

INHABILIDAD PARA SER ELEGIDO CONGRESISTA - Intervención en gestión de negocios ante entidad pública dentro de los seis meses anteriores de elección / INHABILIDAD PARA SER ELEGIDO CONGRESISTA - Celebración de contratos con entidad pública dentro de los seis meses anteriores de elección / INHABILIDAD DE REPRESENTANTE A LA CAMARA - Gestionó negocios a favor de un tercero, en este caso el Banco Finandina

El demandante solicitó la declaratoria de nulidad del acto de elección de la Representante a la Cámara Ana María Rincón Herrera, por el Departamento del Huila, período 2014-2018. El cargo: en concreto, el actor sostiene que el acto acusado, se encuentra viciado de nulidad por haber violado el régimen de inhabilidades consagrado en el artículo 179 numeral 3º de la Constitución Política y, por ende, violatorio del artículo 275 numeral 5º del CPACA. (...) sobre la causal de inhabilidad de intervención en celebración de contratos con entidades públicas se recuerda que la censura está directamente relacionada con el contrato que la Congresista celebrara con el Fondo Mixto de Cultura y turismo del Huila FOMCULTURA. En relación con esta censura, y lo que resultó probado, la Sala encuentra en forma temprana que no está llamada a prosperar, toda vez que el contrato de prestación de servicios fue suscrito por la Congresista el 29 de abril de 2013, es decir, antes de que empezara el período inhabilitante que abarcó desde el 9 de septiembre de 2013 hasta el 9 de marzo de 2014 –6 meses anteriores al día de las elecciones-. Así que el contrato lo suscribió casi 5 meses antes del período fijado en la Constitución. E incluso el contrato se terminó anticipadamente por cumplimiento del objeto contractual en agosto de 2013. Por lo anterior, al carecer del presupuesto temporal para constituirse en conducta inhabilitante el argumento carece de prosperidad y no puede generar la nulidad del acto de declaratorio de elección. Sobre la causal de inhabilidad de intervención en gestión de negocios con entidades públicas (...) en el caso concreto, las gestiones de la demandada devienen de negocios de los llamados de adhesión o de condiciones generales o estándar o tipo, por cuanto son elaborados unilateralmente por la entidad, en este caso vigilada por la Superfinanciera, y cuyas cláusulas y/o condiciones no son susceptibles de discusión previa, libre ni espontáneamente por el cliente, pues éste se limita a expresar su aceptación o rechazo en su integridad. Lo cierto, para la Sala como operador de la nulidad electoral, es que las tratativas y los negocios de adhesión -a pesar de que las partes se someten a cláusulas preconcebidas por la autoridad de control y vigilancia estatal- son negocios jurídicos contractuales perfectos generadores de derechos y obligaciones, y como tal, sus tratativas y gestiones no se desdibujan como actos precontractuales perfectos y encuadrables dentro de la intervención en la gestión de negocios, pues no pueden invalidarse con el derrotero de la restricción de los elementos del consentimiento o de la voluntad de las partes, lo cual sólo acontece en casos excepcionales ante la existencia de una tratativa o cláusula “leonina” o que viole los principios generales de la contratación o normas constitucionales o legales, que no es del caso en el asunto que ocupa a la Sala. Encuentra la Sala, que la gestora doctora Ana María Rincón Herrera dentro de los seis meses anteriores a la elección al fungir como Gerente del Banco Finandina laboralmente manejó asuntos que le implicaron participar y tomar parte en actuaciones y diligencias ante entidad pública, que implicaron acercamientos a organismos estatales, que se trató de negocios privados y lucrativos y que con ello potenció su prestigio para su candidatura y en forma directa gestionó negocios a favor de un tercero, en este caso el Banco Finandina. Así, a esta Sala de Decisión no le resta sino declarar la nulidad de la elección de la Representante a la Cámara Ana María Rincón Herrera (período 2014-2018), en tanto se probó que con conductas concretas, activas y dinámicas como gestora de la entidad financiera incurrió en la inhabilidad de gestionar negocios con entidades públicas durante el término inhabilitante y, por

ende, la elección fue contraria a derecho, de conformidad con el artículo 179 numeral 3 de la Constitución Política. En consecuencia, se cancelará la credencial correspondiente, conforme al artículo 288 numeral 3º del CPACA, y se comunicará al Consejo Nacional Electoral para que expida la certificación de que trata el artículo 278 de la Ley 5ª de 1992 y al Presidente de la Cámara de Representantes para que proceda de conformidad con los artículos 134 de la Constitución Política, 43.9 y 278 de la Ley 5ª de 1992.

FUENTE FORMAL: CONSTITUCION POLITICA – ARTICULO 179 NUMERAL 3

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCION QUINTA

Consejera ponente: LUCY JEANNETTE BERMUDEZ BERMUDEZ

Bogotá D.C., tres (3) de agosto de dos mil quince (2015)

Radicación número: 11001-03-28-000-2014-00051-00

Actor: IVAN MEDINA NINCO

Demandado: REPRESENTANTE A LA CAMARA POR LA CIRCUNSCRIPCION DEL HUILA

Procede la Sala a decidir la acción de nulidad electoral promovida en contra del acto de elección de la señora **ANA MARIA RINCON HERRERA** como Representantes a la Cámara por la circunscripción territorial del Huila 2014-2018.

ANTECEDENTES

I.- LA DEMANDA

1.1- Las pretensiones

El señor Iván Medina Ninco, abogado, actuando en nombre propio, en ejercicio de la acción de nulidad electoral solicitó:

***“PRIMERA:** Que se declare la nulidad del acto administrativo de contenido electoral conformado por el Acta General de Escrutinio iniciada el día 11 de marzo de 2014 y finalizada el 19 de marzo de 2014 – practicada y suscrita por los Delegados Departamentales del H. Consejo Nacional Electoral en el departamento del Huila-, así como por el Formulario E26-CAM suscrito por dicha Comisión Escrutadora –en el que se consignó el resultado del escrutinio de las elecciones del 09 de marzo de 2014 y se profirió la declaratoria de elección de los Representantes a*

*la Cámara por la circunscripción departamental del Huila, para el período constitucional 2014-2018-, en lo que atañe a la señora **ANA MARIA RINCON HERRERA**, identificada con cédula de ciudadanía número 36.166.307, elegida Representante a la Cámara por el departamento del Huila de la lista del Partido de la U, nulidad ésta que implica la cancelación de la respectiva credencial, la que se hará efectiva con la ejecutoria de la sentencia en los términos del artículo 288.3 del CPACA.*

SEGUNDA: *Que ejecutoriada la sentencia que declare la nulidad solicitada, se declare la elección de quien finalmente resulte elegido de la lista del Partido de la U y se le expida su respectiva credencial, si a ello hubiere lugar.*

TERCERA: *Que se comuniqué al Consejo Nacional Electoral, a la Mesa Directiva de la H. Cámara de Representantes, a la Registraduría Nacional del Estado Civil y al Ministerio del Interior y de Justicia, para los efectos judiciales y legales consiguientes” (fl. 89 cdno. ppal).*

1.2.- Hechos

Como fundamento fáctico de las pretensiones, en síntesis, sostuvo que:

1.2.1. El día 9 de marzo de 2014, se llevaron a cabo las votaciones para escoger miembros del Congreso de la República 2014-2018.

1.2.2. El día 11 de marzo de 2014, comenzó el escrutinio en el Departamento del Huila, resultando elegida Representante a la Cámara la demandada **ANA MARIA RINCON HERRERA**, por el partido de La U, por la circunscripción del Departamento del Huila, con un caudal electoral de 19.573 votos, con el que obtuvo la única curul que esa colectividad ganara en dicho departamento.

1.2.3. Luego de dejarse las constancias respectivas, la diligencia de escrutinio se levantó y quedó ejecutoriada para todos los efectos jurídicos el día 19 de marzo de 2014.

1.2.4. Indicó que no interpuso reclamación o recurso alguno ante las autoridades electorales con respecto a los vicios de carácter subjetivo que encontró en la elección de la demandada (fls. 90 a 91 cdno. ppal.).

1.3.- Normas violadas y concepto de violación

El actor considera violadas las siguientes disposiciones normativas: i) el artículo 275 numeral 5 del CPACA; ii) el artículo 179 numeral 3º de la Constitución Política y iii) el artículo 137 del CPACA.

Explicó que el acto de elección demandado se encuentra viciado de nulidad, porque la doctora **ANA MARIA RINCON HERRERA**, fue elegida estando incurso en una de las causales de inhabilidad consagrada en la Constitución Política de 1991, artículo 179.3, esto es, haber intervenido en gestión de negocios ante

entidades públicas, y en la celebración de contratos con ellas en interés propio y/o en el de terceros, dentro de los seis (6) meses anteriores a la fecha de su elección.

Como consecuencia de dicha inhabilidad constituida por dos hechos totalmente independientes que se dieron en el presente caso, quedó por lo tanto, configurada, la causal especial de anulación electoral contemplada en el artículo 275.5 del CPACA, consistente en que el acto de elección es nulo cuando se elijan candidatos que se hallen incurso en causales de inhabilidad, así como también la causal genérica dispuesta en el artículo 137 del CPACA, traducida en la expedición del acto electoral con infracción de las normas en que debería fundarse.

Indicó que la causal de inhabilidad está integrada por dos eventos:

1.3.1. Intervención en gestión de negocios ante entidades públicas e,

1.3.2. Intervención en la celebración de contratos con entidades públicas en interés propio o en el de terceros.

Luego de explicar la teoría fundamento de esas conductas inhabilitantes, descendió a la particularidad de la situación de la demandada y afirmó:

-En relación con la gestión de negocios que la demandada dentro de los seis meses anteriores a la elección -entre el 9 de septiembre de 2013 y el 9 de marzo de 2014 fungió como Gerente del Banco Finandina y en desarrollo de esa actividad gestionó negocios de servicios financieros con entidades públicas del orden territorial, denominada SOCIEDAD DE ACUEDUCTOS, ALCANTARILLADOS Y ASEO-AGUAS DEL HUILA S.A. E.S.P.¹ –Empresa de Servicios Públicos Domiciliarios, descentralizada del orden departamental, cuyos accionistas son el departamento y sus municipios. Así mismo, con el MUNICIPIO DE NEIVA.

-Sobre la intervención en la celebración de contratos con entidades públicas en interés propio o en el de terceros. Esta conducta es inhabilitante, en atención a que no se debe derivar ventaja electoral a través de contratos estatales que

¹ Mediante la Escritura Pública No.568 del 28 de febrero de 1990, protocolizada en la Notaría Primera del Círculo de Neiva, en desarrollo de la autorización contenida en la Ordenanza No.038 surgió la Empresa, AGUAS DEL HUILA S.A., creada como una entidad descentralizada indirecta del orden departamental, sometida a las normas propias de las Empresas Industriales y Comerciales del Estado, adoptando la forma de una Sociedad por Acciones. La empresa se crea en concurrencia armónica del Departamento y sus municipios integrando la sociedad como una entidad especializada dentro del sector de agua y saneamiento. Posteriormente, en noviembre de 2005, la Sociedad se transforma en una Empresa administradora y operadora de Servicios Públicos Domiciliarios de Acueducto, Alcantarillado y Aseo, sometida al Régimen de los Servicios Públicos Domiciliarios de nuestro País –Ley 142 de 1994-. Disponible en línea: [<http://www.aguadelhuila.gov.co/cms/institucional/historia>].

satisfacen las necesidades de la comunidad. Particularmente, indicó que la demandada suscribió contrato estatal de orden de prestación de servicios FM-0417-01 popular, el día **29 de abril de 2013** con el Fondo Mixto de Cultura del Huila - Fomcultura por veinticinco millones de pesos (\$25.000.000,00) con recursos provenientes de la Alcaldía de Neiva, en desarrollo de un contrato interadministrativo 0417 de 2013 denominado Festival Nacional y Popular, con plazo contractual de cinco meses hasta el 29 de septiembre de 2013, es decir, dentro del período inhabilitante para las elecciones de 9 de marzo de 2014.

El interés particular propio de la demandada deviene de su ejercicio como Directora del Festival del Municipio de los Reinados Popular y Señorita Neiva del Bambuco, de acuerdo con la propuesta presentada por ella misma.

Invocó también causal genérica de nulidad que sustentó en la infracción de las normas en las que debería fundarse el acto de elección, atinentes a la regulación que previene y erradica factores que pueden alterar o desequilibrar indebidamente los resultados de las elecciones. Específicamente mencionó el artículo 13 de la Constitución Política (principio a la igualdad) y el artículo 40 ibidem (derecho a participar en la conformación del poder político) por haber declarado la elección de una personas inhabilitada.

II.- CONTESTACIONES DE LA DEMANDA

2.1. La demandada **ANA MARIA RINCON HERRERA**, mediante apoderado judicial, contestó la demanda y se opuso a la prosperidad de la nulidad del acto de elección que declaró a la poderdante Representante a la Cámara por el departamento del Huila 2014-2018.

Indicó que en el recorrido profesional de la demandada fue designada Gerente Local de la agencia del Banco Finandina en la ciudad de Neiva, entidad financiera privada, a la cual se vinculó efectivamente el 22 de julio de 2013, época para la cual no tenía vínculo directo alguno con la actividad política y menos era precandidata o candidata a ninguna Corporación Pública.

La demandada es madre cabeza de familia de su único hijo Sergio Younes Rincón quien culminó su carrera de abogado y se dedicó a la actividad política, siendo elegido Diputado a la Asamblea Departamental del Huila 2011-2015, en las listas del Partido de La U.

En el año de 2013 Sergio Younes renunció a la curul como Diputado para aspirar a la Cámara de Representantes por el Partido de la U y estando en actividad proselitista, el día 25 de enero de 2014 falleció en un accidente automovilístico entre los municipios de Hobo y Campoalegre en el Departamento del Huila.

