

INHABILIDAD DE DIPUTADO - Por parentesco con funcionario público que dentro de los 12 meses anteriores a la elección haya ejercido autoridad / INHABILIDAD POR PARENTESCO CON SERVIDOR PUBLICO QUE EJERCE AUTORIDAD - Presupuestos para que se configure / SERVIDOR PUBLICO - Los trabajadores de Comcaja son particulares / INHABILIDAD DE DIPUTADO - Por parentesco con quienes dentro de los 12 meses anteriores a la elección hayan sido representantes legales de entidades que administren tributos, tasas o contribuciones / INHABILIDAD DE DIPUTADO - Compañera permanente de diputado no ostentó calidad de representante legal de Comcaja / COMCAJA - Naturaleza jurídica

En el caso en estudio el asunto jurídico por resolver se centra en determinar si el demandado está incurso en las inhabilidades contenidas en el numeral 5 del artículo 33 de la Ley 617 de 2000. De conformidad con los argumentos planteados por el accionante en los escritos de demanda, alegatos de conclusión y apelación, se entiende que, a su juicio, el demandado está incurso en dos inhabilidades, a saber: i) es compañero permanente de la señora Nancy Paola Sánchez Peña, funcionaria que 12 meses anteriores a la elección del señor Gentil Briceño ejerció autoridad civil y administrativa en el departamento para el cual fue elegido, esto por cuanto aquella ejerció funciones de ordenadora de gasto al servicio de COMCAJA y funciones orientadas a dirigir y controlar la asignación de subsidios de familia y kits escolares a sus afiliados; y, ii) la representación legal de COMCAJA en el departamento del Vaupés está en cabeza del Jefe o Director Departamental, en este caso por la señora Sánchez Peña y al ser COMCAJA una entidad que administra aportes parafiscales se enmarcan dentro de aquellas que menciona la inhabilidad. Para el análisis del cargo, en primer lugar, es necesario determinar que el demandado haya tenido vínculo en este caso por unión permanente con quien haya sido funcionario público. Para la Sala es claro que a pesar de que COMCAJA es una entidad vinculada al Ministerio de Agricultura y que por esa razón la entidad está sujeta al control de tutela por parte del poder ejecutivo, el régimen de sus actos y contratos es el usual entre particulares consagrado en el derecho privado y sus trabajadores son particulares. Así las cosas, no le asiste razón al demandante al afirmar que la señora Nancy Paola Sánchez es funcionaria pública; y, ante la carencia del segundo presupuesto para la configuración de la inhabilidad en estudio (calidad de funcionario público), el cargo no prospera. Respecto de la inhabilidad propuesta por el accionante referente a que la representación legal de COMCAJA en el departamento del Vaupés es ejercida por el Jefe o Director Departamental, en este caso por la señora Sánchez Peña; se tiene que para que se incurra en dicha inhabilidad es necesario que se cumplan los siguientes requisitos: i) que el cónyuge o compañero permanente, en este caso, tenga la representación legal de una entidad que administre tributos o contribuciones; ii) que esa representación legal se haya desarrollado dentro de los 12 meses anteriores a la elección del Diputado; y, iii) que la entidad sea del nivel departamental o de cualquier municipio del departamento. Presupuestos estos que deben concurrir para que se configure la inhabilidad. De acuerdo con los estatutos y el manual de funciones de COMCAJA, la representación legal de COMCAJA recae exclusivamente en su Director Administrativo y no en los Jefes Departamentales como lo argumenta el accionante, por esta razón y al no cumplirse éste requisito, presupuesto para que se presente la inhabilidad en mención, el cargo no prospera.

NOTA DE RELATORIA: Sobre la representación legal de la Caja de Compensación Familiar Campesina, Sentencia de 27 de marzo de 2009, radicación: 2007-00523-01, M.P.: Dra. María Nohemí Hernández Pinzón, Sección Quinta.

FUENTE FORMAL: LEY 617 DE 2000 - ARTICULO 33 NUMERAL 5

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCION QUINTA

Consejero ponente: ALBERTO YEPES BARREIRO

Bogotá, dieciocho (18) de abril de dos mil trece (2013)

Radicación numero: 50001-23-31-000-2011-00692-02

Actor: WILLIAM CRUZ ROJAS

Demandado: DIPUTADO A LA ASAMBLEA DEPARTAMENTAL DEL VAUPES

Surtido el trámite legal correspondiente, procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia que dictó el Tribunal Administrativo del Meta el 22 de agosto de 2012, mediante la cual negó las pretensiones de la demanda.

I. ANTECEDENTES

1. La demanda

1.1. Las pretensiones

El actor, en ejercicio de la acción de nulidad electoral, demandó ante el Tribunal Administrativo del Meta la nulidad del acto de elección del señor Gentil Briceño Sánchez, como Diputado del departamento del Vaupés, contenido en el acta parcial de escrutinio formulario E-26 AS, que declaró la elección de los Diputados de la Asamblea Departamental del Vaupés para el periodo 2012-2015.

El demandante, además de solicitar la declaratoria de nulidad del acto referido en el párrafo anterior, pidió que como consecuencia de esta declaración, se cancelara

“la credencial otorgada al señor Gentil Briceño Sánchez, como Diputado del Departamento del Vaupés, para el periodo 2012-2015”¹.

1.2. Los hechos

La parte actora narró, en síntesis, lo siguiente:

- 1.2.1 El demandado convive desde hace más de 4 años con la señora Nancy Paola Sánchez Peña quien se desempeña desde abril de 2011 como Directora o Jefe Regional Vaupés de la Caja de Compensación Familiar Campesina - COMCAJA.
- 1.2.2 En el ejercicio de sus funciones, la señora Sánchez Peña ejerció autoridad administrativa pues fue ordenadora de gasto al servicio de COMCAJA, entidad que administra recursos parafiscales; y, ofrece subsidios de vivienda y kits escolares a los afiliados de esta entidad.

