

FUNCION PUBLICA POR PARTICULARES - Alcance / PARTICULARES - Ejercicio de función pública: Alcance

Desde el mismo artículo 123 Superior advirtió el constituyente que el desempeño de funciones públicas puede estar a cargo de los servidores públicos o de los particulares, distinguiéndose los unos de los otros en que, por ejemplo, los servidores públicos lo hacen de manera permanente, en tanto que los particulares lo hacen en forma temporal o transitoria, e igualmente porque dentro de la categoría servidores públicos quedan comprendidos “los miembros de las corporaciones públicas, los empleados y trabajadores del Estado y de sus entidades descentralizadas territorialmente y por servicios”, mientras que los particulares prestan el servicio, con apego a unas precisas funciones públicas que le han sido temporalmente asignadas, como así lo indica el artículo 116 de la Constitución frente a quienes son “investidos transitoriamente de la función de administrar justicia”.

FUENTE FORMAL: CONSTITUCION POLITICA - ARTICULO 1116 / CONSTITUCION POLITICA - ARTICULO 123

EMPLEADO PUBLICO - Características

El empleado público se caracteriza, entre otras cosas, por lo siguiente: Primero, porque su arribo a la administración tiene por fin el cumplimiento de funciones públicas o administrativas; segundo, porque se trata de la prestación personal del servicio; tercero, porque ello sólo es posible a través de una relación legal y reglamentaria, que requiere de una previa designación o nombramiento, seguido de la posesión, donde el empleado debe prestar juramento de cumplir la Constitución y las leyes; cuarto, porque como lo dice la Constitución, deben existir en la planta de personal los respectivos empleos, así su creación sea temporal, con funciones detalladas, y estar asignados los recursos presupuestales que aseguren el pago de los derechos salariales y prestacionales del respectivo empleado (Art. 122); y quinto, porque además de tratarse de una relación marcada por la subordinación y el deber de cumplir las funciones en determinado horario, es preciso que las funciones se cumplan en forma permanente y no transitoria.

FUENTE FORMAL: DECRETO LEY 2400 DE 1968 - ARTICULO 2 / LEY 909 DE 2004 - ARTICULO 1

DEMOCRACIA EXPANSIVA - Participación de particulares en vida económica, política, administrativa y cultural de la Nación / DEMOCRACIA EXPANSIVA - Se manifiesta en participación de

particulares en cuerpos colegiados de entidades públicas / CUERPOS COLEGIADOS DE ENTIDADES PUBLICAS - Participación de particulares

El ordenamiento jurídico ha determinado, in genere, que cuerpos colegiados como consejos, juntas o comisiones, son foros en los que participan tanto autoridades públicas como particulares, dando cabida a los últimos a efecto de desarrollar postulados constitucionales como el de la participación democrática, pues por tratarse allí temas de interés para la comunidad, resulta importante que la misma no sea apartada o marginada de esos escenarios, a efecto de que sus apreciaciones puedan ser consideradas, aprobadas y puestas en práctica. Es por ello que en el artículo 2 de la Constitución Política se consagra como uno de los fines esenciales del Estado el de “facilitar la participación de todos en las decisiones que los afectan y en la vida económica, política, administrativa y cultural de la Nación”, postulado que corresponde a una forma de democracia expansiva, de suerte que la participación en las decisiones de interés general ya no se surte solamente con el ejercicio del derecho al voto, sino que ahora también se cumple con la posibilidad que tienen los particulares, y de contera la sociedad, para conformar los máximos órganos de dirección de las entidades públicas, donde bien pueden incidir en la orientación de las mismas.

ENTIDADES PUBLICAS - Cuerpos colegiados: Conformación con autoridades públicas y particulares. Particulares que los integran cumplen función pública pero no son servidores públicos / CUERPOS COLEGIADOS DE ENTIDADES PUBLICAS - Conformación con autoridades públicas y particulares. Particulares que los integran cumplen función pública pero no son servidores públicos / FUNCION PUBLICA POR PARTICULARES - La cumplen quienes integran cuerpos colegiados de entidades públicas pero no son servidores públicos / UNIVERSIDADES PUBLICAS - Cuerpos colegiados: Conformación con autoridades públicas y particulares / CONSEJO SUPERIOR UNIVERSITARIO - Lo integran funcionarios públicos y particulares / CONSEJO SUPERIOR UNIVERSITARIO - Miembros particulares no adquieren la calidad de empleados públicos / CUERPOS COLEGIADOS DE ENTIDADES PUBLICAS - Son las titulares de las funciones y no sus miembros individualmente / CONSEJO SUPERIOR UNIVERSITARIO - Representante de estudiantes no es empleado público. Calidad de miembro no equivale a empleo público / REPRESENTANTE A LA CAMARA - No ejerció autoridad administrativa por haber sido miembro de consejo superior universitario / AUTORIDAD ADMINISTRATIVA - No la ejercen miembros de consejo superior universitario / CONSEJO SUPERIOR UNIVERSITARIO - Sus miembros no ejercen autoridad administrativa

En el ordenamiento jurídico interno ha perdurado la regla atinente a que cuerpos colegiados como consejos, juntas o comisiones, congregan tanto funcionarios públicos como particulares, e igualmente que los últimos, pese a que cumplen funciones públicas y que por ello asumen las mismas responsabilidades que en general tienen los servidores públicos, no adquieren por ese sólo hecho la condición de empleados públicos. (...) Una vez establecido que el Consejo Superior Universitario lo integran funcionarios públicos y particulares, y que la sola condición de miembro del mismo no da a esas personas la calidad de empleados públicos, es claro para la Sala que el representante de los estudiantes a que se refiere el literal d) del artículo 64 de la Ley 30 de 1992, no es un empleado público, ciertamente porque lo que le permite arribar a ese escenario es el tener matrícula vigente en la universidad. (...) De igual forma, dicho representante tampoco puede tomarse como un empleado público, en atención a que lo ejercido no es un empleo sino una representación, y como tal no es un empleo o cargo que tenga asignadas unas funciones, las cuales, por cierto, son inherentes al Consejo y no a cada uno de sus integrantes. Y, por otra parte, para la Sala la condición de representante estudiantil ante el Consejo Superior Universitario, tampoco puede catalogarse como un empleo público, dado que el estudiante que así actúa no ejerce sus funciones en forma permanente sino transitoria, lo cual ocurre con cada sesión a la que es citado el respectivo órgano. (...) Todo lo dicho permite inferir a la Sala que el doctor Carlos Andrés Amaya Rodríguez fue elegido Representante a la Cámara por Boyacá, sin estar incurso en la causal de inhabilidad prevista en el numeral 2º del artículo 179 de la Constitución, ya que si bien, dentro del año anterior a su elección, hizo parte del Consejo Superior de la UPTC y del Consejo Nacional de Educación Superior (CESU), como representante de los estudiantes, esa calidad no le confiere la de empleado público, ingrediente que por estar ausente en el caso examinado impide configurar la mencionada inhabilidad, y releva a la Sala de continuar con el análisis de los demás componentes de la misma. Por tanto, el cargo no prospera.

NOTA DE RELATORIA: Con relación a que los miembros de cuerpos colegiados de entidades públicas no tienen la calidad de empleados públicos, Consejo de Estado, Sección Quinta, sentencia de 24 de agosto de 2005, Rad. 3171 y sentencia de 18 de febrero de 2010, Rad. 50001233100020070112901.

FUENTE FORMAL: DECRETO LEY 2400 DE 1968 - ARTICULO 3 PARAGRAFO 2 / DECRETO LEY 3130 DE 1968 - ARTICULO 18 / DECRETO 1950 DE 1973 - ARTICULO 5 / DECRETO LEY 1222 DE 1986 - ARTICULO 298 / DECRETO LEY 1333 DE 1986 - ARTICULO 162 / LEY 489 DE 1998 - ARTICULO 74 / LEY 30 DE 1992 - ARTICULO 67

PROCESO ELECTORAL - No procede examen de supuestas faltas disciplinarias o conductas penales del demandado

Los señalamientos atinentes a que el demandado pudo haber utilizado recursos oficiales o su misma condición de integrante del Consejo Superior de la UPTC y del CESU para su campaña política, no pueden ser objeto de estudio en la acción de nulidad electoral, donde sólo se juzga la legalidad de su elección y no la posible comisión de faltas disciplinarias o conductas penales, respecto de las cuales será el actor quien decida si las pone en conocimiento de los órganos de control.

