cálculo anterior en las elecciones cuestionadas fue el que indica el censo de población efectuado por el DANE en 1985; 3) que en el Decreto 4767 de 2005, el Gobierno Nacional no calculó en forma correcta el número de representantes a la Cámara que debían ser elegidos por la circunscripción electoral del Tolima en las elecciones de 12 de marzo de 2006 según lo prescrito por el artículo 176 de la Constitución.

Los dos primeros extremos fueron estudiados ampliamente por la Sala en sentencias que adelante se resumen, en las que se estableció que el sentido y alcance del artículo 176 es distinto del que propone el demandante y que en las elecciones acusadas debió aplicarse el censo de población y vivienda efectuado por el DANE en 1985 y no el efectuado en 1993.

2.2.1.1. El sentido y alcance del artículo 176 de la Constitución.

La norma mencionada prescribe lo siguiente:

Artículo 176. *La Cámara de Representantes se elegirá en circunscripciones territoriales y circunscripciones especiales.*

Habrán dos representantes por cada circunscripción territorial y uno más por cada doscientos cincuenta mil habitantes o fracción mayor de ciento veinticinco mil que tengan en exceso sobre los primeros doscientos cincuenta mil.

Para la elección de representantes a la Cámara, cada Departamento y el Distrito Capital de Bogotá conformarán una circunscripción territorial.

La ley podrá establecer una circunscripción especial para asegurar la participación en la cámara de representantes de los grupos étnicos y de las minorías políticas y de los colombianos residentes en el exterior. Mediante esta circunscripción se podrá elegir hasta cinco representantes. (Negrillas de la Sala).

En las sentencias de 14 de diciembre de 2006, procesos radicados con los Nos. 3978 y 3993, la Sala estudió y determinó que el inciso 2º del artículo 176 de la Constitución, en cuanto regula la elección de representantes a la Cámara por circunscripción territorial resulta aplicable a las elecciones celebradas el 12 de marzo de 2006, pues el Acto Legislativo No. 2 de 2005 no lo modificó y el Acto Legislativo No. 3 de 2005, que sí lo modificó, entrará a regir en las elecciones de 2010. Examinó los argumentos en que se sustentaron los cargos y llegó a las siguientes conclusiones:

“...2. 3. 5. *Para la Sala es evidente, prima facie, que el texto examinado es un enunciado compuesto por 2 partes, una de las cuales hace referencia al número de representantes que tendrán los ciudadanos que integran cada circunscripción territorial independientemente de su número y la otra al número de*

representantes que habrá en virtud del número de habitantes de cada circunscripción.

Conforme a la primera parte, “habrá dos representantes por cada circunscripción territorial”; conforme a la segunda, “habrá uno más por cada 250.000 habitantes o fracción mayor de 125.000 que tengan en exceso sobre los primeros 250.000”.

Al examinar la segunda parte del enunciado “habrá uno más por cada 250.000 habitantes o fracción mayor de 125.000 que tengan en exceso sobre los primeros 250.000”, se advierte que el uso de la conjunción “o” permite que haya un representante más por cada 250.000 habitantes sobre los primeros 250.000 y también permite que haya uno adicional cuando se tenga una fracción mayor a 125.000 habitantes sobre los primeros 250.000.

*Ello es así, porque el pronombre relativo “que”, contenido en la expresión “habrá uno más por cada 250.000 habitantes o fracción mayor de 125.000 **que** tengan en exceso sobre los primeros 250.000”, tiene la función de explicar que tanto los 250.000 habitantes a que se refiere inicialmente como la fracción mayor de 125.000 se deben tener en exceso respecto de una población inicial de 250.000 habitantes y por tanto, estos últimos no se pueden tener en cuenta para efectos de asignar curules adicionales.”*

Agregó que la interpretación gramatical del artículo 176 constitucional está en consonancia con una interpretación histórica del mismo y para demostrarlo estudió detalladamente la representación política de los ciudadanos ante el Congreso de la República en la Constitución de 1886 y en sus reformas, encontró en el Acto Legislativo No. 1 de 1968 su antecedente inmediato y se refirió al mismo en los siguiente términos:

“...Como se advierte, las normas anteriores dispusieron que a partir de 1974 dejarían de regir las relacionadas con representación igual de liberales y conservadores en el Senado de la República y la Cámara de Representantes y se reguló en términos semejantes al artículo 176 de la Constitución de 1991, la composición de ésta última al señalar: “La Cámara de Representantes se compondrá de dos Representantes por cada Departamento y uno más por cada cien mil o fracción mayor de cincuenta mil habitantes que tenga en exceso sobre los primeros cien mil”.

Sobre el entendimiento de dicho texto nunca hubo duda pues se aprobó bajo la consideración de que los primeros 100.000 habitantes de cada departamento eran la base poblacional necesaria para elegir 2 representantes a la Cámara, y que se permitía elegirlos aún a los ciudadanos de departamentos que no

tuvieran dicha población para evitar que quedaran sin representación en la Cámara; pero, una vez cumplieran con el requisito de los 100.000 habitantes se les aplicaba la regla de distribución de curules adicionales en igualdad de condiciones con los demás departamentos.⁷

Ello aseguraba dos cosas: en primer lugar, que los ciudadanos de todos los departamentos quedaran con una representación mínima, cualquiera fuera el número de sus habitantes, y en segundo término, que una vez los departamentos superaban un mínimo de población el número de sus representantes a la Cámara aumentaría en forma directamente proporcional a la población de cada departamento, a razón de 1 por cada 100.000 habitantes o fracción superior a 50.000 que tuvieran en exceso de los primeros 100.000.

Respecto de las Intendencias y Comisarías, agrupó a la de Caquetá y Amazonas en una circunscripción y le asignó 2 representantes; a la de Putumayo le asignó 2; a la de San Andrés y Providencia 1; y a las de Arauca, Vichada, Vaupés y Guainía que organizó en una circunscripción, 1 representante.

Bajo la consideración de que estas últimas, al igual que los departamentos más despoblados, podrían alcanzar los 100.000 habitantes, la reforma previó que “cuando el número de habitantes de cualquiera de las anteriores circunscripciones electorales alcanzare las bases de población establecidas para la elección de Representantes, le será aplicable el sistema general de adjudicación señalado en el inciso 1º de este artículo.”

...El análisis efectuado hasta aquí permite entender el contexto jurídico - político de las discusiones de los miembros de la Asamblea Nacional Constituyente de 1991 en torno al modo de composición de las Cámaras Legislativas, y en particular de la Cámara de Representantes.

⁷ *En la sentencia de 25 de enero 2007, expedientes 3972 y 4025, la Sala afirmó lo siguiente al examinar los fines que se propusieron los Constituyentes de 1968: “En efecto, los reformistas de 1968 introdujeron la expresión “que tenga en exceso sobre los primeros cien mil” en la configuración de la fórmula de distribución de curules en la Cámara de Representantes con el fin de impedir que la aplicación del criterio poblacional -en la forma como tradicionalmente venía haciéndose- condujera, en la práctica, a un resultado distinto del pretendido con la reforma, orientada, más que a otorgar una representación territorial fija, a reducir el número de Representantes que en los siguientes comicios se elegirían con base en el dato poblacional que arrojó el censo nacional de población que para la época era aplicable.*

Ciertamente, consta en tales antecedentes, el rechazo expreso de la aplicación simple o sin condicionamiento alguno del factor poblacional de la fórmula de distribución de curules en la Cámara de Representantes, como quiera que, según se precisó por los reformistas de entonces, en la nueva configuración de esa fórmula “no hay razón alguna en que para la distribución por la población, vuelva a contarse la que muchas veces no es suficiente siquiera para obtener las dos sillas iniciales, si jugara libremente la base (Ponencia elaborada por el Senador Raúl Vásquez Vélez para el primer debate en Senado del texto unificado de los proyectos de reforma constitucional)”.

