

**DERECHOS POLITICOS - Derecho a elegir y ser elegido / DERECHO A ELEGIR Y SER ELEGIDO - No es de carácter absoluto / PRINCIPIO DE LA CAPACIDAD ELECTORAL - Todo ciudadano puede elegir y ser elegido mientras no exista norma expresa que le limite su derecho / DERECHO A SER ELEGIDO - Las inhabilidades corresponden a una de las formas en que conforme al ordenamiento jurídico se restringe el derecho / INHABILIDADES - Definición. Características. Objeto. Son de interpretación restringida**

El artículo 40 Constitucional consagra el derecho fundamental a participar en la conformación, ejercicio y control del poder político, y establece, entre otras cosas, que por regla general todas las personas tienen derecho a elegir y ser elegidas. Es decir, regula con carácter general que las personas naturales gozan del poder de entronizar a los candidatos de su preferencia en el poder político, mediante el ejercicio del derecho al voto; e igualmente que tanto las personas naturales como las personas jurídicas -partidos o movimientos políticos-, cuentan con el derecho de ser elegidos en cargos o corporaciones públicas de elección popular, para sólo hablar de esta categoría de cargos. Pese a que corresponde a un derecho fundamental, en cuya plena realización está comprometido el Estado (Art. 2º C.P.), es claro que como la generalidad de los derechos, éste también puede ser objeto de limitaciones o restricciones, como así lo determinan el numeral 23 del artículo 150 Constitucional, que le asigna al Congreso de la República la función de expedir leyes que regulen lo concerniente al ejercicio de funciones públicas; el artículo 293 ibídem, que asigna al constituyente y al legislador la competencia para determinar "...las calidades, inhabilidades, incompatibilidades,...", para las personas que sean elegidas por voto popular para ejercer funciones públicas en las entidades territoriales; y, el numeral 4º del artículo 1º, que al definir el principio de la capacidad electoral dice que "Todo ciudadano puede elegir y ser elegido mientras no exista norma expresa que le limite su derecho. En consecuencia, las causales de inhabilidad y de incompatibilidad son de interpretación restringida.". Así, las inhabilidades corresponden a una de las formas en que conforme al ordenamiento jurídico se restringe el derecho a ser elegido. Se definen por la Ley 5 de 17 de junio de 1992 como "...todo acto o situación que invalida la elección de Congresista o impide serlo." (Art. 279), y se caracterizan porque además de ser de consagración constitucional o legal, y de interpretación restrictiva, son situaciones de hecho a las que el ordenamiento jurídico les ha dado el efecto de impedir que una persona pueda ser inscrita o elegida o designada para el ejercicio de un cargo público, con el ánimo de salvaguardar bienes jurídicos superiores como la idoneidad, la probidad, la transparencia o la igualdad, entre otros.

NOTA DE RELATORIA. En igual sentido, Sentencia T-510 de 6 de julio de 2006. M.P. Alvaro Tafur Gálvis. Corte Constitucional.

**FUENTE FORMAL:** CONSTITUCION POLITICA - ARTICULO 40 / CONSTITUCION POLITICA - ARTICULO 150 NUMERAL 23 / CONSTITUCION POLITICA - ARTICULO

**AUTORIDAD ADMINISTRATIVA - Para identificar si un cargo o empleo público dota a su titular de autoridad administrativa, se puede acudir a los criterios orgánico y funcional / CRITERIO ORGANICO - Hace referencia a la posición jerárquica / CRITERIO FUNCIONAL - Hace referencia a las atribuciones materialmente ejercidas por el servidor público**

No obstante no existir una definición legal de la autoridad administrativa, la jurisprudencia del Consejo de Estado se ha mantenido en la tesis de que para ello bien puede emplearse la acepción que trae el artículo 190 de la Ley 136 de 2 de junio de 1994, sobre la dirección administrativa. Esta disposición ha permitido

señalar que para identificar si un cargo o empleo público dota a su titular de autoridad administrativa, se puede acudir a los criterios orgánico y funcional. El primero, en el que se enlistan cargos ubicados en la cúspide de la administración pública local, tales como el alcalde, los jefes de departamento administrativo o entidades descentralizadas y los jefes de las unidades administrativas especiales. El funcional, en cambio, no se caracteriza por la posición jerárquica del respectivo empleo, sino por las atribuciones materialmente ejercidas por el servidor público, las cuales deben estar ligadas a competencias concernientes a la celebración de contratos, la ordenación del gasto, la decisión de situaciones administrativas y la potestad disciplinaria. Así las cosas, bien puede afirmarse que un servidor público ejerce autoridad administrativa, desde el punto de vista funcional, cuando la configuración competencial del cargo le permite a su titular la toma de decisiones administrativas en aspectos como la ordenación del gasto, la contratación estatal, la facultad nominadora, el poder disciplinario, etc. Es decir, que la autoridad, que no es inherente a todos los servidores públicos sino reservada a unos cuantos para la conducción de los destinos públicos, solamente la tiene quien "ejerce el mando", quien de manera autónoma e independiente puede, según el manual de funciones, expedir actos administrativos o suscribir contratos para cristalizar cualquiera de las indicadas atribuciones. De igual forma ostenta autoridad administrativa el empleado público que si bien no le ha sido asignada una de tales competencias en el manual de funciones, la misma le ha sido fijada en los términos del artículo 9º de la Ley 489 de 29 de diciembre de 1998, mediante un acto de delegación, que por cierto sólo puede recaer "...en los empleados públicos de los niveles directivo y asesor vinculados al organismo correspondiente,..."

NOTA DE RELATORIA: Ver Sentencia de 30 de noviembre de 2010. Expediente: 230012331000200800087-03 (IJ). C.P. Susana Buitrago Valencia Sala Plena y Sentencia de 28 de febrero de 2008. Expediente: 110010328000200600062-00 (3996-3998). C.P. Mauricio Torres Cuervo Sección Quinta.

**FUENTE FORMAL:** LEY 136 DE 1994 - ARTICULO 190

**NULIDAD ELECCION DE CONCEJAL - Improcedencia. No se demostró el ejercicio de autoridad administrativa por parte del hermano del concejal / INHABILIDAD DE CONCEJAL - Ejercicio de autoridad administrativa por parte del hermano del concejal**

El señor Oscar Hernando Duica Barrera demandó la nulidad de la elección de la señora Lilibet Irenes Ladrón de Guevara Bolaño, porque considera que fue elegida estando incurso en la causal de inhabilidad del numeral 4º del artículo 43 de la Ley 136 de 1994, modificado por el artículo 40 de la Ley 617 de 2000. El demandante con su apelación pretende demostrar el ejercicio de autoridad administrativa por parte del señor Arnel Javier, con base en que dentro la estructura administrativa que antecedió a la expedición del Decreto 078 de 2009 "Por el cual se establece el Manual Específico de Funciones y Competencias Laborales de la Alcaldía Municipal de Ciénaga-Magdalena", expedido por la alcaldía municipal de Ciénaga, "...existía una oficina asesora de cultura, la cual actualmente se encuentra fusionada con la secretaría de salud, sin embargo, las funciones del coordinador para aquel entonces eran similares a las que actualmente ostenta..." el hermano de la demandada. La improcedencia del planteamiento se afinca, además de la inexistencia de la prueba de lo afirmado, en que para determinar si el Profesional Universitario código 219, grado 02, adscrito a la Secretaría de Salud y Desarrollo Social de la alcaldía municipal de Ciénaga, ejerce o no autoridad administrativa, no es viable acudir a la configuración administrativa que existió con antelación al Decreto 078 de 2009, ya que el reparto funcional que debe tomarse en cuenta para juzgar ese aspecto es el actual y no cualquiera otro que haya tenido vigencia