GESTION DE NEGOCIOS - Concepto. Elementos / CONGRESISTA - Inhabilidad por gestión de negocios ante entidades públicas: Concepto. Elementos / CONGRESISTA - Inhabilidad por gestión de negocios ante entidades públicas: No se configura cuando la gestión fue adelantada en calidad de servidor público / REPRESENTANTE A LA CAMARA - Inhabilidad por gestión de negocios ante entidades públicas: Concepto. Elementos / REPRESENTANTE A LA CAMARA - Inhabilidad por gestión de negocios ante entidades públicas: No se configura cuando la gestión fue adelantada en calidad de servidor público / INHABILIDAD DE CONGRESISTA POR GESTION DE NEGOCIOS - No se configura cuando la gestión fue adelantada en calidad de servidor público

Como la causal de inhabilidad, por presunta intervención en gestión de negocios, se predica de un servidor público (representante estudiantil ante el Consejo Superior de la UPTC y ante el CESU), por la eventual incidencia que el ejercicio de sus funciones haya podido tener en la celebración de contratos por parte de la UPTC, debe señalar la Sala, desde ya, que la misma no prosperará porque los supuestos de hecho que se alegan no se ajustan a los fundamentos fácticos requeridos por el numeral 3 del artículo 179 Constitucional para su configuración, según las siguientes razones: En primer lugar, porque la gestión de negocios, en la forma allí concebida, alude a las “diligencias conducentes al logro de un negocio o de un deseo cualquiera”, inspiradas en un fin lucrativo o económico, del que pueda derivarse un provecho, que de ninguna manera puede predicarse del representante estudiantil por el ejercicio de sus funciones como integrante del Consejo Superior de la UPTC o del CESU. En segundo lugar, porque la gestión de negocios, para que inhabilite, debe cumplirse “en interés propio, o en el de terceros”, lo que por supuesto tampoco se puede atribuir a los servidores públicos en el cumplimiento de sus funciones. Es preciso recordar que la función administrativa siempre sirve a los intereses de todos, postulado así consagrado en el artículo 209 Superior al señalar que la misma “está al servicio de los intereses generales”, los que por antonomasia se conciben en

sentido opuesto a los intereses particulares que menciona la causal de inhabilidad. En tercer lugar, porque la gestión de negocios debe presentarse por la actuación del demandado “ante entidades públicas”, lo que unido a los intereses gestionados (particulares), fácilmente permite concluir que ello no es posible si el hecho alegado corresponde al ejercicio de funciones públicas, debido a que allí obra el demandado como servidor público, esto es como agente de la misma administración, de suerte que no está ante ella, sino que cuando menos hace parte de la misma, si no es que lleva su representación. Y, en cuarto lugar, porque existen claros y coherentes precedentes jurisprudenciales de esta Sección que determinan que bajo estas circunstancias no se configura la inhabilidad por intervención en gestión de negocios, cuando las conductas inhabilitantes surgen del ejercicio de funciones administrativas.

NOTA DE RELATORIA: Con relación a que la inhabilidad por gestión de negocios ante entidades públicas no se configura cuando se realiza en calidad de servidor público, Consejo de Estado, Sección Quinta, sentencia de 17 de marzo de 2005, Rad. 3481, sentencia de 3 de septiembre de 1998, Rad. 1954, sentencia de 11 de febrero de 1999, Rad. 2143, sentencia de 24 de agosto de 2001, Rad. 2583, sentencia de 4 de agosto de 2005, Rad. 3628 y sentencia de 14 de noviembre de 2008, Rad. 73001233100020070071001.

FUENTE FORMAL: CONSTITUCION POLITICA - ARTICULO 179 NUMERAL 3

CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCIÓN QUINTA

Consejera Ponente: *MARÍA NOHEMÍ HERNÁNDEZ PINZÓN*

Bogotá D.C., cuatro (4) de marzo de dos mil once (2011)

Expediente: **110010328000201000040-00**

Demandante: **Ana María Ángel Castaño**

Demandado: **Representante por Boyacá – Dr. Carlos Andrés Amaya Rodríguez**

Proceso: **Electoral – Fallo Única Instancia**

Agotados los trámites correspondientes profiere la Sala sentencia de única instancia en el proceso de la referencia.

I.- LA DEMANDA

1.- Las Pretensiones

Con la demanda se pidió:

*“1°.- Que es nula la Resolución Nro. 1490 Del (sic) 6 de julio de 2010 y sus anexos, por medio de la cual el Consejo Nacional Electoral, declara la elección de **CARLOS ANDRÉS AMAYA RODRÍGUEZ** como Representante a la Cámara por la Circunscripción territorial de Boyacá, en las elecciones del 14 de marzo de 2010, para el periodo 2010-2014, como consta en las Actas de Escrutinio General y parcial cuyas copias autenticas (sic) adjunto Y LAS QUE FUERON DEBIDAMENTE NOTIFICADAS EL 06 de julio de 2010.*

*2°.- Que como consecuencia de la declaración precedente, se ordene la cancelación de la credencial del señor **CARLOS ANDRÉS AMAYA RODRÍGUEZ** por no reunir las condiciones que exige la ley y la constitución.*

*3°.- Que como consecuencia de la declaración de nulidad solicitada en el numeral 1°. De (sic) estas pretensiones, el cargo de Representante a la Cámara para el periodo 2010-2014 deberá ser ocupado por el **Dr. FABIO TADEO BUSTOS BALLESTEROS**, según renglón de la lista respectiva, para lo cual deberá expedirse la credencial correspondiente.*

*4°.- Se declare la Suspensión Provisional del acto administrativo electoral por el cual se declara la elección como Representante a la Cámara para el periodo 2010-2014, a **CARLOS ANDRÉS AMAYA RODRÍGUEZ**, en el momento de admitir la demanda.*

5°.- Que se ordene comunicar la respectiva sentencia al señor Ministro del Interior y a la Cámara de Representantes para lo de su cargo.

6º.- Que se condene en costas al señor CARLOS ANDRÉS AMAYA RODRÍGUEZ.”

2.- Soporte Fático

Con los hechos de la demanda se afirma que:

- 1.- El 14 de marzo de 2010 se realizó la elección del Congreso de la República, período 2010-2014.
- 2.- En dicha jornada fue elegido Representante a la Cámara por Boyacá el doctor Carlos Andrés Amaya Rodríguez.
- 3.- Así lo declaró la Comisión Escrutadora para ese departamento.
- 4.- Las Actas Parcial de Escrutinio y General de Escrutinio se fecharon el 14 y 21 de marzo de 2010, respectivamente.
- 5.- Con Resolución No. 1366 del 26 de junio de 2010 culminó la revisión de los escrutinios de Cámara de Representantes por Boyacá, disponiéndose la exclusión de una mesa de votación, hacer las correcciones del caso y generar los actos requeridos para declarar la elección, el cual causó ejecutoria, pues con Resolución No. 1440 del 1º de julio de 2010 se negaron las reposiciones.
- 6.- El demandado estaba inhabilitado para ser elegido congresista, según lo dispuesto en los numerales 2 y 3 del artículo 179 de la Constitución.

3.- Normas violadas y concepto de violación

Luego de recalcar algunas de las características de la Universidad Pedagógica y Tecnológica de Colombia (UPTC), señaló el demandante que según el artículo 7 del Acuerdo 120 de 1993 el Consejo Superior es su máximo órgano de dirección y gobierno, integrado, entre otros, por un representante estudiantil, el cual a través de sus funciones administrativas puede subordinar a sus diferentes estamentos. Insiste en que según lo previsto en el artículo 65 de la Ley 30 de 1992 y en el artículo 15 del Acuerdo 120 de 1993, ese Consejo cumple funciones administrativas, así quien las ejecute sea el rector, motivo por el cual el demandado, en su condición de representante estudiantil, *“ejerció como particular funciones públicas de autoridad, lo que implica la posibilidad de ejercer influencia en beneficio personal”*, la que según el actor, efectivamente empleó para incidir en el electorado, ya que su campaña política la basó en su membresía al Consejo Nacional de Educación Superior (CESU) y a la Federación Nacional de Representantes Estudiantiles de Educación Superior (FENARES).

Agregó que la misma condición le permitió reportar beneficios económicos de la UPTC, tales como honorarios, y participar en la toma de decisiones administrativas que favorecieron su candidatura, con lo cual se quebrantó el principio de igualdad. Esas atribuciones las ejerció dentro de los 12 meses anteriores a su elección y sólo renunció a su calidad de representante estudiantil días antes de posesionarse como congresista.

Consideró que el demandado debió ejercer su derecho fundamental a ser elegido sin menoscabar derechos de terceros, en particular de los otros candidatos, para lo cual debió adoptar las medidas necesarias (que no identifica), omisión que constituye, para el actor, la omisión de un deber legal, que lo lleva a responder ante la comunidad boyacense y ante sus contendores políticos.

Del desempeño de esas funciones también concluyó el actor que el doctor Carlos Andrés Amaya Rodríguez, intervino en gestión de negocios porque ello lo *“llevo*

(sic) a aprobar la suscripción de convenios y contratos con entes de índole departamental, dentro de la circunscripción en donde se dio la votación que le favoreció para conformar el órgano legislativo del País”. Lo dicho configura, según el demandante, las causales de inhabilidad establecidas en los numerales 2 y 3 del artículo 179 de la Constitución, y las causales de nulidad de los artículos 223.5 y 228 del C.C.A., ya que las pruebas evidencian que aquél no era elegible, que le restó libertad al voto, influenció el electorado y destinó indebidamente los recursos del Estado hacia su campaña política.

4.- Suspensión Provisional

Como se vio, dentro de las pretensiones solicitó el actor la suspensión provisional del acto acusado, la cual se negó con auto del 12 de agosto de 2010, mediante la cual se admitió la demanda.

