



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE SUCRE

Sincelejo, diecinueve (19) de diciembre de dos mil diecinueve (2019)

SALA SEGUNDA DE DECISIÓN ORAL

Magistrado ponente: **Andrés Medina Pineda**

Nulidad Electoral	
Asunto:	Auto que admite la demanda y resuelve medida cautelar
Radicación:	Nº 70001-23-33-000-2019-00284-00
Demandante:	Sandra Paola Anillo Díaz
Demandado:	Acto de elección de DIANA LUCIA ARBELÁEZ HERNÁNDEZ como Concejal del Municipio de Sincelejo, periodo 2020-2023

Se pronuncia la Sala sobre: (i) la admisión de la demanda electoral que promueve SANDRA PAOLA ANILLO DÍAZ, en nombre propio, contra el Acto de elección del Concejo del Municipio de Sincelejo, periodo 2020-2023, contenido en el formulario E26CON de data 10 de noviembre de 2019.

Para efectos de admitir la demanda electoral, es preciso verificar: **i)** la competencia; **ii)** el cumplimiento de los requisitos formales indicados en el artículo 162 del CPACA; **iii)** los anexos relacionados en el artículo 166; **iv)** la debida acumulación de causales de nulidad objetivas y subjetivas en la forma señalada en el artículo 281, si es del caso; y, **v)** su presentación en el plazo previsto en el literal a) del numeral 2º del artículo 164 del mismo Código.

i) Competencia. Este Tribunal es competente para conocer de la demanda de nulidad electoral en primera instancia del acto de elección popular de la concejal electa **DIANA LUCIA ARBELÁEZ HERNÁNDEZ**, para el periodo constitucional 2020-2023, contenido en el acto E26CON (F1 35) de data 10 de noviembre de 2019, por lo dispuesto en el numeral 8º del artículo 152 del CPACA.

¹ "8. De la nulidad del acto de elección de contralor departamental, de los diputados a las asambleas departamentales; de concejales del Distrito Capital de Bogotá; de los alcaldes, personeros, contralores municipales y miembros de corporaciones públicas de los municipios y distritos y demás autoridades municipales con setenta mil (70.000) o más habitantes, o que sean capital de departamento. El número de habitantes se acreditará con la información oficial del Departamento Administrativo

Ello, en razón a que consultado el número de habitantes en el informe estadístico del DANE, se evidenció que el Municipio de Sincelejo es la capital del Departamento de Sucre y reporta población de 274.622², es decir, superior a 70.000 habitantes.

ii) Los requisitos del artículo 162 del CPACA. Analizada la demanda, se observa que se ajusta formalmente a las exigencias anotadas en los artículos 162 y 166 *ibídem*, toda vez que están debidamente designadas las partes; las pretensiones fueron formuladas de manera clara y precisa; narra los hechos que la fundamentan; se invocó la causal de nulidad alega y se desarrolló el concepto de la violación, explicando porque, según el criterio de la demandante, el acto acusado está viciado de nulidad.

Del mismo modo se relacionaron las pruebas y se indicó el lugar y dirección donde las partes recibirán notificaciones.

iii) La acumulación de pretensiones. La demanda puesta a consideración del Despacho no contiene una indebida acumulación de pretensiones (artículo 281 del CPACA), como quiera que el acto demandado es un acto definitivo, en este caso el contenido en el formulario E26CON; es decir, el que la declaró electa como concejal del Municipio de Sincelejo.

iv) Anexos de los que trata el artículo 166 del CPACA. Asimismo, es de anotar que con el escrito introductorio se anexaron copia del acto acusado³ esto es, Acta E-26CON de fecha 10 de noviembre de 2019, que declaró electa como alcaldesa del Municipio de Sincelejo a DIANA LUCIA ARBELÁEZ HERNÁNDEZ, para el período constitucional 2020-2023⁴. Así como los traslados de la demanda.

v) La caducidad del medio de control. Finalmente, es de anotar que la demanda atendió al plazo que concede el literal a) del numeral 2º del artículo 164 del C.P.A.C.A, que indica: *“Cuando se pretenda la nulidad de un acto administrativo electoral, el término será de treinta (30) días...”*.

Así las cosas, no cabe duda que tratándose de un acto de elección popular la caducidad del medio de control debe computarse desde el día siguiente a su publicación, que para el sub examine, es el 11 de noviembre de 2019 y la demanda se

Nacional de Estadísticas – DANE. La competencia por razón del territorio corresponde al Tribunal con jurisdicción en el respectivo departamento.”

² <https://sitios.dane.gov.co/cnpv/#!/>

³ Fl. 23-24

⁴ Fls. 23-35

presentó el 28 de noviembre de 2019, es decir, 14 días después de su expedición. En este orden de ideas, se concluye que la demanda fue presentada en oportunidad.

Pues bien, por cumplir los requisitos formales, presentarse oportunamente y siendo este Tribunal competente para avocar conocimiento, se procederá a la admisión de la presente demanda.

2. DE LA SOLICITUD DE MEDIDA CAUTELAR

La accionante, con la presentación de la demanda, solicita a este Tribunal se decrete la suspensión provisional de los efectos legales del acto demandado –E26CON-, porque a su juicio la concejal electa para el periodo constitucional 2020-2023 **DIANA LUCIA ARBELÁEZ HERNÁNDEZ** *“se encuentra inhabilitada para ostentar y haber sido elegida en el cargo de concejal, toda vez que su hermana **ANGÉLICA MARÍA ARBELÁEZ HERNÁNDEZ**, ejerce autoridad civil y administrativa dentro del Municipio de Sincelejo, pues se desempeña como **Subdirectora Administrativa y Financiera de la ESE San Francisco de Asís de Sincelejo**”*⁵.

2.1. Traslado de la medida cautelar. Previa admisión de la demanda, por proveído del 5 de diciembre de 2019 se ordenó correr traslado de la medida cautelar a la demandada a la accionada, quien una vez notificada, dentro de la oportunidad concedida rindió contestación sosteniendo, que no existen los elementos probatorios para el decreto de la medida solicitada.

Expresó que, la accionante no justificó en manera alguna él porque debe decretarse dicha medida, ni existe en esta oportunidad certeza de que el acto administrativo cuya nulidad se demanda, haya violado las normas superiores para poner la controversia en los términos del inciso primero del art. 231 del CPACA.