anterior. La Sala infiere de lo dicho, que no se demostró que el hermano de la señora Lilibet Irenes Ladrón de Guevara Bolaño haya ejercido autoridad administrativa dentro de los doce meses anteriores a la elección acusada, por el hecho de haberse desempeñado durante ese lapso como Profesional Universitario código 219, grado 02, adscrito a la Secretaría de Salud y Desarrollo Social de la alcaldía municipal de Ciénaga, pues como quedó evidenciado ninguna de las funciones atribuidas a dicho cargo confiere a su titular poder de mandado o dirección de los destinos de la Administración, con capacidad para comprometer el presupuesto público, celebrar contratos, ejercer poder de nominación o disciplinar a los empleados públicos. En consecuencia, se confirmará el fallo apelado.

## **CONSEJO DE ESTADO**

### **SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO**

#### **SECCION QUINTA**

**Consejero ponente: ALBERTO YEPES BARREIRO**

**Bogotá D.C., trece (13) de septiembre de dos mil doce (2012)**

**Radicación número: 47001-23-31-000-2012-00003-01**

**Actor: OSCAR HERNANDO DUICA BARRERA**

**Demandado: CONCEJAL DEL MUNICIPIO DE CIENAGA**

Se decide el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra el fallo emitido el 25 de abril de 2012, por el Tribunal de lo Contencioso Administrativo del Magdalena, mediante el cual se denegaron las pretensiones de la demanda.

### **I.- DEMANDA**

#### **1.- Pretensiones**

Con la demanda se solicitó:

**“PRIMERO:** Pido que se declare la Nulidad de la elección de la señora LILIBET IRENES LADRON DE GUEVARA BOLAÑO, elegida concejal del municipio de Ciénaga (Magd.) el pasado 30 de octubre de 2011, período constitucional 2012-2015, dentro de la lista del Movimiento Político AFROVIDES, declaración de elección contenida en el acto administrativo debidamente identificado en el acápite respectivo de esta demanda.

**SEGUNDO:** Pido que como consecuencia de la anterior declaración, se llame a ocupar la curul dejada vacante absolutamente por mérito de la nulidad que se decrete, al ciudadano que de acuerdo con el artículo 261 de la Constitución Política y los guarismos electorales respectivos dentro de la lista, tenga derecho a ella, norma superior que literalmente dispone:...

**TERCERO:** Pido que se anule la credencial de la ciudadana cuya nulidad se decrete y se expidan las nuevas que correspondan en términos de lo así dispuesto en el artículo 228 del CCA.

**CUARTO:** Pido que se hagan las demás declaraciones, condenas, anotaciones y desanotaciones que constituyan consecuencia jurídica directa de la nulidad decretada.”

## **2.- Fundamentos de Hecho**

Con los hechos de la demanda se afirma que:

1.- El 30 de octubre de 2011 se realizaron las elecciones de autoridades territoriales.

2.- Según el actor la declaración de elección de concejales de Ciénaga “...le correspondió a la Comisión Escrutadora Departamental del Magdalena, conformada por los Delegados del Consejo Nacional Electoral,...”.

3.- La demandada conquistó un escaño en el concejo del municipio de Ciénaga, quien fue inscrita en la lista con voto preferente del movimiento político Afrovides.

4.- El señor Arnel Javier Ladrón de Guevara Bolaño, hermano de la demandada, ejerció cargo con autoridad administrativa en la alcaldía de Ciénaga, desde el cual pudo administrar los recursos asignados para proyectos deportivos, e incidir en el resultado electoral favorable a su hermana.

5.- Acompaña el manual de funciones del cargo desempeñado por aquél e información periodística y documental que acreditan que Arnel Javier no era “...un simple ‘Profesional Universitario’, sino... un FUNCIONARIO con poder de mando y dirección,...” con importante influjo en la comunidad Cienaguera.

6.- La demandada fue elegida estando incurso en la causal de inhabilidad del numeral 4º del artículo 40 de la Ley 617 de 2000.

### **1.3.- Normas violadas y concepto de violación**

Precisó el actor que la señora Lilibet Irenes Ladrón de Guevara Bolaño fue elegida concejal de Ciénaga, a pesar de estar incurso en la causal de inhabilidad del numeral 4º del artículo 40 de la Ley 617 de 2000, porque su hermano Arnel Javier, dentro de los 12 meses anteriores a la elección, se desempeñó como Profesional Universitario de la alcaldía de Ciénaga, el cual le permitió ejercer autoridad administrativa en los términos del artículo 190 de la Ley 136 de 1994.

Señaló que dicho funcionario no era un empleado menor de la Administración, ya *“...que ha tenido las facultades para determinar las inversiones y gastos que el municipio ha realizado en materia deportiva, recreativa y cultural, repartiendo y distribuyendo importantes recursos del presupuesto público, y participando activa y decisoriamente en el diseño e implementación de las políticas públicas municipales relacionadas con la materia mencionada.”* Dice probar su afirmación con fotografías y artículos de prensa, que dan cuenta del poder público puesto al servicio de la causa electoral familiar, así como con un reporte de los proyectos en los que ha participado dicho funcionario entre el 1º de enero de 2008 y el 31 de diciembre de 2011.

Luego sostuvo que con fundamento en los criterios orgánico y funcional es viable establecer el ejercicio de autoridad civil y administrativa (Ley 136 de 1994 artículos 188 y 190), y que en este caso están dados los supuestos que configuran la inhabilidad, como son el parentesco de hermanos entre aquéllos, el ejercicio de autoridad administrativa por parte del señor Arnel Javier, lo cual ocurrió dentro de los doce meses anteriores a la elección, y que ello tuvo lugar en la jurisdicción de la respectiva entidad territorial.

## **II.- CONTESTACION**

El apoderado designado por la demandada se opuso a las pretensiones de la demanda. Admitió como ciertos del hecho primero al cuarto. En cuanto al último retomó lo dispuesto en el artículo 190 de la Ley 136 de 1994, para afirmar que el cargo desempeñado por el señor Arnel Javier Ladrón de Guevara Bolaño no corresponde a ninguno de los enlistados, ni le permite ejercer ninguna de las atribuciones señaladas, lo que evidencia que no ejerció autoridad administrativa.

Que la Ley 489 de 1998, y el Decreto Municipal 077 de 2009, mediante el cual se fijó la planta de personal de la alcaldía de Ciénaga, y el Decreto Municipal 078 de 2009, que fija el Manual de Funciones, son claros en determinar los diferentes niveles jerárquicos de esa entidad territorial, como son el ejecutivo, directivo, asesor, profesional universitario grado 01, profesional universitario grado 02, profesional universitario grado 03, técnico administrativo y auxiliares administrativos. Según esto, el cargo ocupado por aquél es subordinado jerárquicamente y carece de función de mando para proferir actos administrativos y para obligar a los particulares a obedecerlo.