II.- LA CONTESTACIÓN

El apoderado del demandado se opuso a lo pretendido y en cuanto a los hechos admitió como ciertos el primero, el segundo y el tercero, pidió prueba para el cuarto y quinto, y los demás no los consideró como fundamentos fácticos.

En cuanto a la causal de inhabilidad del numeral 2 del artículo 179 de la Constitución, fundada en que por ser miembro el demandado del Consejo Superior de la UPTC, del Consejo Nacional de Educación Superior y de la Federación Nacional de Representantes Estudiantiles de Educación Superior, ejerció autoridad administrativa con anterioridad a su elección, sostuvo el apoderado, luego de hacer

un análisis sobre las distintas categorías de servidores públicos, establecidas en los artículos 134, 258, 260, 263 y 291 de la Constitución, y en los artículos 1 de la Ley 909 de 2004 y 2 del Decreto 2400 de 1968, que la condición de empleado público surge de una relación legal y reglamentaria, precedida de nombramiento o elección, para ocupar un empleo de la planta de personal, provisto de funciones y asignación presupuestal, del cual debe tomarse posesión luego del juramento de rigor. Dentro de la misma categoría están, según el artículo 123 Constitucional, quienes prestan servicios ocasionales al Estado, sin pertenecer a sus cuadros permanentes.

De igual forma señaló que según lo dispuesto en el artículo 18 del derogado Decreto 3130 de 1968, y en el artículo 74 de la Ley 489 de 1998 que derogó el anterior, se dispuso que los miembros de las juntas o consejos no adquieren, por ese sólo hecho, la calidad de empleados públicos, lo que igual ocurre frente a las universidades estatales, donde por virtud del artículo 67 de la Ley 30 de 1992 se hace saber que no todos los integrantes de los Consejos Superiores o Consejos Directivos tienen la aludida condición.

Agregó que el demandado fue elegido representante estudiantil ante el Consejo Superior de la UPTC, mediante Resolución rectoral No. 1984 del 26 de marzo de 2009, y que por su condición de estudiante (Acuerdo 066/2055 Arts. 8 y 10), debe considerársele como un particular en ejercicio de funciones administrativas, ya que su vínculo con la universidad no es legal y reglamentario sino “*contractual y académico*”. Así, para el apoderado la inhabilidad no se configura porque el accionado, como miembro de los mencionados cuerpos colegiados, no tuvo la calidad de empleado público.

Para el apoderado tampoco se configura la misma inhabilidad, porque si bien el Consejo Superior de la UPTC es el máximo órgano de dirección y gobierno, la autoridad que ese órgano tiene sólo se predica del mismo y no de sus integrantes,

en particular del representante estudiantil. Menos aún puede darse esa hipótesis por la pertenencia del demandado al Consejo Nacional de Educación Superior (CESU), porque sus funciones son de planificación, asesoría, coordinación y recomendación frente al Ministerio de Educación Nacional, desprovistas de cualquier autoridad administrativa pues con el Decreto 4675 del 28 de diciembre de 2006, el Presidente de la República lo catalogó como órgano de asesoría y coordinación sectorial. Y, por su membresía a la Federación Nacional de Representantes Estudiantiles de Educación Superior (FENARES), tampoco hay inhabilidad, por tratarse de una entidad sin ánimo de lucro, de naturaleza privada.

Y, en cuanto a la causal de inhabilidad del numeral 3 del artículo 179 de la Constitución, apoyada en que su por su misma condición de integrante del Consejo Superior de la UPTC, del Consejo Nacional de Educación Superior (CESU) y de la Federación Nacional de Representantes Estudiantiles de Educación Superior (FENARES), intervino en gestión de negocios, adujo el apoderado que no puede prosperar porque se presentó de manera vaga e imprecisa, ya que no se le indicó al demandado en cuales negocios intervino. Además, no puede tomarse como gestión de negocios el pago de honorarios que le hizo la UPTC, ni apoyarse dicha causal en los contratos 1676 de 2009 y 1270 de 2009 celebrados por la misma universidad, al no ser cierto que participó en los mismos, frente a lo cual nada se prueba; y por último, las posibles gestiones que eventualmente haya podido adelantar el demandado desde su posición como representante estudiantil, no llevan a configurar la inhabilidad, porque no actúa en interés propio o de terceros, sino en pro del interés general, como cualquier servidor público.

III.- ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Sostuvo la demandante que el derecho fundamental a ser elegido puede ser restringido por las causales de inhabilidad o inelegibilidad, cuando se vulnera la libertad del elector o la igualdad de los candidatos. Luego, tras citar apartes de las sentencias C-589 de 1997 y C-053 de 1998 de la Corte Constitucional, sobre la autonomía universitaria, señaló que con la Ley 30 de 1992 se estableció, entre otras cosas, que la dirección de las universidades estatales está a cargo del Consejo Superior Universitario, resaltando para ello sus funciones; e igualmente que por las funciones públicas desempeñadas por sus integrantes, son responsables de sus decisiones, deben cumplirlas acorde con los principios del artículo 209 Constitucional, les confieren poder de mando, facultad decisoria y dirección de la función administrativa, y todo ello se enmarca dentro del concepto de gestión fiscal *“como elaborar sus propios presupuestos, administrar sus recursos y bienes propios y recaudar recursos del público”*.

Agregó que los miembros del Consejo Superior Universitario que no tienen la calidad de empleados públicos, sí son responsables por la comisión de delitos contra la administración pública y por la realización de conductas disciplinables; y que si bien el ordenamiento jurídico permite la participación de los particulares en el cumplimiento de funciones públicas, ello no lo desliga de las responsabilidades atribuibles a los empleados públicos, ni les resta la autoridad estatal ni las prerrogativas derivadas del poder público. Termina diciendo, en esta parte, que el doctor Amaya Rodríguez ejerció autoridad administrativa dentro de los 12 meses anteriores a su elección como Representante a la Cámara por Boyacá, dada su condición de representante estudiantil del Consejo Superior de la UPTC, aunado a ello que luego de su elección continuó integrando el CESU, olvidando que se trataba de un particular con funciones públicas, responsable ante la comunidad.

Señaló que en la situación del demandado, en tanto integrante del Consejo Superior de la UPTC, se presentaron dos circunstancias importantes:

“...responsabilidad intuito personae, de cada uno de ellos en el poder de mando, facultad decisoria y dirección de asuntos propios de la función administrativa que se dirigen a la toma de la decisión por parte del cuerpo colegiado tendiente al funcionamiento del aparato administrativo del ente universitario y en segundo lugar el hecho que aquellas decisiones generalmente tienen que ver con la gestión en beneficio de la entidad de educación superior autónoma, UPTC, pues conforme a sus funciones previstas en el artículo 65 de la Ley 30 de 1992, regladas en el artículo 15 del Acuerdo 120 de 1993, al cumplir funciones de dirección administrativa, define las políticas generales de la institución y en particular las relacionadas con los aspectos académico, administrativo, contractuales, presupuestales, etc.; también porque concede comisiones de acuerdo con la ley, autoriza al rector para celebrar contratos, fija los derechos de matrícula, impone sanciones disciplinarias, expide las plantas de personal de la institución, etc.” (Lo resaltado es del original)

Enseguida, y con el ánimo de demostrar la finalidad del régimen de inhabilidades e incompatibilidades, citó lo que al efecto se discutió en la Asamblea Nacional Constituyente, al igual que lo dicho por esta Sección en el fallo de febrero 28 de 2002 (Expediente 2809), y lo consignado por el Procurador General de la Nación en su directiva unificada No. 3 de 2005, mediante la cual se prevenía sobre la posibilidad de que particulares con funciones públicas pudieran intervenir indebidamente en los procesos electorales. Así, todo ello, dice la demandante, le impedía al doctor Amaya Rodríguez *“participar en la actividad política electoral del 2010, cualquiera que hubiera sido su aporte”*.

Afirma que el 16 de marzo de 2010, luego de la elección, el demandado participó en una reunión del CESU, tratando problemas inherentes a la educación pública, y que bajo esa condición ha debido reconocer las consecuencias de sus actuaciones como consejero, las que por cierto tienen incidencia en las instituciones y en el pueblo. De igual modo que aquél recibió honorarios por su asistencia a las sesiones del Consejo Superior Universitario y por su desplazamiento a otros lugares donde funciona ese Consejo, y que por su gestión se firmaron convenios y contratos, aunque no precisa cuales.

Sostiene igualmente que el doctor Amaya Rodríguez, como integrante del Consejo Superior de la UPTC y del CESU “*efectuó actividad tendiente a la consecución de asuntos del que derivaría lucro o un beneficio cualquiera, dentro del año anterior a su elección*”, dada su intervención en gestión ante entidades públicas del nivel departamental. Termina diciendo que “*cualquier gestión o actividad realizada*” por el demandado ante entidades departamentales, incluso nacionales, en procura de un beneficio propio o de un tercero, configura la inhabilidad alegada, ya que con dicho régimen se busca proteger el derecho a la igualdad, y evitar indebidas ventajas electorales.