Finalmente, depreca se desatienda la solicitud de suspensión del acto administrativo demandado.

2.2. De las medidas cautelares en la Ley 1437 de 2011

En el Capítulo XI del Título V de la Parte Segunda del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, se consagró la posibilidad de

⁵ Fl. 2 del expediente.

decretar medidas cautelares dentro de todos los procesos declarativos que se adelanten ante esta jurisdicción, sin que dicho acto implique prejuzgamiento alguno.

En materia de medidas cautelares, en su artículo 230 la Ley 1437 de 2011 fijó que las medidas cautelares podrán ser preventivas, conservativas, anticipativas o de suspensión, y deben tener una relación directa y necesaria con las pretensiones de la demanda.

Del mismo modo, la mentada preceptiva señala que la medida de suspensión provisional de los efectos de un acto administrativo como medida cautelar, de conformidad con el artículo 229 del CPACA, exige *“petición de parte debidamente sustentada”*, y según el 231 del mismo estatuto, procederá *“por violación de las disposiciones invocadas en la demanda o en la solicitud que se realice en escrito separado, cuando tal violación surja del análisis del acto demandado y su confrontación con las normas superiores invocadas como violadas o del estudio de las pruebas allegadas con la solicitud”*.

Esta última norma precisa que: 1º) La medida cautelar se debe solicitar con la demanda o en todo caso antes de que se decida sobre su admisión, es decir, no es oficiosa, sino que debe estar fundada en el mismo concepto de la violación expresado en la demanda, o en lo que el demandante sustente en escrito separado. 2º) La procedencia de la suspensión provisional de los efectos de un acto que se acusa de nulidad puede acontecer si **la violación de las disposiciones invocadas, surge**⁶; es decir, aparece presente, desde esta instancia procesal -cuando el trámite apenas comienza-, como conclusión del: i) análisis del acto demandado y su confrontación con las normas superiores invocadas como violadas, o, ii) del estudio de las pruebas allegadas con la solicitud.

Entonces, las disposiciones generales, a las cuales hay que remitirse, precisan que la medida cautelar i) se debe solicitar con fundamento en el mismo concepto de violación de la demanda, o en lo que el demandante sustente al respecto en escrito separado -siempre que se encuentre en término para accionar- o en la misma demanda, pero en todo caso que sea específica y propia para la procedencia de la medida excepcional, o una expresa remisión a que el apoyo de la medida se soporta en el concepto de violación contenida en la demanda y ii) al resolver se debe indicar

⁶ Según la Real Academia de la Lengua Española el término “surgir” - (del latín surgere)- significa aparecer, manifestarse, brotar. Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española, Vigésima Segunda Edición, consultado en <http://lema.rae.es/drae/?val=surja>

si la violación de las disposiciones invocadas surge de la confrontación entre el acto demandado y las normas superiores invocadas como violadas o del estudio de las pruebas allegadas con la solicitud.

De esta manera, el cambio sustancial respecto al régimen del anterior Código Contencioso Administrativo radica en que, a la luz del artículo 231 del nuevo CPACA, el operador judicial puede analizar la transgresión bien sea con la confrontación entre el acto y las normas superiores invocadas o con el estudio de las pruebas allegadas con la solicitud, sin que ello implique prejuzgamiento.

En el sub-examine la petición de suspensión provisional de la elección de la señora DIANA LUCIA ARBELÁEZ HERNÁNDEZ como Concejal del Municipio de Sincelejo (E-26 CON) para el período 2020-2023, se fundamenta en la causal de nulidad contenida en el numeral 5 del artículo 275 de la Ley 1437 de 2011, que señala "5. Se elijan candidatos o se nombren personas que no reúnan las calidades y requisitos constitucionales o legales de elegibilidad o que se hallen incursas en causales de inhabilidad."

Pues aduce que la demanda se encuentra incursa en la causal de inhabilidad contenida en el numeral 4 del artículo 40 de la Ley 617 de 2000, cuyo texto indica:

"ARTICULO 40. DE LAS INHABILIDADES DE LOS CONCEJALES. El artículo 43 de la Ley 136 de 1994 quedará así:

"Artículo 43. Inhabilidades: No podrá ser inscrito como candidato ni elegido concejal municipal o distrital:

...

4. Quien tenga vínculo por matrimonio, o unión permanente, o de parentesco en segundo grado de consanguinidad, primero de afinidad o único civil, con funcionarios que dentro de los doce (12) meses anteriores a la elección hayan ejercido autoridad civil, política, administrativa o militar en el respectivo municipio o distrito; o con quienes dentro del mismo lapso hayan sido representantes legales de entidades que administren tributos, tasas o contribuciones, o de las entidades que presten servicios públicos domiciliarios o de seguridad social en el régimen subsidiado en el respectivo municipio o distrito. Así mismo, quien esté vinculado entre sí por matrimonio o unión permanente o parentesco dentro del segundo grado de consanguinidad, primero de afinidad o único civil, y se inscriba por el mismo partido o movimiento político para elección de cargos o de corporaciones públicas que deban realizarse en el mismo municipio o distrito en la misma fecha." (Subrayas para destacar lo resaltado por la demandante)

Conforme en lo anterior, a juicio de la accionante, la señora DIANA LUCIA ARBELÁEZ y ANGÉLICA MARÍA ARBELÁEZ, son hermanas, tal como se desprende del registro civil que aporta. Adicionalmente señala que, la señora ANGÉLICA

MARÍA ARBELÁEZ fue nombrada en el cargo de SUBDIRECTORA ADMINISTRATIVA Y FINANCIERA DE LA E.S.E SAN FRANCISCO DE ASÍS DE SINCELEJO desde el 3 de mayo de 2016 y que continuaba en dicho cargo hasta la fecha de las elecciones tal como consta en la certificación aportada con la demanda de fecha 20 de noviembre de 2019 (Fls 36 a 38), por lo que se entiende que la inhabilidad inició 12 meses antes de las elecciones territoriales realizadas el 27 de octubre de 2019, esto es, el 27 de octubre de 2018.