Además, que con fundamento en los artículos 3º y 4º del Decreto 785 de 2005, y en los artículos 188, 189, 190 y 191 de la Ley 136 de 1994, dicho profesional universitario, adscrito a la Secretaría de Salud y Desarrollo Social de Ciénaga, no ejerce poder de mando ni ninguna de las formas de autoridad consagradas en esas disposiciones.

El citado Profesional Universitario carece de facultades para determinar, directa o indirectamente, el presupuesto de rentas y gastos de la alcaldía de Ciénaga, atribuciones que según lo dispuesto en los artículos 315.5 y 313 conciernen respectivamente al alcalde y al concejo, como así lo ratifica el artículo 106 del Decreto 111 de 1996. Dicho cargo no pertenece al nivel directivo, ni al nivel asesor, ni al nivel ejecutivo, es del nivel profesional y carece de autonomía funcional para incidir en el manejo del presupuesto asignado a la ejecución de proyectos vinculados al deporte.

El quinto hecho, no es cierto. Con apoyo en el Anexo Técnico - Decreto 078 de 2009, que fija el Manual de Funciones de la Alcaldía de Ciénaga, y en el numeral 4.3 del artículo 4º del Decreto 785 de 2005, el profesional universitario código 219, grado 02, puede apoyar, coordinar y supervisar los planes y políticas en materia de cultura y deportes, sin que ello le otorgue ninguna forma de autoridad.

La relación de dependencia funcional existente entre el profesional universitario y el directivo descartan los señalamientos hechos por el demandante, así como la existencia de supuestos vínculos políticos con el poder político local, que no pueden darse por establecidos con los recortes de periódicos, que apenas dan cuenta de la forma como se registró la noticia, pero que no pueden servir de prueba en el proceso. Como se trata de un funcionario adscrito a la Secretaría de

Salud y Desarrollo Social, solamente se ocupa de ejecutar los programas diseñados por sus superiores, desprovisto de facultad para celebrar contratos y convenios.

El sexto hecho, no es cierto. Y para demostrarlo repite muchos de los planteamientos expuestos frente a los hechos anteriores, a lo cual agrega que la conducta endilgada a la demandada debe estar tipificada y que está proscrita cualquier forma de culpabilidad objetiva.

Para desvirtuar la alegada violación de normas jurídicas, señaló de nuevo que el señor Arnel Javier Ladrón de Guevara Bolaño, como profesional universitario código 219 grado 02, no tenía ni funcional ni jerárquicamente asignadas funciones con autoridad en los términos del artículo 188 de la Ley 136 de 1994, que hubiera puesto al servicio de la campaña de su hermana.

Hizo luego algunas transcripciones jurisprudenciales sobre lo que son la autoridad administrativa, civil y política, para insistir sobre lo mismo. Que el hermano de la demandada *“...no determina las inversiones y gastos que en materia deportiva ejecuta el municipio de Ciénaga,...”*, ya que su papel es servir de enlace entre la Administración y la comunidad en materia deportiva y cultural, bajo la dirección del alcalde y del secretario de salud y desarrollo social, para aplicar las políticas trazadas en el Plan de Desarrollo. Por último, se dedicó a descalificar las pruebas allegadas por la parte actora, tales como el Informe de Gestión, las fotos y las notas periodísticas.

Propuso la excepción de Inexistencia de la causal invocada fundada en *“...la ausencia del elemento de tipicidad y culpabilidad de la causal invocada como inhabilidad para que proceda la declaratoria de nulidad del acto de elección...”*, porque el señor Arnel Javier Ladrón de Guevara Bolaño no ha ejercido ninguna de las formas de autoridad previstas en el numeral 4º del artículo 40 de la Ley 617 de 2000. Por último, formuló la excepción genérica del artículo 306 del C. de P. C.

### **III.- SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA**

El Tribunal de lo Contencioso Administrativo del Magdalena dictó sentencia de primer grado el 25 de abril de 2012, en el sentido de no acceder a las súplicas de la demanda.

La parte motiva de la decisión comienza por recoger las tesis expuestas por las partes y relacionar los medios de prueba recabados dentro del proceso, luego de lo cual anunció que no acogerá las pretensiones de la demanda. Luego se refirió a la excepción planteada, que no consideró como tal sino como un argumento de defensa, cuyo estudio se haría en su momento. E igualmente a las generalidades del proceso electoral, tales como su objeto y las causales de nulidad que en el mismo operan, su finalidad, su naturaleza, al igual que el carácter restrictivo que debe imperar en la apreciación de las inhabilidades.

Pasó el Tribunal a estudiar los elementos configuradores de la causal de inhabilidad prevista en el numeral 4º del artículo 40 de la Ley 617 de 2000, que identificó como el parentesco entre el elegido y un empleado público, el tiempo dentro del cual se han debido ejercer las funciones y que el funcionario haya ejercido autoridad civil, militar, política o administrativa.

Examinó las pruebas y encontró que se acreditó que la demandada fue elegida concejal del municipio de Ciénaga (2012-2015), y que es hermana de Arnel Javier Ladrón de Guevara Bolaño, que el último se desempeña como profesional universitario, código 219, grado 02, desde noviembre de 2009.

Posteriormente y con apoyo en el artículo 190 de la Ley 136 de 1994, pasó a evaluar si según los criterios orgánico y funcional aquél ejerció autoridad administrativa, lo que desestimó porque no ocupó ninguno de los cargos frente a los cuales se presume tener esas prerrogativas. Además, consultó el manual de funciones consagrado en el Decreto 078 de 2009, en el que se advierte la existencia de los siguientes niveles jerárquicos: directivo, asesor, profesional, técnico y asistencial, y en el que se determina que el cargo ocupado por el hermano de la demandada es del nivel profesional. Es decir, que no ocupó un cargo con autoridad, lo que corroboró con la declaración rendida por el alcalde de Ciénaga, además de que no se probó que le hubiera sido delegada alguna función que le otorgara autonomía para la toma de decisiones.

Enseguida se ocupó de valorar cada una de las funciones que según el Decreto 078 de 2009 tiene asignadas el cargo desempeñado por el señor Arnel Javier, de lo cual concluyó que *"...ninguna de las funciones ejercidas..., se traduce en una que pueda ser enmarcada dentro del ejercicio de autoridad o dirección*

*administrativa.*”, ya que las mismas “...denotan acción puramente asistencial, de coordinación y de apoyo y acompañamiento al Secretario de la correspondiente cartera en la ejecución de las funciones propias de ese despacho,...”. Y, ninguna prueba se allegó para acreditar que por otras vías dicha persona fue investida de autoridad.

En cuanto al informe de gestión aportado como prueba por la parte actora, que pretende utilizar para demostrar el ejercicio de autoridad, dijo el Tribunal que la administración de bienes o la responsabilidad frente a locaciones estatales, no es indicativo de autoridad. Sobre la supuesta entrega de implementos deportivos dijo el a-quo que en la declaración rendida por el alcalde se precisó que ello estaba a su cargo, quien para ello pedía el acompañamiento de algunos funcionarios. Y, aunque los medios de comunicación local hayan identificado al señor Arnel Javier como jefe de la cartera respectiva, ello resulta desvirtuado con las pruebas examinadas.

Así, termina diciendo el Tribunal que ni orgánica ni funcionalmente el hermano de la demandada ejerció autoridad dentro de los doce meses anteriores, por lo cual la inhabilidad no se configura.