Agregó "Después de la muerte de su hijo y a solicitud de los directivos del partido político al que él pertenecía, aceptó reemplazarlo en su aspiración al Congreso de la República como un homenaje a su trayectoria y dedicación, sin experiencia alguna sobre tal actividad y a riesgo de haberse desvinculado del empleo en el

Sector Privado que venía desempeñando, asumiendo inclusive las deudas que aquel había adquirido para financiar la actividad a la que se había comprometido” (fl. 263).

La doctora **RINCON HERRERA** resultó elegida Representante a la Cámara luego de los comicios de 9 de marzo de 2014, sin que su inscripción ni su elección fueran impugnadas por vicio alguno.

El artículo 179 numeral 3º de la Constitución Política, disposición sustento de la demanda electoral, no es aplicable a la elección de la demandada porque uno de los propósitos del Estado Social y Democrático de Derecho enseña que si bien todas las personas que consideren reunir las condiciones exigidas tienen derecho a participar en la conformación del poder político, la actividad debe desarrollarse dentro de los postulados de las sanas prácticas políticas fundadas en la transparencia, la moralidad y la igualdad de trato entre los distintos aspirantes.

Por otra parte, la expresión del voto popular como manifestación del sentir del pueblo, no es óbice para que el juez contencioso administrativo especializado en materia electoral, despliegue la facultad de revisión si en el curso de determinada elección se han presentado situaciones atinentes al elegido o a su votación, que puedan comprometer la validez del resultado y poner en entredicho el fundamento Democrático del Estado, pero a su vez, se estudie la controversia sobre el trascendente derecho fundamental de elegir y ser elegido, pues *“es de suyo consecuente considerar que la verificación de la Legalidad de una Elección responda a la aplicación de un riguroso criterio valorativo sobre la existencia o no de eventuales vicios que pudiesen comprometer el resultado y la posición de quien ha sido favorecido con la decisión de la voluntad popular”* (fl. 264 cdno. ppal.).

Respecto de la causal de **gestión de negocios** es entendida como la realización de actividades directa e inequívocamente encaminadas a proponerle expresamente a una entidad pública la celebración específica de determinados negocios, bajo condiciones concretas que permitan al destinatario sopesar las ventajas que le reportaría aceptar el negocio, pero que a su vez le signifique al candidato gestor beneficios que no obtendrían los demás aspirantes que carecen de ese poder de influencia. Es la potencialidad de la obtención de ventaja del gestor sobre los demás candidatos.

De tal suerte que dentro de la gestión de negocios no se incluyen actividades netamente informativas sobre los servicios que prestan entidades del sector privado, menos cuando se trata de un servicio público y que incluso es requerido a iniciativa de la entidad estatal para el manejo de sus propios asuntos.

En relación con la **celebración de contratos** indicó la parte demandada que se sustenta en la concreción jurídica del perfeccionamiento del contrato, esto es, que el contrato ha sido debidamente suscrito por las partes intervinientes, una de ellas el elegido, independientemente del período de ejecución.

Citando el precedente de la Corte Constitucional C-618 de 1997, expuso que para el caso, se acusó a la demandada de que en su condición de Gerente en Neiva del Banco Finandina ofreció a varias entidades públicas servicios financieros que se materializaron en contratos bancarios y haber suscrito contrato u orden de prestación de servicios en beneficio propio con el Fondo Mixto de Cultura y Turismo del Huila.

Lo primero que afirma es que el ofrecimiento de servicios financieros de Finandina al municipio de Neiva, a través de su tesorero, se adelantó el 13 de agosto de 2013, es decir, por fuera y anterior al periodo inhabilitante de los seis (6) meses anteriores a elección, que comenzó el 9 de septiembre de 2013.

Lo segundo, es que el contrato con el Fondo Mixto de Cultura y Turismo del Huila se inició y empezó a ejecutarse el 29 de abril de 2013 y se terminó el 29 de septiembre de 2013. Es decir, que su celebración de produjo mucho antes de que iniciara el periodo inhabilitante.

Lo tercero: *“Dados estos supuestos, basta con revisar el texto de los oficios de 16 de agosto y 22 de octubre de 2013 que ANA MARIA RINCON HERRERA le remitió, respectivamente al Tesorero del Municipio de Neiva y al Gerente de Aguas del Huila (ambos reposan en el Expediente) para constatar que en ambos escritos se utiliza un mismo modelo de información que como tal pone en conocimiento de sus destinatarios los productos del Banco Finandina, así como lo relativo a la experiencia de tal entidad bancaria en el manejo de sus asuntos. Ello se deduce claramente del encabezamiento del texto citado”* en las ofertas.

Se trata de un modelo informativo que en forma generalizada se hacía con el propósito de difundir entre los distintos estamentos de la ciudad de Neiva, la entrada en funcionamiento de la oficina del Banco y de sus productos, sin que en dicho documento se formulara propuesta alguna en forma específica tendiente a la celebración de determinados negocios.

Los productos financieros fueron ofrecidos en condiciones de igualdad a quienes los solicitaran y la celebración de contratos de servicios financieros que se han ofertado en condiciones de igualdad se deriva de una evaluación interna que deviene de la voluntad del cuenta-habiente sin que se observen posibles ventajas con respecto a otras entidades bancarias o a otros clientes.

Por consiguiente, mal puede calificarse el envío de los escritos promocionales como constitutivos de gestión en los términos contenidos en la inhabilidad del numeral 3º del artículo 179 Constitucional.

Ahora bien, en relación con la apertura de cuentas de ahorro aseveró que la solicitud de vinculación por productos de ahorro e inversión se formularon ante la oficina que gerenciaba la demandada, pero la efectiva vinculación se hizo directamente con la autorización de la Oficina Central del Banco y concluyó con el Registro Unico de Firmas para establecer quién podía utilizar la cuenta abierta con anterioridad. Lo cierto es que la demandada no intervino en el establecimiento de

tales relaciones jurídicas y menos obtuvo beneficio económico alguno ni de otra naturaleza consecuencia de ello.

Agregó "...debe tenerse presente que no existe prueba alguna en el expediente en virtud de la cual se demuestre que, como consecuencia de las actividades bancarias adelantadas, mi poderdante hubiese obtenido alguna ventaja electoral en desmedro de las oportunidades y condiciones de sus competidores, incluidos sus propios compañeros de lista, entre otras cosas, porque cuando tales actividades se realizaron ella no aspiraba y menos era candidata al Congreso, lo era su hijo quien aún vivía", sin que el interés jurídico tutelado constitucionalmente se hubiera visto afectado (fls. 260 a 269 cdno. ppal.).

2.2. El coadyuvante **Christian Camilo Suárez Ortiz** sobre el fondo del asunto arguyó lo siguiente:

Respecto de la **gestión de negocios con entidades públicas** dentro del período inhabilitante de los seis meses (entre 9 de septiembre de 2013 y 9 de marzo de 2014) -art. 173-3 C.P.- indicó que el 19 de julio de 2013 la demandada suscribió contrato de trabajo y se posesionó como gerente de la Sucursal Neiva de Finandina S.A. - Banco Finandina, momento en el cual resulta lógico que por tratarse de una entidad bancaria nueva en la región, por instrucciones de la Gerencia General del Banco, la oferta de los servicios bancarios se repartiera por diferentes medios a todo el público en general en condiciones uniformes y de igualdad, incluyendo a las entidades públicas.

Indicó que no se ofertaba el tipo de cuenta de recaudo de impuestos porque por ser entidad financiera nueva en la ciudad, ésta no contaba con la autorización legal para este tipo de operaciones, para las cuales se precede de un convenio entre la entidad pública y el banco y se debe contar con un software especial para estos efectos.

Afirmó que la gerencia del Banco Finandina fue requerida mediante oficio TM0962 de 10 de octubre de 2013 suscrito por el señor Fernando Rivera de la Tesorería de Neiva para que la gerente del Banco **ANA MARIA RINCON HERRERA** procediera a aperturar "*una cuenta de ahorros recaudadora para el manejo de los recursos por concepto de impuestos corrientes de libre destinación del municipio (ICLD), cuenta que se destinara exclusivamente para el manejo de estos recursos*". Solicitud que la entonces Gerente respondió en forma negativa porque se requería de un convenio previo con la entidad pública emanada de la Tesorería de Neiva.

Indicó que no es cierto, como lo afirmó la demanda, que exista la cuenta No. 9410001261 en el Banco Finandina del municipio de Neiva para el recaudo de impuestos, pues nunca se apertura por las razones expuestas. Se quedó entonces, en una simple solicitud del tesorero municipal.

Así las cosas no existió una actividad de gestión de negocios de la hoy Representante a la Cámara con el municipio de Neiva, y menos se llevó a cabo negocio. Además, como se trata del ofrecimiento general del servicio financiero

que se reputa servicio público no alcanza a desequilibrar la igualdad en las elecciones y menos sirve para dar ventajas electorales.

La única cuenta que ha tenido el municipio de Neiva en el Banco Finandina es la número 9410001261 corresponde a la apertura que hiciera la agente comercial del Banco Jenny Patricia Durán, así que la demandada no intervino de manera directa ni con interés personal y menos con la propósito de desequilibrar las intenciones electorales de los ciudadanos, ya que su única actuación fue confirmar el respectivo soporte del trámite, función que corresponde al giro de las actividades de la gerencia.

Así que la rúbrica de la demandada es de simple soporte legal interno del banco y en ejercicio de representación de la entidad bancaria, pero no hace parte del direccionamiento ni de gestión de una actividad comercial directa de la demandada. En consecuencia, no se presenta el presupuesto de la causal de inhabilidad, porque se requiere que efectivamente las actuaciones o gestiones realizadas por el "candidato" generen una situación de desigualdad en la contienda electoral, en la que además tiene que probarse con el resultado numérico el aumento injustificado en el número de votos obtenido por el candidato producto de dichas gestiones.

En relación con la **celebración de contratos** expuso que el aspecto temporal para efectos de la causal de inhabilidad no se cumple porque la celebración del contrato u orden de servicios FM-0417-01 POPULAR fue mucho antes de comenzar el periodo de la prohibición, dado que aquel empezó el 29 de abril de 2013 mientras que el plazo de la inhabilidad es de 9 de septiembre de 2013, fecha esta última en la cual ya estaba terminado y liquidado el negocio contractual.

La inhabilidad es clara en disponer que la conducta consiste en celebrar o suscribir contrato con entidades públicas, durante el período inhabilitante, pero nada tiene que ver con la extensión en el tiempo de su ejecución del contrato.

Por todo lo anterior, solicitó mantener la elección de la Representante a la Cámara.

III.- ALEGATOS DE CONCLUSION

3.1. La parte demandante adujo en relación con la **gestión de negocios**, que conforme al concepto idiomático de la palabra "gestionar" se trata de participar, realizar diligencias dirigidas a obtener cualquier clase de objetivo y el "negocio" no se circunscribe al aspecto económico sino que implica la obtención de cualquier interés o utilidad. Indicó entonces que esta conducta prohibitiva presenta los siguientes aspectos esenciales:

a) **Tipos de intereses o beneficios**: los negocios pueden tener fin lucrativo o no en las gestiones realizadas, como el caso de la Concejal que había sido agente de seguros y promovió la celebración de contratos de seguros con el municipio en el que resultó elegida; puede tratarse de intereses extrapatrimoniales, que deben ser evidentes y notorios, por ejemplo: provechos o ventajas que le representa

intervenir en las diligencia y trámites o que le propicien imagen preponderante ante el elector.

b) **Gestión determinante y directa**: la gestión efectiva, útil, valiosa y trascendente debe ser efectuada directamente por el demandado.

c) **Interés particular**: debe ser excluyente y particular pues busca satisfacer el querer personal propio o de terceros.

d) **Temporal y espacial**: la intervención en gestión de negocios debió haber ocurrido dentro de los 6 meses anteriores a la elección y dentro de la circunscripción en la cual se efectuó la respectiva elección, conforme con los términos del artículo 179 de la Constitución Política, en la que la circunscripción municipal está contenida en la departamental.

e) **No exige concreción del negocio gestionado**: lo importante es el interés, la intención, la pretensión de conseguir algo ante una entidad pública, lo que define es la realización de gestiones, no su concreción.

Los elementos para tener en cuenta en la intervención de gestión de negocios son: a) que se realice ante entidades públicas; b) en interés propio o de terceros; c) dentro de los seis meses anteriores a la elección y d) en la misma circunscripción electoral.

Esos elementos en el caso concreto se materializaron así:

a) En relación con la gestión ante entidades públicas, el Banco Finandina S.A. es un establecimiento bancario de naturaleza privada, que decidió mediante documento privado 39217 del Libro IV de 18 de junio de 2013, aperturar por primera vez, una agencia en la ciudad de Neiva, correspondiéndole la matrícula mercantil número 245671. El 19 de junio de 2013 celebró contrato de trabajo a término indefinido con la señora **ANA MARIA RINCON HERRERA**, para que fungiera en calidad de Gerente, quien ante la comprensible necesidad de reclutar los primeros clientes de la referida agencia, gestionó negocios en forma directa, efectiva, útil, en procura del interés particular tanto del banco como del suyo propio, ante diferentes personas jurídicas, entre ellas, entidades públicas dentro de la jurisdicción del Departamento del Huila, tales como: Aguas del Huila (oferta de 22 de octubre de 2013).

Transcribe toda la oferta para concluir que tanto en contexto en el que se redactó, como de su contenido, denotan la voluntad libre, consiente y manifiesta de la demandada **ANA MARIA RINCON HERRERA** de gestionar negocios ante Aguas del Huila, generando un acercamiento con el exclusivo ánimo lucrativo de abrir y vender productos bancarios a dicha entidad pública desde la oficina de Neiva del Banco Finandina.

Indicó que frente al argumento de defensa de la demandada atinente que se trató de un modelo informativo generalizado, ni riñe, ni desvirtúa la gestión de negocios

endilgada, por el contrario robustece la efectiva gestión de negocios, por cuanto *“precisamente es la información de los productos nuevos y sus beneficios, una de las maneras más efectivas de hacer gestión bancaria en dicho mercado. En efecto, la manera más ortodoxa utilizada por un banco para gestionar sus negocios, es enviando a sus potenciales clientes la información de sus productos y ventajas, comparados con los ofrecidos por la competencia”*. (fl. 616 cdno. ppal.)