Arguye que, el cargo de Subdirectora Administrativa y Financiera de la E.S.E San Francisco de Asís de Sincelejo que ostenta la hermana de la concejal demandada, conlleva el ejercicio de autoridad civil y administrativa, conforme al art. 188 y 190 de la Ley 136 de 1994.

Cita apartes de la jurisprudencia del Consejo de Estado, enfatizado que *“la autoridad civil es caracterizada por el legislador porque el empleado público está investido de capacidad legal y reglamentaria para emplear el poder público “en función de mando” con el propósito de desarrollar los altos fines perseguidos por la ley, y en caso de desacato por el destinatario de la respectiva orden, hacerse obedecer con el auxilio de la fuerza pública de ser necesario”*.

Señala que, según el manual de funciones, requisitos y competencias laborales, el cargo de Subdirectora Administrativa y Financiera de la ESE San Francisco de Asís de Sincelejo es del nivel directivo y que entre sus funciones está las de fijar las políticas, planes y programas con ejecución de los fines de la entidad, evidenciándose de ello, el poder de mando e imposición sobre los subordinados. Indica también, que ese cargo tiene a su mando, por lo menos a 28 empleados, en los que ejerce injerencia, no sólo por las mismas funciones que integran el empleo, sino por los conocimientos básicos y competencias comportamentales que exige el cargo.

En lo tocante al criterio material, agrega que, ese cargo tiene ciertas potestades de autoridad administrativa, tales como:

1. Planear, dirigir, organizar, coordinar y controlar el manejo de los recursos humanos, físicos y financieros de la Empresa en materia de presupuesto, pagaduría, contabilidad, facturación, mantenimiento y servicios generales.

(...)

5. Dirigir, supervisar y realizar el control a los contratos en materia administrativa y financiera que celebre la Gerencia de la Empresa de acuerdo a las disposiciones vigentes sobre la materia.

...

17. *Administrar los procesos de selección, ingreso, inducción, promoción o desvinculación de los servidores de la Empresa.*

..."

Finalmente expresa que, la hermana de la concejal en su condición de Subdirectora Administrativa y Financiera de la ESE San Francisco de Asís, ha ostentado la calidad de representante legal de la entidad. Bajo esas connotaciones, es clara la adecuación de inhabilidad prevista en las normas referenciadas, y por ende, la declaratoria de la nulidad del acto de elección de DIANA LUCIA ARBELÁEZ HERNÁNDEZ, como concejal del Municipio de Sincelejo.

Bajo los anteriores argumentos planteados en el concepto de violación, pasa la Sala a analizar si en esta etapa del trámite, cuando el proceso apenas comienza, se logra advertir que la demandada se encuentra incurso en causal de inhabilidad alegada.

Para que la causal examinada prospere deben acreditarse los siguientes presupuestos: **1) que quien resulte elegido como Concejal tenga vínculo por parentesco en segundo grado de consanguinidad con funcionarios que hayan ejercido autoridad civil, política, administrativa o militar;** **2) doce (12) meses antes de la elección (elemento temporal);** y **3) que el ejercicio de dicha autoridad haya tenido lugar en el respectivo municipio o distrito en que se efectuó la elección, para este caso, en el Municipio de Sincelejo (elemento espacial).** Los presupuestos anteriores son concurrentes, por lo que si uno de ellos falta la causal no se configura. Antes de estudiar el acervo probatorio allegado para acreditarlos la Sala precisará algunos aspectos del alcance normativo de la causal.

- **Elemento material – ejercicio de autoridad civil o política, administrativa o militar.**

En lo concerniente con el ejercicio de **autoridad civil**, el artículo 188 la Ley 136 de 1996 establece lo siguiente:

"(...) se entiende por autoridad civil la capacidad legal y reglamentaria que ostenta un empleado oficial para cualquiera de las siguientes atribuciones:

- 1. Ejercer el poder público en función de mando para una finalidad prevista en esta Ley, que obliga al acatamiento de los particulares y en caso de desobediencia, con facultad de la compulsión o de la coacción por medio de la fuerza pública.*
- 2. Nombrar y remover libremente los empleados de su dependencia, por si o por delegación.*
- 3. Sancionar a los empleados con suspensiones, multas o destituciones."*

Sumado a lo anterior, la autoridad civil se define como antagónica a la autoridad militar, porque con la primera se detentan poderes o potestades jurídicas coercitivas, mientras que la segunda se ostenta por virtud de las armas, lo cual delimita un ámbito claro entre uno y otro y configura a la autoridad civil como un concepto amplio y comprensivo de otras autoridades, siempre que no correspondan a la militar⁷.

Ahora bien, el concepto de autoridad civil no se agota con la previsión legal en comento ni con la contraposición de los conceptos “civil” y “militar”, pues el Consejo de Estado en su jurisprudencia ha definido que:

(...) “La autoridad civil confiada a un servidor público por razón de sus funciones consiste en la potestad de mando, de imposición, de dirección que se ejerce sobre la generalidad de las personas. Su expresión puede ser diversa y puede consistir en competencias reglamentarias, o de designación y remoción de los empleados, o en potestades correccionales o disciplinarias o de imposición de sanciones distintas, o de control que comporte poder de decisión sobre los actos o sobre las personas controladas.

“Por lo tanto, la determinación en cada caso concreto de si un servidor público ejerce o no autoridad civil, debe partir del análisis del contenido funcional que tenga su cargo y así se podrá establecer el tipo de poderes que ejerce y las sujeciones a las cuales quedan sometidos los particulares. Si dichas potestades revisten una naturaleza tal que su ejercicio permita tener influencia en el electorado, las mismas configuran la ‘autoridad civil’ que reclama la Constitución para la estructuración de la causal de inhabilidad de que se trata.

“Con esta perspectiva, el concepto de autoridad civil no resulta excluyente sino comprensivo de la autoridad administrativa que relacionada con las potestades del servidor público investido de función administrativa, bien puede ser, y por lo general es al mismo tiempo autoridad civil.”⁸ (...) (Se resalta)

En esa connotación, la autoridad civil es aquella que reviste a un determinado servidor público de funciones, tendientes a ejercer poderes coercitivos sobre sus dependiente y los ciudadanos en general, los cuales se traducen en ciertas atribuciones para expedir reglamentos, designar o remover empleados, como también disciplinar a los mismos a través de la potestad sancionatoria otorgadas por

⁷ Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, sentencia del 30 de octubre de 2018, radicado No. 11001-03-28-000-2018-00031-00, M.P. Rocío Araújo Oñate.