1.3. Las normas violadas y el concepto de violación

El demandante sostiene que la elección del señor Gentil Briceño Sánchez como Diputado del departamento del Vaupés contravino los artículos 227 y 228 del Decreto 01 de 1984 C.C.A.,² y el numeral 5º del artículo 33 de la Ley 617 de 2000.

En el concepto de violación la parte actora se remite a los textos de las normas invocadas y argumenta que: *i)* la señora Nancy Paola Sánchez Peña al ser trabajadora de COMCAJA, entidad adscrita al Ministerio de Agricultura y por ende es una entidad pública, es servidora pública, además su labor en dicha entidad en especial las relacionadas con el otorgamiento de subsidios de vivienda en el departamento y con la entrega de kits escolares a sus afiliados a pocos días de las elecciones, son situaciones que rompen el equilibrio de aquellas a favor del accionado; y, *ii)* el ser compañero permanente de una persona que represente

¹ Folio 3 del cuaderno principal.

² ARTICULO 227. POSIBILIDAD DE OCURRIR ANTE LA JURISDICCION DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. Podrá cualquier persona ocurrir en demanda directa por la vía jurisdiccional contra los actos de las corporaciones electorales para que se anulen, o se rectifiquen, modifiquen, adicionen o revoquen las resoluciones de esas corporaciones electorales por medio de las cuales se declare indebidamente alguna nulidad, o se computen votos a favor de ciudadanos que constitucional o legalmente no sean elegibles, o se hubiere dejado de computar un registro, o se haya alterado o cambiado el nombre de uno o varios candidatos. ARTICULO 228. NULIDAD DE LA ELECCION Y CANCELACION DE CREDENCIALES. El texto vigente hasta esta fecha es el siguiente:> Cuando un candidato no reúna las condiciones constitucionales o legales para el desempeño de un cargo, fuere inelegible o tuviere algún impedimento para ser elegido, podrá pedirse ante la jurisdicción en lo contencioso administrativo la nulidad de la elección hecha en favor de ese candidato y la cancelación de la respectiva credencial.

legalmente a una entidad que administre tasas, tributos o contribuciones (como es el caso de los aportes parafiscales), en el respectivo departamento, se constituye en causal de inhabilidad para ser elegido como diputado.

1.4. La contestación de la demanda

El señor Gentil Briceño Sánchez, mediante apoderado judicial, se opuso a las pretensiones de la demanda por las razones que se pasan a explicar:

Indicó que para que se configure la causal prevista en el numeral 5º del artículo 33 de la Ley 617 de 2000 es necesario que se determine: *i)* El vínculo del candidato electo con la “*parentela*” que señala la norma, en este caso el cónyuge o compañero permanente; *ii)* Que la “*parentela*”, el cónyuge o compañero permanente hayan sido representantes legales de entidades que administren tributos, tasas o contribuciones; y, *iii)* Que lo anterior hubiere ocurrido dentro de los 12 meses anteriores a la elección.

Sostuvo que el primero de los requisitos debe estar debida e idóneamente probado, lo cual le corresponde a quien ataca el acto de elección, es decir, la parte actora debe demostrar el vínculo que como compañera permanente señala, que existe entre el diputado Gentil Briceño y la señora Nancy Sánchez.

Respecto del segundo presupuesto adujo que no se cumple, pues la disposición es clara al mencionar que las personas que incurran en dicha inhabilidad debieron tener la representación legal de la entidad, la cual debe administrar tributos, tasas o contribuciones; en este sentido, la señora Nancy Paola Sánchez nunca ha representado legalmente a COMCAJA, pues de conformidad con los estatutos de la Caja la representación legal se encuentra únicamente en cabeza del Director Administrativo y no de los Jefes Regionales.

Adicionalmente, mencionó la sentencia de 27 de marzo de 2009 M.P. María Nohemí Hernández Pinzón radicado 2007-523, que determinó que si bien es cierto que las Cajas de Compensación Familiar administran recursos parafiscales, por su estructura, la representación legal solamente la ejerce su Director Administrativo, lo que no puede predicarse de los Jefes Departamentales.

Concluyó que los empleados de COMCAJA son particulares que se rigen por las normas contempladas en el Código Sustantivo de Trabajo, normas que regulan las

relaciones laborales de los particulares y/o trabajadores privados y no de servidores públicos como lo afirma el accionante.

1.5. Alegatos de conclusión en primera instancia

La parte demandada intervino en esta etapa procesal donde reiteró los argumentos expuestos en la contestación a la demanda y adicionó que la Corte Constitucional en sentencia C-508 de 1997 expresó que COMCAJA es una entidad atípica, porque si bien es cierto pertenece a la estructura del Estado, en cuanto a su ley de creación (artículo 73 de la Ley 101 de 1993), la vincula al Ministerio de Agricultura, lo que implica que el control de tutela es realizado por el sector central, pero en todo lo demás se rige por el derecho privado.

En este sentido, si la ley clasificó los trabajadores de COMCAJA como privados, es claro que no se encuentran dentro de la clasificación de servidores públicos, lo cual desvirtúa la posibilidad de ejercer autoridad, pues esta se predica de quienes están investidos de la calidad de servidores públicos.