La demandada desarrolló gestión en forma personal y directa con AGUAS DEL HUILA, sin que mediara delegación en otro funcionario porque la función recaía exclusivamente en la gerencia, sin que existiera un empleado encargado de enviar las ofertas y hacer los acercamientos ante las entidades públicas.

La potencialidad de la gestión fue efectiva, útil, trascendente y valiosa como se refleja en la decisión de Aguas del Huila de abrir la cuenta de ahorros 9210001314 de 25 de octubre de 2013, con 200 millones de recursos públicos y como lo había prometido la Gerente, le confirmó a la entidad pública que le otorgaba una tasa equivalente al 2.00%EA.

Similar situación ocurrió con el MUNICIPIO DE NEIVA, pues la demandada desplegó una específica gestión en pro de realizar el negocio, en atención a que diligenció solicitud de vinculación de productos de ahorro e inversión el 15 de octubre de 2013. Solicitud con la cual se apertura la cuenta de ahorros 9410001261 con un depósito inicial de 500 millones de pesos con recursos públicos. En esta oportunidad, la demandada presenció y diligenció la entrevista presencial con el cliente y aprobó la documentación, que son requisitos previos para la apertura de la cuenta. Por comunicación de 21 de octubre de 2013, la entonces Gerente del Banco (Neiva) informa al Tesorero del Municipio, la tasa especial de rendimientos para los depósitos con recursos públicos.

Frente a la LOTERIA DEL HUILA, la demandada gestionó la solicitud de vinculación de productos de ahorro e inversión el 19 de septiembre de 2013 y con base en ésta, apertura la cuenta de ahorros 9410001145, con un depósito inicial de cinco millones de pesos y depósitos posteriores uno por más de 21 millones y 9 millones, consignaciones que se hicieran el 22 de septiembre de 2014.

Aunque lo firmó uno de los asesores comerciales, lo cierto es que la demandada presenció, asistió y calificó la declaración de entrevista presencial y verificó la documentación pertinente, sin la cual no hubiera podido abrirse la cuenta de ahorros.

En relación con el MUNICIPIO DE BARAYA, la oferta de negocios dató del 24 de octubre de 2013 –hecho planteado en alegatos-.

b) Respecto de la gestión en interés propio y de terceros: propio que deviene de su querer particular como empleada del banco, como de terceros, es decir, el Banco Finandina. Este interés es de claro origen contractual y marcado contenido obligacional. Lo cual se corrobora con el contrato de trabajo a término indefinido suscrito entre la demandada y el Banco Finandina, que evidencian a partir de su clausulado, que una de las obligaciones de la contratista era la obtención de

resultados concretos y medibles, so pena de terminarse unilateralmente por el Banco. Además, se acordaron el reconocimiento de incentivos a partir de la consecución de dichos objetivos. Existió un pacto recíproco en pro de la consecución de los intereses propios de la empleada y del banco como tercero, siendo deber de la primera -conforme a las cláusulas de su contrato- "*cumplir las metas de colocación y/o captación presupuestadas por el empleador*" (véanse cláusulas 6ª y 8ª).

c) La gestión se realizó dentro de los seis meses anteriores a la elección (entre el 9 de septiembre de 2013 y el 9 de marzo de 2014), la demandada desplegó absolutamente todas las gestiones ante las entidades públicas mencionadas.

d) La gestión tuvo lugar en la misma circunscripción de la elección: por tratarse de Representante a la Cámara por la circunscripción departamental, hacen parte de ella, los municipios y capital que lo integran, en este caso, el municipio de Neiva está contenido en el Departamento del Huila. Las personas públicas con las cuales la demandada contrató los servicios financieros ofrecidos por la entidad financiera son todas territoriales municipales.

Pasando a otro tema, expuso que el régimen de inhabilidades electorales es de aplicación objetiva que implica al fallador concentrarse en sus elementos básicos y estructurales, es decir, los elementos axiológicos únicamente, sin entrar a reflexiones personales del demandado o de imposible demostración, para garantizar la protección de la democracia y de la seguridad jurídica del Estado.

Trajo de apoyo dos antecedentes jurisprudenciales de la Sección Quinta en los que se destacó el estudio objetivo de las inhabilidades, a saber: sentencias 6 de mayo de 2013, exp. 2011-00637-01 Acumulado (Gobernador de Caldas 2012-2015) y el caso del Gobernador del Chocó quien la legislación sobreviniente eliminó algunas conductas del tipo penal de peculado y el demandado invocó principio de favorabilidad penal, que la Sección Quinta le dijo no era aplicable al derecho electoral, desechando así argumentos subjetivos de defensa.

Concluyó entonces que la no probada ventaja electoral y la ausencia de la calidad de candidata durante una parte del período inhabilitante de la señora **ANA MARIA RINCON HERRERA** son argumentos subjetivos planteados por la defensa, que no se compadecen con la posición de la Sección Quinta sobre el necesario análisis objetivo de los presupuestos de la referida inhabilidad, por lo cual devienen en irrelevantes en el análisis que corresponde hacer en la causal de inhabilidad de intervención en gestión de negocios ante entidades públicas y que debe ser objetivo en atención a que se pone en entredicho la transparencia, igualdad y moralidad del respectivo proceso electoral.

Además, que conceptualmente la norma superior que consagra la inhabilidad (num. 3º art. 179) hace referencia en abstracto a la persona sin calificarla de candidata, en armonía con el artículo 30 de la Ley 1475 de 2011 el periodo de inscripción o de modificación de las listas de los partidos es inferior a tres meses de la fecha de la elección.

Así pues, la condición de candidata ni activa ni desactiva los efectos de la inhabilidad, porque no es uno de los elementos esenciales de la misma. Lo son en cambio, la falta de gestión, la falta de interés propio o de un tercero, la conducta acontece fuera del tiempo inhabilitante o no se realizó territorialmente en la circunscripción de la elección.

Aseveró que supeditar el alcance y contenido de la inhabilidad al momento en que **ANA MARIA RINCON HERRERA** se convirtió en candidata sería reducir el término constitucional de 6 meses a 1 mes y 5 días anteriores a la elección porque fue el día de la muerte de Sergio Younes Rincón, lo cual implicaría manipulación arbitraria de la norma superior.

La demandada fue inscrita el 7 de febrero de 2014, es decir, un mes y dos días antes de efectuarse la elección (9 de marzo de 2014) y ella declaró bajo la gravedad del juramento no estar incurso en hecho constitutivo de inhabilidad, lo cual se dio por sentado por el partido con el otorgamiento del aval modificatorio y la consecuente aceptación del mismo.

Por otra parte, la ventaja de la demandada frente a otros candidatos resulta inobjetable a partir de que cuatro entidades públicas que negociaron con el Banco, gracias a su gestión como Gerente, influencia que ninguno de los demás candidatos tenía posibilidad de desplegar. El propio Gerente General del Banco reconoció que la escogencia de personal depende de la destreza, habilidad y resultados que se acrediten por el empleado y añadió *“Como no hablar de una ventaja frente a los otros candidatos, cuando de las captaciones públicas la señora **ANA MARIA RINCON HERRERA** se beneficiaba en estabilidad, resultados, ingresos y otros ya señalados anteriormente. Esta situación le reportó ventaja frente a sus competidores, toda vez que mientras ellos se dedicaban a gastar recursos en sus campañas, la señora **ANA MARIA RINCON HERRERA** se remuneraba gracias a sus buenos contactos y permanentes relaciones con entidades públicas. Cómo no hablar de ventaja, cuando se rompe el criterio de la equidad, por cuanto las gestiones desplegadas por la demandada no estaban orientadas dentro del normal y cotidiano acceso de cualquier ciudadano a la Administración Pública en condiciones de igualdad, sino el beneficio particular del erario público de negocios financieros, donde ninguno de los otros candidatos tuvo esa posibilidad”* (fl. 637 cdno. ppal.).

2. La intervención en la celebración de contratos con entidades públicas en interés propio: esta conducta permite al contratista hacerse notar ante el electorado, en atención a que las necesidades de la comunidad se satisfacen mediante contratos estatales.

Orden de prestación de servicios FM-0417-01-POPULAR celebrado con FOMCULTURA.

Suscrito por la demandada el 29 de abril de 2013 con el Fondo Mixto de Cultura del Huila - FOMCULTURA, por un valor de \$25.000.000,00, con recursos

provenientes de la Alcaldía de Neiva en desarrollo de un contrato interadministrativo 0417 de 2013, denominado Festival Nacional y Popular, con un término de cinco (5) meses hasta el día 29 de septiembre de 2013, es decir, una vigencia dentro del período inhabilitante para las elecciones del 9 de marzo de 2014.

Aseveró que la demandada al indicarle a FOMCULTURA en carta remitida el 17 de julio de 2013, solicitó la terminación del contrato ya que a la fecha todas y cada una de las actividades y obligaciones pactadas ya habían sido ejecutadas a satisfacción, corrobora que simultáneamente gestionaba ante las entidades públicas como Gerente del Banco y ejecutaba el contrato con el Fondo Mixto de Cultura.

La Sección Quinta ha reconocido que la orden de prestación de servicios es un contrato estatal, el cual en el presente caso recaía sobre un interés particular propio de la demandada, pues fungía como Directora del Festival Municipio de los Reinados Popular y señorita Neiva del Bambuco.

Por lo anterior, solicitó declarar probada la inhabilidad de intervención en la celebración de contratos con entidades públicas en interés propio o en el de terceros contra la demandada y se decrete la nulidad de la elección.

En criterio, de la parte actora, los únicos elementos capaces de desactivar la materialización de la causal de inhabilidad es la ausencia de alguno de los factores constitutivos de la misma. La condición de candidato no activa o desactiva los efectos de la inhabilidad porque no es elemento esencial de la misma. Además, que conforme con el artículo 30 de la Ley 1475 de 2011, el periodo de modificación o de inscripción de candidaturas es inferior a tres meses a la fecha de la elección y la condición de candidato solo se adquiere con la inscripción. Invocó como apoyo el antecedente que anuló la elección del Gerente de FABEGAN, contenido en la sentencia de 13 de septiembre de 2007 (Exp. 2006-00045-00), quien al momento de predicar la inhabilidad ni siquiera era candidato, pues aún no vencían los plazos para la inscripción y faltaban cinco meses para la elección.

Destacó que el formulario E-7 CT diligenciado por la demandada el 7 de febrero de 2014 (fls. 288 y 289) porque contiene la declaración bajo la gravedad de juramento de que no estaba incurso en causal de inhabilidad para ser candidata y es indicativo de que la persona va a quedar sometida a todos y cada uno de los presupuestos normativos como lo dispone el artículo 28 de la Ley 1475 de 2011, circunstancia que también estaba obligado a verificar el respectivo partido que la avaló.

Finalmente, aseveró, que si de ventaja electoral pudiera hablarse, lo cierto es que del acervo probatorio es claro que es una hábil gestora ante las entidades públicas, e incluso le antecede, porque conforme al testimonio del Gerente de Finandina ese fue uno de los parámetros para escogerla para ese cargo. Es más, mientras los demás candidatos gastaban recursos en sus campañas, la

demandada se remuneraba gracias a sus buenos contactos y permanentes relaciones con entidades públicas y agregó “...cómo no hablar de ventaja, cuando se rompe el criterio de la equidad, por cuanto las gestiones desplegadas por la demandada no estaban orientadas dentro del normal y cotidiano acceso de cualquier ciudadano a la Administración Pública en condiciones de igualdad, sino al beneficio particular del erario público de negocios financieros, donde ninguno de los otros candidatos tuvo esa posibilidad” (fl. 637 cdno. ppal.).

Todas esas razones para que se declare probada la inhabilidad en gestión de negocios ante entidades públicas que pesa sobre la congresista demandada, por ende, se decreta la nulidad de su elección.

Finalmente, en cuanto a la CAUSAL GENERICA DE NULIDAD INVOCADA consistente en la INFRACCION DE LAS NORMA EN QUE DEBIA FUNDARSE EL ACTO DE ELECCION (art. 137 CPACA), reiteró los argumentos de la demanda. (fls. 605 a 641 cdno. ppal.).

3.2. La parte demandada

En desarrollo del principio de soberanía popular previsto en el artículo 3 de la Carta Política, el derecho de todo ciudadano de participar en la conformación, ejercicio y control del poder político del artículo 40 es una de sus mayores manifestaciones.

La verificación de condiciones y calidades de los aspirantes o candidatos, conlleva la posibilidad de controvertirlas desde el momento de la inscripción o impugnarlas durante o después del procedimiento electoral y judicializarlas ante el juez de la nulidad electoral. Solo que en este último evento el acto administrativo viene revestido de presunción de legalidad.

Así, las cosas, ha de tenerse en cuenta que para efectos de la inhabilidad atribuida a la doctora **RINCON HERRERA**, no toda gestión adelantada puede conllevar inhabilidad, sino aquella que quiebre la igualdad entre los aspirantes.

Conforme al acervo probatorio, entre julio de 2013 y febrero de 2014, la doctora **ANA MARIA RINCON HERRERA** se desempeñó como Gerente del Banco Finandina en la ciudad de Neiva, cargo al que llegó exclusivamente por su hoja de vida, trayectoria y reconocimiento profesional, sin que hubiera tenido vinculación política de ninguna naturaleza y menos ejercido como pre-candidata o candidata a corporación pública alguna. Quien en realidad fungía como candidato, era su hijo quien falleció en enero de 2014.

Además, durante su actividad como Gerente bancaria, la demandada en realidad no gestionó específicamente negocios con entidades públicas en la ciudad de Neiva, por cuanto las comunicaciones enviadas ofreciendo servicios financieros las suministró en forma generalizada y con carácter informativo a toda la comunidad tanto privada como pública, como claramente lo corroboró el Gerente general de la entidad financiera en su testimonio.