#### **IV.- RECURSO DE APELACION**

El demandante admite que bajo el criterio orgánico el cargo desempeñado por el señor Arnel Javier Ladrón de Guevara Bolaño no encaja en el artículo 190 de la Ley 136 de 1994, pero que frente al criterio funcional no se hizo un estudio detallado, norma a la que no debe dársele alcance restrictivo. Al respecto agrega que:

“La sola organización, coordinación, administración, ejecución de proyectos, elaboración de estudios de conveniencia, gestión y financiación de recursos para el sector cultural, artístico y deportivo, siendo la comunidad la única beneficiaria de las actividades desplegadas por el mencionado funcionario, denotan indiscutiblemente, que frente a ello, se ocasiona obligatoriamente un contacto directo con ésta, que en ultimas (sic) se constituye en el potencial elector de los futuros mandatarios y autoridades locales del municipio; inclinando, como consecuencia lógica, la balanza a su favor, como efectivamente sucedió en este proceso.”

Después de reproducir literalmente apartes del concepto de violación, señala el actor que no solo los cargos mencionados en el artículo 190 de la Ley 136 de 1994 ostenta autoridad, pues según las funciones otros cargos igualmente la pueden detentar. Es lo que en su opinión ocurre con el cargo desempeñado por aquél, que según el manual de funciones tiene “...*un margen de autonomía frente a las políticas públicas deportivas y culturales...*”, como así lo demuestran las funciones 1, 2, 3, 7, 9 y 14 del manual correspondiente, de las cuales resalta en negrilla las tres últimas.

Según dichas atribuciones, el señor Arnel Javier tenía poder decisorio en cuanto a esas políticas públicas, cuyo contacto directo con la comunidad le permitía influir sobre el electorado, a favor de su hermana candidata. Agregó que:

“Es de resaltar, que anterior a la expedición del decreto 078 del año 2009, por medio del cual se reestructuró la planta administrativa del municipio de Ciénaga, existía una oficina asesora de cultura, la cual actualmente se encuentra fusionada con la secretaría de salud, sin embargo, las funciones del coordinador para aquel entonces eran similares a las que actualmente ostenta el señor ARNEL JAVIER LADRON DE GUEVARA en el cargo de profesional universitario. Lo expuesto, si bien no guarda relación directa con el libelo demandatorio, ilustra la autonomía de dicha dependencia para un periodo determinado en materia de políticas públicas culturales y deportivas del municipio.”

Lo discutido con la demanda no era si aquél tenía facultades para contratar, ya que están radicadas en el alcalde, y de ser así quedarían excluidos funcionarios como los secretarios del despacho y demás empleados; lo relevante era demostrar el poder decisorio y de mando que tenía el señor Arnel Javier, que sirvieron a los propósitos políticos de su hermana.

Por último, dice que están probados los supuestos de la causal de inhabilidad alegada y que por ello debe revocarse el fallo apelado y en su lugar acceder a las súplicas de la demanda.

#### **V.- ALEGATOS EN SEGUNDA INSTANCIA**

El apoderado judicial de la demandada, con escrito radicado en la oficina de correspondencia de esta Corporación el 29 de junio de 2012, presentó alegatos de conclusión en forma extemporánea, ya que el término, según constancia visible a folio 203, transcurrió entre el 26 y el 28 de junio del corriente año.

## **VI.- CONCEPTO DEL MINISTERIO PUBLICO EN SEGUNDA INSTANCIA**

El Procurador 7º Delegado ante el Consejo de Estado sugirió a la Sala confirmar el fallo apelado. Afirmó que su concepto se rinde en los precisos términos del recurso de apelación, que sostiene que la demandada fue elegida concejal estando incurso en la inhabilidad del numeral 4º del artículo 40 de la Ley 617 de 2000, porque su hermano, dentro de los doce meses anteriores a la elección, ejerció autoridad administrativa en la misma entidad territorial.

Se refirió luego a los elementos que deben presentarse para que se configure la inhabilidad alegada. En cuanto al parentesco, halló probado que Arnel Javier y Lilibet Irenes Ladrón de Guevara Bolaño son hermanos entre sí porque provienen de unos mismos padres. Respecto a que el pariente haya ejercido autoridad administrativa, citó lo dispuesto en los artículos 122 y 123 de la Constitución, al igual que lo normado en el artículo 1º de la Ley 909 de 2004, y encontró acreditado que Arnel Javier viene desempeñándose como Profesional Universitario código 219, grado 02, en la alcaldía de Ciénaga, desde el 12 de noviembre de 2009, cargo que está adscrito a la Secretaría de Salud y Desarrollo Social.

Con fundamento en lo dispuesto en el artículo 190 de la Ley 136 de 1994, para calificar si se ejerce autoridad administrativa es necesario acudir a los criterios orgánico y funcional. El primero se establece por la posición orgánica del respectivo empleo, tales como el alcalde, secretarios del despacho, jefes de departamento administrativo, etc. Y, el segundo, depende de que el servidor público pueda, por ejemplo, celebrar contratos, ordenar gastos con cargo a fondos municipales, conferir comisiones, etc.

Descartó que orgánicamente dicha persona tuviera autoridad porque el cargo desempeñado no corresponde a ninguno de los mencionados en la anterior norma. Respecto al aspecto funcional examinó cada una de las competencias asignadas al cargo ocupado por el mismo y concluyó que no ostenta autoridad administrativa *“...puesto que ninguna de ellas le confieren a su titular poder de mando, facultad decisoria y dirección de asuntos propios, no corresponden al poder de dictar medidas de política, ni de hacerlas cumplir incluso con el auxilio de*

*la fuerza pública.* El cargo no tiene independencia o autonomía, ya que se subordina a la autoridad del Secretario de Salud y Desarrollo Social.

Por último, no está de acuerdo con que la inhabilidad debe examinarse de manera amplia. Por lo mismo, los cargos con autoridad administrativa y las funciones respectivas, son solamente las indicadas en el artículo 190 de la Ley 136 de 1994. Así, no es necesario estudiar los demás elementos de la inhabilidad.

## **VII.- TRAMITE DE SEGUNDA INSTANCIA**

Con auto de 4 de junio de 2012 se admitió el recurso de apelación interpuesto contra el fallo de 25 de abril del mismo año. Se ordenó mantener el expediente en secretaría por tres días, al cabo de lo cual debía fijarse el proceso en lista por tres días más, para que una vez surtido se entregara el expediente al agente del Ministerio Público para rendir concepto de fondo. Cumplidos los términos anteriores y presentados los escritos ya citados, ingresó el proceso al Despacho para proferir sentencia de segunda instancia.

## **CONSIDERACIONES DE LA SALA**

### **1.- Competencia**

La competencia de la Sección Quinta del Consejo de Estado para conocer del recurso de apelación formulado por la parte demandante contra el fallo emitido el 25 de abril de 2012, por el Tribunal de lo Contencioso Administrativo del Magdalena, está fijada por lo dispuesto en el artículo 129 del C.C.A., subrogado por el artículo 37 de la Ley 446 de 1998, y en el artículo 13 del Acuerdo 58 de 15 de septiembre de 1999 -Reglamento Consejo de Estado-, modificado por el artículo 1º del Acuerdo 55 de 2003.