Por su parte, **el demandante** en su escrito de alegaciones finales reiteró los argumentos expuestos en su escrito de demanda y agregó que el 29 de diciembre de 2011 el Departamento Administrativo de la Función Pública rindió concepto³ en el que analizó una consulta que planteó un caso exactamente igual al debatido; se dijo que COMCAJA es una entidad perteneciente a la Rama Ejecutiva, del orden nacional, descentralizada por servicios, vinculada al Ministerio de Agricultura; y conforme al artículo 123 Constitucional, debe concluirse que los empleados y trabajadores de este tipo de entidades son servidores públicos, y al ser COMCAJA una de aquellas, se entiende que sus trabajadores también son servidores públicos, por lo que solicitó tenerlo en cuenta como parte del alegato.

Expresó que la unión marital de hecho existente entre el demandado y la señora Nancy Paola Sánchez Peña se debe tener como probada debido a la inasistencia del señor Gentil Briceño al interrogatorio de parte programado por el Tribunal, hecho que es susceptible de ser probado mediante confesión y por lo cual se presentó una confesión ficta del mismo. Este hecho también encontró respaldo probatorio en los testimonios rendidos en el proceso, los que fueron enfáticos en señalar que la mencionada pareja convive de manera permanente desde hace

más de cuatro años en Mitú. Adicionalmente, en la hoja de vida de la señora Nancy Paola Sánchez, ésta aceptó convivir en unión libre con el señor Briceño Sánchez.

En este sentido, el primer requisito para la configuración de la inhabilidad se encuentra plenamente demostrado.

Respecto de la naturaleza jurídica de COMCAJA y su representación en el departamento del Vaupés, señaló que el artículo 73 de la Ley 101 de 1993 dispuso que esta entidad pertenece al sector agropecuario y se encuentra vinculada al Ministerio de Agricultura, de esta manera el legislador le otorgó una naturaleza jurídica especial, haciendo de ella una entidad pública diferente de las demás Cajas de Compensación que son de carácter privado. Adujo que la representación de COMCAJA en el departamento del Vaupés es ejercida por el Jefe o Director Departamental tal como se observa en las funciones asignadas en el manual de funciones⁴ y del oficio suscrito por el señor Miguel Mauricio Mejía Rentería donde queda claro que ella es la encargada de ejecutar los recursos de caja menor de la entidad.

En lo relacionado con el ejercicio de autoridad administrativa por parte de la señora Nancy Paola Sánchez, al revisar las funciones ejercidas dentro de la entidad están por ejemplo las de *“dirigir y controlar los procesos administrativos, financieros, de subsidio y comerciales de la departamental. Administrar efectivamente el talento humano asignado a la departamental. Proyectar, ejecutar y controlar el presupuesto anual departamental”*; de esta manera se concluye que ella tiene la posibilidad de influenciar en los electores, toda vez que sujeto a su intervención se encuentra la asignación de cualquier clase de subsidio de la entidad, además que el talento humano de la entidad en la ciudad de Mitú se encuentra a su cargo.

Sobre la administración de tributos, tasas o contribuciones por parte de COMCAJA indicó que las Cajas de Compensación Familiar son entidades privadas que tienen entre sus funciones la de administrar los aportes parafiscales, con fundamento en lo cual otorgan subsidios familiares a sus beneficiarios.

³ Folios 119 a 127 cuaderno principal.

⁴ Folio 18 cuaderno principal.

1.6. El concepto del Ministerio Público en primera instancia

Mediante concepto presentado el 12 de julio de 2012, el Procurador 48 Judicial II Administrativo, solicitó que se negaran las pretensiones de la demanda con fundamento en que el actor hace una equivocada interpretación de la “*extensión*” de las inhabilidades propias de los Diputados, haciéndole generar consecuencias contrarias de las que la norma permite.

Expresó que del manual de funciones y requisitos del cargo ejercido por la señora Nancy Paola Sánchez no se encuentra entre ellas la de representar legalmente a COMCAJA y pese a que existen varias funciones propias del nivel ejecutivo, son funciones que por sí solas no bastan para inferir que quien ejerce el cargo de Jefe Departamental tiene la representación legal de la entidad, pues ésta se ejerce por mandato expreso de un acto jurídico.

Finalmente, evidenció que si el actor no prueba con el documento idóneo que la compañera permanente del demandado ejerció durante los 12 meses anteriores a su elección la función específica de representar legalmente a COMCAJA no pueden prosperar sus pretensiones.

Argumentó que el artículo 22 de los estatutos de COMCAJA indica que la representación legal de la entidad es una función propia del Director Administrativo y no de la Directora o Jefe en el Departamento del Vaupés, en este sentido, las funciones ejercidas por la compañera permanente del Diputado elegido, no lo inhabilitan para su elección; por lo que carece de relevancia discutir si COMCAJA es una entidad sometida al derecho público o privado pues el numeral 5º del artículo 33 de la Ley 617 de 2000 en la parte correspondiente a los administradores de tributos, tasas o contribuciones permite considerar que la inhabilidad se produzca cuando el pariente situado en los grados de consanguinidad o afinidad allí señalados dentro de los 12 meses anteriores a la elección actúa como representante legal y no en una posición distinta.

1.7. El fallo recurrido

El Tribunal Administrativo del Meta dictó sentencia de primera instancia el 22 de agosto de 2012 en la que negó las pretensiones de la demanda.

Indicó que para que se estructure la inhabilidad endilgada es necesario que se verifique la presencia de 3 factores, a saber: 1. Que el señor Gentil Briceño tenga un vínculo de matrimonio o unión permanente con la señora Nancy Paola Sánchez; 2. Que la señora Sánchez Peña haya sido funcionaria en ejercicio de autoridad civil y administrativa en el respectivo departamento, o bien, haya sido representante legal de entidad que administre tributos, tasas o contribuciones; y, 3. Que lo anterior haya ocurrido dentro de los 12 meses anteriores a la elección del señor Gentil Briceño como Diputado del departamento del Vaupés, esto es, antes del 30 de octubre de 2011.