Tampoco obtuvo beneficio que le permitiera aprovecharse de ello con fines electorales y en detrimento de sus competidores, porque en ese momento de celebración de los contratos no era candidata, condición que solo obtuvo, a raíz del fallecimiento de su hijo en enero de 2014, se candidatizó en febrero 2014 y las elecciones fueron en marzo de 2014.

Menos recibió beneficio económico por la apertura de las cuentas referidas, ni tampoco recibieron tratamiento preferencial porque esto último dependía exclusivamente de la autorización de la oficina central en Bogotá, como también lo explicó el testigo, quien indicó que la apertura obliga a la suscripción de un formulario de vinculación, a la cual cualquier persona que acredite capacidad legal y adjunte la documentación que se exige puede tener acceso al producto financiero. Mientras que las condiciones especiales permanentes o temporales que no requieren la suscripción del cuentahabiente, son autorizadas por diferentes instancias comunicadas por gerente o por el asesor si es del caso.

Sobre la celebración del contrato con Fomcultura, esta antecede al periodo inhabilitante que transcurrió entre el 9 de septiembre de 2013 y el 9 de marzo de 2014 y ese contrato se celebró el 29 de abril de 2013 y para ello no se debe tener en cuenta su ejecución (fls. 596 a 604 cdno. ppal.).

3.3. Los coadyuvantes

3.3.1. La señora **Mildred Samary Quesada Toledo** coadyuvante de la parte demandada indicó que el juez solo puede resolver cuestiones planteadas en el libelo.

En segundo lugar, indicó que la única prueba para acreditar la gestión de negocios fue la copia de “oficio” mediante el cual la demandada dio a conocer a la Empresa Aguas del Huila la llegada del Banco Finandina a la ciudad de Neiva y los productos financieros ofrecidos por la entidad bancaria. La misma comunicación le fue remitida al municipio de Neiva.

Si bien en el proceso quedó establecido que el citado municipio y la empresa Aguas del Huila abrieron cuentas de ahorro en el Banco Finandina en el mes de octubre de 2013, circunstancia que el actor omitió manifestar y que implica un punto de definición para el juez de la nulidad electoral, en atención a que la posición del Consejo de Estado es que la intervención en la gestión culmina con la celebración del contrato y en dado caso, la inhabilidad se estudiará como intervención en la celebración de contratos “**siempre y cuando haya sido alegada en la demanda**”.

Por otra parte, aunque se hubiera planteado la causal como intervención en la celebración de contratos, tampoco estaba llamada a prosperar por cuanto, como lo afirmó en su testimonio el Representante Legal del Banco Finandina, los clientes no firman contrato sino que se adhieren a las condiciones generales de un

reglamento, previamente aprobado por la Superintendencia Financiera de Colombia.

Concluyó que con respecto al municipio de Neiva, la Empresa Aguas del Huila y Lotería del Huila, el cargo de nulidad electoral debió estructurarse en la intervención en la celebración de contratos, que ya no puede proponerse en la etapa de alegatos de conclusión, porque vulneraría el debido proceso, el derecho de defensa y el acceso a la administración de justicia en condiciones de igualdad. En relación con el aspecto de fondo insistió en que los causahabientes no firman contratos con los bancos si no que se adhieren a un reglamento aprobado por la Superintendencia Financiera.

Indicó que frente a otros casos como el del Municipio de Baraya, la oferta de servicios financieros de Finandina se envió en agosto de 2013, es decir, fuera del período inhabilitante. En relación con la Cooperativa CONFIE y el colegio GUIPAS y CHAVOS son empresas de carácter privado que no cumplen con uno de los presupuestos que trae la norma al consagrar la inhabilidad como es que la gestión o el contrato sea con entidad pública.

Respecto del documento de oferta de servicios enviada a la empresa Aguas del Huila, no encuadra dentro de la actividad de gestión de negocios, pues lejos de contener algún tipo de propuesta, es un comunicado mediante el cual el Banco, de manera masiva, intenta informar al público en general que había llegado a Neiva. Así las cosas, la parte actora no logró demostrar los presupuestos de la causal de inhabilidad.

Eso en cuanto a los servicios financieros del Banco Finandina.

En relación con el contrato celebrado con el Fondo Mixto de Cultura del Huila - FOMCULTURA, la orden de trabajo fue suscrita el 29 de abril de 2013, es decir, fuera del período inhabilitante, pues si bien es cierto que la demandada celebró contrato de prestación de servicios desde esa fecha para ejecutarse en un término de 6 meses, es decir, hasta 29 de septiembre de 2013, también lo es que los actos de ejecución son diferentes. En consecuencia, la orden fue suscrita antes de los 6 meses del período inhabilitante.

Además, está probado que la inscripción de **ANA MARIA RINCON HERRERA** como candidata a la Cámara de Representantes por el Departamento del Huila, fue a partir de la ocurrencia de un hecho luctuoso como fue el fallecimiento inesperado de su hijo SERGIO YOUNES RINCON, quien para la época, lideraba todas las encuestas como seguro ganador de una curul en el Congreso y agregó *“...frente al evento doloroso, la señora Rincón Herrera, en un gesto por demás enaltecedor y como una forma de rendir homenaje a su hijo fallecido, decide postular su nombre en reemplazo del de aquel, con el objeto de darle continuidad a su trabajo político e impedir que junto con él también se extinguiera. Entonces, fue a partir de su inscripción como candidata a la Cámara y solamente a partir de esa fecha, cuando se escuchó el nombre de ANA MARIA RINCON en el medio político del Departamento del Huila, y si ello es así, puede asegurarse, sin lugar a*

equivocos, que no fue su candidatura lo que hizo que empresas o entidades del Estado buscaran los servicios del Banco que ella gerenciaba en Neiva, en tanto que ningún provecho de ello pudo obtener la señora Rincón para la fecha de las supuestas 'gestiones', porque para entonces, no ostentaba la condición de candidata a la Cámara de Representantes".

Además, debe tenerse en cuenta que la información bancaria es de carácter reservado, así que nadie puede tener conocimiento de que la demandada era una hábil negociadora de intereses con la administración.

Indicó que cuando el servicio es ofrecido en condiciones de igualdad para todo el conglomerado se encuadra dentro de las excepciones previstas en la Ley, que permite a los congresistas, bajo ciertas condiciones, cumplir determinadas actividades contractuales, sin que por ello contravengan las disposiciones constitucionales, consideraciones que pueden aplicarse al caso que se estudia (sentencia de 23 de febrero de 1994. AC-1064. Actor: Fernando Luis Martínez Méndez. Demandado: José Libardo Blackburn Cortés). Fls. 650 a 669 cdno. ppal.

3.3.2. El señor **Cristian Camilo Suárez Ortiz** coadyuvante de la parte demandada solicitó denegar las pretensiones de la demanda. Indicó que la intervención por gestión de negocios requiere cumplir los siguientes presupuestos: i) conducta dinámica positiva, seria, real y concreta del candidato de gestionar un negocio ante una entidad pública determinada; ii) el propósito claro y concreto del candidato de obtener un determinado provecho, utilidad o interés en beneficio propio o de terceros que quebrante el principio de igualdad electoral frente a los otros candidatos y demás ciudadanos; iii) que quien actúe tenga la categoría de candidato al Congreso.

La primera, es decir, la conducta dinámica, seria y real, no se cumple en este caso, por cuanto la actuación de la demandada se limitó a publicitar en forma uniforme, masiva y en condiciones uniformes el portafolio de servicios a toda la comunidad mediante formato único nacional que emplea el Banco, como lo indicó en su testimonio el gerente general de la entidad financiera Orlando Forero Gómez.

La segunda, esto es, el interés personal, directo e inequívoco en la obtención del provecho ante el órgano oficial tampoco se advierte, porque no solo el municipio de Neiva y Aguas del Huila abrieron cuentas de ahorro en Finandina producto de la actividad publicitaria sino que muchas otras personas naturales y jurídicas también lo hicieron *"incluyendo a las que no les llegó el portafolio pero se enteraron por otros mecanismos"*.

Por otra, resulta de interés que el Gerente General en su testimonio, aseverara que las cuentas de ahorro de las entidades públicas solo pueden ser gestionadas y autorizadas por las directivas nacionales de la entidad bancaria, alejando de la demandada la posibilidad de actuar en forma directa y con interés personal en el asunto y *"limitando su actuar a la mera convalidación interna del reglamento de cuenta de ahorros"*.

La tercera, para la época de los hechos octubre de 2013, la señora **ANA MARIA RINCON HERRERA** no era candidata a ningún cargo de elección popular y nunca lo había sido. La norma consagratória de la inhabilidad indica “*no podrá ser Congresista...*”, lo que supone que es requisito inexorable ser candidato y fue redactada en el entendido que se dirigía necesariamente a los candidatos. Se afirma de esa manera porque precisamente la norma establece como límite temporal seis (6) meses que corresponde exactamente al término establecido por la autoridad electoral para las inscripciones de los candidatos.

La cuarta, sobre el quebrantamiento del principio de igualdad electoral o la obtención de ventaja electoral, no sucedió porque cuando el municipio de Neiva y Empresa de Aguas del Huila abrieron cuentas de ahorro en Finandina, ella no era candidata ni nunca lo había sido. Así que por sustracción de materia la actividad de gerente de entidad financiera estaba totalmente alejada de sus actuaciones como gerente de la entidad financiera.

Recordó que incluso la solicitud que hiciera el tesorero del municipio de Neiva para abrir cuenta de recaudo de impuestos corrientes de libre destinación del municipio, no fue atendida por la demandada, precisamente con el argumento de carecer de facultad técnica y legal porque se requería de convenio. Por otra parte, que la apertura de las cuentas de ahorro del municipio de Neiva y de la Empresa Aguas del Huila no corresponden al resultado o respuesta de las solicitud hecha por el tesorero en su oficio TM0962 sino a otra gestión individual y aislada que realizaron los directivos de las entidades públicas ante el banco Finandina, como lo afirmó en su testimonio el Gerente General Orlando Forero Gómez.

Por todo lo anterior afirmó que la demandada no participó gestionando la apertura de las cuentas referidas por el demandante por no estar autorizada para ello por las directivas del banco y si bien las cuentas existieron lo cierto es que no se puede equiparar a la gestión de negocios que contiene la norma prohibitiva de la inhabilidad.

Sobre el cargo de celebración de contratos indicó que los presupuestos de esta causal son: i) suscripción efectiva del contrato por parte del candidato en interés propio o de un tercero; ii) una de los contratantes sea entidad pública; iii) contrato suscrito durante el período inhabilitante (entre el 9 de septiembre de 2013 y el 9 de marzo de 2014).

Respecto de la suscripción efectiva en interés propio, es claro que existió, porque la demandada firmó orden de servicios el 29 de abril de 2013, en la que actuó como persona natural ante el Fondo Mixto de Cultura del Departamento del Huila.

Pero, en relación con el segundo presupuesto, la entidad contratante no es pública sino entidad de carácter privado sin ánimo de lucro, cuya misión es apalancar procesos de desarrollo cultural. Así que está por fuera de la estructura organizacional del Estado y aunque coadyuva en el logro de los fines culturales.

Frente al tercer requisito, lo cierto es que la orden de servicios no fue suscrita en el período inhabilitante de los seis meses anteriores a la elección, en atención a que fue suscrito por las partes contratantes el 29 de abril de 2013, es decir, 5 meses antes del inicio de dicho término. Recordó que la norma superior es clara en consagrar que la conducta es celebrar o suscribir contrato con entidad pública **dentro del período inhabilitante**, en nada alude a la ejecución. Es más, el último pago recibido por la demandada con cargo a esa orden de servicios se dio el 9 de agosto de 2013 (fls. 670 a 678 cdno. ppal.).

3.4. El Consejo Nacional Electoral (tercero con interés directo en las resultas del proceso).

El Constituyente Primario determinó una nueva estructura de la Organización Electoral, elevando a rango constitucional y como máximo órgano del sistema al CNE, el cual dotó de autonomía e independencia y de funciones necesarias para garantizar el normal desarrollo de los procesos electorales en condiciones de plenas garantías para preservar la eficacia, validez y transparencia del voto.

Constitucionalmente, a dicho organismo se le asignó la guarda de los cometidos y propósitos estatales, de la eficacia de los derechos que pretenden y del desarrollo de los principios democráticos. Las facultades de inspección y vigilancia se activan cuando se advierten irregularidades que implique violación grave del orden jurídico vulneradora del desarrollo de los procesos electorales.

Con el Acto Legislativo 01 de 2009 se precisaron nuevas facultades para el CNE, toda vez que se añadió el control de toda la actividad electoral de los partidos y movimientos políticos de los grupos significativos de ciudadanos, incluyendo representantes legales, directivos y candidatos.

Pues bien, indicó que las actuaciones derivadas del poder de policía no deben ser arbitrarias sino que están sujetas al juicio de proporcionalidad que se realice sobre cada hecho en concreto para determinar si la reducción del derecho es acorde a la importancia del principio afectado.

Luego de desarrollar en forma juiciosa un estudio sobre las funciones y competencias del Consejo Nacional Electoral, en lo que incluyó el derecho comparado concluyó que para el caso concreto, el acervo probatorio se advierten que la Congresista realizó actividades como Gerente del Banco Finandina, la inhabilidad que se le atribuye no se configura, pues no se probó que las hubiera desplegado para favorecer el patrimonio propio ni de manera significativa y/o trascendente el interés del Banco que sería un tercero, más allá de lo que implica ofertar o prestar un servicio financiero, como tampoco se advierte la existencia de beneficio extra patrimonial de aspecto material que le hubiere implicado ganar posicionamiento político que le aventajara en las justas electorales frente a los demás candidatos y, menos que le generaran efecto útil y potencialmente efectivo que le posibilitaran a la demandada favorecerse de una imagen preponderante ante el elector (fls. 546 a 560 cdno. ppal.).