Estudió luego las razones expuestas por los constituyentes de 1991⁸ en el trámite del texto constitucional que finalmente fue adoptado como artículo 176 y llegó a las siguientes conclusiones:

“...Luego de haber establecido mediante el examen de las Gacetas Constitucionales el origen al interior de la Asamblea Nacional Constituyente, de la norma contenida en el artículo 176 de la Constitución que establece la forma de integración de la Cámara de Representantes, las ponencias referidas a ella y las discusiones que se suscitaron en torno de la misma, resulta claro que su sentido viene dado por las razones que se expusieron amplia y claramente en las ponencias presentadas ante la Comisión Tercera y ante la Plenaria de la Corporación para sustentarlo.

Aunque a lo largo del debate acerca de la forma de integración de las Cámaras Legislativas se formularon diversas iniciativas deben excluirse, para efectos de atribuir sentido al texto aprobado como artículo 176 constitucional, aquellas que proponían una estructura distinta de la bicameral que finalmente fue adoptada, así como las que no tenían en cuenta al tiempo, factores territoriales que garantizaran a los ciudadanos de los departamentos una representación mínima y democráticos para asegurar el trato igual a los ciudadanos de los departamentos en materia de representación política en la Cámara de Representantes, pues fueron estos los que quedaron incorporados en el artículo 176 de la Constitución.

La discusión de la Asamblea Nacional Constituyente sobre composición bicameral del Congreso de la República y de integración de la Cámara de Representantes giró en torno de la ponencia presentada en la Comisión Tercera y en la Plenaria en primer debate, que finalmente resultó adoptada con ligeras modificaciones.

Conforme a dicha iniciativa, no se pretendió con la forma propuesta de composición de la Cámara de Representantes introducir cambios significativos al régimen político vigente antes de la expedición de la Constitución de 1991, sino garantizar la representación de grupos sociales ausentes de la misma, racionalizar el volumen de integrantes de las corporaciones y remover los obstáculos a los principios de proporcionalidad entre número de ciudadanos y representantes a la Cámara que el régimen constitucional colombiano introdujo a la Constitución de 1886 y que otorgaban un tratamiento igualitario a los ciudadanos de todas las circunscripciones territoriales, garantizando, en todo

⁸ Los debates estudiados de la Comisión 3ª de la Asamblea Nacional Constituyente, a quien correspondió el estudio de la estructura, composición y funciones del Congreso constan en las Gacetas Constitucionales Nos. 101 de 18 de junio de 1991, 52 de 17 de abril de 1991, 54 de 27 de abril de 1991, 121 de 23 de agosto de 1991, 83 de 27 de mayo de 1991 y 79 de 22 de mayo de 1991. Los debates de las sesiones plenarias y las publicaciones del articulado aprobado constan en las Gacetas Nos. 109, 112, 113, 114, 116, 120, 125, 127, 131 y 142 de 1991.

caso, una base mínima igual de 2 representantes a los ciudadanos de cada uno de los departamentos.

Se consideró que las bases de proporcionalidad idénticas para todos, se habían roto “por el fraccionamiento de unidades territoriales para formar nuevos departamentos y las normas encaminadas a impedir la disminución del número de congresistas en cada circunscripción a partir de 1930, y para evitar el crecimiento exagerado de integrantes que derivaría de su ajuste al censo Nacional de 1985 se sugirió “suprimir la vinculación forzosa al volumen de miembros elegidos en 1970 como umbral mínimo, y elevar, en consonancia con aquel propósito, la nueva base de población que da lugar a la elección de un representante en adición al número básico asignado a cada una de las circunscripciones, con el fin de acomodarlo a nuestra realidad demográfica contemporánea” y “determinar la cifra de 200 mil habitantes como base para la elección de un representante a partir de los dos asignados por igual a todas las circunscripciones, y el residuo superior a la mitad de esa cifra para la elección de uno más en cualquiera de ellos”.