Para acreditar el primer factor se allegaron al proceso testimonios que coincidieron en manifestar que el señor Gentil y la señora Nancy Paola Sánchez conviven de manera permanente desde hace más de tres años; igualmente obra la confesión del demandado de conformidad con la aplicación del artículo 210 del C.P.C. por su no comparecencia a absolver el interrogatorio propuesto, circunstancias que permiten se configure el presupuesto del vínculo de unión permanente entre los dos.

El segundo requisito, indicó, comprende dos situaciones, una relacionada con el hecho de que la señora Nancy Paola Sánchez haya sido funcionaria en ejercicio de autoridad civil, política, administrativa o militar en el respectivo departamento; y la otra referida al evento de que la mencionada ciudadana haya sido representante legal de COMCAJA, entidad que administra tributos, tasas o contribuciones. Como aspecto común para los dos eventos descritos, se requiere acreditar el vínculo laboral de aquella con COMCAJA, comoquiera que esa es la entidad en la que se dice ejerce las atribuciones que inhabilitan la elección de Gentil Briceño como Diputado del Vaupés.

Para acreditar lo anterior hizo alusión a la hoja de vida de la señora Nancy Sánchez remitida por COMCAJA, en la que se observa la suscripción de contratos individuales de trabajo desde el 5 de octubre de 2010 y sus prórrogas y modificaciones; así como los testimonios antes citados que tienen como probado el hecho de la vinculación laboral de ésta a COMCAJA como Jefe Departamental.

Con relación a la primera situación correspondiente al ejercicio de autoridad civil y administrativa en el respectivo departamento, expresó que se observa que tanto de la forma de vinculación laboral como del contenido del artículo 73 de la Ley 101

de 1993, que estableció que el régimen de los actos y contratos de COMCAJA es el usual entre particulares consagrado en el derecho privado, y que sus trabajadores tienen el carácter de particulares; así, la señora Sánchez Peña es una trabajadora particular de COMCAJA.

Arguyó que la sola calidad de trabajadora particular de la señora Nancy Sánchez excluye la estructuración de la causa inhabilitante imputada en el *sub judice* porque la calificación de funcionaria y de ejercicio de autoridad civil y administrativa la otorga el desempeño de un empleo público o el ejercicio de funciones públicas atribuidas de manera expresa a un particular y este no es el caso.

Analizó el segundo evento consistente en que la señora Nancy Paola Sánchez hubiese sido representante legal de COMCAJA, entidad que según las funciones que legalmente le son atribuidas administra tributos, tasas o contribuciones, y concluyó que esta circunstancia tampoco se estructura pues al tenor de lo dispuesto en el artículo 76 de la Ley 101 de 1993, numeral 1º del artículo 55 de la Ley 21 de 1982 y del literal a) del artículo 22 de los estatutos de COMCAJA la representación legal de esta entidad está atribuida de manera exclusiva a su Director Administrativo y no a los Jefes Departamentales, cargo que desempeña la señora Nancy Sánchez en el Vaupés.

Frente a la representación legal, aclaró que ésta se atribuye de forma expresa y no se puede deducir del contenido de otras funciones asignadas, aunque sean del nivel ejecutivo como son las señaladas a la Jefe Departamental según el manual de funciones y requisitos de COMCAJA en el departamento del Vaupés.

Concluyó que al no verificarse alguna de las situaciones descritas, la elección del señor Gentil Briceño Sánchez no se encuentra viciada de nulidad por la causal de inhabilidad endilgada.

1.8. Recurso de Apelación

Dentro de la oportunidad legal, el demandante presentó y sustentó recurso de apelación en contra de la decisión de primera instancia adoptada por el Tribunal Administrativo del Meta.

El escrito de apelación contiene los mismos argumentos que se plantearon en el libelo demandatorio y en los alegatos de conclusión de primera instancia, y adiciona que *“si en gracia de discusión se acepta que la señora Nancy Paola no fuera servidora pública es claro que esta sí es funcionaria de una entidad pública”*, toda vez que al ejercer su cargo como Jefe Departamental de COMCAJA desempeña función pública.

1.9. Alegatos de conclusión en segunda instancia

En esta etapa procesal el demandante guardó silencio y el accionado intervino de forma extemporánea por lo cual sus argumentos no serán tenidos en cuenta.

1.10. El concepto del Ministerio Público en segunda instancia

Mediante concepto presentado el 15 de noviembre de 2012, el Procurador Séptimo Delegado ante el Consejo de Estado solicita a esta Corporación que confirme la decisión de primera instancia con fundamento en que COMCAJA es una entidad creada por ley, con un régimen especial, forma parte de la Rama Ejecutiva del poder público en el orden nacional, integrante del sector agropecuario, pesquero y de desarrollo rural, descentralizada por servicios y vinculada al Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural.

No obstante la naturaleza jurídica de esta entidad, el régimen de sus actos y contratos es el usual entre particulares consagrado en el derecho privado, y sus trabajadores son particulares cuyas relaciones están normadas por el Código Sustantivo del Trabajo, ello, por ser una entidad de naturaleza administrativa atípica.

Sobre la causal endilgada al demandado señaló que su configuración requiere de 4 elementos: 1. Que exista vínculo de matrimonio, unión permanente o de parentesco en el segundo grado de consanguinidad, primero de afinidad o único civil entre el candidato o el Diputado elegido y un funcionario público; 2. Que el funcionario público con quien se presenta el correspondiente vínculo haya ejercido autoridad política, civil o administrativa, en los términos atrás descritos; 3. Que esa autoridad se haya ejercido durante el año anterior a la elección; y, 4. Que esa autoridad se haya ejercido en el respectivo departamento.