El apoderado judicial del demandado presentó alegatos de conclusión en forma extemporánea, ya que su escrito lo radicó el 8 de octubre de 2010 (fls. 631 a 633), y el término para ello transcurrió entre el 30 de septiembre y el 6 de octubre de 2010, según constancia secretarial visible a folio 591.

IV.- CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO

El Procurador 7º Delegado ante el Consejo de Estado conceptuó que las pretensiones de la demanda debían negarse, por lo siguiente:

En lo que respecta al primer cargo, basado en que el demandado incurrió en la inhabilidad del numeral 2 del artículo 179 de la Constitución, por haber actuado como miembro del Consejo Superior de la UPTC, partió por recordar que en estos procesos, donde está en juego el derecho fundamental a participar en el ejercicio del poder político, la regla de interpretación debe ser favorable al demandado, sin que puedan acogerse lecturas extensivas o analógicas. Luego precisó los elementos requeridos para configurar la causal, recalcando el alusivo a que el ejercicio de jurisdicción o de autoridad ha debido serlo en la condición de empleado público,

cuya prueba recae necesariamente en el actor y que por supuesto no puede inferirse.

Luego de recordar que los empleados públicos lo son por su vinculación con la administración mediante una relación legal y reglamentaria, precisó que en esa categoría se incluyen los empleos señalados en los artículos 2 del Decreto 1848 de 1969, 3 del Decreto 1950 de 1973 y 1º de la Ley 909 de 2004. Así, afirmó enseguida que al plenario no se aportó prueba alguna que evidenciara que el demandado tuvo la calidad de empleado público o que haya desempeñado funciones públicas dentro del año anterior a su elección; y que según lo normado en el artículo 74 de la Ley 489 de 1998, el sólo integrar los consejos directivos de los establecimientos públicos no confiere la calidad de empleado público.

Y, sobre la percepción de honorarios por el demandado como integrante del Consejo Superior de la UPTC, sostuvo que ello, per se, no le confiere la calidad de empleado público, condición que únicamente se tiene *“en la medida que se ha sido vinculado al servicio a través de una relación legal y reglamentaria, lo que impone una designación para el destino y una posesión en el mismo, lo cual no acontece en el asunto objeto de estudio”*.

Respecto al segundo cargo, apoyado en que el demandado fue elegido congresista a pesar de estar incurso en la 3ª causal de inhabilidad del artículo 179 Constitucional, por su presunta participación en la gestión y aprobación de convenios y contratos, dijo el agente del Ministerio Público:

“...que en el caso ahora sometido a examen la causal de inhabilidad del numeral 3º del artículo 179 no se configura, la gestión de negocios que se dice le inhabilita como tampoco está demostrado que celebró contrato en interés propio o de terceros dentro de los seis (6) meses anteriores a la elección. (sic)

En consideración de esta Agencia del Ministerio Público la intervención del señor Amaya Rodríguez en los debates que se suscitan al interior del

órgano de administración colegiado al cual pertenece no son constitutivas de la gestión de negocios que es inhabilitante, ese actuar es propio del rol funcional de este órgano corporativo en el que se debaten políticas de manejo de la institución educativa, administrativas y de planeación, organizacionales, financieras, de planeación, etc..., que se realizan por mandato de ley.”

Por último, desestimó la configuración de la causal de nulidad contemplada en el numeral 5º del artículo 223 del C.C.A.

III.- TRÁMITE DE INSTANCIA

Con auto del 12 de agosto de 2010 se admitió la demanda y allí mismo, además de ordenarse las correspondientes notificaciones, se negó la suspensión provisional del acto acusado. Efectuadas las notificaciones, contestada la demanda por el apoderado del elegido y recibida la intervención del tercero Arleys Cuesta Simanca, aunque esta última en forma extemporánea, se profirió el auto del 14 de septiembre de 2010, decretando las pruebas pedidas por las partes. Luego de lo anterior, y como no hubo pruebas que recaudar, se dictó el auto del 24 de septiembre de 2010, corriendo traslado para alegar y ordenando la entrega del proceso al agente del Ministerio Público para que rindiera concepto de fondo. Presentados los alegatos y emitido el concepto por cuenta de dicho funcionario, ingresó el proceso al Despacho para dictar fallo de única instancia, el cual resulta procedente por la inexistencia de causales de nulidad procesal.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

1.- Competencia

La competencia de esta Corporación para conocer de esta acción electoral está fijada por lo dispuesto en el artículo 128 del C.C.A., modificado por el Decreto 597 de 1988 artículo 2 y por la Ley 446 de 1998, artículo 36; al igual que por lo normado en el Acuerdo 55 del 5 de Agosto de 2003 expedido por la Sala Plena del Consejo de Estado.

2.- De la Prueba del Acto de Elección Acusado

La elección del doctor CARLOS ANDRÉS AMAYA RODRÍGUEZ como Representante a la Cámara por el departamento de Boyacá, para el período constitucional 2010-2014, se probó con copia auténtica de la Resolución No. 1490 del 6 de julio de 2010, expedida por el Consejo Nacional Electoral.¹

3.- Problema Jurídico

En esta oportunidad debe la Sala juzgar la legalidad presunta de la elección del doctor Carlos Andrés Amaya Rodríguez, como Representante a la Cámara por la circunscripción electoral del departamento de Boyacá, período 2010-2014, frente a quien afirma el actor que fue elegido estando incurso en las causales de inhabilidad previstas en los numerales 2 y 3 del artículo 179 de la Constitución, por supuesto ejercicio de autoridad administrativa e intervención en gestión de negocios, derivados esos señalamientos de su condición de integrante del Consejo Superior de la UPTC, como representante estudiantil, que a su vez le permitió conformar el Consejo Nacional de Educación Superior (CESU) y la Federación Nacional de Representantes Estudiantiles de Educación Superior (FENARES), lo cual tuvo lugar dentro del año anterior a su elección.

¹ Cuaderno 1 folios 132 a 137.

La defensa, por su parte, se opuso a la nulidad deprecada alegando que ninguna de las inhabilidades se configuraba, en razón a que la condición de representante estudiantil no confiere la calidad de empleado público ni provee a ese estudiante de autoridad administrativa, y porque el ejercicio de esas funciones no puede interpretarse como la realización de gestión de negocios, en los precisos términos que trata la señalada inhabilidad.

Así, la Sala se ocupará de valorar cada una de las tesis jurídicas, con miras a determinar si el demandado fue elegido estando incurso o no, en las inhabilidades que se le imputan.

4.- CARGO PRIMERO.- Del ejercicio de autoridad administrativa por parte del demandado como integrante del Consejo Superior de la UPTC, del CESU y de FENARE\$

Sostiene la ciudadana Ana María Ángel Castaño que la elección del doctor Carlos Andrés Amaya Rodríguez, como Representante a la Cámara por Boyacá (2010-2014), está viciada de nulidad porque se produjo a pesar de que él estaba incurso en la causal de inhabilidad prevista en el numeral 2 del artículo 179 de la Constitución Política, cuya tenor literal dice:

“Artículo 179.- No podrán ser congresistas:

1.- (...)

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. (...)”

Así lo afirma, pues entiende que ejerció autoridad administrativa por haberse desempeñado dentro del año anterior a su elección como representante estudiantil ante el Consejo Superior de la UPTC, y como integrante del Consejo Nacional de Educación Superior (CESU), y de la Federación Nacional de Representantes Estudiantiles de Educación Superior (FENARES). En concreto, porque al ser el Consejo Superior Universitario el máximo órgano de dirección y gobierno de la universidad, desde allí el demandado subordinó a los demás estamentos de la universidad; e igualmente porque invocó esa calidad durante su campaña electoral, percibió beneficios económicos de la universidad, tales como los honorarios que le fueron pagados, y participó en la toma de decisiones trascendentales. Todo ello, concluyó la accionante, afectó el principio de igualdad que debe reinar en las justas electorales, sin que el demandado haya adoptado medida alguna para evitarlo.

Antes de hacer cualquier valoración jurídica frente al cargo examinado, observa la Sala que en efecto se probó que el doctor Carlos Andrés Amaya Rodríguez fue elegido representante de los estudiantes ante el Consejo Superior de la UPTC, mediante Resolución No. 1984 del 26 de marzo de 2009², expedida por su Rector, para un período de 2 años, que se posesionó del cargo en la sesión del Consejo Superior de la UPTC efectuada el 3 de abril de 2009, recogida en Acta No. 03 de la misma fecha³, y que según certificación S.C.S. 045 del 18 de marzo de 2010⁴, expedida por el Secretario General de dicho Consejo, para ésta fecha aún se desempeñaba como representante estudiantil.

En cuanto a su condición de miembro del Consejo Nacional de Educación Superior (CESU), y de la Federación Nacional de Representantes Estudiantiles de Educación Superior (FENARES), advierte la Sala que si bien no existe dentro del plenario una

² Cuaderno 1 folios 138 a 141.

³ Cuaderno 1 folios 315 a 327.