IV.- CONCEPTO DEL MINISTERIO PUBLICO

El Procurador Sexto Delegado ante el Consejo de Estado solicitó acceder a las pretensiones de la demanda de nulidad electoral, con sustento en las siguientes razones:

En el caso en estudio, la presunta gestión de negocios que se endilga a la electa Representante a la Cámara por el Departamento del Huila, consiste en que en su calidad de Gerente del Banco Finandina (oficina Neiva), ofertó negocios al municipio de Neiva, a la empresa Aguas del Huila S.A. E. S. P., en la que se ponen a disposición los productos de inversión del banco y que luego devino en la suscripción de sendos contratos de adhesión de cuentas de ahorro.

Aclaró que en esta conducta inhabilitante no se requiere la celebración efectiva del negocio sino la realización de diligencias conducentes al logro del mismo. Se apoyó en antecedente reciente de la Sala.

Conforme al planteamiento de la demanda, indicó que se probó que la demandada en calidad de Gerente de la Oficina de Neiva - Huila del Banco Finandina, mediante comunicación de 22 de octubre de 2013 (fls. 452 a 453) dirigido al Gerente de Aguas del Huila, ofrece los servicios y beneficios del Banco. Igual información remitió al Tesorero del Municipio de Neiva (fls. 33 y 34).

La actividad desplegada por la demandada es de aquella considerada gestión de negocios por el despliegue de diligencias conducentes al logro de un negocio que le aportaba beneficios, pues el negocio jurídico que se pretendía concretar era la apertura de servicios financieros y de inversión por parte de las entidades públicas contactadas por la demandada con el Banco que ella gerenciaba localmente.

Arguyó que por el hecho de remitir información sobre los productos que ofrece el banco donde labora, puede o pudo obtener ventajas frente a los demás candidatos *“inclinando inclusive la balanza electoral a su favor por el hecho de participar en actuaciones ante autoridades públicas, ya sea en nombre propio o de la persona jurídica que representa, pues el candidato que se encuentre en circunstancias de acercamiento ante organismos estatales, por cuenta de diligencias que adelante ante ellas, porque las mismas pueden traducirse en prestigio para su candidatura, al mostrarse como un hábil negociador ante entidades públicas”* (fl. 646 cdno. ppal.).

Es claro que la fase precontractual es la que encuadra en la llamada gestión de negocios y la efectuó ante entidades públicas.

El interés propio o a favor de terceros, se materializa en la cláusula segunda del contrato de trabajo de Gerente en el que dentro de sus obligaciones negociales estaba el cumplimiento de metas de colocación y/o captación presupuestadas por el empleador, las cuales cumplía ejerciendo gestiones tendientes a la suscripción de cuentas de ahorro. Además, existió también el interés de un tercero que es el Banco Finandina

El plazo para la configuración de la causal de inhabilidad está dado porque la gestión de negocios que se atribuye a la demandada data de 22 de octubre de 2013, esto es, dentro de los seis (6) meses, que cursaban entre el día de la elección 9 de marzo de 2014 y hacia atrás seis meses, es decir 9 de septiembre de 2013.

En cuanto a la territorialidad, la gestión de negocios fue realizada con entidades del municipio de Neiva (locales) y la Representante resultó electa por el Departamento del Huila (seccional). Es claro entonces que los municipios integran o hace parte del Departamento y, por ende, es viable afirmar que se dio dentro del ámbito de la misma circunscripción electoral (fls. 642 a 649 cdno. ppal.).

V.- TRAMITE DEL PROCESO

El 20 de octubre de 2014, se realizó la audiencia inicial de que trata el artículo 283 del C.P.A.C.A. en la cual se adelantó el saneamiento del trámite adelantado; se reconocieron personerías; se fijó el litigio y se decretaron las pruebas.

La audiencia fue suspendida para resolver el recurso de súplica interpuesto por la parte demandada contra la decisión que negó el decreto y práctica de algunas pruebas documentales, concretamente, las que versaban sobre el fallecimiento del señor Sergio Younes Rincón.

Por medio de auto de 27 de noviembre de 2014, con ponencia de la Magistrada Susana Buitrago Valencia, se revocó la decisión anterior. Actuó como conjuez, previo los procedimientos de ley, la doctora Esperanza Gómez de Miranda (fls. 416 a 424 cdno. ppal.).

La audiencia inicial continuó el 23 de enero de 2015, se decretaron las pruebas que la parte demandada adujo frente al deceso del señor Younes Rincón y se fijó fecha para la práctica de la prueba testimonial (fls. 494 a 498 cdno. ppal.).

De conformidad con el artículo 289 del C.P.C. se ordenó el traslado de las pruebas por la Secretaría sin necesidad de auto. Asimismo, se prescindió de la segunda etapa del proceso contencioso electoral de acuerdo a lo consagrado por los artículos 179 y 283 del C.P.A.C.A.

Con auto de 9 de febrero de 2015, se ordenó correr traslado a las partes por el término común de 10 días para que presentaran sus alegatos, y luego entregar el expediente al agente del Ministerio Público, si éste así lo solicitare, para que en el término de 10 días rindiera concepto de fondo (fl. 524 cdno. ppal.).

Realizado todo lo anterior ingresó el proceso al Despacho para emitir sentencia.

II. CONSIDERACIONES

2.1. Competencia.

De conformidad con lo dispuesto en el numeral 3º del artículo 149 de la Ley 1437 de 2011 Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo y el artículo 13 del Acuerdo 58 del 15 de septiembre de 1999 - modificado por el artículo 1º del Acuerdo 55 de 5 de agosto de 2003-, la Sección Quinta del Consejo de Estado es competente para conocer en única instancia del presente proceso, por cuanto se trata de una acción de nulidad contra el acto declaratorio de elección de Representante a la Cámara (período 2014 - 2018).

2.2. Pruebas del acto acusado.

Formulario E-26 CAM de 19 de marzo de 2014 contentivo del “*Resultado del escrutinio Elección de Cámara Elecciones 09 de marzo de 2014*” por el Departamento del Huila expedido por la Comisión Escrutadora Departamental².

Reposa también el Acta General de Escrutinio Departamental del 11 al 19 de marzo de 2014³, en la que se accedió a algunas solicitudes de modificación en la votación de unas mesas específicas.

2.3. Estudio de fondo del asunto.

El demandante solicitó la declaratoria de nulidad del acto de elección de la Representante a la Cámara **ANA MARIA RINCON HERRERA**, por el Departamento del Huila, período 2014-2018.

2.3.1. El cargo: en concreto, el demandante sostiene que el acto acusado, se encuentra viciado de nulidad por haber violado el régimen de inhabilidades consagrado en el artículo 179 numeral 3º de la Constitución Política y, por ende, violatorio del artículo 275 numeral 5º del CPACA.

La norma constitucional prevé:

“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, (...), dentro de los seis (6) meses anteriores a la fecha de la elección**”.*

Y el artículo 275 numeral 5º del CPACA, en su literalidad dispone:

“Artículo 275. *Causales de anulación electoral. Los actos de elección o de nombramiento son nulos en los eventos previstos en el artículo 137 de este Código y, además, cuando:*

² A folios 15 a 30 cuaderno principal.

³ A folios 11 a 15 cuaderno principal.

(...)

5. Se elijan candidatos o se nombren personas que no reúnan las calidades y requisitos constitucionales y legales de elegibilidad o que se hallen incurso en causales de inhabilidad.”

La parte actora, en la demanda⁴, sustentó la causal de inhabilidad en los dos eventos fácticos que prevé la norma y, frente a cada una clara y específicamente imputó conductas concretas: la primera, la intervención en gestión de negocios ante entidades públicas que la conexas con el ejercicio de la doctora **ANA MARIA HERRERA RINCON** como gerente del Banco Finandina y su despliegue de actividades de oferta y negociación de los servicios financieros ante las entidades públicas y, la segunda, la intervención en la celebración de contrato que la relaciona directamente con el contrato de prestación de servicios que la Congresista celebrara con el Fondo Mixto de Cultura del Huila - FOMCULTURA.

En la audiencia inicial, el Despacho al fijar el litigio definió, sin que las partes recurrieran o manifestaran su desacuerdo, razón por la cual la Sección Quinta decidirá conforme a los siguientes límites y al siguiente problema jurídico:

Determinar si el acto de elección de la señora **ANA MARIA RINCON HERRERA**, como Representante a la Cámara por el Departamento del Huila, para el período 2014-2018 contenido en el Acta de Escrutinio Departamental de los Delegados del CNE y de cuyo contenido forma parte el E-26 CAM, es nula por elegir a una candidata incurso en la causal de inhabilidad, prevista en el artículo 179 numeral 3º de la Constitución Política, relacionada con: i) la gestión de negocios como Gerente Regional de la Oficina de Neiva del Banco Finandina y, ii) por celebrar contrato contenido en una orden de servicios con FOMCULTURA para desempeñarse como Directora del Festival del Municipio de los Reinados Popular y Señorita Neiva del Bambuco.

Bajo las causales de nulidad electoral previstas en el artículo 275 numeral 5 del CPACA, en armonía con el artículo 179 numeral 3 de la Constitución Política, junto con la causal genérica del artículo 137 del CPACA, por violación a las normas en que deberían fundarse.

2.3.2. Generalidades de la intervención en gestión de negocios y celebración de contratos con entidades públicas.

La teleología de esta inhabilidad es preventiva y proteccionista de la igualdad de los aspirantes a las justas electorales, bajo el propósito de precaver vicios en la relación del candidato con las entidades públicas que implique la indebida utilización de esa condición de candidato en las actividades que adelante ante aquellas y, evitar, vicios de mayor trascendencia, como es que el candidato utilice sus vínculos y relaciones con las entidades públicas en beneficio de sus

⁴ Reforma de la demanda, al explicar el concepto de violación y los fundamentos de la causal en la que fundamenta la demanda fls. 92 a 100 cdno. ppal.

intenciones electorales o que el electorado asocie, deduzca o concluya que verlo en tratativas con las entidades públicas le aventaja y con ello acreditarse ante los electores para obtener los votos.

Desde las discusiones de la Asamblea Nacional Constituyente se tenía claro el propósito de consagrar esta inhabilidad, como se lee en el siguiente aparte:

*“En cuanto al tema de porqué la gestión de negocios inhabilita para presentarse como candidato y para ser elegido, es un tema que muchos de los presentes han tratado y algunos no entienden la razón de ser, básicamente tiene dos cuestiones, uno es el hecho de **evitar que una persona con dineros del Estado, si es contratista, haga las labores de la campaña o a través de hacer la obra en una comunidad que se sienta beneficiada, adquiera la influencia necesaria para ser elegida, (...); adicionalmente, no hay duda de que la eventualidad de ser elegido a una corporación crea una situación de ventaja frente a la entidad o empleado público ante la cual una persona está gestionando (...).**”⁵*

La intervención en esta causal de inhabilidad se materializa en dos conductas plenamente diferenciables, la primera de ellas, la gestión de negocios, que como su nombre lo indica es simplemente entrarse en las tratativas precontractuales, sin que se requiera en efecto la culminación o logro de la celebración del contrato o negocio jurídico de que se trate y, la segunda, la celebración del contrato, implica la concreción de la intervención en un vínculo negocial que obligue a las partes contratantes, es decir, que se trate del contrato mismo.

Sobre la causal descrita, ha señalado la jurisprudencia:

*“(...) se advierten dos conductas inhabilitantes para la elección de Congresista, por una parte, **la intervención en la gestión de negocios ante entidades públicas, y por otra, la intervención en la celebración de contratos estatales.** Sobre estas dos formas de intervención la jurisprudencia del Consejo de Estado ha establecido que **en materia de inhabilidades electorales cada una de estas formas de intervención es autónoma y “abiertamente distinta”.** Así, **la gestión debe ser referente a negocios y pretende un lucro o el logro de un fin cualquiera, por ello tiene mayor amplitud;** mientras que **la celebración de contratos sólo atiende a la participación del candidato en la celebración del respectivo contrato, hecho que por expresa voluntad de la ley resulta ser en este caso el constitutivo de inhabilidad siempre que se trate de contratación estatal.** Ambos eventos o causales deben tener **ocurrencia dentro de los seis (6) meses anteriores a la elección.***

Señala la jurisprudencia que cuando la gestión de negocios ante entidades públicas concluye en la celebración de un contrato, esta causal sólo podrá ser examinada como intervención en la

⁵ Sesión Comisión 3 de abril 29 (3429). Presidencia de la República Consejería para el Desarrollo de la Constitución. Asamblea Nacional Constituyente 1991. 20 Ene 1994 Página 18.

*celebración de contratos. Por el contrario, si la gestión tendiente a la realización de un contrato no tiene éxito, entonces la causal se analiza sólo como gestión de negocios propiamente dicha*⁶.

Asimismo, cuando se trata de celebración de contratos estatales, las etapas subsiguientes tales como su ejecución y liquidación no se tornan ni configuran inhabilidad por intervención en gestión de negocios, precisamente porque el fin de la negociación que era el contrato ya se obtuvo, y ante la materialidad misma del contrato estatal la inhabilidad únicamente podría tipificarse por la celebración de contratos en interés propio o de terceros^{7,8}.

De otra parte, como lo ha precisado la Corporación⁹, el alcance de la inhabilidad debe ser interpretado en forma estricta y restringida a los supuestos expresamente tipificados, dada la naturaleza de limitación al ejercicio de un derecho político, como lo es el de ser elegido.

El acervo probatorio contiene los siguientes hechos acreditados con respecto a la conducta inhabilitante atribuida a la demandada, que se pueden agrupar conforme a algunos ejes temáticos que facilitan el estudio:

2.3.3. Sobre la causal de inhabilidad de intervención en celebración de contratos con entidades públicas

⁶ Sentencia del 13 de marzo de 1996, expediente AC-3311. Sentencia del 15 de julio de 2004, expediente 3379. Sentencia del 10 de marzo de 2005, expediente 3451. Sentencia del 9 de septiembre de 2005, expediente 3671. Sentencia del 30 de septiembre de 2005, expediente 3656. Sentencia del 10 de noviembre de 2005, expedientes acumulados 3174, 3175 y 3180. Sentencia del 11 de noviembre de 2005, expedientes acumulados 3177, 3176, 3178, 3183, 3184 y 3238.