El primer requisito no lo estudió pues consideró que el Tribunal dio por establecida la unión permanente alegada en la demanda y sobre este hecho no se controvertió.

Expresó que los funcionarios públicos (sic) son los miembros de Corporaciones Públicas, empleados públicos y trabajadores oficiales, todos los cuales deben cumplir sus funciones en los términos previstos en la Constitución, la ley y el reglamento.

Argumentó que de las pruebas allegadas al plenario se tiene que la señora Nancy Paola Sánchez se encuentra vinculada a COMCAJA mediante contrato individual de trabajo, forma de vinculación que de manera alguna le permite ser considerada empleada o funcionaria pública; no tiene vinculación legal o reglamentaria y no fue designada mediante acto administrativo con su correspondiente posesión.

Señaló que la inhabilidad analizada no puede ser interpretada de una manera amplia, pues estas son de interpretación restrictiva por parte del operador judicial y para efectos de estudiar su configuración no se puede recurrir a criterios hermenéuticos analógicos, ni aproximaciones, es decir, no puede considerarse que el ejercicio de la Jefatura Departamental de COMCAJA le hace perder al trabajador su condición de trabajador privado para darle la connotación de empleado o funcionario público.

II. CONSIDERACIONES DE LA SALA

2.1. Competencia

Los artículos 129 y 132-8 del C.C.A., en concordancia con el artículo 13 del Acuerdo 58 del 15 de septiembre de 1999 -modificado por el artículo 1° del Acuerdo 55 de 5 de agosto de 2003, le asignan a esta Sección el conocimiento en segunda instancia de los procesos de nulidad contra actos de elección de los Diputados a las asambleas departamentales.

2.2. Del caso concreto

En el caso en estudio el asunto jurídico por resolver se centra en determinar si el demandado está incurso en las inhabilidades contenidas en el numeral 5º del artículo 33 de la Ley 617 de 2000⁵, el cual dispone:

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

(...)

5. Quien tenga vínculo por matrimonio, o unión permanente, o de parentesco en tercer grado de consanguinidad, primero de afinidad o único civil, con funcionarios que dentro de los doce (12) meses anteriores a la elección hayan ejercido autoridad civil, política, administrativa o militar en el respectivo departamento; o con quienes dentro del mismo lapso hayan sido representantes legales de entidades que administren tributos, tasas o contribuciones (...).”

De conformidad con los argumentos planteados por el accionante en los escritos de demanda, alegatos de conclusión y apelación, se entiende que, a su juicio, el demandado está incurso en dos inhabilidades, a saber: *i)* es compañero permanente de la señora Nancy Paola Sánchez Peña, funcionaria que 12 meses anteriores a la elección del señor Gentil Briceño ejerció autoridad civil y administrativa en el departamento para el cual fue elegido, esto por cuanto aquella ejerció funciones de ordenadora de gasto al servicio de COMCAJA y funciones orientadas a dirigir y controlar la asignación de subsidios de familia y kits escolares a sus afiliados; y, *ii)* la representación legal de COMCAJA en el departamento del Vaupés está en cabeza del Jefe o Director Departamental, en este caso por la señora Sánchez Peña y al ser COMCAJA una entidad que administra aportes parafiscales se enmarcan dentro de aquellas que menciona la inhabilidad.

2.3. De la inhabilidad por parentesco con funcionarios que dentro de los 12 meses anteriores a la elección hayan ejercido autoridad civil, política, administrativa o militar en el respectivo departamento.

Para que se acredite esta causal de inhabilidad se requiere: **(i)** que se presente un **vínculo** por matrimonio, o unión permanente, o de parentesco en tercer grado de consanguinidad, primero de afinidad o único civil, entre el candidato elegido y el funcionario; **(ii)** que el cónyuge, o en este caso, compañero permanente haya sido funcionario público; **(iii)** que su empleo comporte funciones que impliquen ejercicio de autoridad civil, política, administrativa o militar; **(iv)** que esa autoridad se haya ejercido durante los 12 meses anteriores a la elección del Diputado; y, **(v)** que esa

⁵ “Por la cual se reforma parcialmente la Ley 136 de 1994, el Decreto Extraordinario 1222 de 1986, se adiciona la Ley Orgánica de Presupuesto, el Decreto 1421 de 1993, se dictan otras normas tendientes a fortalecer la descentralización, y se dictan normas para la racionalización del gasto público nacional.”

autoridad se haya ejercido en el respectivo departamento. **Los supuestos enunciados son concurrentes, de modo que si falta alguno de ellos no se configura la inhabilidad.**

Como se ve, para el análisis del cargo, en primer lugar, es necesario determinar que el demandado haya tenido **vínculo** en este caso por unión permanente con quien haya sido funcionario público.

De esta manera en el expediente se encuentra suficientemente probado la unión permanente existente entre el señor Gentil Briceño Sánchez y la señora Nancy Paola Sánchez Peña por las pruebas que se mencionan a continuación:

- Testimonios de los señores Hernando Espinosa Torres, Sebastián Gómez Tatuyo, María Edid Palma Torres y Yulian Antonio González Arango quienes manifiestan conocer al señor Briceño Sánchez y a la señora Sánchez Peña y de los cuales les consta, tienen una relación de convivencia desde hace más de 3 años.⁶
- Hoja de vida de la señora Nancy Paola Sánchez aportada por COMCAJA en la que manifiesta que su estado civil es “unión libre”⁷, y en la información aportada referente a los datos del cónyuge o compañero permanente indica que se trata del señor Gentil Briceño Sánchez.⁸
- Confesión ficta del demandado al no haber asistido a absolver el interrogatorio propuesto por el accionante, de conformidad con el artículo 210 del C.P.C.⁹

Verificada la existencia del primer requisito para la configuración de la causal mencionada, se pasa a estudio de la segunda exigencia, consistente en la calidad de funcionario público del compañero permanente del Diputado elegido.