Los criterios anteriores fueron acogidos, en lo sustancial, por la Plenaria de la Asamblea Nacional Constituyente, pues adoptó reglas de representación de los ciudadanos de todos los departamentos ante la Cámara de Representantes iguales para todos, garantizó que nadie quedara sin representación al señalar que en toda circunscripción territorial se elegirían al menos 2 representantes y aumentó la base poblacional necesaria para asignar representantes adicionales por circunscripción territorial a 250.000 habitantes o fracción superior a 125.000 sobre los primeros 250.000.

La proposición formulada en Comisión Tercera y Plenaria en primer debate y la fórmula que finalmente fue adoptada por la Asamblea Nacional Constituyente imponen la exclusión de los primeros 250.000 habitantes para asignar curules adicionales a las circunscripciones territoriales, por la sencilla razón de que la Asamblea Nacional Constituyente no sólo no quiso eliminar tal disposición que venía rigiendo en el ordenamiento jurídico colombiano, sino que la mantuvo, en lo sustancial, con la misma redacción. En uno y otro caso se explicitó la finalidad de asegurar un mínimo de representatividad a los habitantes de cada una de las circunscripciones electorales a razón, en éste último caso, de un representante por cada 125.000 habitantes, cualquiera fuera el número de pobladores del territorio comprendido en la circunscripción electoral.

Los primeros 250.000 habitantes, que para efectos de elegir representantes adicionales la Constitución ordena excluir, corresponden a los 2 representantes que se asignan a cada circunscripción electoral, sin perjuicio de que en la misma habite un número menor de ciudadanos, porque el señalamiento de dicha cifra obedece al propósito de no dejar sin ese número mínimo de representantes a los ciudadanos que allí habiten. En lo que exceda de la cifra de población mencionada se accede a un

número mayor de representantes a partir de una fracción superior a 125.000 habitantes, excluidos los primeros 250.000 habitantes.

Resultaría absurdo considerar que el Constituyente quiso cambiar el sentido de la disposición examinada con el propósito de aumentar significativamente el número de los representantes a la Cámara, al tiempo que para racionalizar el número de estos aumentó significativamente la base poblacional para asignar representación política en la Cámara a los ciudadanos de las circunscripciones electorales (de 100.000 a 250.000). Ello implicaría asumir que el Constituyente adoptaría, al mismo tiempo, un criterio y su contrario.

La presunta ambigüedad del texto consagrado finalmente como artículo 176 de la Constitución de 1991 carece de sustento jurídico y político. En efecto, cuando la Constitución se refiere al número de Representantes a la Cámara que habrá por cada circunscripción territorial alude al derecho a elegir y ser representados políticamente que tienen los ciudadanos que residen en el territorio de dicha circunscripción, que por una decisión del Constituyente corresponde al territorio del Departamento.

En efecto, de conformidad con el artículo 176 de la Constitución se otorga una representación igual de 2 Representantes a la Cámara a la población que habita en cada uno de los departamentos independientemente del número de habitantes, consecuente con el fundamento filosófico y político del Estado liberal de reconocer a sus ciudadanos la condición de integrantes del soberano a través de sus representantes.

Tampoco debe inducir a error el hecho de que en segundo debate de plenaria se aprobó no el texto aprobado en primer debate sino uno sustitutivo, pues el sustitutivo no difería del aprobado en primer debate en la regulación de la asignación de curules por circunscripciones territoriales sino en la regulación de las circunscripciones especiales.

La pretensión de racionalización del número de los representantes a la Cámara estuvo presente en todas las proposiciones relativas a composición de Cámara de Representantes de distintas maneras y siguió siendo una necesidad, al punto de que el Acto Legislativo No. 3 de 2005 reprodujo la misma norma y se limitó a aumentar las bases de población y a ajustarla para cada vez que se apruebe un nuevo censo no se incremente el número de Representantes a la Cámara...”