⁷ Pueden consultarse, entre otras, las siguientes sentencias: De la Sección Primera: del 5 de septiembre de 2002, expediente PI-7452; del 4 de febrero de 2005, expediente PI-00317; y del 26 de mayo de 2005, expediente PI-00908. De la Sección Quinta: del 12 de mayo de 1995, expedientes acumulados 1146, 1148 y 1149; del 21 de abril de 1995, expediente 1284; del 27 de julio de 1995, expediente 1333; del 12 de septiembre de 1995, expediente 1384; del 31 de octubre de 1995, expediente 1438; del 3 de noviembre de 1995, expediente 1428; del 18 de abril de 1996, expediente 1542; del 7 de octubre de 1996, expediente 1595; del 24 de agosto de 2001, expediente 2610; del 21 de septiembre de 2001, expediente 2602; del 5 de octubre de 2001, expediente 2651; del 9 de noviembre de 2001, expediente 2700; del 1º de febrero de 2002, expediente 2744; del 6 de marzo de 2003, expediente 3064; del 15 de julio de 2004, expediente 3379; del 10 de marzo de 2005, expediente 3451; del 11 de noviembre de 2005, expediente 3518; y del 18 de agosto de 2006, expediente 3934. De la Sala Plena: del 2 de agosto de 2005, expediente S-245.

⁸ Consejo de Estado. Sala Plena de lo Contencioso Administrativo. Consejero Ponente: Mauricio Torres Cuervo. Sentencia de 18 de noviembre de 2008 Radicación No. 11001-03-15-000-2008-00316-00 (PI).

⁹ Cfr. entre otras, sentencias de la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo de 10 de diciembre de 2002, Exp. 2002 1027 (PI-055), C.P. Germán Ayala Mantilla; de 13 de julio de 2004, Exp. PI-2004-0454, C.P. Ana Margarita Olaya Forero.

Se recuerda que la censura está directamente relacionada con el contrato que la Congresista celebrara con el Fondo Mixto de Cultura y turismo del Huila FOMCULTURA.

El Certificado de Existencia de Entidades sin Animo de Lucro de la Cámara de Comercio de Neiva da cuenta de que el mencionado Fondo es una entidad sin ánimo de lucro (fls. 137 a 146 cdno. ppal).

El **contrato de prestación de servicios** celebrado por la Congresista con FOMCULTURA suscrito el 29 de abril de 2013, con una duración de cinco (5) meses, con el objeto de prestar el servicio de Directora para el 53º Festival Folclórico, Reinado Popular, Infantil y Señorita Neiva (fls. 1 a 3 cdno. 2).

Reposa certificación expedida el 10 de octubre de 2013 por el Representante Legal de dicho Fondo, en el que informó que la señora **ANA MARIA RINCON HERRERA**, celebró y ejecutó la orden de servicios No. FM-417-01 de 29 de abril de 2013, cuyo objeto era desempeñarse como Directora del 53º Festival Folclórico Reinado Popular, Infantil y Señorita Neiva, el cual incluía la ejecución de eventos de las diferentes expresiones culturales y artísticas que se desarrollaran en el marco del festival. Orden que tuvo como fecha de inicio el 29 de abril de 2013 y de terminación el 29 de septiembre de 2013 (fl. 41 cdno. 1).

Así también, ante requerimiento del Despacho ponente, indicó el Gerente del Fondo, que con fecha 9 de septiembre de 2013 no existe documento o recibo de pago a la demandada **ANA MARIA RINCON**, por cuanto el último pago de la orden de servicios antes referida, se efectuó el 9 de agosto de 2013 y el informe final fue remitido mediante oficio 2014-791 y adjuntó: i) comprobante de egreso 24723 en el que se lee que el 8 de agosto de 2013 el Fondo pagó totalmente los servicios a la Directora del Festival Popular y la demandada acusó el recibo con su firma e ii) copia de la comunicación que la doctora **RINCON HERRERA** enviada al Fondo, con fecha 17 de junio de 2013, mediante la cual dio por terminado el contrato de prestación de servicios, en razón a que a la fecha todas las actividades y obligaciones pactadas habían sido ejecutadas a satisfacción (fls. 541 a 543 cdno. 1).

En relación con esta censura, y lo que resultó probado, la Sala encuentra en forma temprana que no está llamada a prosperar, toda vez que el contrato de prestación de servicios fue **suscrito** por la Congresista el 29 de abril de 2013, es decir, antes de que empezara el período inhabilitante que abarcó desde el 9 de septiembre de 2013 hasta el 9 de marzo de 2014 –6 meses anteriores al día de las elecciones-. Así que el contrato lo suscribió casi 5 meses antes del período fijado en la Constitución. E incluso el contrato se terminó anticipadamente por cumplimiento del objeto contractual en agosto de 2013.

Por lo anterior, al carecer del presupuesto temporal para constituirse en conducta inhabilitante el argumento carece de prosperidad y no puede generar la nulidad del acto de declaratorio de elección.

2.3.4. Sobre la causal de inhabilidad de intervención en gestión de negocios con entidades públicas

La gestión de negocios, dentro de la teoría de los negocios jurídicos, se caracteriza por ser un acto libre de obligaciones y derechos para el gestor y el gestionado, ya que no existe contrato alguno que legalizar ni legalizado, esto significa que se queda en el plano de las tratativas precontractuales y prenegociales y, por ende no se requiere la celebración efectiva del negocio, por cuanto lo relevante es la potencialidad que la participación en diligencias ante entidades públicas le otorga al aspirante al Congreso en la obtención de ventajas respecto de los demás candidatos, quienes no tienen la misma oportunidad de tener tratativas o relaciones con entidades públicas.

La norma constitucional del 179 numeral 3º, en el aparte que ocupa el supuesto fáctico de esta demanda electoral, contiene un aspecto temporal limitado a los seis meses inmediatamente anteriores a la elección; un aspecto material relacionado con la conducta denominada **intervención en la gestión de negocios** y, el sujeto pasivo: **ante autoridades públicas** y finalmente, un aspecto modal o de propósito: en interés propio o en el de terceros.

La configuración de la intervención en la gestión de negocios, requiere que se pruebe la participación del demandado en diligencias conducentes al logro de un negocio con entidad pública que le aporte beneficios a sí mismo o a terceros, patrimoniales o extrapatrimoniales.

Visto las generalidades de la conducta inhabilitante, probatoriamente en el caso concreto, se acreditó lo siguiente:

Sobre el período inhabilitante: contados desde la elección hacia atrás seis meses, se cuenta desde el 9 de marzo de 2014 día en el que se llevaron a cabo los comicios, es decir, entre el **9 de septiembre de 2013 hasta el 9 de marzo de 2014**.

Sobre la conducta de intervención en gestión:

En este punto la Sala hace claridad en que como la imputación determinada por la demanda y en la fijación del litigio conforme a dicho libelo fue la intervención en gestión de negocios, el estudio se limitará a aquellas tratativas y actividades precontractuales que se dieron exclusivamente en el marco del período inhabilitante, sin que interese, como quedó antes explicado la fecha de la celebración del contrato, por cuanto esto corresponde a la segunda parte de la causal que en el caso concreto fue imputado desde otro hecho y ya fue despachado desfavorablemente.

Se afirma de esa forma porque varios de los hechos probados incluyeron ofertas anteriores al período inhabilitante y actividades posteriores al mismo, tal como aconteció, entre otros, con el servicio financiero ofrecido al municipio de Neiva, a

través de su Tesorero y de su Secretario de Hacienda, en el cual las respectivas ofertas se dieron los días **16 y 15 de agosto de 2013**, respectivamente (copia autenticada fls. 33 a 34, 473 a 474 y 459 a 466 cdno. 1); al Departamento del Huila, a través de su Secretario de Hacienda, por cuanto la oferta la hizo la demandada el **15 de agosto de 2013** (fls. 471 a 472 cdno. Ppal.); a la Gerencia de “Guipas y Chavos”, oferta que realizó la entonces Gerente el **21 de agosto de 2013** (fls. 475 a 476 cdno. Ppal.).

Tampoco la negociación acreditada con la Empresa de Lotería y Juego de Apuestas Permanentes es de recibo, por cuanto sólo se probó el contrato de cuenta de ahorros que se suscribió el día 19 de septiembre de 2013 (fls. 580 a 582 cdno. 1), sin que esté claro que la doctora **RINCON HERRERA** haya desplegado negociaciones precontractuales dentro del período inhabilitante.

Retomando, el estudio probatorio, la Sala observa que la vinculación de la doctora **ANA MARIA RINCON HERRERA**, al Banco Finandina -causa originaria de su posibilidad de tratativas con entidades públicas- se acreditó mediante certificación que el propio Banco Finandina expidiera el 4 de noviembre de 2014, en el que informó que la demandada laboró desde el día 22 de julio de 2013 hasta el 4 de febrero de 2014, con contrato a término indefinido y su último cargo fue el de Gerente de Oficina (fl. 489 cdno. 1). Y anexó el contrato de trabajo a término indefinido que celebraran ambas partes el 19 de julio de 2013, cuyo objeto era la **prestación del servicio de desarrollo y ejecución de las labores del cargo de Gerente de Oficina**.

Particularmente, la contratista se comprometió a lo siguiente: i) exclusividad en el servicio; ii) reserva en los asuntos de los cuales conozca y a su cargo; iii) “...a cumplir las metas de colocación y/o captación presupuestadas por el empleador”; iv) a dar una excelente atención al cliente que conlleva no solo la venta de productos sino el seguimiento del negocio y la colaboración con el cliente en todos sus requerimientos (cláusula segunda, párrafo). Fls. 490 a 493 cdno. 1.

Derivado de ese contrato de vinculación como Gerente de la Oficina de Neiva del Banco Finandina, la demandada desplegó las siguientes actividades que materializan la intervención en la gestión de negocios dentro del período inhabilitante:

Con la Sociedad “*Acueductos y Alcantarillado del Huila - Aguas del Huila S.A. E.S.P.*”, que es entidad descentralizada indirecta del orden departamental, con domicilio en Neiva, sometida a las normas propias de Empresa Industriales y Comerciales del Estado, conforme quedó protocolizado en la escritura de Creación y Constitución 568 de 28 de febrero de 1990 de la Notaría Primera del Círculo de Neiva y conforme aparece registrado en el Certificado de Existencia y Representación Legal de la Cámara de Comercio de Neiva (copia autenticada fls. 47 a 69 y original fls. 70 a 75 cdno. 1), así:

El **22 de octubre de 2013**, la Gerente del Banco **ANA MARIA RINCON HERRERA**, envió al Gerente de Aguas del Huila, oferta de servicios financieros

informando sobre la apertura de la sucursal y los productos de inversión y los beneficios de contratar con dicha entidad financiera: excelente rentabilidad a bajo riesgo; sin costo alguno; atención y servicio personalizada; asesoría en inversión; acceso a línea fácil de internet; consignaciones a través de la Red de Oficinas. Se apoyó en la experiencia y conocimiento del mercado financiero durante 36 años y el socio internacional con el que cuentan. Dijo que en solidez poseen la máxima calificación de riesgo para inversiones a corto plazo, tales como, CDTs y cuentas de ahorro y la segunda mejor calificación en las de largo plazo. Así mismo, le indicó la Tasa Efectiva Anual vigente que el banco le pagaría por los CDT constituidos.

Con el municipio de Baraya, cuya oferta de servicios financieros data de **24 de octubre de 2013**, aparece suscrita por la doctora **RINCON HERRERA**, con contenido similar a la de la oferta enviada a Aguas del Huila (fls. 469 a 470 cdno. ppal.).

Estas gestiones negociales son indicativas para la Sala de que la doctora **RINCON HERRERA** sí intervino para gestionar negocios y lo hizo frente a estas entidades públicas del orden territorial.

A título de simple mención, se observa que el éxito de la tratativa frente a Aguas del Huila se reflejó en que el día **23 de octubre de 2013**, el Gerente de Aguas del Huila, solicitó la apertura de cuenta de ahorros al Banco Finandina (fl. 83 a 84 y 452 a 453 cdno. 1) y reposa certificación de la Directora de Operaciones Financieras del Banco informando que la cuenta de ahorros fue abierta (fl. 457 cdno. ppal.)

Cumpléndose así los aspectos temporal y material de la causal de inhabilidad que se estudia.

En este punto del análisis, hay un tema que merece estudio detenido a fin de considerar el caso concreto frente a la inhabilidad de gestión de negocios y es qué sucede con las tratativas precontractuales de los llamados contratos de adhesión o de condiciones generales porque la defensa de la parte demandada y algunos de los terceros intervinientes argumentaron que al tratarse de negocios adhesivos, la gestión de la demandada fue inexistente y, con ello, la situación fáctica negocial desplegada por la Congresista estaría abstraída de la inhabilidad que se le ha atribuido.

2.3.4.1. Las negociaciones precontractuales y los contratos de adhesión o de condiciones generales¹⁰.

¹⁰ Contrato de adhesión como aquel en el que se "somete la libertad contractual de un contratante al querer del otro, que está en condiciones de imponer al primero las estipulaciones del contrato" "la ausencia de libre negociación no constituye un obstáculo para hacer entrar el contrato de adhesión dentro del marco del concepto de contrato, puesto que obedece a la característica común de todos los contratos, o sea, la voluntad de vincularse jurídicamente." "si no hay duda de que el contrato de

Es claro que en el caso concreto, las gestiones de la demandada devienen de negocios de los llamados de adhesión o de condiciones generales o estándar o tipo, por cuanto son elaborados unilateralmente por la entidad, en este caso vigilada por la Superfinanciera, y cuyas cláusulas y/o condiciones no son susceptibles de discusión previa, libre ni espontáneamente por el cliente, pues éste se limita a expresar su aceptación o rechazo en su integridad.