### **2.- De la Prueba del Acto de Elección Acusado**

La elección de la señora Lilibet Irenes Ladrón de Guevara Bolaño como concejal del municipio de Ciénaga - Magdalena, por el Movimiento Político Afrovides, se probó con copia auténtica del formulario E-26 CO visible a folios 10 y 11.

### **3.- Objeto de la alzada**

La Sala, para fijar el objeto de la apelación, retoma lo dispuesto en el artículo 357 del C. de P. C., que dice:

**“Artículo 357.- Competencia del superior.** (Mod. Dto. 2282/1989 Art. 1º num. 175). La apelación se entiende interpuesta en lo desfavorable al apelante, y por lo tanto el superior no podrá enmendar la providencia en la parte que no fue objeto del recurso, salvo que en razón de la reforma fuere indispensable hacer modificaciones sobre puntos íntimamente relacionados con aquella. (...)”

Según esta norma, por regla general el objeto de la apelación lo determina quien formula el recurso, ya que con su silencio o con su manifestación expresa puede dar paso a que parte de lo fallado en primera instancia adquiera firmeza. Contra los efectos de la conducta del apelante no puede ir el juez de segundo grado, a quien se le prohíbe tocar o modificar las partes del fallo que por voluntad del apelante quedaron excluidas de la alzada, salvo eso sí, que se trate de un aspecto que por estar tan ligado a lo recurrido deba necesariamente afectarse.

Al revisar el recurso de apelación presentado por Oscar Hernando Duica Barrera -apelante único-, pudo observar la Sala que no discutió lo resuelto en primera instancia en torno a las excepciones propuestas; y, que estuvo de acuerdo con el Tribunal de lo Contencioso Administrativo del Magdalena en que a la luz de lo dispuesto en el artículo 190 de la Ley 136 de 2 de junio de 1994, y de lo precisado por la jurisprudencia de esta Corporación, el señor Arnel Javier Ladrón de Guevara Bolaño, no ejerció autoridad administrativa bajo el criterio orgánico al desempeñarse como Profesional Universitario código 219, grado 02, adscrito a la Secretaría de Salud y Desarrollo Social de la alcaldía del municipio de Ciénaga.

Sin embargo, el demandante determinó su desacuerdo con el fallo de primera instancia, en cuanto a la valoración del criterio funcional, pues desde su punto de vista por las funciones del cargo ejercido por Arnel Javier, sí ostentaba autoridad, sí tenía poder decisorio en cuanto a las políticas públicas, lo que en su sentir se corrobora al examinar la anterior estructura administrativa de la alcaldía, en la que *“...existía una oficina asesora de cultura, la cual actualmente se encuentra fusionada con la secretaría de salud,...”*.

Así las cosas, de acuerdo con la delimitación efectuada por el demandante en el recurso de apelación, y en atención a que de los presupuestos de la causal de

inhabilidad consagrada en el numeral 4º del artículo 43 de la Ley 136 de 2 de junio de 1994, modificado por el artículo 40 de la Ley 617 de 6 de octubre de 2000, solamente se discute el concerniente al factor funcional de la inhabilidad por ejercicio de autoridad administrativa, ya que aspectos alusivos al parentesco<sup>1</sup> y al desempeño del empleo público<sup>2</sup> se probaron sin reparo alguno, la Sala únicamente entrará a evaluar si el cargo de Profesional Universitario código 219, grado 02, confiere a su titular el ejercicio de autoridad administrativa.

#### **4.- Asunto de fondo**

El señor Oscar Hernando Duica Barrera demandó la nulidad de la elección de la señora Lilibet Irenes Ladrón de Guevara Bolaño, porque considera que fue elegida estando incurso en la causal de inhabilidad del numeral 4º del artículo 43 de la Ley 136 de 1994, modificado por el artículo 40 de la Ley 617 de 2000, que dice:

“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;...”

Concreta los reparos de ilegalidad contra el acto acusado en que el señor Arnel Javier Ladrón de Guevara Bolaño, en su condición de Profesional Universitario código 219, grado 02, adscrito a la Secretaría de Salud y Desarrollo Social de la alcaldía municipal de Ciénaga, ejerció autoridad administrativa dentro de los 12 meses anteriores a la elección, en la misma circunscripción por la que resultó electa la demandada -su hermana-, no por el aspecto orgánico -que el actor reconoce no configurarse-, sino por el carácter funcional.

---

<sup>1</sup> La calidad de hermanos entre Lilibet Irenes Ladrón de Guevara Bolaño y Arnel Javier Ladrón de Guevara Bolaño, se probó con copia auténtica de los registros civiles de nacimiento visibles a folios 12 y 13, según los cuales provienen de un tronco común, conformado por los señores Isabel María Bolaño Hernández y Jaime Alberto Ladrón de Guevara Miranda. La prueba del hecho del parentesco la registró el Tribunal a-quo en el fallo apelado y frente a ello no se planteó reparo alguno.

<sup>2</sup> El desempeño del señor Arnel Javier Ladrón de Guevara Bolaño como Profesional Universitario código 219, grado 02 de la Alcaldía del municipio de Ciénaga, adscrito a la Secretaría de Salud y Desarrollo Social, entre el 12 de noviembre de 2009 y el 26 de octubre de 2011 –dentro del año anterior a la elección-, se acreditó con la certificación expedida en la última fecha por el señor Wendy Fernández Bravo, Profesional Universitario GIT Talento Humano de la Alcaldía de Ciénaga. Este documento no fue tachado de falso, así lo acogió el Tribunal a-quo en el fallo y ninguna objeción se le hizo al mérito probatorio que se le otorgó.

Antes de entrar a calificar las funciones asignadas al cargo en cuestión, la Sala se referirá a lo que se entiende por inhabilidad y su finalidad, y lo que la Ley y la jurisprudencia han entendido por autoridad administrativa.

### **De las inhabilidades**

El artículo 40 Constitucional consagra el derecho fundamental a participar en la conformación, ejercicio y control del poder político, y establece, entre otras cosas, que por regla general todas las personas tienen derecho a elegir y ser elegidas. Es decir, regula con carácter general que las personas naturales gozan del poder de entronizar a los candidatos de su preferencia en el poder político, mediante el ejercicio del derecho al voto; e igualmente que tanto las personas naturales como las personas jurídicas -partidos o movimientos políticos-, cuentan con el derecho de ser elegidos en cargos o corporaciones públicas de elección popular, para sólo hablar de esta categoría de cargos.