⁸ Consejo de Estado- Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, sentencia del 21 de julio de 2015. C.P. Gerardo Arenas Monsalve Rad. 11001-03-15-000-2014-02130-00(PI)

la ley. Por contera, la autoridad militar, es aquella ejercida por medio de las armas y la fuerza pública.

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

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

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

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

*“...La Sala de Consulta y Servicio Civil de la Corporación sostuvo que la autoridad administrativa corresponde a los poderes decisorios de mando o imposición sobre los subordinados o la sociedad, inherentes al ejercicio de empleos públicos, sea que éstos correspondan a la administración nacional, departamental o municipal, los órganos electorales o de control.”*⁹

*La autoridad administrativa es aquella que ejercen quienes desempeñan cargos de la administración nacional, departamental y municipal o de los órganos electorales y de control, que impliquen poderes decisorios de mando o imposición sobre los subordinados o la sociedad.”*¹⁰

*Se ha precisado igualmente, en la jurisprudencia de la Sección y de la Sala Plena, que quien ejerce funciones de dirección administrativa, definida en el artículo 190 de la Ley 136 de 1994, está investido de autoridad administrativa, sin perjuicio de reconocer que éste último concepto es más amplio porque comprende funciones no incluidas en las indicadas a título enunciativo en la norma citada.”*¹¹

Y que la enunciación de cargos y funciones prevista en el artículo 190 de la Ley 136 de 1994 no agota la lista de los que implican el ejercicio de autoridad administrativa, por lo que, para

⁹ Concepto de la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado, de 5 de noviembre de 1991, radicación 413; Sentencia de 16 de septiembre de 2003 de la Sala Plena de la misma Corporación, expediente PI - 0267.

¹⁰ Concepto citado de la Sala de Consulta y Servicio Civil.

¹¹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección 5ª, Sentencia de 17 de mayo de 2002, expediente No. 2842; Sentencias de 21 de mayo de 2002 y de 20 de agosto de 2004, de Sala Plena y Sección 1ª respectivamente, expedientes PI 039 y 008.

***determinar si su ejercicio está acreditado en el proceso el fallador deberá recurrir a un análisis concreto de la ubicación del cargo en la estructura administrativa, de la naturaleza de las funciones atribuidas y del grado de autonomía del funcionario de que se trate en la toma de decisiones.*¹² (negrillas para destacar)**

Es pertinente hacer énfasis en que, una de las funciones principales que distinguen a la autoridad administrativa de las demás clases, es aquella que concierne a la potestad contractual que pueden ejercer ciertos servidores públicos que tenga a su cargo el manejo del erario público.

Por su parte, **autoridad política** ha sido definida por la Sala Electoral del Consejo de Estado como la capacidad para "*presentar proyectos de Ley y sancionarlas, manejar las relaciones con los otros poderes y con otros Estados, gestionar, trazar y apalancar el rumbo de la Nación*¹³".

Ahora bien, se recuerda que la Sección Quinta del Consejo de Estado ha señalado que el elemento referente a la autoridad debe interpretarse de manera objetiva, es decir, que no requiere la verificación efectiva de que el servidor público haya hecho uso de algunas de las atribuciones que le otorga la ley, sino que basta con que aquel tenga la virtualidad o potencialidad de desarrollarlas, para afirmar que ejerció autoridad. En otras palabras: **la autoridad se ejerce por el mero hecho de detentarla**¹⁴.

Ello quiere decir que, si se entendiera que la inhabilidad se configura por el hecho de ejercer efectivamente la autoridad civil o política y no por el sólo hecho de detentarla, la finalidad constitucional se tornaría inane. En consecuencia, los derechos fundamentales a elegir y ser elegido bajo el principio democrático de igualdad quedarían desprotegidos en el ámbito material, lo cual resulta contrario a los fines que inspiran el Estado Social de Derecho¹⁵.

¹² Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección 5ª, Sentencia de 5 de junio de 2003, expediente No. 3090.

¹³ Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, Sentencia de junio 9 de 1.998. Exp. AC-5779. M.P Germán Rodríguez Villamizar.

¹⁴ En este sentido se ha pronunciado la Sección Quinta del Consejo de estado, entre otras, en las siguientes providencias: Consejo de Estado Sección Quinta, sentencia de Julio 14 de 2005. C.P. Reinaldo Chavarro Buritica Rad. 170012331000200301538-01 (3681); Consejo de Estado, Sección Quinta, sentencia de 11 de junio de 2009 C.P. María Nohemí Hernández Pinzón Rad. 68001-23-15-000-2007-0067702; Consejo de Estado, Sección Quinta sentencia de 17 de febrero de 2005 María Nohemí Hernández Pinzón Rad. 27001-23-31-000-2003-00764-02(3441); Consejo de Estado, Sección Quinta, sentencia del 6 de mayo de 2013 C.P. Alberto Yepes Barreiro Rad. 17001-23-31-000-2011-00637-01 (Acumulado) y Consejo de Estado, Sección Quinta, sentencia del 17 de octubre de 2013, CP. Alberto Yepes Barreiro Rad. 19001-33-31-006-2011-00442-01.