⁶ Folios 205 a 223 cuaderno principal.

⁷ Folio 84 cuaderno de pruebas.

⁸ Folio 35 cuaderno de pruebas.

⁹ Artículo 210. CONFESION FICTA O PRESUNTA. <Artículo modificado por el artículo 22 de la Ley 794 de 2003. El nuevo texto es el siguiente:> La no comparecencia del citado a la audiencia, la renuencia a responder y las respuestas evasivas, se hará constar en el acta y hará presumir ciertos los hechos susceptibles de prueba de confesión sobre los cuales versen las preguntas asertivas admisibles, contenidas en el interrogatorio escrito. La misma presunción se deducirá, respecto de los hechos de la demanda y de las excepciones de mérito, o de sus contestaciones, cuando no habiendo interrogatorio escrito el citado no comparezca. En ambos casos, el juez hará constar en el acta cuáles son los hechos susceptibles de confesión contenidos en el interrogatorio escrito, en la demanda, las excepciones de mérito, o sus contestaciones, que se presumen ciertos. Si las preguntas no fueren asertivas o el hecho no admitiere prueba de confesión, la no comparecencia, la respuesta evasiva o la negativa a responder, se apreciarán como indicio grave en contra de la parte citada.

Esta Sección en varias ocasiones ha dicho que el concepto de funcionario público “comprende a todos los servidores que prestan servicios a una entidad pública y ejercen las funciones que a éstas corresponden, es decir a los empleados públicos y a los trabajadores oficiales”,¹⁰ pero no a los particulares.

Sobre el punto, el demandante considera que la señora Nancy Paola Sánchez es “servidor público” por cuanto COMCAJA es “una entidad descentralizada vinculada al Ministerio de Agricultura y por disposición del artículo 123 Constitucional, sus funcionarios son servidores públicos”.

Pues bien, corresponde a la Sala efectuar el análisis normativo y jurisprudencial relevante.

En primer lugar el artículo 39 de la Ley 21 de 1982 "Por la cual se modifica el régimen del Subsidio Familiar y Se dictan otras disposiciones" establece:

“Artículo 39. *las Cajas de Compensación Familiar son personas jurídicas de derecho privado sin ánimo de lucro, organizadas como corporaciones en la forma prevista en el Código Civil, cumplen funciones de seguridad social y se hallan sometidas al control y vigilancia del Estado en la forma establecida por la ley.”*

Así mismo, la Ley 101 de 1993 o Ley General de Desarrollo Agropecuario y Pesquero, cuya finalidad es la de proteger el desarrollo de las actividades agropecuarias y pesqueras, y promover el mejoramiento del ingreso y calidad de vida de los productores rurales, en su artículo 73 creó la Caja de Compensación Familiar Campesina e igualmente indicó el régimen de sus actos y diferenciación con el resto de las Cajas de Compensación Familiar, así:

“ARTICULO 73. CREACION DE LA CAJA DE COMPENSACION FAMILIAR CAMPESINA. Crease la Caja de Compensación Familiar Campesina como una corporación de subsidio familiar y como persona jurídica sin ánimo de lucro, perteneciente al sector agropecuario y vinculada al Ministerio de Agricultura. La Corporación se regirá por las normas del Código Civil que regulan esta clase de instituciones, cumplirá funciones de seguridad social y operará en conformidad con las disposiciones legales relativas al subsidio familiar. **El régimen de sus actos y contratos será el usual entre particulares consagrado**

¹⁰ CONSEJO DE ESTADO. SECCION QUINTA. Consejero Ponente: DARIO QUIÑONES PINILLA. 29 de abril de 2005. Radicación número: 11001-03-28-000-2003-00050-01(3182). Actor: RUTH STELLA CORREA PALACIO. Demandado: GOBERNADOR DEL DEPARTAMENTO DEL TOLIMA: “(...) Los empleados públicos como los trabajadores oficiales prestan sus servicios en entidades públicas y ambas clases de servidores pueden ser considerados como funcionarios. Se concluye, entonces, que el concepto de empleado público por regulación constitucional y legal tiene un alcance restringido, pues es una de las categorías de los servidores públicos establecida en el artículo 123 de la Carta Política que, según la ley, son aquellos vinculados a la administración pública mediante una relación legal y reglamentaria. Y, en cambio, el concepto de funcionario es amplio, en cuanto, por lo menos para la rama ejecutiva, no tiene restricción alguna en su ámbito o alcance y, por lo tanto, comprende a todos los servidores que prestan servicios a una entidad pública y ejercen las funciones que a éstas corresponden, es decir a los empleados públicos y a los trabajadores oficiales”

en el derecho privado y sus trabajadores serán particulares.
(Subrayas de la Sala).
(...)."

A su vez la Corte Constitucional en Sentencia C-508 de 1997 expresó:

"Naturaleza jurídica y estructura orgánica de las Cajas de Compensación Familiar.

(...)

Los principales cambios introducidos, consistieron en la Creación de la Caja de Compensación Familiar Campesina, como una corporación de subsidio familiar y persona jurídica sin ánimo de lucro, vinculada al Ministerio de Agricultura y perteneciente al sector agropecuario, regida por las normas del Código Civil al igual que las demás instituciones de esa clase, sometida como ellas a la supervisión y control de la Superintendencia de Subsidio Familiar, pero cuya estructura y organización, determinadas por la ley, difiere en algunos aspectos de la estructura de las restantes cajas de compensación.

(...)