Para estos efectos, la Sala se detiene en el contrato de adhesión en materia de servicios financieros, de seguros y valores, se encuentra definido en la Ley 1328 de 2009 desde la siguiente literalidad:

"Artículo 2. Definiciones. Para los efectos del presente régimen, se consagran las siguientes definiciones:

(...)

*f) **Contratos de adhesión:** Son los contratos elaborados unilateralmente por la entidad vigilada y cuyas cláusulas y/o condiciones no pueden ser discutidas libre y previamente por los clientes, limitándose estos a expresar su aceptación o a rechazarlos en su integridad.*

(...)".

Dentro del marco legal que lo rige, el numeral 4 del artículo 146 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, dispone: "Aprobación previa del modelo de contrato. Los modelos respectivos, en cuanto estén destinados a servir como base para la celebración de contratos por adhesión o para la prestación masiva del servicio, serán evaluados previamente por la Superintendencia Bancaria al igual que toda modificación o adición que pretenda introducirse en las condiciones generales consignadas en los mismos" (Subraya fuera del texto).

Y para el sector específico financiero, de interés resulta el numeral 3 del Capítulo Primero, Título V de la Circular Externa 007 de 1996 (Circular Básica Jurídica) de la Superintendencia:

"3. CONTRATOS DE ADHESION Y CONTRATOS DE PRESTACION MASIVA

"3.1. De acuerdo con lo previsto en el numeral 4º del artículo 146 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, la Superintendencia Financiera tiene la función de evaluar los tipos o modelos de contratos que se pretende utilizar en el desarrollo de la actividad fiduciaria, así como sus modificaciones o adiciones, siempre que éstos constituyan

adhesión supone la ausencia de libre negociación entre las partes, cuando el legislador o la jurisprudencia no hace de él un contrato dirigido, no hay ningún ataque contra la libertad contractual por parte de quien impone su voluntad al otro, cuya voluntad contractual se reduce a aceptar o a negarse a celebrarlo, si las condiciones que se le imponen no le convienen".

contratos de adhesión o se utilicen para la prestación masiva de servicios.

“Dicha revisión tiene por objeto procurar la protección de los derechos de los usuarios de los servicios fiduciarios, en orden a velar porque las condiciones generales de los contratos se ajusten a las disposiciones legales, así como evitar que estén provistos de cláusulas abusivas que puedan afectar sus intereses.

“3.2. Para los efectos de este Capítulo se entienden por contratos de adhesión aquellos elaborados unilateralmente por la sociedad fiduciaria y cuyas cláusulas y/o condiciones no pueden ser discutidas libre y previamente por los clientes, limitándose éstos a expresar su aceptación o a rechazarlos en su integridad, o aquellos que sean predeterminados en un contrato al que después de celebrado adhieren otros fideicomitentes, quienes sólo pueden expresar su aceptación o a rechazarlos en su integridad. Para que se considere como un contrato de adhesión no debe existir necesariamente una parte contratante que sea superior económicamente sobre la otra.

“Por otra parte, por contratos de prestación masiva se entienden aquellos cuyo texto se utiliza indistintamente con diferentes personas en varios y futuros negocios por ser su contenido similar y uniforme generalmente en formularios o documentos idénticos o similares. Estos contratos responden además en la mayoría de los casos al concepto de contrato de adhesión.

“3.3. Las entidades fiduciarias deberán presentar ante esta Superintendencia, para la evaluación que le compete, los modelos de contrato de adhesión y/o de prestación masiva de servicios que pretendan implementar o sus modificaciones o adiciones.

“El alcance del pronunciamiento de la Superintendencia se limita únicamente a la revisión de los modelos de contrato y en ningún momento constituye una valoración previa, aprobación o conformidad respecto de la validez o eficacia del negocio jurídico, respecto de las circunstancias de tiempo, modo y lugar relacionadas con su celebración, ejecución y/o liquidación, así como de las obligaciones y derechos de las partes intervinientes, o relacionado con los conflictos de orden contractual que puedan surgir con ocasión del desarrollo del mismo.

“No obstante lo anterior, la Superintendencia podrá ordenar en cualquier momento la suspensión de su utilización y exigir las modificaciones a que haya lugar, cuando dichos contratos en su celebración o ejecución desconozcan alguno de los requisitos señalados en este Capítulo o en una disposición imperativa.

“Tratándose de contratos de adhesión las sociedades fiduciarias deberán entregar a sus clientes al momento de la adhesión todos los documentos jurídicos que hagan parte del contrato al cual adhieren.

“Los contratos fiduciarios diferentes de los de adhesión y/o de prestación masiva de servicios no estarán sujetos a la evaluación previa por parte de la Superintendencia Financiera, sin que ello

signifique que sus términos puedan apartarse de lo dispuesto en este Capítulo y en las normas legales vigentes”.

Para el Consejo de Estado dicho contrato se define desde el punto de vista de su unilateralidad al concebirlo como aquel negocio con efectos jurídicos en el que uno de los contratantes somete su voluntad a la del otro quien impone las estipulaciones del contrato, siendo entonces una modalidad negocial aceptada por la ley, cuya reciprocidad volitiva o del consentimiento se encuentra en la aceptación o rechazo de quien se somete.

De interés resulta la forma como la doctrina concibe esta clase de contratos en el tema específico de la reciprocidad del consentimiento, en la que Marienhoff¹¹ plantea las siguientes inquietudes:

*"¿De qué manera debe hallar expresión la voluntad de las partes intervinientes? ¿Deben éstas elaborar en común el contenido y las particularidades de su convenio, mediante una libre discusión de éste y de sus particularidades? No hay razón alguna de principio que se oponga a ello: pueden celebrarse contratos administrativos cuyo contenido se establezca mediante ese procedimiento de libre discusión, sin que esto afecte la validez del contrato (...). **Pero las modalidades propias del derecho administrativo, y la finalidad inexcusable de toda la actividad de la Administración Pública, en cuyo mérito ésta siempre debe tener en cuenta el interés público, hacen que en este ámbito del derecho la conjunción de voluntades generalmente se opere adhiriéndose el administrado -cocontratante- a cláusulas prefijadas por el Estado para los casos respectivos. En tales hipótesis la conjunción de voluntades, la fusión de éstas, se opera por "adhesión", vale decir sin discusión de tales cláusulas por parte del administrado, el cual limitase a "aceptarlas".***

(...).

*La conjunción de voluntades y el contenido del contrato administrativo pueden, pues, expresarse o establecerse mediante cualquier medio idóneo reconocido al respecto por la ciencia jurídica. **No es indispensable, entonces, la discusión directa de las cláusulas contractuales entre las partes; basta con que una de éstas - el "administrado" o cocontratante - se "adhiera" a las cláusulas contractuales prefijadas por la otra ("Administración Pública") ... Si bien la voluntad del administrado es esencial para la existencia del contrato administrativo, dicha voluntad puede ser idóneamente expresada por "adhesión", pues este procedimiento armoniza plenamente con las modalidades del derecho público y con las finalidades de la actividad de la Administración Pública.**" (Subrayado y negrilla fuera del texto)*

El tema es conocido de vieja data por la Superintendencia Financiera como se lee en el Concepto 2007001302-001 que emitió del 23 de febrero de 2007, en el que señaló respecto al contrato de adhesión, lo siguiente:

¹¹ Citado en sentencia de Sección Tercera, Consejo de Estado de 20 de junio de 2002. Exp. 2000-0004-01 (19488).

*“(...) conocido igualmente como contrato-tipo o de condiciones generales, es definido por la doctrina como **aquel en que las cláusulas son dispuestas por uno de los contratantes de manera que la contraparte no pueda modificarlas ni hacer cosa distinta que aceptarlas o rechazarlas.** En este tipo de negocios la parte que aprueba el texto de las cláusulas redactadas por la otra no interviene en la formación del contenido contractual **y el vínculo jurídico se establece por el simple acto de aceptación o adhesión al esquema predeterminado unilateralmente**”. (Subrayado y negrilla fuera del texto).*

En el mismo formulario contractual o en otro documento que se debe adjuntar con el mismo se contienen las cláusulas que reglamentarán el contrato, que se denominan condiciones generales del contrato como bien lo atestiguó el Gerente General del Banco Finandina en su testimonio doctor Orlando Forero Gómez (obrante a folios 508 a 518 cdno. ppal. y cd que reposa a folio 519 ib), y que bien se sabe que al tratarse de instituciones sometidas al estricto control y vigilancia de la hoy superintendencia Financiera, la comercialización de productos esenciales se regulan directamente por el Estado y se vigilan a través de sus entes de control y que protegen a las partes en su consentimiento debido a que se trata de una relación jurídico comercial pactada en la proforma o condiciones generales contractuales.

Se ha dicho también que esta clase de contratos responden o se adaptan a circunstancias que en otras relaciones comerciales no se tendrían en cuenta, tales como: el impacto a un gran número de la población dada la naturaleza de la función o servicio que se presta, pues al ser público y recaer sobre un servicio de la misma índole (financiero); el manejo especializado de una de las partes, como lo es la entidad prestadora del servicio financiero y las realidades del mercado ante la inminente necesidad de agilizar la negociación y responder a las dinámicas aceleradas del sector financiero, como claramente lo explicó tiempo atrás la superintendencia del ramo, al explicar cómo esta clase de contratos se fue depurando y perfeccionando con las dinámicas de la evolución del mercado:

*“(...) la **dinámica económica** contemporánea ha requerido del Derecho el desarrollo de **instrumentos y mecanismos de negociación que consulten las necesidades y exigencias de la realidad comercial de la sociedad,** pasando de una contratación originada en la formulación de oferta y contraoferta, en que la autonomía de la voluntad rige el contenido de los convenios, **a la modalidad basada en cláusulas predispuestas por una de las partes contratantes, en que la referida libertad se ve limitada a la aceptación o rechazo de la propuesta comercial,** técnica que igualmente ha evolucionado en atención a requerimientos propios de la contratación masiva de bienes y servicios.*

(...)

*No sobra manifestar, (...), que el contrato de adhesión fue considerado **en una primera etapa** de su desarrollo como una **expresión abusiva del poder económico de uno de los contratantes,** razón por la cual doctrinal y jurisprudencialmente se buscara remediar tal desequilibrio*

en el contrato mediante figuras como la lesión, el principio de la buena fé, el abuso del derecho, etc.

(...)

Por su parte, la doctrina ha expresado que 'Respondiendo a las exigencias de la dinámica mercantil, el empresario formula un esquema contractual uniforme para todas las operaciones que tienen por objeto los bienes o servicios ofrecidos masivamente al mercado. Este esquema es lo que suele conocerse como contrato estándar, que se caracteriza, pues, por la uniformidad de su contenido. (...) [que] está determinado por las cláusulas predispuestas, llamadas así porque son establecidas de antemano por el empresario.' (se subraya)

En otras palabras, "(...) el contrato por adhesión abandonó su expresión exclusivamente abusiva para convertirse en el instrumento más idóneo del tráfico de masa.

(...)

"En la segunda etapa del contrato por adhesión, su concepto abarca no solamente aquellas expresiones jurídicas del desequilibrio entre los contratantes, sino también y cada día más la técnica necesaria para poder satisfacer adecuadamente las relaciones económicas contemporáneas".

Se observa entonces que el contrato de adhesión evolucionó al contrato estándar permitiendo la normal circulación de bienes y servicios en una economía de masa. Es decir, un contrato de adhesión que se utiliza, a partir de cláusulas generales y uniformes, para la contratación masiva de bienes y servicios, corresponde a un contrato estandarizado." (Subrayado y negrilla fuera del texto)

Si bien, es claro que el contrato de adhesión debe su existencia a las circunstancias del dinamismo del mercado y ha sido herramienta útil para la contratación masiva, mediante la adhesión a la proforma determinada con antelación por una de las partes quien lo hace unilateralmente, lo cierto es que se trata de un contrato generador de obligaciones y derechos como cualquier otro.

Como lo corrobora uno de los tantos pronunciamientos de la Corte Constitucional en el que se consideró claramente el componente obligacional de dichos contratos. Se refiere la Sala a la sentencia T-464 del 7 de julio de 2004, en la que se dijo: "... las partes contratantes se obligan mutuamente a través de cláusulas y condiciones que no son discutidas libre y previamente, sino preestablecidas por una de las partes en los términos aprobados por el organismo de intervención estatal y sobre las cuales la otra expresa su aceptación y adhesión o su rechazo absoluto. Como lo ha señalado la doctrina, en los contratos de adhesión una de las partes impone 'la ley del contrato' a la otra".

Lo cierto, para la Sala como operador de la nulidad electoral, es que las tratativas y los negocios de adhesión -a pesar de que las partes se someten a cláusulas

preconcebidas por la autoridad de control y vigilancia estatal- son negocios jurídicos contractuales perfectos generadores de derechos y obligaciones, y como tal, sus tratativas y gestiones no se desdibujan como actos precontractuales perfectos y encuadrables dentro de la intervención en la gestión de negocios, pues no pueden invalidarse con el derrotero de la restricción de los elementos del consentimiento o de la voluntad de las partes, lo cual sólo acontece en casos excepcionales ante la existencia de una tratativa o cláusula “leonina” o que viole los principios generales de la contratación o normas constitucionales o legales, que no es del caso en el asunto que ocupa a la Sala.

Es más, incluso la parte contratante -en este caso la entidad financiera- tiene un rango o espacio de voluntariedad superior al de la parte contratista -en este caso en cuentahabiente-, sin que le sea viable a la parte demandada argumentar que en realidad la señora Congresista no intervino en la gestión del negocio porque se trataba de acuerdos adhesivos propios del mercado financiero, que responden a cláusulas estándares preconcebidas que inhiben la conducta y la voluntad de obligarse de las partes, por cuanto como se vio en el acervo probatorio, la rúbrica de la doctora **RINCON HERRERA** en cada uno de los negocios financieros celebrados con **entidad pública** departamental, **dentro del período inhabilitante** (seis meses antes de la elección, que transcurrieron entre el 9 de septiembre de 2016 y el 9 de marzo de 2014), como se analizó frente a la negociación con la empresa Aguas del Huila.