¹⁵ Consejo de Estado. Sección Quinta. C.P. ROCÍO ARAÚJO OÑATE, sentencia del 30 de mayo de 2019, rad. 11001-03-28-000-2018-00091-00 (ACUMULADO 11001-03-28-000-2018-00601-00)

Análisis del acervo probatorio. En el expediente obran las siguientes pruebas:

- ⇒ Registro civil de nacimiento de DIANA LUCIA ARBELÁEZ HERNÁNDEZ, que permite establecer que es hija de ELVIRA DEL CARMEN HERNÁNDEZ DE ARBELÁEZ y JAIRO ARBELÁEZ OSSA. (Fl. 23)
- ⇒ Registro civil de nacimiento de ANGÉLICA MARÍA ARBELÁEZ HERNÁNDEZ, que permite establecer que es hija de ELVIRA DEL CARMEN HERNÁNDEZ GARCÍA y JAIRO DE JESÚS ARBELÁEZ OSSA. (Fl. 24)
- ⇒ Acto E-26CON del 10 de noviembre de 2011 que declara electa como concejal del Municipio de Sincelejo a DIANA LUCIA ARBELÁEZ HERNÁNDEZ, para el periodo constitucional 2020-2023. (Fls. 25-35)
- ⇒ Certificado de fecha 20 de noviembre de 2019, expedido por la Gerente de la ESE San Francisco de Asís, en el que hace constar que ANGÉLICA MARÍA ARBELÁEZ HERNÁNDEZ, de desempeña en esa entidad como **Subdirectora Administrativa y Financiera**, cargo con carácter de libre nombramiento y remoción, Código 068 Grado 14, nombrada mediante Resolución No. 00000255 del 3 de mayo de 2016, posesionada en la misma fecha. (fls. 36-38)
- ⇒ Acuerdo N° 022 del 10 de mayo de 1996, por el cual se transforma la entidad pública denominada Centro de Salud de la Unidad Intermedia San Francisco de Asís en una "Empresa Social del Estado". (fls. 39-44)
- ⇒ Resolución N° 00000255 del 3 de mayo de 2016, por medio del cual se nombra a ANGÉLICA MARÍA ARBELÁEZ HERNÁNDEZ, en el cargo de Subdirectora Administrativa y Financiera, Código 068 Grado 14, de la ESE Unidad San Francisco de Asís de Sincelejo. (fl. 45)
- ⇒ Acta de posesión de fecha 3 de mayo de 2016, en la que ANGÉLICA MARÍA ARBELÁEZ HERNÁNDEZ, toma posesión del cargo de Subdirectora Administrativa y Financiera, Código 068 Grado 14. (fl. 46)
- ⇒ Resolución N° 00000241 del 28 de mayo de 2017, expedida por el Gerente de la ESE Unidad San Francisco de Asís de Sincelejo, donde se delega a ANGÉLICA MARÍA ARBELÁEZ HERNÁNDEZ en su condición de Subdirectora Administrativa y Financiera, para que ejerza la representación legal de la ESE Unidad San Francisco de Asís de Sincelejo, en la segunda mesa de saneamiento de cartera, para la suscripción de acuerdos de pagos y acuerdos de saneamiento de información vigencia 2017. (Fls. 48-49)

- ⇒ Resolución N° 00000140 del 28 de marzo de 2017, expedida por el Gerente de la ESE Unidad San Francisco de Asís de Sincelejo, mediante la cual se delega a ANGÉLICA MARÍA ARBELÁEZ HERNÁNDEZ en su condición de Subdirectora Administrativa y Financiera, para que ejerza la representación legal de la ESE Unidad San Francisco de Asís de Sincelejo, en la segunda mesa de saneamiento de cartera, para la suscripción de acuerdos de pagos y acuerdos de saneamiento de información vigencia 2017. (fls. 50-51)
- ⇒ Resolución N° 00000079 del 24 de febrero de 2017, expedida por el Gerente de la ESE Unidad San Francisco de Asís de Sincelejo, que delega a ANGÉLICA MARÍA ARBELÁEZ HERNÁNDEZ en su condición de Subdirectora Administrativa y Financiera, para que ejerza la representación legal de la ESE Unidad San Francisco de Asís de Sincelejo, en la primera mesa de saneamiento de cartera, para la suscripción de acuerdos de pagos y acuerdos de saneamiento de información de la vigencia 2017. (fls. 52-53)
- ⇒ Resolución N° 00000160 del 12 de abril de 2018, expedida por el Gerente (E) de la ESE Unidad San Francisco de Asís de Sincelejo, que delega a ANGÉLICA MARÍA ARBELÁEZ HERNÁNDEZ en su condición de Subdirectora Administrativa y Financiera, para que declare las retenciones que se practicaron del Impuesto de Industria y Comercio en la ESE Unidad de Salud San Francisco de Asís del Municipio de Sincelejo, durante el mes de marzo de 2018, según el formulario para la declaración de retenciones y autoretenciones, impuesto de industria y comercio, avisos y tableros y sobretasa bomberil, formato 7000-RA No. 20182116536. (fls. 54-55)
- ⇒ Acuerdo N° 0000006 de 27 de abril de 2016 *“Por el cual se ajusta el Manual de Funciones, Requisitos y Competencias Laborales de la E.S.E. Unidad San Francisco de Asís”*.

Los documentos anteriores acreditan dos extremos fácticos de la inhabilidad examinada: i) que la demandada resultó elegida Concejal del Municipio de Sincelejo el 10 de noviembre de 2019, para el periodo constitucional 2020-2023 y ii) es hermana de ANGÉLICA MARÍA ARBELÁEZ HERNÁNDEZ, según registro civil adjunto, quien fue nombrada en el cargo de Subdirectora Administrativa y Financiera, Código 068 Grado 14, de la ESE Unidad San Francisco de Asís de Sincelejo, el 3 de mayo de 2016 hasta la fecha; es decir, durante el periodo inhabilitante; esto es, dentro de los doce meses anteriores a la elección del concejo

efectuada el 27 de octubre de 2019.

Ahora, acorde con el Acuerdo N° 0000006 de 27 de abril de 2016 "Por el cual se ajusta el Manual de Funciones, Requisitos y Competencias Laborales de la E.S.E. Unidad San Francisco de Asís", el empleo de Subdirector Administrativo y Financiero de la ESE se identifica así:

I. IDENTIFICACIÓN DEL EMPLEO	
Nivel:	Directivo
Denominación del empleo	Subdirector Administrativo y Financiero
Código	068
Grado	14
Número de cargo	1
Dependencia	Subgerencia Administrativa y Financiera
Cargo del Jefe Inmediato	Gerente de la Empresa Social del Estado
II. ÁREA FUNCIONAL: SUBGERENCIA ADMINISTRATIVA Y FINANCIERA	
III. PROPÓSITO PRINCIPAL DEL EMPLEO	
Planear, dirigir, evaluar y ejecutar políticas administrativas en materia de recursos humanos, físicos y de apoyo logístico y financieros para generar y agenciar recursos que apoyen e impulsen los programas y proyectos de la ESE Unidad de Salud San Francisco de Asís para cumplir misión, metas y objetivos trazados.	
IV. DESCRIPCIÓN DE LAS FUNCIONES ESENCIALES	
<ol style="list-style-type: none"> 1. Planear, dirigir, organizar, coordinar y controlar el manejo de los recursos humanos, físicos y financieros de la Empresa en materia de presupuesto, pagaduría, contabilidad, facturación, mantenimiento y servicios generales. 2. Proveer la información y asistencia técnica necesaria para el desempeño de actividades de gerencia y gestión institucional. 3. Adoptar y adaptar las normas y procedimientos administrativos y legales que expida la autoridad competente para el cumplimiento de las funciones de la ESE Unidad San Francisco de Asís. 4. Concertar con la gerencia el desarrollo del Plan de Desarrollo Institucional, la definición de políticas, objetivos y estrategias corporativas y administrativas y participar en el control y monitoria en el desarrollo de planes operativos y proyectos. 5. Dirigir, supervisar y realizar el control a los contratos en materia administrativa y financiera que celebre la Gerencia de la Empresa de acuerdo con las disposiciones vigentes sobre la materia. 6. Evaluar la calidad, el impacto y la productividad de los servicios administrativos y financieros, garantizando el cumplimiento de la misión, los objetivos y metas institucionales señaladas por la Gerencia y por el Plan de Desarrollo. 7. Proponer y participar en la elaboración de estrategias que conlleven al mejoramiento continuo en la prestación y calidad del servicio. 8. Participar en las actividades del Modelo Estándar de Control Interno de su competencia. 9. Elaborar los estudios de conveniencia y oportunidad de acuerdo con las necesidades del área a su cargo. 10. Establecer mecanismos de autocontrol y autogestión en su dependencia. 11. Coordinar y supervisar la ejecución del mantenimiento actualizado en la página WEB de la entidad. 12. Planear, organizar, coordinar, controlar y evaluar las actividades de su área y gestionar los recursos necesarios para su correcto funcionamiento. 13. Responder por el inventario de los artículos de la dependencia a su cargo. 14. Velar por la buena imagen de la institución y por la adecuada presentación de la dependencia. 15. Planear, dirigir, coordinar y controlar la prestación de servicios administrativos y logísticos a los internos y a las instituciones relacionadas con el factor humano (administración y desarrollo), suministros, planta física, tecnologías de equipos, sistemas de información y servicios de apoyo logístico. 16. Fomentar el desarrollo de valores y principios corporativos que incrementen el compromiso, satisfacción y productividad laboral de los funcionarios. 17. Administrar los procesos de selección, ingreso, inducción, promoción y desvinculación de los servidores de la Empresa. 18. Desarrollar y administrar programas de bienestar social con el fin de elevar el nivel de vida de los servidores y sus familias, propender por el mejoramiento social y cultural 	

- para beneficio general de todos los servidores a través de actividades recreativas, deportivas, culturales y de educación no formal.
19. Desarrollar y administrar el programa anual de capacitación para los servidores de la Empresa.
 20. Coordinar el programa de salud ocupacional establecido en la Empresa y hacer el seguimiento a su ejecución.
 21. Vigilar y controlar la elaboración de las hojas de vida de los servidores de la Empresa, custodiar y mantenerlas y expedir las certificaciones requeridas.
 22. Establecer una precisa coordinación de funciones con la Subgerencia Científica manteniendo una disponibilidad permanente y consecución oportuna de los recursos necesarios para el adecuado cumplimiento de las funciones del área de atención al usuario en la prestación de los servicios de salud que produce la Empresa.
 23. Responder por la veracidad, celeridad y oportunidad de la información requerida para la liquidación de la nómina y todo tipo de devengados de los servidores y ex servidores de la Empresa.
 24. Dirigir y controlar la elaboración y el envío de los reportes de cesantías de los servidores y ex servidores de la Empresa.
 25. Dirigir y controlar la elaboración de la nómina para cancelar sueldos, vacaciones, primas y demás emolumentos para los servidores de la Empresa.
 26. **Proporcionar los servicios necesarios para mantener la seguridad física de la ESE.**
 27. **Organizar los servicios de transporte, vigilancia, aseo, mantenimiento, conservación, archivo y correspondencia que contribuyan a la efectiva prestación de los servicios generales de la Empresa.**
 28. **Formular programas y proyectos en relación con la gestión del talento humano y recursos físicos y de apoyo a todas las dependencias de la Empresa y garantizar su implementación.**
 29. **Velar por el cumplimiento de las normas legales y estatutarias en materia de administración del talento humano y recursos físicos.**
 30. **Proponer y someter a consideración del Gerente los cambios y/o actualizaciones tendientes a mejorar los sistemas de administración del personal, recursos físicos y servicios de apoyo.**
 31. Promover y garantizar la aplicación de las políticas de desarrollo y promoción del clima organizacional del talento humano.
 32. Expedir los actos administrativos y las certificaciones que le correspondan sobre las diferentes situaciones administrativas del personal vinculado a la Empresa.
 33. **Evaluar el desempeño de los funcionarios adscritos a la Subgerencia Administrativa y Financiera.**
 34. Disponer la baja definitiva de inservibles y orientar los programas para su disposición final mediante comercialización, donación o destrucción de acuerdo con las normas vigentes.
 35. **Velar por el suministro oportuno, almacenamiento, recibo y entrega de elementos a las diferentes áreas de la Empresa.**
 36. **Tramitar las pólizas de seguros para todos los bienes, vehículos propiedad de la Empresa, velar por su actualización y coordinar con asesoría jurídica los casos de reclamos ante las compañías aseguradoras respectivas.**
 37. **Dirigir la gestión de los servicios de mantenimiento locativo, seguridad, aseo, mensajería y conducción requeridos por las dependencias.**
 38. **Dirigir y supervisar todos los recursos y recaudos que correspondan a la Empresa por la prestación de los servicios de salud que ofrece de conformidad con los parámetros establecidos en la Ley.**
 39. **Coordinar la elaboración del Proyecto Anual de Presupuesto de Rentas y Gastos de la Empresa al igual que vigilar los movimientos que se realicen en torno al mismo, supervisar la entrega oportuna de los reportes a las diferentes entidades externas de control y de acuerdo con las disposiciones legales vigentes para la materia.**
 40. **Coordinar la elaboración del Plan Anual Mensualizado de Caja de la Empresa en Conjunto con el funcionario que realice las funciones de pagaduría de la Empresa.**
 41. **Coordinar las actividades de contabilidad general de la Empresa de conformidad con las normas legales vigentes.**
 42. **Vigilar el manejo transparente y uso eficiente de los recursos financieros y atender oportunamente el pago de las exigibilidades a cargo de la Empresa.**
 43. Dirigir, coordinar y supervisar la realización y entrega oportuna de los informes contables y demás informes que requieran las autoridades competentes.
 44. **Informar oportunamente al Gerente sobre las irregularidades que detecte en el manejo de los recursos de la Empresa para que éste disponga la investigación correspondiente y el traslado del asunto a las autoridades competentes.**
 45. Coordinar y supervisar la prestación de los servicios de captura, codificación, análisis, almacenamiento, distribución, retroalimentación y control de la información que genera la