La estructura orgánica de la Caja de compensación que ahora nos ocupa, difiere substancialmente de las demás instituciones de esta índole. En primer lugar, porque a diferencia de ellas está vinculada a un Ministerio, y porque, de conformidad con las normas impugnadas, forman parte de su Consejo Directivo el Ministro de Agricultura y el director de la Caja Agraria (...).

La "vinculación" significa que la entidad está sujeta al control de tutela por parte del poder central, pero que este control es menos fuerte que el que se aplica a las entidades adscritas como lo son los establecimientos públicos y las superintendencias. En la práctica, esto significa que son menos los actos sujetos a aprobación, lo cual es determinado en cada caso por los estatutos de la respectiva entidad o por la normatividad legal. Se sujeta su funcionamiento para algunos efectos a normas de derecho privado, y para otros a normas de derecho público, que se concretan en el concepto de "vinculación administrativa", y que suponen un control especial sobre la entidad, cosa que por lo demás se da en innumerables entidades descentralizadas del Estado. (...)." ¹¹

¹¹ Al respecto ver salvedad de voto de los doctores Carlos Gaviria Díaz y José Gregorio Hernández Galindo. "El artículo 73 acusado dispone que la Caja de Compensación Familiar Campesina "se regirá por las disposiciones del Código Civil" que regulan las corporaciones, entes -a no dudarlo- de estricto carácter privado, nacidos a partir de la libre iniciativa de sus fundadores, en ejercicio de la libertad de asociación. No se ve cómo, sin desconocer ésta, se pueda establecer, como lo hace la misma norma, que pertenecerán al sector agropecuario, para estatuir después que el régimen de sus actos y contratos será "el usual entre particulares" y que sus trabajadores "serán particulares". Al respecto, repárese en que, de acuerdo con la Constitución - artículos 123 y 150, numeral 19, literales e) y f)- el Estado solamente vincula a su servicio de manera permanente empleados públicos y trabajadores oficiales, quienes justamente por ello reciben la denominación genérica de "servidores públicos"; en cuanto están al servicio del Estado y de la comunidad, ejercerán sus funciones en la forma prevista por la Constitución, la ley y el reglamento, y, de conformidad con el artículo 122, "ningún servidor público entrará a ejercer su cargo sin prestar juramento de cumplir y defender la Constitución y desempeñar los deberes que le incumben". En cuanto a los particulares, será la ley la que determine su régimen, pero sobre el supuesto, señalado por el inciso final del artículo 123 de la Constitución, de que "temporalmente desempeñen funciones públicas" (subrayamos). Así las cosas, la normatividad impugnada, en nuestro criterio, no se encuentra ajustada a la Carta, pues de ella surge una contradicción, que es precisamente la que determina su abierta inconstitucionalidad. -O la creada es una entidad pública, y en tal caso no puede regirse íntegramente por el Derecho Privado en todos sus actos y contratos, ni tener el carácter de corporación de origen privado, ni sus trabajadores pueden ser particulares.-O se trata de una entidad privada, evento en el cual es inexequible el acto mismo de su creación, de tipo legal, impuesta a los particulares en virtud del imperio del Estado, contra la libertad de asociación y por fuera del marco trazado por el artículo 150, numeral 7, de la Constitución Política, y son inconstitucionales también las normas que supeditan la aprobación de su presupuesto al voto favorable del Ministro de Agricultura, la que hace depender la designación del Director Administrativo de la anuencia de dicho Ministro y las que integran de una determinada manera (con participación forzosa de servidores públicos) su Consejo Directivo. A nuestro juicio,

De conformidad con el anterior recuento legal y jurisprudencial, para la Sala es claro que a pesar de que COMCAJA es una entidad vinculada al Ministerio de Agricultura y que por esa razón la entidad está sujeta al control de tutela por parte del poder ejecutivo, el régimen de sus actos y contratos es el usual entre particulares consagrado en el derecho privado y **sus trabajadores son particulares.**

Así las cosas, no le asiste razón al demandante al afirmar que la señora Nancy Paola Sánchez es funcionaria pública; y, ante la carencia del segundo presupuesto para la configuración de la inhabilidad en estudio (calidad de funcionario público), el cargo no prospera.

2.4. De la inhabilidad por parentesco con quienes dentro de los 12 meses anteriores a la elección hayan sido representantes legales de entidades que administren tributos, tasas o contribuciones.

Ahora bien, respecto de la inhabilidad propuesta por el accionante referente a que la representación legal de COMCAJA en el departamento del Vaupés es ejercida por el Jefe o Director Departamental, en este caso por la señora Sánchez Peña; se tiene que para que se incurra en dicha inhabilidad es necesario que se cumplan los siguientes requisitos: *i)* que el cónyuge o compañero permanente, en este caso, tenga la representación legal de una entidad que administre tributos o contribuciones; *ii)* que esa representación legal se haya desarrollado dentro de los 12 meses anteriores a la elección del Diputado; y, *iii)* que la entidad sea del nivel departamental o de cualquier municipio del departamento. Presupuestos estos que deben concurrir para que se configure la inhabilidad.

Así las cosas, corresponde a la Sala determinar si el empleo que desempeñó la compañera permanente del demandado en COMCAJA se ajusta a la exigencia prevista por el legislador para la configuración de la inhabilidad, esto es, que haya sido su representante legal.