⁴ Cuaderno 1 folio 142.

prueba directa de su designación, sí se cuenta con medios de prueba que indirectamente dan cuenta de ello, no tachados de falsedad, como son el oficio dirigido por el propio demandado, en calidad de representante estudiantil ante el Consejo Superior de la UPTC, al Rector de la misma el 2 de abril de 2009, solicitando colaboración económica para asistir a reuniones de esas entidades⁵, una certificación firmada por el mismo doctor Amaya Rodríguez en calidad de presidente de FENARES, por un evento cumplido en esta ciudad durante los días 6, 7 y 8 de abril de 2009⁶, y algunos comprobantes de pago de honorarios al demandado por parte del Tesorero General de la UPTC, debido a su participación en reuniones de FENARES⁷.

Y, en cuanto a la naturaleza jurídica de cada una de esas entidades se tiene que la UPTC “*es un ente universitario autónomo, de carácter nacional, estatal y público*”⁸; que el Consejo Nacional de Educación Superior (CESU) es de origen público, ya que fue creado mediante la Ley 30 del 28 de diciembre de 1992 “*Por la cual se organiza el servicio público de la Educación Superior*”, donde se le concibió “*como organismo del Gobierno Nacional vinculado al Ministerio de Educación Nacional, con funciones de coordinación, planificación, recomendación y asesoría*” (Art. 34), y en el que actúa como uno de sus integrantes “*Un estudiante de los últimos años de universidad*” (Art. 35 lit. m); y que frente a la Federación Nacional de Representantes Estudiantiles de Educación Superior (FENARES), que no es un organismo de naturaleza pública porque ninguna ley así lo consagra (la defensa asegura que es de naturaleza privada), nada se probó sobre su existencia y naturaleza jurídica.

⁵ Cuaderno 1 folio 155.

⁶ Cuaderno 1 folio 156.

⁷ Cuaderno 1 folios 179 a 182.

⁸ Así lo define el artículo 1º del Acuerdo 066 del 25 de octubre de 2005 “*Por el cual se expide el Estatuto General de la Universidad Pedagógica y Tecnológica de Colombia*”, expedido por el Consejo Superior de la UPTC, contenido en la cartilla editada por la universidad, visible a folio 130 del cuaderno 1.

Ahora bien, pasando a la valoración jurídica del caso planteado, destaca la Sala que la causal de inhabilidad consagrada en el numeral 2 del artículo 179 Constitucional, se configura cuando el elegido ha ejercido, dentro de los 12 meses anteriores a la elección, alguna de las formas de autoridad allí indicadas, en calidad de “*empleado[] público[]*”. Empero, como la defensa niega abiertamente que el doctor Carlos Andrés Amaya Rodríguez ha tenido esa condición, en lo que respecta a su desempeño como representante de los estudiantes ante el Consejo Superior de la UPTC, y de contera como integrante del Consejo Nacional de Educación Superior (CESU), la Sala se concentrará en determinar si dicho representante estudiantil tiene o no la calidad de empleado público, ya que sólo si se concluye que sí la tiene, podrá continuarse con el examen de los restantes elementos que según aquella disposición jurídica se requieren para su cristalización.

Desde el mismo artículo 123 Superior advirtió el constituyente que el desempeño de funciones públicas puede estar a cargo de los servidores públicos o de los particulares, distinguiéndose los unos de los otros en que, por ejemplo, los servidores públicos lo hacen de manera permanente, en tanto que los particulares lo hacen en forma temporal o transitoria, e igualmente porque dentro de la categoría servidores públicos quedan comprendidos “*los miembros de las corporaciones públicas, los **empleados** y trabajadores del Estado y de sus entidades descentralizadas territorialmente y por servicios*” (Destaca la Sala), mientras que los particulares prestan el servicio, con apego a unas precisas funciones públicas que le han sido temporalmente asignadas, como así lo indica el artículo 116 de la Constitución frente a quienes son “*investidos transitoriamente de la función de administrar justicia*”.

Como ya se podrá notar, la categoría “*empleado público*” es una tipología específica de servidor público, como así lo demuestran las siguientes disposiciones jurídicas:

1.- En el Decreto Ley 2400 del 19 de septiembre de 1968 “*Por el cual se modifican las normas que regulan la administración del personal civil y se dictan otras disposiciones*”, se dispuso que el empleo público corresponde al conjunto de funciones definidas por la Constitución, la ley o el reglamento, o que han sido asignadas por la autoridad competente, para ser desempeñadas por una persona natural; además, con la debida precisión consagró que “*Empleado o funcionario es la persona nombrada para ejercer un empleo y que ha tomado posesión del mismo*” (Art. 2)⁹. Además, en la misma norma se estipuló que para el ejercicio de las funciones públicas de carácter permanente es necesario que en la administración se creen los respectivos empleos, prohibiéndose que con tal fin se acuda a la celebración de contratos de prestación de servicios; y

2.- En la Ley 909 del 23 de septiembre de 2004 “*Por la cual se expiden normas que regulan el empleo público, la carrera administrativa, gerencia pública y se dictan otras disposiciones*”, se dice que la función pública está a cargo de quienes prestan servicios personales remunerados “*con vinculación legal y reglamentaria*”, en cualquiera de los órganos y entidades de la administración pública. Además, de la función pública forman parte los empleos de carrera, los empleos de libre nombramiento y remoción, los empleos de período y los empleos temporales (Art. 1).

De lo dicho infiere la Sala que el empleado público se caracteriza, entre otras cosas, por lo siguiente: Primero, porque su arribo a la administración tiene por fin el cumplimiento de funciones públicas o administrativas; segundo, porque se trata de la prestación personal del servicio; tercero, porque ello sólo es posible a través de una relación legal y reglamentaria, que requiere de una previa designación o

⁹ Aunque pudiera en algún momento dudarse de la vigencia de esta norma, por el tiempo que ha transcurrido desde su expedición, advierte la Sala que la Corte Constitucional, mediante la sentencia C-614 del 2 de septiembre de 2009, determinó que no ha sido derogada expresa ni tácitamente, conclusión a la que arribó luego de citar lo prescrito en el artículo 55 de la Ley 909 de 2004, donde se hizo remisión a ese decreto para lo relativo a la administración de personal.

nombramiento, seguido de la posesión, donde el empleado debe prestar juramento de cumplir la Constitución y las leyes; cuarto, porque como lo dice la Constitución, deben existir en la planta de personal los respectivos empleos, así su creación sea temporal, con funciones detalladas, y estar asignados los recursos presupuestales que aseguren el pago de los derechos salariales y prestacionales del respectivo empleado (Art. 122); y quinto, porque además de tratarse de una relación marcada por la subordinación y el deber de cumplir las funciones en determinado horario, es preciso que las funciones se cumplan en forma permanente y no transitoria.

Una vez establecidas algunas de las características más sobresalientes del empleo público, pasa la Sala a determinar si el sólo hecho de ser miembro del Consejo Superior de las universidades estatales, confiere o no a esas personas la calidad de empleados públicos, para lo cual resulta indispensable analizar la legislación existente sobre el particular.

El ordenamiento jurídico ha determinado, *in genere*, que cuerpos colegiados como consejos, juntas o comisiones, son foros en los que participan tanto autoridades públicas como particulares, dando cabida a los últimos a efecto de desarrollar postulados constitucionales como el de la participación democrática, pues por tratarse allí temas de interés para la comunidad, resulta importante que la misma no sea apartada o marginada de esos escenarios, a efecto de que sus apreciaciones puedan ser consideradas, aprobadas y puestas en práctica. Es por ello que en el artículo 2 de la Constitución Política se consagra como uno de los fines esenciales del Estado el de “*facilitar la participación de todos en las decisiones que los afectan y en la vida económica, política, administrativa y cultural de la Nación*”, postulado que corresponde a una forma de democracia expansiva, de suerte que la participación en las decisiones de interés general ya no se surte solamente con el ejercicio del derecho al voto, sino que ahora también se cumple con la posibilidad que tienen los particulares, y de contera la sociedad, para conformar los máximos

órganos de dirección de las entidades públicas, donde bien pueden incidir en la orientación de las mismas.

Esa concurrencia entre sectores oficiales y privados en los cuerpos colegiados de las entidades públicas ha sido determinada por el ordenamiento jurídico de tiempo atrás. Por ejemplo, en el párrafo 2º del artículo 3º del Decreto Ley 2400 del 19 de septiembre de 1968 *“Por el cual se modifican las normas que regulan la administración del personal civil y se dictan otras disposiciones”*, se dispuso:

*“Parágrafo 2. Las personas a quienes el Gobierno o las corporaciones Públicas confieran su representación en las Juntas Directivas de los Establecimientos Públicos, La Empresas Industriales y Comerciales del Estado y las Sociedades de Economía Mixta, o los miembros de juntas, consejos o comisiones **no tienen por ese solo hecho el carácter de funcionarios públicos**. Su nombramiento y remoción se rigen por las disposiciones especiales relativas a esas entidades.”*

En el artículo 18 del Decreto Ley 3130 del 26 de diciembre de 1968¹⁰ *“Por el cual se dicta el estatuto orgánico de las entidades descentralizada del orden nacional”*, se dijo sobre el particular:

*“Artículo 18.- De la calidad de los miembros de las juntas o consejos. Los miembros de las Juntas o Consejos Directivos de los Establecimientos Públicos y de las empresas Industriales y comerciales del Estado, **aunque ejercen funciones públicas, no adquieren por ese solo hecho la calidad de empleados públicos**. Su responsabilidad, lo mismo que sus incompatibilidades e inhabilidades, se regirán por las leyes de la materia y por las normas del respectivo organismo.”*

¹⁰ Aunque fue expresamente derogado por el artículo 121 de la Ley 489 de 1998, para los fines de esta argumentación resulta conveniente su mención.