institución en materia administrativa y financiera de acuerdo con los parámetros y normas vigentes dentro de los sistemas básicos de información.

Como se advierte, el Acuerdo mencionado asignó a la dependencia que dirige la hermana de la demandada una serie de funciones cuyos verbos rectores permiten colegir que le fueron establecidas literalmente tareas de liderazgo y dirección de las que, *prima facie*, se podrían enmarcar en el ejercicio de autoridad administrativa, tales como **dirigir** y **ejecutar** políticas administrativas en materia de **recursos humanos, físicos** y de apoyo logístico y **financieros para generar y agenciar recursos que apoyen e impulsen los programas y proyectos de la ESE Unidad de Salud San Francisco de Asís.**

Del mismo modo, del contenido de las funciones transcritas anteriormente este Tribunal puede predicar que el cargo de Subdirector Administrativo y Financiero de la ESE San Francisco de Asís en principio, ejerce competencias que le permiten ordenar gastos, administrar personal y otras tareas que la autorizan a desplegar los poderes de imposición y de mando en que consiste la autoridad civil y administrativa. Máxime, cuando la facultad **planear, dirigir, organizar, coordinar y controlar el manejo de los recursos humanos, físicos y financieros de la Empresa en materia de presupuesto, pagaduría, contabilidad, facturación, mantenimiento y servicios generales;** la facultad de **planear, dirigir, coordinar y controlar la prestación de servicios administrativos y logísticos a los internos y a las instituciones relacionadas con el factor humano (administración y desarrollo), suministros, planta física, tecnologías de equipos, sistemas de información y servicios de apoyo logístico;** y la facultad de **proporcionar los servicios necesarios para mantener la seguridad física de la ESE,** *ab initio* denotan la facultad de programar y administrar el recurso humano, lo que implica el poder de determinar y controlar el comportamiento de los empleados de dicha Institución.

Aunado a lo anterior, si bien es cierto en el Acuerdo en cita no se establece de manera literal que el Subgerente Administrativo y Financiero ordena directamente gastos o celebrara contratos, del contenido de las funciones establecidas en los numerales 35, 36 y 37 del citado acuerdo, se puede inferir que tiene una influencia directa y determinante en dichos procesos.

Conforme a lo anterior, para la Sala *prima facie* la autoridad ejercida por la hermana de la demandada al interior de la ESE San Francisco de Asís, le permite ejercer una

significativa influencia sobre aquellos empleados que tenía a su mando o que tienen un vínculo con esa Institución.

Sobre el particular, conviene anotar que el tema planteado ha sido objeto de pronunciamiento por parte del Consejo de Estado en otras oportunidades; así, en la sentencia de 5 de junio de 2003, expediente N° 3090, expuso lo siguiente:

“...Es evidente que el sentido de la norma estudiada viene dada tanto por la finalidad que persigue como por su coherencia con el resto del ordenamiento, sobre todo en el nivel constitucional. En efecto, su “telos” es garantizar la igualdad de trato de los candidatos a ser elegidos alcaldes, así como los derechos políticos a elegir y ser elegido sin interferencias no autorizadas por el ordenamiento, derechos todos de carácter fundamental. Tal garantía se consagra, en el caso que nos ocupa, frente a la posibilidad de que alguno de los candidatos, dentro de un periodo anterior a la elección, haya podido influir sobre los electores a través del desempeño de un empleo al que se haya asignado jurisdicción o determinadas formas de autoridad, lo que le otorgaría una ventaja frente a los demás.

Desde una perspectiva hermenéutica finalística y sistemática como la enunciada es evidente que para que un empleado influya a los potenciales electores con la autoridad de que dispone no es condición necesaria que ejerza materialmente las funciones que tiene asignadas; V.gr., un funcionario con competencias disciplinarias o con facultades de libre nombramiento y remoción, puede influir sobre sus subalternos y los allegados de éstos sin hacer nombramientos o declarar insubsistencias, es decir, sin hacer uso de esas facultades, pues la estabilidad de los empleados depende precisamente de que no las use. De igual modo, quien tiene la posibilidad de revocar un acto o de variar una decisión o una política influye sobre aquellos interesados en sostenerlas, precisamente mediante una abstención. A lo anterior se suma que quien tiene autoridad legal para tomar determinadas decisiones, puede generar expectativas e incluso promesas que tienen la virtualidad de mover la voluntad de los interesados que conocen de su poder para concretarlas, aunque de hecho no lo haga. Obviamente la forma más visible de influencia es la que se produce mediante actos positivos, pero no necesariamente la más eficaz.