En las sentencias de 23 de febrero de 2007, mediante las cuales se decidieron los procesos de nulidad electoral de elecciones de Representantes a la Cámara radicados con los Nos. 3951, 3968, 3982, 3997, 4015, 4016, 4020 y 4021, de una parte, y los números 3972 y 4025, de otra, la Sala precisó los casos en que el

artículo 176 constitucional autoriza asignar curules adicionales a las circunscripciones electorales de Cámara atendiendo la fracción de 125.000 que exceda los primeros 250.000, las cuales concuerdan con las conclusiones transcritas. Los criterios expuestos en los fallos citados en el análisis anterior fueron reiterados por la Sala en las sentencias dictadas el 1º de marzo de 2007 en los procesos de nulidad electoral de elecciones de Representantes a la Cámara radicados con los Nos. 3948 - 3973, de una parte y 4022, de otra.

2.2.1.2. Censo de población que debió considerar el Gobierno para señalar el número de representantes a la Cámara de cada circunscripción territorial en las elecciones de 12 de marzo de 2006.

Sobre el tema la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo en la sentencia dictada el 26 de octubre de 1999 dentro del proceso de nulidad radicado con el No. IJ-007, expuso lo siguiente:

"...En el artículo 54 Transitorio de la Constitución Política se adoptó "para todos los efectos constitucionales y legales, los resultados del censo nacional de población y vivienda realizado el 15 de octubre de 1985." La decisión que se demanda de la Corporación requiere definir la aplicabilidad del censo de población referido para determinar el número de representantes a la cámara a elegir. Las regulaciones legales sobre la formación de los censos en nuestro medio fueron modificadas, en la forma y términos que se refieren a continuación. En la Ley 67 de 1917 se reformaron las Leyes 8 de 1904 y 2 de 1911 y, a su turno, el artículo 11 de la Ley 67 de 1917 fue modificado por el artículo 8 de la Ley 79 de 1993. La Ley 79 de 1993 "Por la cual se regula la realización de los censos de población y vivienda en todo el Territorio Nacional" comprendía la totalidad de disposiciones actualmente vigentes sobre la materia. Muy recientemente, mediante el Decreto Ley 1122 del 26 de junio de 1999, artículo 342, se modificó el artículo 7 de la Ley 79 de 1993. No obstante, este Decreto-Ley fue expedido en ejercicio de las facultades extraordinarias conferidas al Presidente de la República por el artículo 120 - 4 de la Ley 489 de diciembre de 1998, disposición que fue declarada inexecutable, " a partir de la fecha de su promulgación", mediante sentencia No. C - 702 de septiembre 20 de 1999, Exp. D - 2296, de la Corte Constitucional y, en consecuencia, la inexecutable declarada se extiende a aquel y por ello no se puede aplicar. Lo anterior significa que la

"aprobación" del censo por parte del Congreso mediante ley, fue sustituida por la "adopción" del mismo, también por medio de ley".⁹

Como no había sido aprobado por ley el censo electoral de 1993 en la fecha de la elección acusada, es evidente que el número de representantes a la Cámara por cada circunscripción territorial debió calcularse con fundamento en el censo de 1985 como lo ordena el artículo 54 transitorio de la Constitución.

2.2.1.3. El Decreto 4767 de 30 de diciembre de 2005.

Los demandantes afirmaron que el Gobierno Nacional, al expedir el Decreto citado, no asignó al Departamento del Tolima los Congresistas que le correspondían, porque interpretó erradamente el artículo 176 de la Constitución.

Mediante la sentencia dictada en los procesos acumulados 3975 y 4032 el 14 de diciembre de 2006, que hizo tránsito a cosa juzgada, esta Sección denegó prosperidad al cargo de inconstitucionalidad del Decreto 4767 de 2005, lo cual impide dar prosperidad a la excepción de inconstitucionalidad propuesta, pero si se estudiara de fondo en este proceso la misma no prospera por las siguientes razones:

La Sala constató que el Decreto mencionado invocó como su fundamento el artículo 176 de la Constitución y el Acto Legislativo No. 2 de 2005 que regulan la composición de la Cámara de Representantes e indicó que tendría en cuenta los resultados del censo nacional de población y vivienda de 1985, como lo ordena el artículo 54 transitorio de la Constitución, certificados por el DANE; en el artículo 1º de la parte resolutive señaló el número de representantes a la Cámara que se elegirían en las elecciones del 12 de marzo de 2006 en cada departamento y el Distrito Capital de Bogotá y al Departamento del Tolima le asignó seis.