En el Decreto 1950 del 24 de septiembre de 1973 “Por el cual se reglamentan los decretos-leyes 2400 y 3074 de 1968 y otras normas sobre administración de personal civil”, se estableció en su artículo 5º que:

*“Las personas a quienes el gobierno o las corporaciones públicas confieran su representación en las juntas directivas de los establecimientos públicos, las empresas industriales y comerciales del Estado y las sociedades de economía mixta, o los miembros de juntas, consejos o comisiones **no tienen por ese solo hecho el carácter de funcionarios públicos.** Su responsabilidad, lo mismo que sus incompatibilidades e inhabilidades, se regirán por las leyes.”*

El Decreto Ley 1222 del 18 de abril de 1986 “Por el cual se expide el Código de Régimen Departamental”, consagró similar norma en su artículo 298, al prescribir:

*“**Artículo 298.-** Por cuanto ejercen funciones públicas y se hallan encargados de la prestación de un servicio público y del manejo de fondos o rentas oficiales, **a los miembros de las juntas o consejos que no tienen por este hecho la calidad de empleados públicos,** les son aplicables las disposiciones del Título III del Código Penal sobre “Delitos contra la Administración Pública”. A quienes tengan la calidad de funcionarios o empleados públicos, se aplicarán las disposiciones penales previstas para éstos.”*

También en el Decreto Ley 1333 del 25 de abril de 1986 “Por el cual se expide el Código de Régimen Municipal”, se acogió tal regla en su artículo 162 al consagrar sobre el particular lo siguiente:

“Artículo 162.- Los miembros de las juntas directivas aunque ejercen funciones públicas, no adquieren por ese sólo hecho la calidad de empleados públicos.”

Y, en la Ley 489 del 29 de diciembre de 1998 *“Por la cual se dictan normas sobre la organización y funcionamiento de las entidades del orden nacional, se expiden las disposiciones, principios y reglas generales para el ejercicio de las atribuciones previstas en los numerales 15 y 16 del artículo 189 de la Constitución Política y se dictan otras disposiciones”*, se reiteró esa regla, así:

“Artículo 74.- Calidad de los miembros de los consejos directivos. Los particulares miembros de los consejos directivos o asesores de los establecimientos públicos, aunque ejercen funciones públicas, no adquieren por ese solo hecho la calidad de empleados públicos. Su responsabilidad, lo mismo que sus incompatibilidades e inhabilidades, se regirán por las leyes de la materia y los estatutos internos del respectivo organismo.”

De conformidad con los apartes que la Sala destacó de las anteriores disposiciones, es evidente que en el ordenamiento jurídico interno ha perdurado la regla atinente a que cuerpos colegiados como consejos, juntas o comisiones, congregan tanto funcionarios públicos como particulares, e igualmente que los últimos, pese a que cumplen funciones públicas y que por ello asumen las mismas responsabilidades que en general tienen los servidores públicos, no adquieren por ese sólo hecho la condición de empleados públicos.

Ahora, aunque esa regla jurídica ha sido expedida para ser aplicada a la Rama Ejecutiva del poder público, también puede emplearse para el caso de las universidades públicas, pues recuerda la Sala que dicha regla obedece a los dictados de la Constitución, en la medida que desarrolla el postulado de la participación de los particulares en la toma de decisiones de la administración. Además, aunque para el sector de las universidades estatales no se cuenta con una norma de una precisión igual a las anteriores, sí existe en el artículo 67 de la Ley 30 del 28 de diciembre de 1992 *“Por la cual se organiza el servicio público de la Educación Superior”*, un aparte que informa que para ese sector opera igual regla, pues al efecto dispuso:

“Artículo 67.- Los integrantes de los Consejos Superiores o de los Consejos Directivos, según el caso, que tuvieren la calidad de empleados públicos y el Rector, estarán sujetos a los impedimentos, inhabilidades e incompatibilidades establecidas por la ley y los estatutos así como las disposiciones aplicables a los miembros de juntas o consejos directivos de las instituciones estatales u oficiales. Todos los integrantes del Consejo Superior Universitario o de los Consejos Directivos, en razón de las funciones públicas que desempeñan, serán responsables de las decisiones que se adopten.” (Negrillas de la Sala)

La anterior disposición retoma, como ya se dijo, la regla que expresamente existe en la Rama Ejecutiva del poder público, ya que asume que en el Consejo Superior Universitario tienen asiento tanto funcionarios públicos como particulares, lo que se corrobora con sólo examinar la Ley 30 del 28 de diciembre de 1992 *“Por la cual se organiza el servicio público de la Educación Superior”*, en cuyo artículo 64 dispuso:

“Artículo 64.- El Consejo Superior Universitario es el máximo órgano de dirección y gobierno de la universidad y estará integrado por:

a) El Ministro de Educación Nacional o su delegado, quien lo presidirá en el caso de las instituciones de orden nacional.

b) El Gobernador, quien preside en las universidades departamentales.

c) Un miembro designado por el Presidente de la República, que haya tenido vínculos con el sector universitario.

d) Un representante de las directivas académicas, uno de los docentes, uno de los egresados, uno de los estudiantes, uno del sector productivo y un ex-rector universitario.

e) El Rector de la institución con voz y sin voto.

PARÁGRAFO 1o. En las universidades distritales y municipales tendrán asiento en el Consejo Superior los respectivos alcaldes quienes ejercerán la presidencia y no el Gobernador.

PARÁGRAFO 2o. Los estatutos orgánicos reglamentarán las calidades, elección y período de permanencia en el Consejo Superior, de los miembros contemplados en el literal d) del presente artículo.”

Una vez establecido que el Consejo Superior Universitario lo integran funcionarios públicos y particulares, y que la sola condición de miembro del mismo no da a esas personas la calidad de empleados públicos, es claro para la Sala que el representante de los estudiantes a que se refiere el literal d) del artículo 64 de la Ley 30 de 1992, no es un empleado público, ciertamente porque lo que le permite arribar a ese escenario es el tener matrícula vigente en la universidad. Además, en el Estatuto General de la UPTC bien claro está que para ser representante de los estudiantes ante el Consejo Superior Universitario, únicamente se requiere ser “...discente de un programa propio de pregrado de la Universidad, con matrícula vigente, que haya aprobado, al menos, el cincuenta por ciento (50%)

del plan de estudios y no esté bajo sanción disciplinaria;... ”¹¹, esto es que tal representación se confiere por la calidad de estudiante.

También encuentra la Sala que el estudiante universitario, que tiene la condición de representante estudiantil ante el Consejo Superior Universitario, no adquiere la calidad de empleado público por ese único hecho, puesto que su vinculación a ese cuerpo colegiado es el resultado de un certamen electoral o de un ejercicio democrático cumplido al interior del estamento universitario, como así lo demuestra la Resolución 1984 del 26 de marzo de 2009, expedida por el Rector de la UPTC.

De igual forma, dicho representante tampoco puede tomarse como un empleado público, en atención a que lo ejercido no es un empleo sino una representación, y como tal no es un empleo o cargo que tenga asignadas unas funciones, las cuales, por cierto, son inherentes al Consejo y no a cada uno de sus integrantes.

Y, por otra parte, para la Sala la condición de representante estudiantil ante el Consejo Superior Universitario, tampoco puede catalogarse como un empleo público, dado que el estudiante que así actúa no ejerce sus funciones en forma permanente sino transitoria, lo cual ocurre con cada sesión a la que es citado el respectivo órgano.

De igual forma, esta Sección tiene una línea jurisprudencial que corrobora lo dicho en precedencia, en la que se ha dicho:

“Según el artículo 2º del Decreto 2400 de 1968, el empleado es la persona nombrada para ejercer un empleo y que ha tomado posesión del

¹¹ Este texto corresponde al literal g) del artículo 8 del Acuerdo 066 del 25 de octubre de 2005 “Por el cual se expide el Estatuto General de la Universidad Pedagógica y Tecnológica de Colombia”, expedido por el Consejo Superior de la UPTC, consignado en la cartilla visible al folio 130 del cuaderno 1º.

mismo. Y para el ejercicio de funciones de carácter permanente, según la misma norma se crearán los empleos correspondientes. Es decir que un empleado público desempeña un empleo que tiene como finalidad satisfacer funciones de carácter permanente de la administración, lo cual exige, entonces, que aquel preste sus servicios de manera permanente, continua y exclusiva, y, en modo alguno, de manera transitoria, ocasional, discontinua o intermitente.