La tesis anterior está implícita en muchas decisiones de ésta Sección en casos como el presente, al declarar la nulidad de actos de declaración de elecciones a partir de la ubicación jerárquica del cargo, el tipo de las funciones del mismo y el grado de autonomía funcional del empleado, deducidos del análisis de las normas que las regulan y no de las pruebas sobre el ejercicio material de tales funciones en el respectivo municipio.¹⁶

Evidentemente si sólo se configura la inhabilidad con la prueba del ejercicio real de tales funciones resulta contrario a la garantía constitucional de la igualdad de trato que la ley debe a los ciudadanos que ejercen su derecho

¹⁶ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección 5ª, Sentencia de 5 de junio de 2003, expediente No. 3090.

de participar en la conformación, ejercicio y control del poder político, pues permitiría que algunas personas hagan uso de su autoridad a través de la abstención en el ejercicio de sus competencias, del otorgamiento de promesas, o la generación de expectativas, induciendo o imponiendo determinados comportamientos a los electores, influencia que los demás candidatos no tienen..."

Los criterios anteriores fueron expuestos para referirse a una causal de inhabilidad para ser elegido alcalde originada en el ejercicio de autoridad administrativa por parte del elegido durante el periodo inhabilitante, que cambiando lo que haya que cambiar, puede ser utilizada para el caso que ahora ocupa la sala.

Así las cosas, las funciones que corresponden al cargo que ocupa la hermana de la demandada implican a primera vista, el ejercicio de autoridad administrativa, las cuales se ejercieron en la jurisdicción del Municipio de Sincelejo, circunscripción territorial para la cual se postuló y salió elegida como concejal la señora DIANA LUCIA ARBELÁEZ HERNÁNDEZ, para el periodo constitucional 2020-2023. De allí que, en esta etapa procesal se accederá a la solicitud de suspensión provisional del acto acusado, al encontrar acreditado que la demandada se encuentra incurso en la causal de inhabilidad prevista en el numeral 4º del artículo 40 de la Ley 617 de 2000.

DECISIÓN: En mérito de lo expuesto, el TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE SUCRE – SALA SEGUNDA DE DECISIÓN, ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DE LA REPÚBLICA Y POR AUTORIDAD DE LA LEY,

RESUELVE:

PRIMERO. ADMITIR la demanda electoral instaurada contra el acto que declaró la elección popular de DIANA LUCIA ARBELÁEZ HERNÁNDEZ como concejal del Municipio de Sincelejo, periodo 2020-2023, contenida en el formulario E26CON de data 10 de noviembre de 2019. Para el efecto se dispone:

1. Notifíquese personalmente esta providencia al demandado, esto es, a la señora DIANA LUCIA ARBELÁEZ HERNÁNDEZ, en la forma prevista en el numeral 1º literal a) del artículo 277 del CPACA.¹⁷

¹⁷ 1.-) El citador del despacho judicial se dirigirá a la dirección suministrada por el demandante

2.-) Una vez allí, localizada e identificada mediante documento idóneo la persona a notificar, le hará entrega de la copia de la providencia

3.-) Así mismo, se suscribirá un acta en la que se anotará la fecha en que se practica la notificación, el nombre del notificado y la providencia a notificar, con constancia de su entrega.

2. Notifíquese personalmente, de conformidad con el artículo 197 del C.P.A.C.A. y según lo dispuesto en el numeral 2º del artículo 277 Eiusdem, esta providencia al Registrador Municipal del Estado Civil de Sincelejo y del Consejo Nacional Electoral por haber intervenido dichas autoridades en la adopción de los actos acusados.

3. Notifíquese personalmente al agente del Ministerio Público (Art. 277.3 Ib.).

4. Notifíquese por estado esta providencia a la demandante (Art. 277.4 Ib.).

5. Infórmese a la comunidad la existencia del proceso por medio de la página web de esta Corporación y de la rama judicial (Art. 277.5 Ib.).

6. Comuníquese esta providencia a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado, por medio del buzón electrónico, la cual si así lo decide podrá intervenir en la oportunidad prevista en los artículos 277 y 279 del CPACA.

7. Adviértase al Registrador Municipal del Estado Civil de Sincelejo y al Consejo Nacional Electoral, que durante el término para contestar la demanda deberán allegar copia de los antecedentes del acto acusado que se encuentren en su poder, de conformidad con lo dispuesto en el párrafo 1º del artículo 175 de la Ley 1437 de 2011.

8. Las copias de la demanda y sus anexos quedaran a disposición de los sujetos procesales e intervinientes en la secretaria de este Tribunal.

9. **ACCEDER** a la medida cautelar solicita, en consecuencia, **SUSPÉNDASE** provisionalmente el acto de elección E26 CON, en relación con la candidata electa señora DIANA LUCIA ARBELÁEZ HERNÁNDEZ como concejal del Municipio de Sincelejo, periodo constitucional 2020-2023.

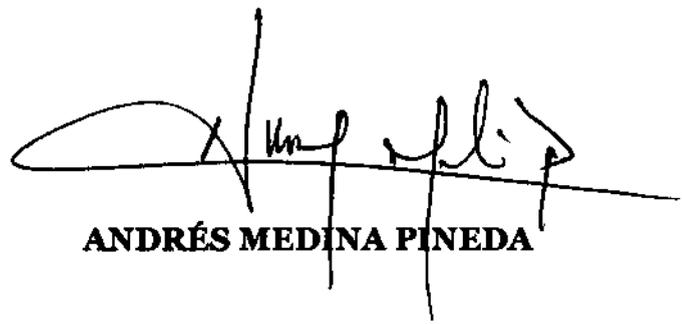
Decisión que será comunicada al Concejo del Municipio de Sincelejo.

Obsérvese que la norma no indica que haya que entregar la copia de la demanda y sus anexos al elegido o nombrado, sino solamente de la providencia a notificar, ello se da así, por cuanto aquellas quedarán a disposición del notificado, para que las retire en la Secretaria del Tribunal.

El proyecto de esta providencia fue considerado y aprobado por la Sala, en sesión extraordinaria de la fecha, según consta en Acta N° 191.

NOTIFÍQUESE, COMUNIQUESE, INFÓRMESE Y CÚMPLASE

Los Magistrados,



ANDRÉS MEDINA PINEDA



EDUARDO JAVIER TORRALVO NEGRETE



RUFO ARTURO CARVAJAL ARGOTY

Tribunal de lo Contencioso Administrativo

El Jefe de Sala
19-12-2010
Auto
COME

Tribunal de lo Contencioso Administrativo
19-Dic/10
Actora - Promotora
Carolina Amillo Diaz

ma
ción en
de la providencia

RI
DO
13 DE D. 2010