Pese a que corresponde a un derecho fundamental, en cuya plena realización está comprometido el Estado (Art. 2º C.P.), es claro que como la generalidad de los derechos, éste también puede ser objeto de limitaciones o restricciones, como así lo determinan el numeral 23 del artículo 150 Constitucional, que le asigna al Congreso de la República la función de expedir leyes que regulen lo concerniente al ejercicio de funciones públicas; el artículo 293 ibídem, que asigna al constituyente y al legislador la competencia para determinar “...las calidades, inhabilidades, incompatibilidades,...”, para las personas que sean elegidas por voto popular para ejercer funciones públicas en las entidades territoriales; y, el numeral 4º del artículo 1º, que al definir el principio de la capacidad electoral dice que *“Todo ciudadano puede elegir y ser elegido mientras no exista norma expresa que le limite su derecho. En consecuencia, las causales de inhabilidad y de incompatibilidad son de interpretación restringida.”*

En la doctrina constitucional igualmente se identificó que el derecho fundamental a elegir y ser elegido no es de carácter absoluto, que admite limitaciones, como así lo dijo en la siguiente providencia:

“Como derecho-función, no es una facultad absoluta, ni puede interpretarse de manera aislada del conjunto de mecanismos de participación y control ciudadano previstos en la propia Constitución y en la ley, pues su ejercicio precisa de las formas y condiciones

establecidos para el efecto. Tal como ocurre con otros derechos fundamentales, su núcleo fija mínimos irreductibles de actuación llamados a operar como barrera contra interferencias indebidas del poder o de otras personas, pero que, en todo caso, no excluyen la posibilidad de tener un desarrollo legal que delimite su forma de ejercicio y disfrute.”<sup>3</sup>

Así, las inhabilidades corresponden a una de las formas en que conforme al ordenamiento jurídico se restringe el derecho a ser elegido. Se definen por la Ley 5ª de 17 de junio de 1992 como “...*todo acto o situación que invalida la elección de Congresista o impide serlo.*” (Art. 279), y se caracterizan porque además de ser de consagración constitucional o legal, y de interpretación restrictiva, son situaciones de hecho a las que el ordenamiento jurídico les ha dado el efecto de impedir que una persona pueda ser inscrita o elegida o designada para el ejercicio de un cargo público, con el ánimo de salvaguardar bienes jurídicos superiores como la idoneidad, la probidad, la transparencia o la igualdad, entre otros.

### **De la autoridad administrativa**

No obstante no existir una definición legal de la autoridad administrativa, la jurisprudencia del Consejo de Estado<sup>4</sup> se ha mantenido en la tesis de que para ello bien puede emplearse la acepción que trae el artículo 190 de la Ley 136 de 2 de junio de 1994, sobre la dirección administrativa, que establece:

**“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.

<sup>3</sup> Corte Constitucional. Sentencia T-510 de 6 de julio de 2006. M.P. Álvaro Tafur Gálvis.

<sup>4</sup> Unos cuantos casos así lo demuestran: 1.- Sentencia de 4 de junio de 2009. Expediente 2007-00376. Sección Quinta. C.P. Filemón Jiménez Ochoa. 2.- Sentencia de 2 de octubre de 2009. Expediente 2007-00501. Sección Quinta. C.P. Filemón Jiménez Ochoa. 3.- Sentencia de 30 de noviembre de 2010. Expediente 2010-00087. Sala Plena. C.P. Susana Buitrago Valencia. Y, 4.- Sentencia de 4 de mayo de 2011. Expediente 201000713. Sección Primera. C.P. Rafael Enrique Ostau de Lafont Pianeta.

Esta disposición ha permitido señalar que para identificar si un cargo o empleo público dota a su titular de autoridad administrativa, se puede acudir a los criterios orgánico y funcional. El primero, se obtiene del primer párrafo, en el que se enlistan cargos ubicados en la cúspide de la administración pública local, tales como el alcalde, los jefes de departamento administrativo o entidades descentralizadas y los jefes de las unidades administrativas especiales.

El funcional, en cambio, no se caracteriza por la posición jerárquica del respectivo empleo, sino por las atribuciones materialmente ejercidas por el servidor público, las cuales deben estar ligadas a competencias concernientes a la celebración de contratos, la ordenación del gasto, la decisión de situaciones administrativas y la potestad disciplinaria.

Sobre el ejercicio de autoridad administrativa la jurisprudencia de la Sala Plena del Consejo de Estado enfatizó que:

“El recorrido por la jurisprudencia de la Sección Quinta sobre la significación y alcance del concepto de *“autoridad administrativa”*, arroja que ha puesto de presente que se refiere a **poder de mando, facultad decisoria y a dirección de asuntos propios de la función administrativa en el funcionamiento del organismo público**. Que **corresponde al juez determinar, en cada caso concreto, si un servidor público ejerce o no autoridad administrativa, con el análisis de dos elementos fácticos**. El carácter funcional del cargo: el tipo de funciones que tiene asignadas y el aspecto orgánico: el grado de autonomía jerárquica para la toma de decisiones que ostenta en la estructura del organismo.

De esta manera, si las funciones y el diseño jerárquico del cargo le otorgan a su titular potestad de mando y de dirección con **autonomía decisoria**, se puede concluir que el servidor público ejerce autoridad administrativa<sup>5</sup>.

En sentencia del 31 de julio de 2009, sostuvo que *“autoridad significa potestad, facultad, poder que tiene una persona sobre otra que le está subordinada”*. Por ello, quien ejerce autoridad es la *“persona revestida de algún poder, mando o magistratura”*<sup>6</sup>, y dijo que *“la parte de la función pública que ocasiona la causal inhabilitante en cuanto desarrolla “autoridad administrativa”, está relacionada con “la facultad de imponer, decretar, mandar y hacerse obedecer, que haga presumir el ejercicio de autoridad”*<sup>7</sup>. (se resaltó).<sup>8</sup> (Lo resaltado es del original)

<sup>5</sup> Sección Quinta, sentencia del 28 de febrero de 2002, rad. 2804, MP. Darío Quiñones Pinilla.

<sup>6</sup> Real Academia Española. *Diccionario de la Lengua Española*. Vigésima Primera Edición. 1992. Página 165.

<sup>7</sup> Sección Quinta, sentencia del 31 de julio de 2009, rad. 2007-00550-01, MP. Susana Buitrago Valencia.

<sup>8</sup> Sala Plena de lo Contencioso Administrativo. Sentencia de 30 de noviembre de 2010. Expediente: 230012331000200800087-03 (IJ). Actor: Carlos Valera Pérez y otros. Demandado: Gobernadora del departamento de Córdoba. C.P. Susana Buitrago Valencia.

Y, en esta Sección se ha dicho que:

“5.- La autoridad administrativa se ejerce para hacer que la administración funcione, también ejerciendo mando y dirección sobre los órganos del aparato administrativo, nombrando y removiendo sus agentes, celebrando contratos, supervigilando la prestación de servicios, castigando infracciones al reglamento, etc. Se refiere al desempeño de un cargo público que otorga a su titular poder de mando, facultad decisoria y dirección de los asuntos propios de la función administrativa que se dirigen al funcionamiento del aparato administrativo (sentencias del 28 de febrero de 2002, del 22 de abril de 2002, del 5 de julio de 2002, del 22 de julio de 2004, del 24 de febrero de 2005 y 13 de octubre de 2005).”<sup>9</sup>

Así las cosas, bien puede afirmarse que un servidor público ejerce autoridad administrativa, desde el punto de vista funcional, cuando la configuración competencial del cargo le permite a su titular la toma de decisiones administrativas en aspectos como la ordenación del gasto, la contratación estatal, la facultad nominadora, el poder disciplinario, etc. Es decir, que la autoridad, que no es inherente a todos los servidores públicos sino reservada a unos cuantos para la conducción de los destinos públicos, solamente la tiene quien *“ejerce el mando”*<sup>10</sup>, quien de manera autónoma e independiente puede, según el manual de funciones, expedir actos administrativos o suscribir contratos para cristalizar cualquiera de las indicadas atribuciones.

De igual forma ostenta autoridad administrativa el empleado público que si bien no le ha sido asignada una de tales competencias en el manual de funciones, la misma le ha sido fijada en los términos del artículo 9º de la Ley 489 de 29 de diciembre de 1998, mediante un acto de delegación, que por cierto sólo puede recaer *“...en los empleados públicos de los niveles directivo y asesor vinculados al organismo correspondiente,...”*.