Lo anterior conduce a la conclusión de que para el desempeño de funciones de miembro de una junta o consejo directivo de una entidad pública no se requiere la creación de empleos en las respectivas plantas de personal, pues esos organismos no desarrollan funciones permanentes y continuas, sino intermitentes y periódicas. Así, la Universidad de Nariño, según el artículo dieciocho de su Estatuto General, se reúne ordinariamente dos veces por mes y extraordinariamente por convocatoria de su Presidente o del Rector o a solicitud de por lo menos tres de sus miembros. Por consiguiente, para el ejercicio de sus funciones, las juntas y consejos no requieren de miembros que ejerzan funciones de manera permanente, continua y exclusiva, es decir que para ello tengan que vincularse como empleados públicos. Esas funciones las desempeñan, por tanto, personas que periódicamente, en las oportunidades que señalen las normas que regulan la organización y funcionamiento de la respectiva entidad, se reúnen en sesiones de la junta, consejo o comisión, lo cual les permite desarrollar otras actividades bien al servicio del Estado como empleados públicos o trabajadores oficiales o como particulares, siempre y cuando resulten compatibles con las funciones de esa junta, consejo o comisión.

De modo que, en definitiva, el ejercicio de funciones como miembro del Consejo Superior Universitario no conlleva el desempeño de un empleo público ni la vinculación de aquel como empleado público. Y para ser el representante del Presidente de la República en esos organismos no se

requiere ser empleado público. Por consiguiente, el ejercicio de funciones como miembro de un Consejo Superior Universitario no significa que esa persona haya desempeñado un cargo público que le de la categoría de empleado público y que como tal haya ejercido autoridad administrativa.”¹²

Posición que fue recientemente reiterada, así:

“Del vínculo laboral del concejal demandado

Conforme con la certificación visible al folio 278 del expediente 2007-01129, Miguel Iván Martínez Baquero, fue elegido como representante del Sector Productivo ante el Consejo Superior Universitario de la Universidad de los Llanos - Unillanos - , para un período comprendido entre el 15 de junio de 2006 y el 14 de junio de 2008, y renunció a esa dignidad a partir del 11 de diciembre de 2007, dimisión que fue aceptada en sesión del mismo día, según Acta 021.

Igual que sucede con las Empresas Sociales del Estado, los entes universitarios autónomos, como la Universidad de los Llanos – Unillanos -¹³ se hallan gobernados, entre otros, por un órgano colegiado, el Consejo Superior Universitario. Este se integra con funcionarios públicos y con particulares. Dentro de los particulares que hacen parte de los citados consejos se hallan los representantes del sector productivo.

.....

¹² Sentencia del 24 de agosto de 2005. Expediente: 110010328000200300041-01 (3171). Actor: Jorge Enrique Ibáñez Najar. Demandado: Gobernador de Nariño.

¹³ Sobre la naturaleza jurídica de la Universidad el artículo 1º del Acuerdo 27 de 2000, contentivo de sus Estatutos, prevé. “La Universidad de los Llanos es un ente universitarios autónomo, de carácter estatal, del orden nacional,...”

Así pues, en este caso, el demandado no actuó como empleado público, pues desempeñó la dignidad de representante del sector productivo, la que no corresponde a un empleo público, que como es el “[e]l conjunto de funciones, tareas y responsabilidades que se asignan a una persona y las competencias requeridas para llevarlas a cabo, con el propósito de satisfacer el cumplimiento de los planes de desarrollo y los fines del Estado”¹⁴ pues en realidad no tiene asignada ninguna tarea, función o responsabilidad, éstas corresponden al Consejo Superior Universitario como órgano colegiado.

Sobre este aspecto es del caso precisar que las funciones de orden administrativo de los consejos u juntas directivas de las entidades públicas corresponden a estos organismos y no a cada una de las personas que los integran. Así lo ha precisado la Sala en reiterados pronunciamientos de los que se destaca el contenido en la sentencia de 24 de agosto de 2005¹⁵, que precisó:

“Ahora, como lo prevé la Ley 30 de 1992 (artículo 65) y lo señala la Corte Constitucional en sentencia C-589 de 1997, las funciones que corresponde cumplir al Consejo Superior Universitario son propias de ese cuerpo colegiado no atribuibles a los miembros de éste en forma individualizada. Quien tiene las potestades otorgadas por la ley y las facultades de ser el máximo cuerpo directivo de la Universidad es el Consejo y no cada uno de sus miembros individualmente considerados”.

¹⁴ Ley 909 de 2004, artículo 19.

¹⁵ Exp. 3171.

Corolario de lo anterior la inhabilidad alegada no se configuró, porque el concejal demandado no fue empleado público ni ostentó autoridad administrativa.”¹⁶

Todo lo dicho permite inferir a la Sala que el doctor Carlos Andrés Amaya Rodríguez fue elegido Representante a la Cámara por Boyacá, sin estar incurso en la causal de inhabilidad prevista en el numeral 2º del artículo 179 de la Constitución, ya que si bien, dentro del año anterior a su elección, hizo parte del Consejo Superior de la UPTC y del Consejo Nacional de Educación Superior (CESU), como representante de los estudiantes, esa calidad no le confiere la de empleado público, ingrediente que por estar ausente en el caso examinado impide configurar la mencionada inhabilidad, y releva a la Sala de continuar con el análisis de los demás componentes de la misma. Por tanto, el cargo no prospera.

Por último, los señalamientos atinentes a que el demandado pudo haber utilizado recursos oficiales o su misma condición de integrante del Consejo Superior de la UPTC y del CESU para su campaña política, no pueden ser objeto de estudio en la acción de nulidad electoral, donde sólo se juzga la legalidad de su elección y no la posible comisión de faltas disciplinarias o conductas penales, respecto de las cuales será el actor quien decida si las pone en conocimiento de los órganos de control.

5.- CARGO SEGUNDO.- De la intervención en gestión de negocios por parte del demandado como integrante del Consejo Superior de la UPTC, del CESU y de FENARES

Sostiene la demandante que la elección acusada es nula porque el doctor Amaya Rodríguez fue elegido Representante a la Cámara por Boyacá, no obstante estar

¹⁶ Sentencia del 18 de febrero de 2010. Expediente 500012331000200701129-01. Actor: Román Felipe Acosta Guzmán y otros. Demandados: Concejales de Villavicencio.

incurso en la causal de inhabilidad consagrada en el numeral 3 del artículo 179 de la Constitución, que dice:

“Artículo 179.- No podrán ser congresistas:

.....

3. Quienes hayan intervenido en gestión de negocios ante entidades públicas, o en la celebración de contratos con ellas en interés propio, o en el de terceros, o hayan sido representantes legales de entidades que administren tributos o contribuciones parafiscales, dentro de los seis meses anteriores a la fecha de la elección.”

Precisa la demandante que la inhabilidad se configura en el congresista demandado porque, dada su condición de miembro del Consejo Superior de la UPTC, del Consejo Nacional de Educación Superior (CESU) y de la Federación Nacional de Representantes Estudiantiles de Educación Superior (FENARES), intervino en gestión de negocios ante entidades públicas. Pese a que la demanda no identifica exactamente qué negocio gestionó aquél, logra establecer la Sala, con fundamento en sus anexos, que se refiere a la aprobación que el Consejo Superior de la UPTC, con asistencia del doctor Amaya Rodríguez, dio al Rector para que *“contrate la construcción del edificio de laboratorios de la Seccional Sogamoso y además la contratación de vigencias futuras”*¹⁷, así como al contrato interadministrativo No. 001676 del 14 de septiembre de 2009¹⁸, celebrado entre el Departamento de Boyacá y la UPTC, y a las Modificaciones Nos. 01 y 02, hechas al mismo contrato¹⁹.

¹⁷ Esa determinación se adoptó por el Consejo Superior de la UPTC, en su sesión del 2 de octubre de 2009, contenida en el Acta No. 09, visible de folios 401 a 421 del cuaderno 1°. Lo transcrito está exactamente en el folio 415.

¹⁸ Cuaderno 1 folios 498 a 500.

¹⁹ Cuaderno 1 folios 501 y 502.

Como la causal de inhabilidad, por presunta intervención en gestión de negocios, se predica de un servidor público (representante estudiantil ante el Consejo Superior de la UPTC y ante el CESU), por la eventual incidencia que el ejercicio de sus funciones haya podido tener en la celebración de contratos por parte de la UPTC, debe señalar la Sala, desde ya, que la misma no prosperará porque los supuestos de hecho que se alegan no se ajustan a los fundamentos fácticos requeridos por el numeral 3 del artículo 179 Constitucional para su configuración, según las siguientes razones:

En primer lugar, porque la gestión de negocios, en la forma allí concebida, alude a las “*diligencias conducentes al logro de un negocio o de un deseo cualquiera*”²⁰, inspiradas en un fin lucrativo o económico, del que pueda derivarse un provecho, que de ninguna manera puede predicarse del representante estudiantil por el ejercicio de sus funciones como integrante del Consejo Superior de la UPTC o del CESU.

En segundo lugar, porque la gestión de negocios, para que inhabilite, debe cumplirse “*en interés propio, o en el de terceros*”, lo que por supuesto tampoco se puede atribuir a los servidores públicos en el cumplimiento de sus funciones. Es preciso recordar que la función administrativa siempre sirve a los intereses de todos, postulado así consagrado en el artículo 209 Superior al señalar que la misma “*está al servicio de los intereses generales*”, los que por antonomasia se conciben en sentido opuesto a los intereses particulares que menciona la causal de inhabilidad.