En primer lugar se advierte que los artículos 10 y 22 de los estatutos¹² de la Caja de Compensación Familiar Campesina estipulan respectivamente:

los trabajadores de la Caja de Compensación Familiar Campesina, a pesar de ser particulares, habrán de desempeñar indudablemente funciones públicas de carácter permanente, pues la propia ley ha asignado a tal entidad el manejo de recursos públicos para la prestación de los servicios que le corresponden, pero como ente oficial y vinculado a un Ministerio, aunque también reciba fondos privados por razón de los aportes del subsidio familiar, además de que se trata de un organismo perteneciente al sector agropecuario (que es un sector público, en cuanto hace parte de la administración), vinculado al Ministerio de Agricultura y cuyo Consejo Directivo preside el Ministro, quien debe aprobar sus presupuestos anuales."

¹² <http://www.comcaja.gov.co/home/files/juridica/ESTATUTOS-COMCAJA-CONSOLIDADOS-FINAL.pdf>

“ARTICULO 10. DIRECCION Y ADMINISTRACION

La Caja de Compensación Familiar Campesina está dirigida y administrada por:

1. *La Asamblea General de Afiliados*
2. *El Consejo Directivo*
3. *El Director Administrativo*

ARTICULO 22o. FUNCIONES DEL DIRECTOR ADMINISTRATIVO. *El Director Administrativo de la Caja tendrá las siguientes funciones:*

1. *Llevar la representación legal de COMCAJA. (...)*”

De la misma manera, dentro del manual de funciones y requisitos ejercidos por el Jefe Departamental establecidos por la entidad no se encuentra como función la de llevar la representación legal de la Caja.¹³

Respecto de la representación legal de la Caja de Compensación Familiar Campesina, esta Sección ha dicho¹⁴:

“Según lo discurrido en el acápite anterior, la representación legal de las Cajas de Compensación Familiar, por virtud de lo dispuesto en el numeral 1º del parágrafo del artículo 50 de la Ley 21 de 1982 (Mod. Ley 31/1984 art. 1), corresponde al Director Administrativo, lo que igualmente ocurre frente a la Caja de Compensación Familiar Campesina (COMCAJA), en atención a lo consagrado en el artículo 73 de la Ley 101 del 23 de diciembre de 1993.

Sin embargo, según la tesis de la parte demandante, que fue acogida en el fallo de primer grado por el Tribunal Administrativo del Magdalena, la representación legal de las Cajas de Compensación Familiar no es exclusiva del Director Administrativo, ya que igualmente se extiende a los Directores Departamentales de dichas Cajas, pese a que ninguna norma jurídica, como se vio, les reconoce ese atributo jurídico.

(...) Al respecto la Doctrina Constitucional ha expuesto:

*“(...) en virtud del principio Pacta Sunt Servanda, las normas de derecho interno deben ser interpretadas de manera que armonicen con las obligaciones internacionales del Estado Colombiano (CP art. 9), tal y como esta Corte lo ha señalado, **entonces entre dos interpretaciones posibles de una norma debe preferirse aquella que armonice con los tratados ratificados por Colombia***¹⁵. Esto es

¹³ Folio 73 cuaderno principal.

¹⁴ Consejo de Estado, Sección Quinta. Consejera Ponente: Maria Nohemí Hernández Pinzón. 27 de marzo de 2009. Radicación No. 47001-23-31-000-2007-00523-01. Actor: Rafael Alejandro Martínez y Otros. Demandado: Concejales del municipio de Santa Marta D.T.H.C.

¹⁵ Ver sentencia C-400 de 1998, fundamentos 40 y 48, y sentencia C-358 de 1997, Fundamento 15.5

*aún más claro en materia de derechos constitucionales, puesto que la Carta expresamente establece que estos deben ser interpretados de conformidad con los tratados ratificados por Colombia (CP art. 93), por lo que **entre dos interpretaciones posibles de una disposición constitucional relativa a derechos de la persona, debe preferirse aquella que mejor armonice con los tratados de derechos humanos, dentro del respeto del principio de favorabilidad o pro hominem, según el cual, deben privilegiarse aquellas hermenéuticas que sean más favorables a la vigencia de los derechos de la persona***¹⁶ (Negrillas fuera del original).

*Así las cosas, tanto por lo dispuesto en la legislación interna, como por los compromisos internacionales asumidos por el Estado Colombiano, no es jurídicamente posible que las causales de inhabilidad consagradas en el artículo 40 numeral 3 de la Ley 617 de 2000 y en el artículo 21 parágrafo 6 de la Ley 789 de 2002, se interpreten extensivamente, **de modo que la representación legal de las Cajas de Compensación Familiar se extienda a los directores departamentales, cuando ninguna disposición jurídica así lo consagra.*** (Negrillas de la Sala).

Y, finalmente la Ley 101 de 1993 con respecto a la representación legal de COMCAJA indica:

*“ARTICULO 76. La Caja de Compensación Familiar Campesina será dirigida y administrada por un Consejo Directivo y un Director Administrativo, **quien será su representante legal.*** (...)

El Director Administrativo será designado por el Consejo Directivo, con el voto favorable del Ministro de Agricultura. (...)”

De esta manera, es claro que la representación legal de COMCAJA recae exclusivamente en su Director Administrativo y no en los Jefes Departamentales como lo argumenta el accionante, por esta razón y al no cumplirse éste requisito, presupuesto para que se presente la inhabilidad en mención, el cargo no prospera.

Con fundamento en las explicaciones que anteceden, se confirmará en su integridad la sentencia apelada.

III. LA DECISION

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

FALLA:

¹⁶ Corte Constitucional, sentencia C-551 de 2003.

Primero. CONFIRMASE el fallo de primera instancia, proferido por el Tribunal Administrativo del Meta el 22 de agosto de 2012.

Segundo. DEVUELVASE al Tribunal de origen para lo de su competencia.

COPIESE, NOTIFIQUESE Y CUMPLASE.

SUSANA BUITRAGO VALENCIA
Presidente

MAURICIO TORRES CUERVO

ALBERTO YEPES BARREIRO