Ahora, para determinar si el cargo de Profesional Universitario código 219, grado 02, adscrito a la Secretaría de Salud y Desarrollo Social de la alcaldía municipal de Ciénaga, permite el ejercicio de autoridad administrativa, desde la perspectiva funcional, es preciso examinar las funciones que el Anexo Técnico - Decreto No. 078 de 2009, expedido por la Alcaldía de Ciénaga, le atribuyó:

---

<sup>9</sup> Consejo de Estado - Sección Quinta. Sentencia de 28 de febrero de 2008. Expediente: 110010328000200600062-00 (3996-3998). Actor: José Antonio Quintero Jaimés y otro. Demandado: Representantes a la Cámara por el departamento de Norte de Santander. C.P. Mauricio Torres Cuervo.

## **“II. PROPOSITO PRINCIPAL**

Ejecutar, supervisar y coordinar planes, proyectos y actividades relacionadas con la promoción del deporte, la recreación, el aprovechamiento del tiempo libre y el desarrollo cultural y artístico en el municipio.

## **III. DESCRIPCION DE FUNCIONES ESENCIALES**

“1.- Coordinar y elaborar los planes, programas y proyectos dirigidos al desarrollo de actividades culturales y deportivas en el municipio.

2.- Administrar la infraestructura y elementos deportivos y culturales de propiedad del municipio de Ciénaga.

3.- Organizar, coordinar y desarrollar la realización de actividades, campeonatos y torneos deportivos, así como actividades para el sector cultural y artístico en el municipio y corregimientos de su jurisdicción.

4.- Coordinar los proyectos culturales del municipio y difundir a los gestores y artistas en el territorio de jurisdicción municipal.

5.- Coordinar y apoyar la realización de actividades que favorezcan las manifestaciones culturales populares, folklóricas, tradicionales, fiestas típicas en el municipio, corregimientos y áreas de influencia.

6.- Participar y coordinar la asistencia a eventos culturales, deportivos y recreativos a los cuales sea invitado el municipio y sean autorizados por el Alcalde y el superior inmediato.

7.- Gestionar la financiación de programas y proyectos de fomento al acceso, innovación, creación y producción artística, cultural y deportiva en el municipio, con entidades públicas y privadas del nivel local, regional y nacional.

8.- Realizar campañas de promoción y difusión de las actividades recreativas, deportivas y culturales que se desarrollen en el municipio.

9.- Elaborar estudios de conveniencia, gestionar y ejecutar proyectos culturales, recreativos y deportivos que fomenten y estimulen los valores sociales y el respeto por la sana diversión.

10.- Compilar las normas y demás información de interés para mantener actualizada la dependencia en el cumplimiento de sus funciones y competencias.

11.- Atender a los usuarios que lo requieran, suministrarles de manera precisa y oportuna la información y orientación requerida y expedir las certificaciones correspondientes.

12.- Realizar el seguimiento y evaluación a los proyectos que le sean asignados por el superior inmediato.

13.- Asistir en representación de la dependencia a las reuniones, comités o actividades que sea asignado por su superior inmediato.

14.- Ejercer el autocontrol en las funciones y actividades propias del cargo para detectar desviaciones y efectuar correctivos.

15.- Promover el interés general y la defensa de lo público en cada una de sus actuaciones.

16.- Responder por el estado y conservación de los recursos físicos puestos bajo su responsabilidad y adoptar los mecanismos para su conservación, protección y uso adecuado.

17.- Elaborar informes y suministrar la documentación requerida por los entes de control y demás entidades estatales que los soliciten.

18.- Preparar y presentar informes sobre las actividades desarrolladas en el ejercicio de su gestión en la dependencia.

---

<sup>10</sup> Diccionario de la Real Academia Española.

19.- Las demás funciones que le sean asignadas por norma legal o autoridad competente de acuerdo con la naturaleza del cargo, el área de desempeño y necesidades del servicio.”<sup>11</sup>

De acuerdo con su propósito principal el cargo de Profesional Universitario código 219, grado 02, adscrito a la Secretaría de Salud y Desarrollo Social de la alcaldía municipal de Ciénaga, **no tiene funciones de mando**, ya que están encaminadas a la ejecución, supervisión y coordinación de los planes, proyectos y actividades alusivas a la recreación, el deporte y otras manifestaciones artísticas y culturales del municipio.

Y, según cada una de las funciones del cargo, tampoco encuentra la Sala que alguna le confiera a su titular poder de mando para actividades como la ordenación del gasto, la contratación, la decisión sobre situaciones administrativas o la investigación e imposición de sanciones por faltas disciplinarias.

Las distintas funciones están gobernadas por verbos rectores que de suyo no implican el ejercicio de autoridad administrativa, pues se trata de actividades como coordinar, administrar, organizar, desarrollar, apoyar, participar, compilar, presentar informes, que armonizan con el carácter subordinado del perfil previsto en el numeral 4.3 del artículo 4º del Decreto 785 de 17 de marzo de 2005 *“Por el cual se establece el sistema de nomenclatura y clasificación y de funciones y requisitos generales de los empleos de las entidades territoriales que se regulan por las disposiciones de la Ley 909 de 2004”*. Según dicho perfil, el nivel profesional:

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

El demandante, en el recurso de apelación, precisa que las funciones 1, 2, 3, 7, 9 y 14 del citado cargo sí le otorgan a su titular poder de mando o autoridad administrativa, aserto que no comparte la Sala por lo siguiente:

---

<sup>11</sup> Folios 152 y 153.

En cuanto a la primera, porque la coordinación de planes, programas y proyectos deportivos y culturales no implica la toma de decisiones, sino el apoyo que debe dar a la actividad. Y, porque su elaboración tampoco implica poder de mando, ya que por tratarse de un funcionario adscrito a la Secretaría de Salud y Desarrollo Social, su aporte sobre el particular se limita a la presentación de proyectos para que sean los superiores quienes adopten la decisión, que por estar relacionada con políticas públicas son del exclusivo resorte de quienes conforman el gobierno a nivel local, en este caso el alcalde y el secretario del ramo.

Sobre la segunda, relativa a la administración de la infraestructura y elementos deportivos, porque ello no le otorga al funcionario ningún poder de disposición sobre los bienes públicos, aunque sí lo hace responsable del detrimento que puedan sufrir.

Frente a la tercera, porque la organización y puesta en marcha de actividades deportivas y culturales no puede tomarse como el ejercicio de autoridad administrativa, ya que constituye la contribución a la realización de las actividades que en esa materia provienen de las políticas, planes y programas adoptados por los superiores jerárquicos. No es de recibo suponer que por el hecho de participar vivamente en las actividades deportivas y culturales, deba reconocérsele al profesional universitario autoridad administrativa, pues debe recordarse que el poder de mando lo otorga el ordenamiento jurídico no a la generalidad de los servidores públicos sino a unos cuantos, lo cual no acontece en este caso.

En cuanto a la séptima, que trata de la gestión para la financiación de proyectos artísticos, culturales y deportivos, ante entidades públicas y privadas de cualquier nivel, porque contrario a lo entendido por el accionante, lo que evidencia es la ausencia de poder decisorio, al menos en asuntos presupuestales, por parte del profesional universitario, quien al carecer de prerrogativas para comprometer los recursos públicos en esas causas, debe salir a buscar su financiación con el auxilio de entidades públicas y privadas, quienes bien pueden negarse o hacer las contribuciones que a bien tengan.