En tercer lugar, porque la gestión de negocios debe presentarse por la actuación del demandado “*ante entidades públicas*”, lo que unido a los intereses gestionados (particulares), fácilmente permite concluir que ello no es posible si el hecho alegado

²⁰ *Diccionario de la Real Academia Española.*

corresponde al ejercicio de funciones públicas, debido a que allí obra el demandado como servidor público, esto es como agente de la misma administración, de suerte que no está ante ella, sino que cuando menos hace parte de la misma, si no es que lleva su representación.

Y, en cuarto lugar, porque existen claros y coherentes precedentes jurisprudenciales de esta Sección que determinan que bajo estas circunstancias no se configura la inhabilidad por intervención en gestión de negocios, cuando las conductas inhabilitantes surgen del ejercicio de funciones administrativas. En efecto, sobre el particular se ha dicho:

“Y en segundo lugar, porque la participación de la señora..., dentro del proceso administrativo relacionado con los consejos comunitarios adelantados al abrigo del programa “Mi mundo es mi barrio”, obedeció al desempeño de sus funciones como auxiliar administrativa, en su calidad de empleada pública, lo que por supuesto desdibuja la causal en examen, que ubica al sujeto en posición independiente de la administración pública, como particular; cuando la norma habla de adelantar la gestión “en interés propio o de terceros”, desde luego que no se está refiriendo a los servidores públicos, puesto que ellos siempre actúan en pro del interés general, está haciendo alusión el precepto a los particulares, quienes sí pueden actuar en su propio interés o en el de terceros.”²¹

“Sin embargo, como los tres contratos los suscribió el demandado en nombre y representación del Hospital San Vicente de Arauca -Empresa Social del Estado, se debe tener en cuenta, como lo ha sostenido en varias ocasiones la Sección Quinta de esta Corporación, que la inhabilidad no se configura, pues ésta solo puede predicarse frente a los contratistas que actúen en interés particular (propio o de un tercero) y no frente a quienes han celebrado contratos en representación de una entidad pública, pues en esos eventos actúan en interés general²²”²³

Más adelante se sostuvo:

²¹ Sentencia del 17 de marzo de 2005. Expediente: 630012331000200301103-01 (3481). Actor. Henry González Mesa y otro.

²² Sentencias del 3 de septiembre de 1998 y del 11 de febrero de 1999, Expedientes 1954 y 2143, Consejeros Ponentes.

²³ Consejo de Estado - Sala de lo Contencioso Administrativo – Sección Quinta. Sentencia del 24 de agosto de 2001. Expediente No. 07001233100020000839-01 (2583). Actor: Elmer Ramiro Silva Rodríguez.

“Tal como lo acotó en su concepto el señor Procurador Séptimo ante el Consejo de Estado, esa causal de inhabilidad, por la forma como está redactada, cobija la actuación de los particulares, mas no la de aquellas personas que están al servicio de la administración pública. En dicha causal se establece que la inhabilidad sobreviene para quien intervenga en la gestión de negocios o en la celebración de contratos “ante” entidades públicas “en interés propio o de terceros”, lo cual lleva a afirmar que el empleo de esa preposición y de ese predicado, son indicativos de que solamente el particular puede dar lugar a la misma, puesto que quienes sirven a la administración no están ante ella sino que forman parte de la misma, y sus actuaciones no son para sí sino para la satisfacción de los intereses de la administración pública, que vienen a ser, incuestionablemente los intereses de todos o el interés general.

Recuérdese, además, que desde los mismos fines esenciales del Estado Colombiano, consagrados en el artículo 2º de la Constitución Política, las autoridades de la República se instituyen para salvaguardar “a todas las personas residentes en Colombia, en su vida, honra, bienes, creencias y demás derechos y libertades, y para asegurar el cumplimiento de los deberes sociales del Estado y de los particulares”, y que la función administrativa “está al servicio de los intereses generales” (Art. 209 Ib); por consiguiente, en el cumplimiento de sus funciones constitucionales y legales, los concejales, y con él el presidente de la corporación, no está atendiendo sus propios intereses o los de terceros, se trata, por el contrario, de la satisfacción de intereses generales, referidos en ese preciso contexto, en principio, a los de aquellos que habitan en la circunscripción territorial de su competencia.”²⁴

Y, recientemente se reiteró la postura en estos términos:

“La causal de inhabilidad que se viene estudiando se nutre de un ingrediente que opera por igual frente a la intervención en celebración de contratos como respecto de la intervención en gestión de negocios, consistente en que esas conductas se cumplan “en interés propio o de terceros”. No se trata de un predicado cualquiera, carente de contenido, sino todo lo contrario, es una expresión que da sentido a esas formas de intervención, puesto que las cualifica por el interés, en el que subyace la distinción entre lo público y lo privado.

Al concebirse el interés como el “Provecho, utilidad o ganancia” perseguido por una persona, bien puede entenderse aquella locución

²⁴ Sentencia del 4 de agosto de 2005. Expediente: 6800112315000200302777-02 (3628). Actor: Domingo Porras Cárdenas.

como la intervención en gestión de negocios para obtener una ganancia o utilidad para sí o para un tercero, que no perseguir el provecho en pro de todos los asociados. Es decir, la inhabilidad se configura solamente si el demandado ha perseguido la satisfacción de un interés particular o privado, y no cuando su actividad ha estado encaminada a complacer el interés general.

Lo anterior marca la diferencia entre los intereses perseguidos por los privados o particulares y los que animan a la administración pública, pues fuera de toda duda está que la última va detrás de la satisfacción del interés general, como así lo proclama el constituyente en el artículo 209 Superior al prescribir que “La función administrativa está al servicio de los intereses generales...”, al igual que en el artículo 1º ibídem al decir que Colombia, en tanto Estado Social de Derecho, se funda “en el respeto de la dignidad humana, en el trabajo y en la solidaridad de las personas que la integran y en la prevalencia del interés general”. Es decir, que la actividad del Estado y por lo mismo de cualquiera de sus agentes, no puede calificarse como dirigida a satisfacer intereses privados, ya que esta no sería una interpretación conforme con la Constitución.

Los anteriores razonamientos permiten a su vez demostrar que el cumplimiento de funciones públicas o administrativas, tanto por servidores públicos como por particulares en ejercicio de funciones administrativas²⁵, no da lugar a configurar el predicado que se viene estudiando, contenido en la causal de inhabilidad del numeral 3 del artículo 40 de la Ley 617 de 2000, puesto que ellos, cuando obran en ejercicio de sus atribuciones legales, no lo hacen con el propósito de atender un “interés propio o de terceros” sino, por el contrario, para satisfacer “intereses generales”, que es a donde apuntan las funciones administrativas.”²⁶

Así, tanto por los anteriores precedentes jurisprudenciales, como por las razones jurídicas esgrimidas por la Sala, se considera que no puede hablarse de intervención en gestión de negocios, cuando los hechos en que se funda el señalamiento son apenas las manifestaciones propias del ejercicio de funciones por parte del

²⁵ Recuerda la Sala que por virtud de lo dispuesto en el artículo 210 de la Constitución “Los particulares pueden cumplir funciones administrativas en las condiciones que señale la ley”.

²⁶ Sentencia del 14 de noviembre de 2008. Expediente: 73001233100200700710-01. Actor: Antonio José París Márquez. Demandado: Concejal de Ibagué.

representante estudiantil ante el Consejo Superior de la UPTC y ante el CESU, las que no se cumplen para la satisfacción de un interés particular, ni con ánimo lucrativo o para derivar un beneficio económico, ni mucho menos desde fuera y ante la administración pública, sino como uno de sus integrantes, en especial como uno de los miembros del Consejo Superior Universitario. Por ende, el cargo no prospera.

5.- Conclusión

Lo analizado en esta providencia lleva a la Sala a inferir que la elección del doctor Carlos Andrés Amaya Rodríguez como Representante a la Cámara por Boyacá, sale incólume de este examen de legalidad, debido a que la accionante no logró demostrar que dicha dignidad la haya conquistado en contravía del régimen de inhabilidades previsto en el artículo 179 Constitucional, en especial porque no probó que fue elegido estando incurso en las causales 2 y 3 del mismo, que le fueron imputadas con la demanda. Por tanto, las pretensiones de la demanda serán desestimadas.

En mérito de 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

PRIMERO: DENEGAR las pretensiones del Proceso Electoral No. 110010328000201000040-00, adelantado por la señora Ana María Ángel Castaño contra la elección del doctor Carlos Andrés Amaya Rodríguez, como Representante a la Cámara por el departamento de Boyacá, período constitucional 2010-2014.

SEGUNDO: En firme esta providencia, archívese el expediente, dejando las anotaciones correspondientes.

Este proyecto fue discutido y aprobado en sesión de la fecha.

CÓPIESE Y NOTIFIQUESE

MAURICIO TORRES CUERVO

Presidente

SUSANA BUITRAGO VALENCIA

MARÍA NOHEMÍ HERNÁNDEZ PINZÓN