A folios 66 a 68 del cuaderno No. 1 obra copia auténtica del oficio 231 de 16 de febrero de 2006, mediante el cual la Coordinadora del Grupo de Demografía de la Dirección de Censos y Demografía del DANE, informa al señor Roberto Martínez

⁹ *El párrafo citado es, a su turno, una reiteración del criterio expuesto en la sentencia No. C - 702 de septiembre 20 de 1999, Exp. D - 2296, por la Corte Constitucional.*

Dusán la población oficial total de los departamentos del país ajustada por cobertura y que el Departamento del Tolima registró en el censo de 1985, 1.142.220 habitantes y en el censo de 1993, 1.286.078 habitantes. Los mismos datos fueron certificados en el oficio 05176 de 11 de julio de 2002, suscrito por la Directora del DANE y dirigido al Juez Noveno Penal del Circuito de Bogotá en el trámite de una acción de tutela (fs. 160 a 163 ibídem), remitido por la Jefe de la Oficina Asesora Jurídica del DANE mediante oficio de 7 julio de 2006 (f. 159 ibídem). La Coordinadora del Grupo de Banco de Datos de la Dirección de Difusión, Mercadeo y Cultura Estadística certificó igualmente que la población oficial del Tolima que figura en el censo de 1985 es la indicada anteriormente (fs. 160 a 1621 del cuaderno 1B).

Es evidente que el Decreto bajo estudio asignó curules a la circunscripción territorial del Tolima como dispone el artículo 176 de la Constitución y teniendo en cuenta los datos certificados de la población del Departamento según el censo de 1985, pues le asignó las dos curules que le corresponden por igual a todas las circunscripciones y tres adicionales que resultaron de restar a 1.142.220 habitantes los primeros 250.000, y de dividir los 892.220 que quedaron entre 250.000. La fracción que resulta de dicha operación, 142.220, es superior a 125.000 habitantes y ello permite asignarle otra curul adicional.

2.2.1.4. El acto acusado.

A folios 103 a 109 del expediente 3983 y 101 a 109 del expediente 3981 obran, en su orden, copias auténticas del acta general y del acta parcial de escrutinio de votos para Cámara de representantes por la circunscripción del Departamento del Tolima suscritas por los Delegados del Consejo Nacional Electoral el 23 de marzo de 2006, aportadas con las demandas de los procesos mencionados, en las cuales consta que para efectos de calcular el cuociente, umbral, cifra repartidora y declarar la elección correspondiente, se consideró que eran seis los representantes a la Cámara que debían elegirse por dicha circunscripción, número que corresponde al que resulta de aplicar correctamente el artículo 54 transitorio de la Constitución y 176 ibídem; en consecuencia, el cargo en estudio no prospera.

2.2.2. Los demás cargos de las demandas.

Los demandantes sostuvieron que el acto acusado fue motivado falsamente porque se fundó en el artículo 1º del Decreto No. 4767 de 2005 en vez del artículo 176 de la Constitución y que por ello violó dicho artículo, así como los artículos 4º de la Constitución y 9 y 12 de la Ley 153 de 1887 que establecen los principios de legalidad y supremacía de la Constitución y los artículos 3, 5, 40, 99 y 103 constitucionales que establece el derecho del demandante a ser elegido y de los ciudadanos a elegir, a estar representados políticamente y a participar en la vida política, cívica y comunitaria del país.