Respecto a la novena, referida a la elaboración de estudios de conveniencia, gestión y ejecución de proyectos culturales, recreativos y deportivos, porque ello no es más que la materialización de las políticas que sobre el particular ha establecido el gobierno local, quien sí está investido de las facultades para fijar las políticas municipales en esas materias. Además, ninguna de esas atribuciones

sería posible sin que previamente se hubiera ordenado y aprobado el gasto correspondiente mediante la asignación de las partidas del caso, decisiones que únicamente puede asumir un funcionario investido de autoridad administrativa distinto del profesional universitario.

Y, en cuanto a la catorceava función, concerniente al ejercicio del autocontrol de las propias funciones y actividades para identificar desviaciones y aplicar correctivos, para la Sala ello no representa el ejercicio de autoridad administrativa, ya que se trata de una labor que deben desarrollar todos los servidores públicos, quienes constantemente deben estar evaluando la forma como cumplen las funciones, con el ánimo de establecer fortalezas y debilidades, que luego permitan atacar los puntos débiles y vigorizar las actuaciones positivas.

Además, difícilmente puede calificarse como autoridad administrativa el deber de mejoramiento continuo en la prestación del servicio público, ya que la autorregulación no puede tomarse como un poder de mando que se proyecte hacia los demás integrantes de la Administración o incluso hacia la comunidad, pese a que a la postre pueda tener un efecto positivo sobre la misma por el perfeccionamiento en la calidad del servicio que se presta.

Adicionalmente, ni las notas periodísticas publicadas localmente por el desempeño del señor Arnel Javier como Profesional Universitario código 219, grado 02 (fls. 85 a 87), ni el Informe de Gestión 2008-2011 en Cultura y Deportes del municipio de Ciénaga - Magdalena, rendido por el mismo (fls. 174 a 191), que se invocan como medios de prueba para acreditar que sí tenía autoridad administrativa, dan lugar a tener por cierto que el hermano de la demandada sí la ejerció.

De un lado, porque en la jurisprudencia del Consejo de Estado el alcance probatorio de las notas periodísticas se ha delimitado a su existencia, pero no a la veracidad de su contenido, lo cual es bastante razonable porque usualmente el periodista no obra como testigo de la información sino como intérprete o interlocutor de hechos que han llegado a su conocimiento por medio de fuentes que sí pueden catalogarse como primarias respecto del hecho noticioso. Al efecto se ha dicho:

“...sin embargo, como bien lo ha advertido esta Sección en anteriores oportunidades<sup>12</sup>, las informaciones publicadas en revistas, diarios o periódicos no pueden ser consideradas pruebas testimoniales porque carecen de los requisitos esenciales que identifican este medio probatorio (artículo 228 del C. de P. C.), por lo cual, en principio, deben ser apreciadas como prueba documental de la existencia de la información y no de la veracidad de su contenido, en consecuencia, los ejemplares acompañados al expediente sólo prueban que allí apareció una noticia, más no la veracidad de su contenido.”<sup>13</sup>

Y, del otro, porque al margen de lo que el propio Arnel Javier Ladrón de Guevara Bolaño haya expresado en el Informe de Gestión 2008-2011, el alcance de las funciones desempeñadas por un servidor público no depende de lo que él mismo pueda decir sobre el particular. Recuérdese que a la luz del principio de legalidad consagrado, entre otras normas, en los artículos 122 y 123 de la Constitución, las personas que prestan sus servicios personales al Estado, lo hacen dentro del marco funcional fijado por la Constitución, la ley o los reglamentos; por tanto, sólo a partir de estas fuentes se puede fijar el contenido competencial de los empleos públicos, sin que para ello quepa admitir otras fuentes, como en este caso lo pretende la parte actora al querer deducir ejercicio de autoridad administrativa con base en el informe de gestión rendido por el Profesional Universitario de la Secretaría de Salud y Desarrollo Social, señor Arnel Javier Ladrón de Guevara Bolaño.

Finalmente, el demandante con su apelación pretende demostrar el ejercicio de autoridad administrativa por parte del señor Arnel Javier, con base en que dentro la estructura administrativa que antecedió a la expedición del Decreto 078 de 2009 *“Por el cual se establece el Manual Específico de Funciones y Competencias Laborales de la Alcaldía Municipal de Ciénaga-Magdalena”*, expedido por la alcaldía municipal de Ciénaga, *“...existía una oficina asesora de cultura, la cual actualmente se encuentra fusionada con la secretaría de salud, sin embargo, las funciones del coordinador para aquel entonces eran similares a las que actualmente ostenta...”* el hermano de la demandada.

La improcedencia del planteamiento se afinca, además de la inexistencia de la prueba de lo afirmado, en que para determinar si el Profesional Universitario

---

<sup>12</sup> Al respecto consultar, por ejemplo, Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencias del 25 de enero de 2001, expediente No. 11.413 y del 1º de marzo del 2006, expediente No. 13.764, ambas con ponencia del Consejero Dr. Alier E. Hernández Henríquez, entre muchas otras.

<sup>13</sup> Consejo de Estado – Sala de lo Contencioso Administrativo – Sección Tercera. Sentencia de 11 de agosto de 2011. Expediente 190012331000199858000-01 (20325). Actor: Alba Marina Mestizo y otros. Demandado: Nación – Ministerio de Defensa – Policía y Ejército Nacional. C.P. Mauricio Fajardo Gómez.

código 219, grado 02, adscrito a la Secretaría de Salud y Desarrollo Social de la alcaldía municipal de Ciénaga, ejerce o no autoridad administrativa, no es viable acudir a la configuración administrativa que existió con antelación al Decreto 078 de 2009, ya que el reparto funcional que debe tomarse en cuenta para juzgar ese aspecto es el actual y no cualquiera otro que haya tenido vigencia anterior.

#### **4.- Conclusiones**

La Sala infiere de lo dicho, que no se demostró que el hermano de la señora Lilibet Irenes Ladrón de Guevara Bolaño haya ejercido autoridad administrativa dentro de los doce meses anteriores a la elección acusada, por el hecho de haberse desempeñado durante ese lapso como Profesional Universitario código 219, grado 02, adscrito a la Secretaría de Salud y Desarrollo Social de la alcaldía municipal de Ciénaga, pues como quedó evidenciado ninguna de las funciones atribuidas a dicho cargo confiere a su titular poder de mandato o dirección de los destinos de la Administración, con capacidad para comprometer el presupuesto público, celebrar contratos, ejercer poder de nominación o disciplinar a los empleados públicos. En consecuencia, se confirmará el fallo apelado.

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

#### **F A L L A**

**PRIMERO: Confirmar** la sentencia de 25 de abril de 2012, proferida por el Tribunal de lo Contencioso Administrativo del Magdalena dentro de la Acción Electoral promovida por Oscar Hernando Duica Barrera.

**SEGUNDO:** Devuélvase el expediente al Tribunal de origen.

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

**COPIESE Y NOTIFIQUESE**

**SUSANA BUITRAGO VALENCIA**  
**Presidenta**

**MAURICIO TORRES CUERVO**

**ALBERTO YEPES BARREIRO**