Queda por verificar por el operador jurídico si se probó el aspecto modal o de propósito de la causal inhabilitante que tiene que ver con el interés propio o “*en el de terceros*”.

2.3.4.2. El aspecto modal o de propósito de la causal: interés propio o en el de terceros

Dentro de la teleología de este aspecto presupuesto constitutivo de la causal, la Sala explicó en antecedente anterior¹²:

“Ahora bien, indiscutible resulta que la inhabilidad está cimentada en la garantía de los principios que rigen el campo electoral público, en especial el del equilibrio en la contienda política y el de la igualdad de condiciones y de oportunidades en campaña entre los que compiten por una elección.

*Tiene que ver con la necesidad de prevenir que quien siendo candidato al Congreso de la República y de manera simultánea se desempeñe **laboralmente en el manejo de asuntos y de temas que impliquen participar o tomar parte en actuaciones ante entidades públicas en la realización de cualquier diligencia ya en nombre propio, ya en nombre de la persona jurídica que representa, pueda valerse de tal situación para obtener prevalentemente sobre los demás candidatos la concreción o la***

¹² Consejo de Estado, Sección Quinta. Sentencia del 13 de septiembre de 2007. Exp. N° 11001-03-28-000-2006-00045-00(3979-3986. Actor: Humphrey Roa Sarmiento y otro. Demandado: Representantes a la Cámara por el Departamento de Boyacá.

materialización del asunto de interés que tramite ante dichas entidades oficiales. Igualmente, impedir que el aspirante que se encuentre en estas circunstancias de acercamiento a organismos Estatales, por cuenta de las diligencias que adelante ante éstas, se beneficie, porque las mismas pueden traducirse en prestigio para su candidatura...”.

Para estos efectos, la Sala tendrá en cuenta:

Por una parte, el Reglamento General para Depósitos De Ahorro Banco Finandina S.A. contiene los parámetros básicos que rigen la negociación contractual entre cuentahabiente y la entidad financiera (fls. 479 a 488 cdno. 1) y por otra, la prueba testimonial recaudada en el proceso del Gerente General del Banco Finandina, da cuenta de los siguientes aspectos: i) la vinculación de la doctora **ANA MARIA RINCON** mediante la búsqueda de personal cuando se abrió la oficina de Neiva, quienes presentaron las hojas de vida, incluida **ANA MARIA RINCON** y fue escogida por su experiencia durante muchos años en Colpatria. Indicó que dentro de la generalidad del sistema financiero el perfil de director de oficina se basa en cuatro grandes categorías: 1) profesional; 2) experiencia bancaria; 3) competencias y habilidades que se evalúan con pruebas especializadas y, 4) capacidad para relacionarse tanto con el equipo como con el entorno. Y afirmó que para los ascensos se ponderan variables como competencias, destrezas y resultados.

Recordó que la doctora **RINCON HERRERA** trabajó con la entidad seis (6) meses; su responsabilidad como Gerente es ofrecer productos y servicios habilitados por la Superfinanciera, tales como, cuentas de ahorro y otros servicios que se ofrecen a toda la comunidad, incluido el municipio, mediante contratos de adhesión y con base en esa modalidad negocial, tanto la entidad territorial como la empresa Aguas del Huila abrieron cuentas financieras; dentro de las actividades del Gerente de una sucursal está la de promoción y despliegue publicitario ante toda la comunidad.

Al ponérsele a la vista el documento de oferta de los servicios financieros respondió: es el formato que emplea el banco como mecanismo o medio de comunicación masiva para los clientes y luego buscamos que los empleados del banco se comuniquen con los clientes para evitar resultados inadecuados de los servicios que oferta el banco.

Indicó que los contratos de adhesión son aprobados previamente por la Superfinanciera para regular la posición de las entidades financieras frente al público. Aunque existen condiciones particulares que las reglamenta el propio banco, como la asignación de condiciones especiales.

Explicó que la apertura de cuenta conllevaba la suscripción del formulario de vinculación, pues con ello se acredita la capacidad financiera del cuentahabiente y es facultativo del Gerente de la sucursal; mientras que frente a los beneficios económicos dijo no recordar que las cuentas de ahorro generen beneficios específicos; que lo que sí puede otorgarse son condiciones comerciales diferentes a las que se ofrece al público en general basados en condiciones del mercado,

pero dicho beneficio opera por orden de la dirección general y fueron personalmente aprobadas por el testigo en su calidad de Gerente Nacional y reconoció que se otorga tasas de rendimientos superiores a las de la oferta general que se envía a todo público.

Afirmó que no le consta si la actividad desplegada por la demandada como Gerente de la oficina Neiva fue utilizada para su aspiración al Congreso, pero enfatizó en que la actividad política en la entidad financiera no se permite ni es conveniente.

Dijo que el Gerente no recibe beneficio económico derivado de la apertura de cuentas o contratación de servicios financieros (fl. 508 a 518 y cd en fl. 19, cdno. ppal.).

Encuentra la Sala, que siguiendo el derrotero jurisprudencial pretranscrito, la gestora doctora **ANA MARIA RINCON HERRERA** dentro de los seis meses anteriores a la elección al fungir como Gerente del Banco Finandina laboralmente manejó asuntos que le implicaron participar y tomar parte en actuaciones y diligencias ante entidad pública, que implicaron acercamientos a organismos estatales, que se trató de negocios privados y lucrativos y que con ello potenció su prestigio para su candidatura y en forma directa gestionó negocios a favor de un tercero, en este caso el Banco Finandina.

Huelga aclarar que el despliegue de actividades devenidas de un contrato laboral o de una vinculación de la misma estirpe, a lo cual tiene derecho todo ciudadano no es lo que se analiza en este caso, sino que dentro del análisis de legalidad objetiva, la doctora **RINCON HERRERA**, dentro del período inhabilitante de los seis meses anteriores a la elección, intervino en la gestión de negocios y con ello favoreció a un tercero (Banco Finandina) y potencializó en beneficio propio su nombre ante las entidades estatales, circunstancia que no es igualitaria para todos aquellos participantes en las justas electorales.

Finalmente, resta pronunciarse sobre el argumento justificativo de la parte demandada atinente a la intempestiva e imprevista inscripción de la candidatura ante el hecho funesto de la muerte del doctor Sergio Younes Rincón –hijo de la demandada.

2.3.4.3. Argumento eximente de la inhabilidad: la inscripción imprevista e intempestiva de la candidatura y los hechos que la rodearon

Probatoriamente, en cuanto al primer aspecto justificativo se tienen las siguientes pruebas documentales:

El 3 de diciembre de 2013, el Secretario General y Representante Legal del Partido Social de Unidad Nacional -Partido de La U- otorgaron aval al señor Sergio Younes Rincón para las referidas elecciones (fl. 279). El 6 de diciembre siguiente el candidato informó al partido de La U, la designación del Gerente de su campaña (copia autenticada fls. 286 a 287).

El día 9 de diciembre de 2013 se expidió el formulario E-6 CT contentivo de la solicitud de inscripción de lista de candidatos y aceptación de la candidatura para la elección de Cámara territorial por el Departamento del Huila para las elecciones de 9 de marzo de 2014 (período 2014-2018), por el Partido Social de Unidad Nacional, en lista con voto preferente, relaciona cuatro candidatos, entre ellos, el señor Sergio Younes Rincón (fls. 274 a 276).

El 7 de febrero de 2014, el Partido de La U, mediante formulario E-7 CT suscribe modificación a la lista informando como causa del cambio de candidato, la muerte¹³ de Sergio Younes Rincón reemplazándolo con la demandada ANA MARIA RINCON HERRERA, a quien había otorgado aval el día 4 de febrero anterior (copia autenticada fls. 288 a 290 y 293).

Al respecto la Sala ha de recordar que el contencioso de legalidad electoral es un medio de control típicamente de corte objetivo en su análisis acción de nulidad electoral corresponde a un juicio objetivo de legalidad sobre un acto administrativo (de elección, nombramiento, designación), se trata del juzgamiento sobre un acto desde su encuadramiento en el ordenamiento constitucional y legal.

Así las cosas, el hecho constitutivo de fuerza mayor, en realidad es el fallecimiento del anterior candidato –hijo de la doctora **RINCON HERRERA**- pero ese funesto episodio no resultaba intempestivo ni irresistible ni imprevisible para la asunción de una candidatura congresal y posterior elección como Representante a la Cámara, porque *a contrario sensu* lo previsible, resistible y determinable es que en el lapso inhabilitante de los seis (6) meses previstos en la norma Constitucional se proscriba que quien tenga la intención de postularse como candidato debe estar libre de conductas y hechos constitutivos de inhabilitación como en efecto lo es la intervención en la gestión de negocios.

Por ello es que el supuesto eximente de la inhabilitación que se apoya en la inscripción a último momento por fuerza mayor no desvirtúa ni morigerará la incursión en inhabilitación para efectos de la declaratoria de nulidad electoral, precisamente porque deviene de un análisis objetivo ajeno a cualquier aspecto de la conducta ni de los elementos y presupuestos que le son propios como la culpabilidad y la antijuridicidad, no siendo de recibo para este asunto ni para la competencia del operador de la nulidad electoral¹⁴.

¹³ Sobre la muerte del candidato Younes Rincón reposa Registro Civil de Defunción con indicativo serial 08578161 de la RNEC, en el que se informa que murió el 25 de enero de 2014 (copia autenticada fl. 292).

¹⁴ Por vía de aclaración de voto, quien es ponente de esta sentencia ha planteado el aspecto del estudio subjetivo y objetivo, como mecanismo para evaluar la pérdida de investidura, bajo los siguientes derroteros: *“para ahondar en razones sobre la falta de estructuración de la causal de pérdida de investidura en el presente caso, debió igualmente precisar que dicha figura es una acción de carácter sancionatorio en la que la **responsabilidad** es **personal** y, por ende, debe contar con el elemento subjetivo de la conducta humana, que se traduce en la*

Así, a esta Sala de Decisión no le resta sino declarar la nulidad de la elección de la Representante a la Cámara ANA MARIA RINCON HERRERA (periodo 2014-2018), en tanto se probó que con conductas concretas, activas y dinámicas como gestora de la entidad financiera incurrió en la inhabilidad de gestionar negocios con entidades públicas durante el término inhabilitante y, por ende, la elección fue contraria a derecho, de conformidad con el artículo 179 numeral 3 de la Constitución Política.

En consecuencia, se cancelará la credencial correspondiente, conforme al artículo 288 numeral 3º del CPACA, y se comunicará al Consejo Nacional Electoral para que expida la certificación de que trata el artículo 278 de la Ley 5ª de 1992 y al Presidente de la Cámara de Representantes para que proceda de conformidad con los artículos 134 de la Constitución Política, 43.9 y 278 de la Ley 5ª de 1992.

III. LA DECISION

Con fundamento en 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:

*culpabilidad, por cuanto en materia sancionatoria no puede haber responsabilidad objetiva, por estar ella proscrita por el artículo 29 constitucional. En efecto, mientras la acción de nulidad electoral corresponde a un juicio objetivo de legalidad sobre un **acto administrativo** (de elección, nombramiento, designación), el de pérdida de investidura es un juicio estrictamente sancionatorio en el que se juzga si un miembro de corporación incurrió en alguna de las causales que el constituyente o el legislador, según el caso, ha señalado como constitutiva de tal situación. Así, de entrada se observa que mientras en un caso el juzgamiento recae sobre un **acto**, en el otro recae sobre la **conducta** que ejecutó una persona. Cuando se trata de imponer la pérdida de investidura por la infracción al régimen de inhabilidades, al de incompatibilidades o por haberse incurrido en un conflicto de intereses, de que tratan los artículos 183, 110, 183.1, 179, 180 y 182 de la Constitución Política, imperativo se torna precisar tanto el precepto, en el que se contiene la descripción típica de la conducta que genera el reproche, como la consecuencia que la incursión en ella genera que en este evento es la sanción de pérdida de investidura. No obstante, el primer interrogante que surge en la aplicación de esta normatividad, es el de considerar, si para ello es suficiente la demostración de la simple causalidad material entre la acción y el resultado, y que establecida esta relación de causalidad, de contera surge la imposición de la consiguiente sanción, o si contrario sensu, lo que se impone es establecer en primer orden, bajo la comprensión de la norma completa, su real naturaleza jurídica, para a partir de ello, determinar si a la manera de las llamadas ciencias exactas, es suficiente para la imputación del resultado típico la simple causación material del mismo por parte de su autor...". Exp. Pérdida de Investidura No. 2013-1115-00. Actor: Pablo Bustos Sánchez. Demandado: Roy Leonardo Barreras Montealegre. AV de 28 de julio de 2015.*

PRIMERO: DECLARASE la nulidad de la elección de la doctora **ANA MARIA RINCON HERRERA** como Representante a la Cámara, por el Departamento del Huila, período 2014 - 2018.

SEGUNDO: En consecuencia, **CANCELESE** la credencial de Congresista, la cual se hará efectiva a la ejecutoria de esta sentencia (num. 3 art. 275 CPACA).

TERCERO: COMUNIQUESE la decisión al Consejo Nacional Electoral para que expida la certificación de que trata el artículo 278 de la ley 5ª de 1992.

CUARTO: COMUNIQUESE al Presidente de la Cámara de Representantes, para que proceda de conformidad con los artículos 134 de la Constitución Política, 43.9 y 278 de la Ley 5ª de 1992.

NOTIFIQUESE y CUMPLASE

LUCY JEANNETTE BERMUDEZ BERMUDEZ
Consejera

ESPERANZA GOMEZ DE MIRANDA
Conjuez

AUGUSTO HERNANDEZ BECERRA
Conjuez