Los cargos anteriores son infundados, porque están contruidos sobre premisas desvirtuadas en un acápite anterior, esto es, que la interpretación adecuada del artículo 176 de la Constitución es la que propuso el demandante y que el Decreto 4767 de 2005, en cuanto señala el número de representantes a la Cámara por el Departamento del Tolima, es inconstitucional. Por lo tanto, no prosperan.

Afirmó uno de los demandantes que por haberse declarado la elección de un número de representantes a la Cámara inferior a los que corresponden según la Constitución, el acto acusado está viciado de nulidad, porque el numeral 4º del artículo 223 del C. C. A., establece que son nulas las actas de escrutinio cuando se computan con violación del sistema de cuociente electoral adoptado en la Constitución y las leyes.

En la sentencia de 1º de marzo de 2007, expedientes acumulados 3948 y 3973, sostuvo la Sala que *"...para establecer el modo en que los ciudadanos se representan políticamente en las corporaciones públicas la Constitución vigente establece un sistema electoral mixto que, al tiempo, autoriza 1) la aplicación del cuociente electoral en las elecciones de circunscripción especial indígena (artículo 171 ibídem); 2) el sistema de umbral y cifra repartidora para asignar curules de las corporaciones públicas que en el caso de Senado es el 2% de los votos sufragados, y de las demás corporaciones públicas del 50 % del cuociente electoral (artículo 263 ibídem); 3) la aplicación directa de la cifra repartidora en elecciones de miembros de corporaciones públicas cuando ninguna lista supere los umbrales anteriores, y 4) en la circunstancia especial de que en una circunscripción de Cámara sólo se elijan 2 representantes, el sistema de cuociente*

electoral con sujeción a un umbral del 30 % del cuociente electoral (parágrafo transitorio del artículo 263).¹⁰ “

El cargo relacionado con la violación del sistema del cuociente electoral no prospera, porque éste no se aplica a la elección acusada de manera directa sino el sistema de umbral del 50% del cuociente electoral y cifra repartidora que es distinto, aunque deba considerar dicho cuociente. Además, el demandante no cuestiona la forma en que se calculó el cuociente electoral como paso previo para establecer el umbral, sino el hecho de que no se tuvo en cuenta la fórmula que la Constitución señala para establecer el número de representantes de cada circunscripción electoral, y el mismo no se adecua a la causal de nulidad en que pretende encuadrarlo.

Por lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta, oído el concepto de la Procuradora Séptima Delegada ante esta Corporación y en desacuerdo con ella, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

FALLA

PRIMERO. Declárase la nulidad del acto administrativo proferido por los Delegados del Consejo Nacional Electoral en el Departamento del Tolima el 23 de marzo de 2006 y contenido en el acta parcial de escrutinio de votos para Cámara E-26 CR, en cuanto declaró elegido como Representante a la Cámara al señor Iván David Hernández Guzmán. Cáncelase la credencial que lo identifica como Representante a la Cámara por la circunscripción y el periodo señalados.

SEGUNDO. Deniéganse las demás pretensiones de las demandas de los procesos acumulados.

TERCERO. Remítase copia del presente fallo a la Registradora Nacional del Estado Civil y al Ministro del Interior y de Justicia, así como al Presidente de la Cámara de

¹⁰ *Mediante sentencia de 31 de agosto de 2006, expediente No. 3963, la Sección Quinta de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado estableció que el inciso segundo del parágrafo transitorio del artículo 263 de la Constitución que establece este modo de distribución de curules, no tiene carácter transitorio y que fue incluido en dicho parágrafo por un error de técnica legislativa que puede ser constatado al estudiar el trámite de su aprobación.*

Representantes, quien deberá llamar a ocupar el cargo que ocupaba el demandado a quien corresponda, de acuerdo con la Constitución Política y la ley.

COPIESE, NOTIFIQUESE Y CUMPLASE

MARIA NOHEMI HERNANDEZ PINZON SUSANA BUITRAGO VALENCIA
Presidenta

FILEMON JIMENEZ OCHOA
Ausente con excusa

MAURICIO TORRES CUERVO